# Le terrorisme en droit comparé franco-brésilien

Maria Gabriela Ahualli Steinberg

▶ **To cite this version:**

Maria Gabriela Ahualli Steinberg. Le terrorisme en droit comparé franco-brésilien. Droit. Université de Poitiers, 2018. Français. NNT : 2018POIT3005 . tel-02044565

**HAL Id: tel-02044565**
**https://theses.hal.science/tel-02044565**

Submitted on 21 Feb 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE POITIERS

**FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS**

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088

# LE TERRORISME EN DROIT COMPARÉ FRANCO-BRÉSILIEN

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 13 février 2018
par

**Madame Maria Gabriela AHUALLI STEINBERG**

DIRECTEUR DE RECHERCHE

**Monsieur Michel DANTI-JUAN**

*Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers*
*Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers (ISC-EPRED/EA 1228)*

SUFFRAGANTS

**Madame Catherine MARIE (rapporteur)**

*Professeur à la Faculté de droit, de science politique et de gestion de l'Université de La Rochelle*
*Doyen honoraire de la Faculté de droit, de science politique et de gestion de l'Université de La Rochelle*

**Madame Haritini MATSOPOULOU (rapporteur)**

*Professeur à la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université Paris-Sud*
*Directrice de l'Institut d'études judiciaires*

**Monsieur Antonio Carlos da PONTE**

*Professeur « Livre-docente » de la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*
*Docteur en droit procédural pénal*

**Monsieur Jean PRADEL**

*Professeur émérite à la Faculté de droit et de sciences sociales de l'Université de Poitiers*
*Membre titulaire de l'académie internationale de droit comparé*
*Ancien juge d'instruction*

## LE TERRORISME EN DROIT COMPARÉ FRANCO-BRÉSILIEN


### Résumé

L'évolution du terrorisme dans les trente dernières années a provoqué la réaction de la communauté internationale et celle des États. Un droit pénal d'extrême sévérité baptisé droit pénal de l'ennemi est en train de se développer. L'étude comparée franco-brésilienne des définitions adoptées, des sanctions et des procédures applicables en matière de terrorisme révèle la présence et les limites posés à ce droit, par les principes de la proportionnalité et de la légalité, ces deux principes qui sont devenus le commun dénominateur des toutes législations en matière pénale. De la sorte les idées de dangerosité et de mesures préventives prennent une importance nouvelle, à la fois en droit de fond et en droit procédural.

Si ce droit se développe de façon aussi rapide actuellement, c'est en raison du fait que les infractions terroristes sont à la fois, et dans de nombreux pays, plus nombreuses et en même temps plus dévastatrices.



### Mots-clés

Dangerosité – Définitions – Délits de prévention – Droit brésilien – Droit européen – Droit français – Droit international – Droit pénal comparé – Droit pénal de l'ennemi – Procédure pénale – Sanctions – Terrorisme.


## TERRORISM IN FRANCO BRAZILIAN COMPARATIVE LAW


### Abstract

The evolution of terrorism along the last 30 years has provoked the reaction from the international community just as from the nations. An extremely severe criminal law, named enemy criminal law, is being developed. The Franco Brazilian comparative study of terrorism definitions, sanctions and applicable procedures reveals the presence and the limits imposed to this law by the principles of proportionality and legality, principles that became the common denominator of all legislations in criminal matters. In this way, the concepts of dangerousness and preventive measures take a new importance, in both substantial and procedural law.

If this law is being developed so fast lately, it is due to the fact that the terrorist attempts are, in several countries, in greater number and more destructive.



### Keywords

Brazilian law – Comparative law – Crimes of prevention – Criminal procedure – Dangerousness – Definitions – Enemy criminal law – European law – French law – International law – Sanctions – Terrorism.



**INSTITUT DE SCIENCES CRIMINELLES – ÉQUIPE POITEVINE DE RECHERCHE ET D'ENCADREMENT DOCTORAL EN SCIENCES CRIMINELLES (ISC-EPRED/EA 1228)**

Institut de Sciences Criminelles – Faculté de Droit et de Sciences Sociales – Université de Poitiers

Bâtiment E9, 43 place Charles de Gaulle, TSA 81100, 86073, Poitiers Cedex 09

*L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

*Cette thèse est dédiée à mes parents, Hamilton et Maria Consuelo, mon mari, Alexandre, et mon fils, Thiago.*

*Mes remerciements à tous ceux qui m'ont aidée, accompagnée, suotenue pendant la période de l'élaboration de ma thèse, plus particulièrement à mon directeur de thèse, Monsieur Michel DANTI-JUAN, ainsi qu'aux membres du Jury, Madame Catherine MARIE, Madame Haritini MATSOPOULOU, Monsieur Antonio Carlos da PONTE, Monsieur Jean PRADEL, qui ont bien voulu m'accorder de leur temps, à mes amis Madame Geneviève RANJON, Monsieur Marc RANJON, Sœur Isabelle de MONTLAUR, et à mon mari et éditeur, Monsieur Alexandre STEINBERG.*

# Sommaire

**Sommaire** ..... **ix**

**Liste des abréviations et des acronymes** ..... **xi**

**Introduction** ..... **1**

**Partie I L'étude comparée franco-brésilienne des définitions adoptées en matière de terrorisme** ..... **27**

Titre I L'élément matériel ..... 31

Chapitre I La pénalisation des atteintes avérées ..... 39

Chapitre II La pénalisation des atteintes potentielles ..... 69

Conclusion du Titre I ..... 176

Titre II L'élément moral ..... 179

Chapitre I L'élément moral dans la législation française ..... 185

Chapitre II L'élément moral dans la législation brésilienne ..... 203

Conclusion du Titre II ..... 222

Conclusion de la Partie I ..... 223

**Partie II L'étude comparée franco-brésilienne des régimes applicables en matière de terrorisme** ..... **225**

Titre I La procédure ..... 229

Chapitre I La compétence juridictionnelle ..... 235

Chapitre II La recherche de la preuve ..... 243

Chapitre III Les atteintes à la liberté ..... 283

Conclusion du Titre I ..... 305

Titre II Les sanctions ..... 307

Chapitre I La diversité des sanctions ..... 311

Chapitre II Le régime des sanctions ..... 329

Conclusion du Titre II ..... 344

Conclusion de la Partie II ..... 345

**Conclusion générale** ..... **347**

**Bibliographie** ..... **355**

**Annexe I Tableaux comparatifs des comportements terroristes** ..... **369**

**Annexe II Textes juridiques mentionnés** ..... **379**

**Index alphabétique** ..... **387**
**Table des matières** ..... **391**

# Liste des abréviations et des acronymes

ASACR..... Association sud-asiatique pour la coopération régionale

BRI..... Brigade de recherche et d'intervention

CE..... Communauté européenne, comission européenne

CEDH..... Cour européenne des droits de l'homme

CEE..... Communauté économique européenne

CERIC..... Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires

CF..... *Constituição Federal* (Constitution fédérale brésilienne)

CFT..... Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme

CIDH..... Cour Interaméricaine de Droits de l'Homme

CNCDH..... Commission nationale consultative des droits de l'Homme

COAF..... *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*
(Conseil de Contrôle des Activitées Financières)

COB..... Commission des opérations de bourse

Convention EDH..... Convention européenne des droits de l'homme

CNRS..... Centre national de la recherche scientifique

CP..... Code pénal

CPP..... Code de procédure pénale

CRADIH..... Centre de recherche de l'academie de droit international de la Haye

Crim. ..... Cour de cassation, Chambre criminelle

DOU..... *Diário Oficial da União* (Journal officiel de la fédération du Brésil)

EA..... Équipe d'accueil

ECA..... *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Statut de l'enfant et de l'adolescent)

ECHR..... *European court of human rights* (Cour européenne des droits de l'homme)

EI ..... État islamique

EPRED..... Équipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles

FATF..... Financial Action Task Force

FLNC ..... Front de libération nationale corse

GAFI ..... Groupe d'action financière internationale

GTD ..... *Global Terrorism Database* (Base de données globale du terrorisme)

IMSI..... *International Mobile Subscriber Identity*

ISBN..... *International Standard Book Number*
(Numéro international normalisé du livre)

ISC ..... Institut de Sciences Criminelles

JAI..... Justice et affaires intérieures

JORF ..... Journal officiel de la République française

LCEN..... Loi pour la confiance dans l'économie numérique

LCO..... *Lei do Crime Organizado* (Loi sur la criminalité organisée)

LOPPSI2..... Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

OCLCTIC..... Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication

OEA ..... Organisation des États américains

OIAC..... Organisation pour l'interdiction des armes chimiques

ONU..... Organisation des Nations Unies

OPJ ..... Officier de police judiciaire

P-DG ..... Président-directeur général

QPC..... Question prioritaire de constitutionnalité

RAID..... Recherche Assistance Intervention Dissuasion

STF ..... *Supremo Tribunal Federal* (equivalente au Conseil Constitutionnel français)

TMI..... Tribunal Militaire International de Nuremberg

TPIR..... Tribunal International pour le Rwanda

TPIY..... Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie

TSSL..... Tribunal spécial pour la sierra Leone

UE..... Union Européenne

UNESCO ..... *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture)

## Revues et éditeurs

AJ Pénal ..... L'actualité juridique : Pénal

AJDA..... L'Actualité juridique : Droit administratif

Dalloz IP/IT ..... Droit de la propriété intellectuelle et du numérique

JCP..... Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition générale (LexisNexis)

LGDJ..... Librairie générale de droit et de jurisprudence

PUF..... Presses universitaires de France

RSC..... Revue de science criminelle (Dalloz)

## Abbreviations utilisées dans l'édition

Cf. ..... *Confer* (expression latin)

dir. ..... Directeur(s)

Ed. ..... Édition(s), *editora*

Ibid. ..... *Ibidem* (expression latin)

Id. ..... *Idem* (expression latin)

op. cit. ..... *Opere citato* (expression latin)

p. ..... Page

pp. ..... Pages

vol. ..... Volume

# Introduction

1. **Une définition du terrorisme est-elle possible ?** Le terrorisme est un phénomène très ancien : les historiens identifient ses premières manifestations, en Palestine, au I^er^ siècle, par la secte des Zélotes. Le moyen âge est marqué par l'activité de la Secte des Assassins, enracinée en Iran et en Syrie. En occident, ces derniers sont très connus pour avoir pour cible les croisés. La *terreur* moderne date de la Révolution Française (1793-1794)[1] et a été suivie des mouvements anarchistes du XIX^ème^ siècle. Le terrorisme contemporain date de 1878, en Russie[2] et des années 1896-1899 en France du fait des *nihilistes* dont l'activité cessa vite.

   Au XX^ème^ siècle, l'apparition de nouvelles technologies a augmenté la capacité meurtrière des attentats terroristes. En outre, la diffusion des moyens de communication a facilité la mondialisation de l'idéologie des terroristes[3]. Le XXI^ème^ siècle est marqué par le djihadisme[4]. Le sujet est d'une extrême actualité.

   La prolifération de l'activité terroriste, dans ce début du troisième millénaire, s'exprime de trois manières : géographiquement, en s'étendent au monde entier ; quantitativement, en ce que le nombre d'attentats s'est multiplié[5] ; qualitativement, puisque les attentats deviennent très meurtriers, produisant un grand nombre de morts et de blessés.

   Des attentats très meurtriers, comme ceux du 11 septembre 2001[6], ne se produisent pas du jour au lendemain. Ils sont plutôt une conséquence du développement des nouvelles

---

1 Mais il s'agissait d'une terreur d'État, organisée par le Comité de salut public, dirigé par Robespierre, dont le but était d'effrayer les populations réfractaires à ses idées.

2 Gérard CHALIAND et Arnaud BLIN (dir.), *Histoire du terrorisme : de l'Antiquité à Daech*, Paris, Fayard, 2015, p. 71.

3 « Force est de constater, cependant, que seul le terrorisme islamique a acquis une dimension planétaire ». (*Id.*, p. 639).

4 « Le phénomène terroriste est presque exclusivement, depuis plus d'un quart de siècle, l'expression de minorités jihadistes dont la radicalisation a été largement encouragée par la guerre en Afghanistan, aux lendemains de l'intervention soviétique (1979-1989). […] Au total, le djihadisme, sur la période, qui va de 1979 à 2015, a indiscutablement progressé en tant qu'idéologie mobilisatrice […] » (*Id.*, p. 643 et 656).

5 Selon le GTD – Global Terrorism Database, de 2001 jusqu'à 2016, ont eu lieu 98.773 incidents ayant des caractéristiques terroristes ; desquels 21 au Brésil et 367 en France. (NATIONAL CONSORTIUM FOR THE STUDY OF TERRORISM AND RESPONSES TO TERRORISM, « Global Terrorism Database », *Global Terrorism Database* [en ligne], juin 2017, Disponible à l'adresse : https://www.start.umd.edu/gtd/).

6 « Les attentats du 11 septembre 2001 sont quatre actions suicides perpétrées aux États-Unis par 19 terroristes qui ont détourné quatre avions de ligne afin de les écraser sur des bâtiments symboliques. Deux avions furent projetés sur les tours jumelles du World Trade Center à New York et le troisième sur le Pentagone à Washington DC. Les deux tours se sont effondrées moins de deux heures plus tard, provoquant l'affaissement de deux autres immeubles. Le quatrième avion, volant en direction de Washington, s'est écrasé en rase campagne en Pennsylvanie, après que des passagers et membres d'équipage eurent tenté d'en reprendre le

technologies et sont en liaison étroite avec le développement des organisations terroristes, en relation avec leur activité, leur budget, leur propagande, l'entraînement de leurs membres. En France, nous pouvons citer les attentats du 13 novembre 2015 à Paris[7] et du 14 juillet 2016 à Nice[8], pour n'évoquer que les plus meurtriers.

Au Brésil, le principal problème lié à la sécurité publique concerne l'activité des organisations criminelles communes[9]. En matière de terrorisme, une seule condamnation a été largement commentée par les moyens de communication[10]. Cela ne veut pas dire que le

---

contrôle. Deux mille neuf cent quatre-vingt-six personnes, dont 343 pompiers, 60 policiers new-yorkais et 19 terroristes sont morts lors des attaques ; plusieurs milliers d'autres personnes ont été blessées ». (Alain BAUER et Jean-Louis BRUGUIÈRE, *Les 100 mots du terrorisme*, Paris, Diffusion Cairn.info, 2010, p. 34).

7 « Attentats du 13 novembre perpétré par trois commandos distincts de 9 hommes par une série de fusillades dans 4 restaurants-Bistro du Xe et XIe arrondissements (40 morts) ainsi qu'une prise d'otage dans une salle de concert "Le Bataclan" dans le XIe arrondissements à Paris (90 morts) et à Saint-Denis au Stade de France par 3 actions kamikazes (1 mort). Ces six attaques sont les premières en Occident directement planifiées, organisées, exécutées et revendiquées officiellement par l'État islamique ». (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Chronologie des attentats en France en 2015 », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 30 août 2017, Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Chronologie_des_attentats_en_France_en_2015&oldid=140201053)

8 « Attentat du 14 juillet 2016 perpétré par Mohamed Lahouaiej Bouhlel est commis au moyen d'un poids lourd parcourant deux kilomètres sur la promenade des Anglais au travers d'une foule de personnes à l'issue du feu d'artifice donné pour la Fête nationale française. Le conducteur est abattu par les policiers. L'État islamique revendique l'attaque le 16 juillet. Le bilan est de 86 morts dont une dizaine d'enfants et 434 blessés ». (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Chronologie des attentats en France en 2016 », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 30 août 2017, [consulté le 11 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Chronologie_des_attentats_en_France_en_2016&oldid=140201075)

9 « Mais rapidement le crime organisé lié au trafic de drogues a fait irruption. Il s'est accru et s'est étendu à d'autres trafics, tel que le trafic d'armes et de personnes, à la faveur de nombreuses facilités résultant en bonne partie du cadre économique globalisé et dérégulé déployé à la suite de la disparition de la division du monde en blocs militaires. … Les manifestations de cette nouvelle dimension du crime organisé se rencontrent en bonne partie sur le continent latino-américain. Outre la situation colombienne, il suffit de mentionner le Brésil où le chiffre de 30 000 morts violentes a été atteint dans l´État de Rio de Janeiro en 2011 ». (Luis Arroyo ZAPATERO, « Le recours à la force armée dans la lutte contre le crime organisé : juges, policiers et militaires », dans Julie ALIX *et al.* (dir.), *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 256).

10 « *Lei de Terrorismo sancionada em 2016 foi a base para a condenação de oito réus presos na operação hashtag. Todos haviam sido presos preventivamente pouco antes dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016 e foram apenados, entre outros crimes, por promoverem a recrutamento de pessoas para o Estado Islâmico, organização terrorista com forte presença no Oriente Médio e que faz atentados terroristas ao redor do mundo* ». (FERNANDO MARTINES, « Presos na operação hashtag são condenados com base na Lei de Terrorismo », *Consultor Jurídico* [en ligne], s.d., [consulté le 11 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.conjur.com.br/2017-mai-04/presos-operacao-hashtag-sao-condenados-lei-terrorismo). (« La Loi du terrorisme sanctionnée en 2016 a été la base de la condamnation de huit accusés detenus pendant l'opération *hashtag*. Tous avaient été mis en détention provisoire un peu avant les Jeux Olympiques de 2016, à Rio de Janeiro, et ont été punis, entre autres infractions, pour le recrutement au

sujet ne soit pas important, car le pays peut servir de base de recrutement, d'entraînement, de financement, de refuge pour les fugitifs, etc. Par contre, comme la loi incriminant le terrorisme est très récente, la matière a été très peu étudiée dans le pays, de sorte qu'une étude fondée aussi sur la doctrine française peut être de grande utilité[11].

En raison de cette multiplication d'attentats et des modifications dans le *modus operandi,* des terroristes, plusieurs textes internationaux et nationaux ont été édictés ainsi qu'une profusion d'études sur le sujet. Toutefois, *le terrorisme* continue d'être très controversé : historiens, sociologues et juristes discutent même de la possibilité d'établir une définition du terrorisme.

Dans le dictionnaire des Droits de l'Homme, les auteurs pointent la difficulté de définir le terrorisme :

> […] la définition juridique du terrorisme n'existe pas. Un temps, les conventions internationales qui se rapportaient au phénomène évitaient soigneusement de le nommer. Et si, à présent, des textes nationaux ou internationaux le mentionnent explicitement, ils en livrent une acception sensiblement différente selon qu'ils insistent sur les objectifs poursuivis, les méthodes employées ou les effets recherchés. […][12]

Selon Mario Bettati, « Le centre de recherche de l'Académie de droit international de La Haye (CRADIH) a discuté, en 1988, de l'opportunité d'établir une définition du terrorisme, mais y a finalement renoncé considérant que cette démarche était peu réaliste, et même inutile. Elle risquait même de multiplier les motifs de désaccord et de controverses »[13].

---

terrorisme pour l'État Islamique, organisation terroriste ayant une présence importante au Moyen Orient, responsable de la commission de plusieurs attentats dans le monde ». [traduction libre]).

11 L'auteur brésilien Renato Brasileiro de Lima, à l'occasion de la présentation de son œuvre sur la législation criminelle spéciale, en parlant de la loi nº 13.260/2016, sur le terrorisme, a déclaré ceci : « *Sem dúvida alguma esta última lei foi aquela que maiores dificuldades nos trouxe, não apenas pelo fato de não haver nenhuma na doutrina nacional acerca do assunto – para aprofundar nossos estudos, tivemos que contar com a importante contribuição do amigo Juan Vasquez que nos enviou 5 livros sobre terrorismo na Espanha – mas também pelo fato de não termos, no Brasil, nenhuma experiência com tal fenômeno, pelo menos até agora. Esperamos, humildemente, contribuir para a discussão acadêmica de um tema tão controverso quanto o é o terrorismo* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, 5ª ed. rev, atual. e ampl., Salvador, JusPODIVM, 2017) (« Sans aucune doute cette dernière loi nous a amené les plus grandes difficultés, non seulement en raison de la totale absence de doctrine nationale sur le sujet – pour approfondir nos études, nous avons compté avec la contribution de l'ami Juan Vasquez qui nous a envoyé cinq livres sur le terrorisme en Espagne – mais aussi en raison de l'absence complète, au Brésil, d'expérience par rapport à ce phénomène, du moins jusqu'à maintenant. Nous espérons, humblement, contribuer à la discussion d'un thème si controversé que le terrorisme ». [traduction libre]).

12 Fabien MARCHADIER, « Terrorisme », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1re edition, Paris, Quadrige/PUF, octobre 2008, p. 920.

13 Mario BETTATI, *Le terrorisme : les voies de la coopération internationale*, Paris, Odile Jacob, 2013, p. 88.

En parlant de la difficulté de donner une définition du terrorisme, Jean-François Daguzan observe que : « C'est par la nature de l'acte que l'action internationale contre le terrorisme a pu se déployer. Les Nations Unies puis beaucoup plus tard l'Union européenne qualifieront des "actes de terrorisme" sans s'attarder sur la nature du terrorisme lui-même »[14].

Gérard Chaliand et Arnaud Blin, tout en considérant le terrorisme comme une technique, dépourvue en elle-même de connotation politique, créent une typologie des terrorismes pour aider à l'appréhension du phénomène. Ils distinguent : les groupes terroristes fondés sur une idéologie politique de gauche ou de droite ; les mouvements nationalistes ; les sectes politico-religieuses. Pour eux, il s'agit d'une stratégie politique. « Si la guerre est fondée sur la coercition physique, le terrorisme vise à produire sur les esprits un impact psychologique »[15].

Presque tous les auteurs précités ont fait référence à la pensée d'Isabelle Sommier, qui, sous le titre « À la recherche d'une impossible définition » a presque établi de manière définitive la vanité de la tâche : « Parce qu'il est polémique, polysémique, "dissensuel", sa définition "savante" a donné lieu à une profusion de propositions et occasionné bien des débats, au final assez vains »[16].

La même idée d'impossibilité ou de difficulté extrême est diffusée dans la doctrine brésilienne, inspirée de la doctrine étrangère[17].

Toutefois, on peut sans doute proposer une définition large et vague en observant que le terroriste agit de façon violente (directement ou indirectement) et qu'il est poussé par un mobile en général politique (contestation des orientations politiques d'un gouvernement ou

---

14 Jean-François DAGUZAN, *Terrorisme(s) : abrégé d'une violence qui dure*, Carré des sciences, Paris, CNRS, 2006, p. 48.

15 Gérard CHALIAND et Arnaud BLIN (dir.), *Histoire du terrorisme*, *op. cit.*, p. 300.

16 Isabelle SOMMIER, *Le terrorisme*, Dominos, Paris, Flammarion, 2001, p. 73.

17 « *O termo* terror *tem uma história longa e as tentativas de identificação de sua origem remetem aos mais diferentes períodos históricos. Jeffrey Record afirma que a definição de terrorismo é um "atoleiro semântico". Ele lembra que mesmo dentro do governo americano, diferentes departamentos e agências usam diferentes definições que refletem suas perspectivas profissionais sobre o assunto* ». (Antonio Scarance FERNANDES et Marcos ZILLI (dir.), *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2014, p. 81) (« Le mot *terreur* a une longue histoire et les tentatives d'identification de son origine renvoient aux périodes historiques les plus variées. Jeffrey Record affirme que la définition du terrorisme est un gâchis sémantique. Il rappelle que même dans le gouvernement américain, différents départements et agences utilisent des définitions différentes qui reflètent leurs perspectives professionnelles sur le sujet ». [traduction libre]).

d'une organisation nationale ou internationale). Cette approche doit cependant être présentée avec une extrême prudence. Elle peut certainement être améliorée si l'on prend soin d'étudier le terrorisme d'un point de vue comparatif.

2. **D'où les intérêts d'une étude de droit comparé.** Il s'agit d'observer les techniques législatives utilisées et de vérifier si le contenu du terrorisme se rapproche dans les deux législations, pour enfin comparer les sanctions imposées, afin de mieux lutter contre le terrorisme. Toutefois, la comparaison en droit pénal ne sera complète que si elle est suivie d'une comparaison des régimes des sanctions et des procédures applicables[18].

La démarche comparative doit être double, générale et particulière à notre sujet. À titre général la comparaison comporte bien des difficultés : de traduction et d'interprétation. La traduction se heurte à des questions propres à une langue et avec ses « faux amis » : des mots ont tel sens dans un droit et tel autre dans un autre comme le montre l'exemple de l'enquête préliminaire qui en France précède la poursuite et qui en *common law* se situe entre la poursuite et le jugement[19]. L'interprétation, de son côté, oblige le comparatiste à apprécier la place et le sens d'une institution : il doit en d'autres termes dégager ce que l'on appelle les « éléments déterminants » (qui caractérisent un système dont le rôle est omniprésent) comme les droits de la défense ou le système inquisitoire ; on doit aussi faire apparaître si telle fonction procédurale ou de fond est assurée partout par la même institution ( ainsi la non poursuite d'un fait mineur se réalise en France par le *classement sans suite* fondé sur l'opportunité des poursuites et en Russie par le caractère non-pénal des faits bénins[20].

Attachons-nous ensuite à la comparaison entre Brésil et France[21].

Cette comparaison implique avant tout de situer le droit français et le droit brésilien en relation aux grandes familles de droits : le système romano-germanique, plutôt légaliste, et le système du *common-law*, plutôt jurisprudentiel. Le droit pénal et procédural français est attaché

---

18 Monsieur Pradel explique dans l'introduction de son ouvrage sur le « Droit pénal comparé » que : « Au point de vue *matériel*, c'est tout le droit pénal qui doit être pris en considération, qu'il s'agisse du droit de fond (théorie générale de l'infraction de la responsabilité et de la sanction, droit pénal spécial) ou de la procédure ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4e édition, Précis, Paris, Dalloz, 2016, p. 2).

19 *Cf. Id.*, pp. 48- 50.

20 Également *cf. Id.*, pp. 51- 53.

21 Michel FROMONT *et al.* (dir.), *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

au système romano-germanique. En revanche, en droit pénal le Brésil s'attache aussi au système romano-germanique, mais il adopte plutôt le système du *common-law,* en matière de procédure pénale, de sorte que la recherche de la preuve se fait sous le système accusatoire[22].

Intégrant la famille romano-germanique, les droits français et brésilien ont comme source principale, la loi écrite pendant que la jurisprudence joue un rôle complémentaire.

> La notion de code est essentielle et les codes contiennent des principes directeurs au lieu de chercher à régler tous les cas concrets. Toutefois, la notion de loi, de code, ne saurait occulter l'importance de la jurisprudence. Dans le système de *common law*, les choses se présentent de façon opposée. En Angleterre, où le droit romain n'a jamais pénétré vraiment, ce sont les juges qui ont créé les règles de droit en sorte que la règle de droit est moins abstraite qu'en système romano-germanique. Le droit est en conséquence d'abord un droit jurisprudentiel (*case law*) et la législation (*statute law*) a un caractère supplétif[23].

**3.** La comparaison s'appuie évidement, pour l'essentiel, sur les textes nationaux, mais aussi sur des textes internationaux intégrés au droit commun. Ainsi, les sources principales du droit brésilien et français sont : les traités internationaux, les Constitutions nationales et les lois.

---

22 « On doit évoquer ici brièvement les Codes de procédure pénale de l'Amérique ibérique. Au XIX^e^ siècle et dans la première moitié du XX^e^ siècle, ces Codes étaient d'esprit inquisitoire. Sous l'influence principale de l'Espagne qui avait elle-même une législation de cette nature. Or dans les dernières décennies du siècle dernier, un mouvement se dessina en Amérique ibérique en faveur du système accusatoire, désormais paré de toutes les qualités […] ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 1025).

23 *Id.*, pp. 773- 774.

4. **Sources principales internationales.** En matière de terrorisme, plusieurs textes internationaux ont été édictés. Ils sont soit universels[24] soit régionaux[25].

Une mention particulière doit être faite à la décision cadre (UE) du 13 juin 2002, réecrite par la directive du 15 mars 2017 dont l'article 3, intitulé *Infractions terroristes* est ainsi rédigé :

> 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soient érigés en infractions terroristes les actes intentionnels suivants, tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à

[24] Les textes universels sont :

- La Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 ;
- La Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à la Haye le 16 décembre 1970 ;
- Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971 ;
- La Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 septembre 1973 ;
- La Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 17 décembre 1979 ;
- La Convention sur la protection physique des matières nucléaires, signée à Vienne le 3 mars 1980 ;
- Le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention du 23 septembre 1971, conclu à Montréal le 24 février 1988 ;
- La Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, le 15 décembre 1997 ;
- Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection, signée à Montréal, le 1er mars 1991 ;
- La Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 13 avril 2005 ;
- La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 9 décembre 1999 ;
- La Convention et Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et des plates-formes situées sur le plateau continental, signée à de Rome le 10 mars 1988.

[25] Les textes régionaux sont :

- La Convention sur la prévention et la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de crimes contre des personnes ou d'actes d'extorsion connexes qui ont une portée internationale (OEA), adoptée le 2 février 1971 ;
- La Convention européenne pour la répression du terrorisme, Strasbourg, 27 janvier 1977 ;
- Le Protocole portant amendement à la convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 15 mai 2003) Pas encore en vigueur ;
- La Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005) ;
- La Convention interaméricaine de lutte contre le terrorisme, Bridgetown, 3 juin 2002 ;
- La Décision-cadre du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre le terrorisme, 2002/475/JAI du 13 juin 2002, modifiée par la Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 et remplacée par la Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme.

> une organisation internationale lorsqu'ils sont commis dans l'un des buts énumérés au paragraphe 2 :
>
> a) les atteintes à la vie d'une personne, pouvant entraîner la mort ;
>
> b) les atteintes à l'intégrité physique d'une personne ;
>
> c) l'enlèvement ou la prise d'otage ;
>
> d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée, susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables ;
>
> e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises ;
>
> f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'explosifs ou d'armes, y compris d'armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires, ainsi que la recherche et le développement pour ce qui est des armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires ;
>
> g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;
>
> h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;
>
> i) l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système, telle qu'elle est visée à l'article 4 de la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil (19), dans les cas où l'article 9, paragraphe 3, ou l'article 9, paragraphe 4, point b) ou c), de ladite directive s'applique, et l'atteinte illégale à l'intégrité des données, telle qu'elle est visée à l'article 5 de ladite directive, dans les cas où l'article 9, paragraphe 4, point c), de ladite directive s'applique ;
>
> j) la menace de commettre l'un des actes énumérés aux points a) à i).
>
> 2. Les buts visés au paragraphe 1 sont les suivants :
>
> a) gravement intimider une population ;
>
> b) contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ;
>
> c) gravement déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou d'une organisation internationale.

L'article 55 de la Constitution française confère aux accords ratifiés par la France une autorité supérieure à celle des lois, depuis leur publication. De même, l'article 5ème, § 3, de la Constitution Fédérale brésilienne, dispose que les traités et conventions internationales sur les droits de l'homme, approuvés, par chaque chambre du Congrès National, en deux tours, à concurrence de trois cinquièmes des votes des membres, seront équivalents aux *modifications constitutionnelles*, c'est-à-dire, auront valeur constitutionnelle.

La Constitution brésilienne prévoit une loi pénale rigoureuse contre le terrorisme, à l'article 4ème, VIII[26] et à l'article 5ème, XLIII[27].

Le Brésil, même en étant signataire de plusieurs traités internationaux, n'a fait le choix de définir *le terrorisme* en droit pénal, que très récemment, par la Loi 13.260/2016[28].

**5. Sources principales nationales.** Naguère, il n'existait, dans la *législation brésilienne*, que la mention d'*actes de terrorisme*, parmi d'autres, dans l'article 20 de la loi nº 7.170/1983, dont le texte était :

> Dévaster, saccager, extorquer, voler, séquestrer, détenir quelqu'un dans un lieu fermé, incendier, ravager, provoquer une explosion, pratiquer un attentat contre la personne ou des actes de terrorisme, par contestation politique ou pour l'obtention de ressources destinées au maintien d'organisations politiques clandestines ou subversives[29].

Cet article a été considéré par une partie de la doctrine comme contraire à la Constitution, parce qu'il ne contenait pas une définition précise des actes de terrorisme. La formule étant trop générique elle constituait une atteinte au principe de légalité[30].

---

26 « *A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios :* […] *VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo* ». (« La République Fédérative du Brésil se conforme dans les relations internationales aux principes suivants : […] VIII – le refus du terrorisme et du racisme ». Didier MAUS *et al.* (dir.), *La nouvelle République brésilienne : études sur la Constitution du 5 octobre 1988, suivies de la traduction de la Constitution*, Collection Droit public positif. Série « Travaux de l'AFC », Paris, Economica, 1991, p. 282).

27 Article 5ème, XLIII, de la Constitution Fédérale : *« a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los se omitirem* […] » (« La loi considère comme infractions insusceptibles de caution, de grâce ou d'amnistie : la pratique de la torture, le trafic illicite de stupéfiants et des drogues similaires, le terrorisme et les actes définis comme crimes odieux ; en répondront ceux qui les ont ordonnés, ceux qui les ont commis et quiconque s'est abstenu alors qu'il aurait pu les empêcher ». *Id.*, p. 286).

28 La Loi nº 13.260 du 16 mars 2016, « *regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista ; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013* ». (« règlemente l'article 5ème, XLIII de la Constitution Fédérale, en définissant le terrorisme, en traitant des dispositions d'investigation et procédurales, en modifiant le concept d'organisation terroriste ; et altère les Lois nº 7.960, du 21 décembre 1989, et 12.850, du 2 août 2013 ». [traduction libre]).

29 Loi nº 7.170 du 14 décembre 1983, « *Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências* ». (« Définit les crimes contre la sécurité nationale, l'ordre politique et social, établit leur procédure et jugement et donne d'autres mesures ». [traduction libre]). Art. 20 – *"Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas."*

30 « *A conclusão a que se chega, portanto, é de que a expressão* atos de terrorismo*, ao se referir a uma específica modalidade criminosa, afronta claramente o princípio da legalidade.* […] *impossível, portanto, satisfazer a exigência constitucional de previsibilidade da punição, ínsita aos postulados da taxatividade e da anterioridade penal* ». (Antonio Scarance FERNANDES et Marcos ZILLI (dir.), *Terrorismo e justiça penal*, *op. cit.*, p. 370) (« Donc, on arrive à la conclusion

En 1990, la loi des *crimes odieux*[31] a instauré un régime plus sévère pour les crimes considérés comme très graves, y compris le terrorisme. En 2013, la loi sur les organisations criminelles[32] faisait référence aux *organisations terroristes internationales*.

Malgré la mise en place des procédures spéciales pour les infractions de terrorisme, la loi pénale ne contenait pas encore une définition. En conséquence, les lois procédurales mentionnées restaient *lettre morte* en matière de terrorisme.

En 2015, on comptait 17 projets de loi sur le terrorisme, aux chambres législatives de la République. Finalement, en mars 2016, un des projets de loi sur le terrorisme, voté en régime d'urgence, en raison de la proximité des jeux olympiques, qui auraient lieu à Rio de Janeiro, la même année, était promulgué. L'article 2ème, § 1er, de la Loi 13.260/2016 contient une définition du terrorisme, complétée par les articles 3ème, 5ème, et 6ème, de la même Loi.

*En France*, une première définition du terrorisme datée de 1986[33] a été insérée dans le Code de procédure pénale, visant l'application d'une procédure pénale spéciale et plus sévère pour les infractions de droit commun commises avec un but spécial d'intimidation ou de terreur. On s'est demandé s'il s'agissait d'une incrimination nouvelle. La réponse est négative[34]. Peu après, la question a été résolue définitivement, quand la même définition a été reprise, cette fois, dans le Code pénal de 1994, à l'article 421-1.

Dès lors, la matière a beaucoup évolué en France, en raison des attentats de 2001 aux États-Unis et des vagues d'attentats qui ont frappé la France, surtout depuis 2014. M. Pradel et M. Danti-Juan ont compté huit textes (22 juillet 1996, 15 novembre 2001, 18 mars 2003, 9 mars 2004, 23 janvier 2006, 21 décembre 2012, 13 novembre 2014, 3 juin 2016)[35] auxquels nous pouvons ajouter trois autres : du 21 juillet 2016, 28 février 2017 et 30 octobre 2017.

---

de que l'expression *actes de terrorisme*, en se référant à une modalité criminelle spécifique, atteint clairement le principe de légalité. […] il est impossible, donc, de satisfaire l'exigence constitutionnelle de prévisibilité de la punition, propre aux postulats de l'exactitude et de l'antériorité de la loi pénale ». [traduction libre]).

31 Loi n° 8.072 du 25 juillet 1990.

32 Loi n° 12.850 du 2 août 2013.

33 Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme

34 « La chambre criminelle avait d'ailleurs clairement indiqué que *l'article 706-16 n'institue pas de nouvelles incriminations, mais désigne les infractions qui, lorsqu'il est constaté qu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par intimidation ou la terreur seront poursuivies, instruites et jugées selon* […] des règles particulières ». (Crim., 7 mai 1987, *B.C.*, nº 186, cité par Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, s.l., 2017, p. 771).

35 *Ibid.*

En somme, notre objet d'étude concerne, principalement, *en droit interne français* : les articles 421-1 à 422-7 du Code pénal et les articles 706-16 à 706-25-2, 706-88-1, 706-89 et 706-90, du Code de procédure pénale.

*Le système brésilien*, comme nous l'avons vu, comprend aujourd'hui, les lois nº 13.260/16, 8.072/90, 12.850/13, la première spécifique sur le terrorisme, les deux autres sur les régimes des peines et sur les procédures spéciales pour la criminalité organisée.

Nous comptons, dans les deux pays, maintes lois à ce sujet : la plupart d'entre elles ont été publiées dans les cinq dernières années. Il ne s'agit pas seulement d'un mouvement d'adoption de nouvelles lois, mais de modifications importantes concernant leur contenu. Le phénomène a été qualifié *d'expansion* du droit pénal[36].

En effet, il s'agit de lois qui contiennent des dispositions pénales et procédurales. Dans le domaine pénal nous assistons un mouvement très clair d'anticipation de la répression et d'augmentation des peines. Le champ procédural subit aussi l'impact de cette expansion par exemple avec la diminution des garanties de l'individu face au pouvoir de l'État. Un régime spécial des peines complète l'arsenal répressif. Un nouveau droit est en développement dans les deux pays. Ses principales caractéristiques sont : l'anticipation de la répression, des peines très sévères, la restriction des garanties procédurales.

De ces deux droits, - brésilien et français – on peut déduire un véritable activisme législatif. Tout se passe comme si cette inflation de textes donnait à penser que ceux-ci deviennent provisoires : aussitôt écrits, ils sont modifiés soit par l'effet de nouvelles formes criminelles (par appel à l'internet par exemple) soit du fait d'un législateur perfectionniste, réécrivant sans cesse ses lois pour les rendre plus efficaces. Tout cela conduit à s'interroger sur ce que peut faire le législateur, jusqu'où il peut aller dans la confiscation des libertés. On pense notamment à la fameuse *théorie allemande de l'ennemi*, dont nous allons parler.

6. **La théorie du droit pénal de l'ennemi.** L'hypothèse lancée par les doctrines française et brésilienne est celle de l'adoption, en matière de terrorisme, du *droit pénal de l'ennemi*, d'ailleurs

[36] Günther JAKOBS et Manuel Cancio MELIÁ, *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, eBook Kindle, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 30 avril 2012, p. 957.

très critiquée[37], théorie conçue par Günther Jakobs, dans les années 1990[38], inspiré par la doctrine de Von Listz[39].

Von Liszt avait une vision dédoublée du droit : un droit pénal contenant les garanties propres à l'État de Droit, applicable aux citoyens, criminels occasionnels et, un autre droit, pour les délinquants récidivistes et incorrigibles, qui doivent être condamnés à une peine perpétuelle, pour qu'ils deviennent *inoffensifs*[40]. Ces idées ont influencé le droit pénal du national-socialisme et le *droit pénal de l'ennemi*. Le danger de cette vision est qu'elle conduit à un *droit pénal de l'auteur*, où la peine est attachée à la personne et non au fait criminel, selon que le souligne M. Muñoz Conde[41].

L'objectif du droit pénal de l'ennemi est l'élimination d'un danger. Ses outils sont l'incrimination étendue à la préparation de l'acte et la peine qui vise la sécurité publique en prévision de faits futurs au lieu de sanctionner des faits du passé[42].

> Jakobs, lui-même, décrit les principales caractéristiques de ce modèle de politique criminelle comme a) une large anticipation de la punissabilité, c'est-à-dire, un changement de perspective du fait *typique* réalisé, vers un fait futur, comme dans le cas du terrorisme et d'organisations criminelles ; b) l'absence d'une réduction de peine, normalement proportionnelle à l'avancement de la préparation de l'acte ( par exemple, la peine pour le mandant/ mentor d'une organisation terroriste serait la même que celle appliquée à l'auteur d'une tentative d'homicide, seule étant admise la diminution de peine concernant la tentative ) et c) le changement de la législation pénale vers une législation de lutte pour combattre la délinquance et, concrètement, la délinquance économique [traduction libre][43].

---

37 « Le choix d'abord du mot ennemi est lourd de connotations historiques, d'autant plus lorsque l'on appuie son raisonnement sur une institution d'origine nazie. Lourd de réminiscences inévitables : théories de Carl Schmitt ou de certains pénalistes nazis […] » (Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 15 mars 2010, vol. 2010, n° 01, pp. 69- 80).

38 Günther Jakobs est professeur émérite de droit pénal et de philosophie du droit de l'université de Bonn, en Allemagne.

39 Von Liszt était attaché à l'Université « Friedrich-Wilhelms-Universität » de Berlin, à la fin du XIX$^{ème}$ siècle et au début du XX$^{ème}$. Son principal œuvre est le « Manuel de Droit Pénal Allemand. Partie générale », Berlin-Leipzig, 1881 (21a. et 22a. ed. de 1919). Titre original : « Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil », cité par Francisco Muñoz CONDE, « Das Erbe Franz von Liszts », dans Felix HERZOG et Ulfrid NEUMANN (dir.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, Heildelberg, Müller, 2010, pp. 535- 558.

40 Ces idées existaient déjà dans la doctrine positiviste italienne avec la distinction de Ferri entre les délinquants peu dangereux (délinquants occasionnels et passionnels) et les délinquants très dangereux (criminels récidivistes et criminels-nés).

41 Francisco Muñoz CONDE, « Das Erbe Franz von Liszts », *op. cit.*, p. 23.

42 Günther JAKOBS et Manuel Cancio MELIÁ, *Direito Penal Do Inimigo*, *op. cit.*, p. 345

43 En portugais : « *O próprio Jakobs descreve as principais características desse modelo de política criminal como: a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no*

Les principales critiques faites au *droit pénal de l'ennemi* sont les atteintes aux principes de légalité et de proportionnalité. En France, des publications sur le droit pénal de l'ennemi datent de 2009[44]. Elles ont été suivies d'une série d'articles et même de Thèses[45]. Les critiques concernent principalement, la distinction entre le citoyen et l'ennemi, origine d'un droit pénal de l'auteur, fondé non pas sur un fait interdit, mais sur les caractéristiques de la personne. La notion de dangerosité est substituée à la notion de culpabilité. L'incrimination s'éloigne de la description d'un fait et de ses conséquences, atteignant ainsi le principe de la légalité, et la proportionnalité de la peine est mesurée selon la dangerosité présumée de l'auteur. Au Brésil, cette discussion est aussi à l'ordre du jour[46].

La plupart des auteurs brésiliens pensent que *le droit pénal de l'ennemi* porte une atteinte à la Constitution Fédérale en son essence :

> Quelle que soit la conception de la fonction de la peine adoptée, le Droit Pénal, dans un État Constitutionnel de Droit, doit s'orienter sur des critères de *proportionnalité et d'imputation*, tout en préservant les garanties constitutionnelles et l'essence de l'être humain, c'est-à-dire, sa considération comme personne, comme être humain, comme citoyen, et non pas comme un irrationnel[47].

---

*caso de terrorismo e organizações criminosas ; b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa ) e c) mudança da legislação de Direito Penal para a legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica* ». (Günther JAKOBS, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes*, São Paulo : Manole, 2003, V. 1 Coleção Estudos de Direito Penal, p. 55-57, cité par Alexandre Rocha Almeida de MORAES, *Direito penal do inimigo a terceira velocidade do direito penal*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 197).

44 Nous pouvons citer la Revue de sciences criminelles, Dalloz, 2009, nº 01, contenant plusieurs articles : Günther JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 7- 18 ; Francisco Muñoz CONDE, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *RSC*, 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 19- 30 ; Mireille DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC*, 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 59- 68 ; Michèle PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC*, 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 3- 6.

45 Entre autres : Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *op. cit.* ; Oliver CAHN, « « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre ». Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de politique criminelle*, 2016, n° 38, pp. 89- 121 ; Christine LAZERGES et Hervé HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 7 novembre 2016, vol. 2016, n° 03, pp. 649- 661 ; Azadeh SHAHIN MOGHADDAM, *Contribution à l'analyse du droit pénal de l'ennemi : étude comparée droits occidentaux/Iran*, Thèse de doctorat, Poitiers, Université de Poitiers, 10 juin 2016.

46 Nous pouvons citer la publication de : Günther JAKOBS et Manuel Cancio MELIÁ, *Direito Penal Do Inimigo*, *op. cit.* Et de: Alexandre Rocha Almeida de MORAES, *Direito penal do inimigo a terceira velocidade do direito penal*, *op. cit.*, cette dernière contenant une vaste bibliographie. En outre, presque tous les ouvrages de droit pénal plus récents font référence à cette théorie.

47 « *Seja qual for a concepção da função da pena, o Direito Penal, num Estado Constitucional de Direito, há de orientar-se por critérios de "proporcionalidade e de imputação" (Meliá), preservando as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou*

La doctrine française regrette cette théorie :

> Le droit pénal de l'ennemi, en distinguant citoyens et ennemis, sonne le glas de l'universalité des droits et libertés fondamentaux, excluant de la communauté des hommes, les ennemis. C'est un droit du rejet et sans espérance aucune pour ceux qui ont lourdement porté atteinte à la Nation par des actes terroristes ou des crimes considérés comme très graves[48].

On observe que l'adoption d'un droit pénal de l'ennemi, en droit français et en droit brésilien, supposerait un changement de l'interprétation des principes de proportionnalité et de légalité, standards d'un régime démocratique de Droit. Cela soulèvera plusieurs difficultés importantes.

Au Brésil, après vingt-ans de régime militaire, sa jeune démocratie a été instaurée en 1985, où les droits individuels, limitant le domaine pénal[49], sont tous prévus par la nouvelle Constitution Fédérale ; ces principes sont d'habitude interprétés avec beaucoup de rigueur. À côté d'un *droit pénal de l'ennemi*, existe un droit orienté par *le garantisme pénal*, porteur d'une stricte légalité[50].

7. **Première difficulté : la légalité criminelle dans le droit des incriminations.** Le principe de la légalité est prévu par la Constitution Fédérale, à l'article 5ème, XXXIX, ainsi qu'à l'article 1er, du Code pénal : « il n'y a pas d'infraction sans loi antérieure qui la définisse ni de peine sans définition légale préalable »[51]. La doctrine du garantisme pénal, distingue *la simple légalité*

---

*seja, sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão, e não como um irracional* ». (Günther JAKOBS et Manuel Cancio MELIÁ, *Direito Penal Do Inimigo*, *op. cit.*, p. 140).

48 Christine LAZERGES et Hervé HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 650.

49 Gianpaolo Poggio SMANIO et Humberto Barrionuevo FABRETTI, *Introdução ao Direito Penal. Criminologia, Princípios e Cidadania*, 4ª edição, s.l., Atlas, 24 novembre 2015, p. 143.

50 La théorie du garantisme pénal a été conçue par l'italien Luigi Ferrajoli, dans l'ouvrage « Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale », où il précise : « *Según uma primera acepción, garantismo designa um modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de "estricta legalidade" SG proprio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como um sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado em garantia de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es* garantista *todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva* ». (Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2014, p. 851/852) (« Selon une première acception, le "garantisme" désigne *un modèle normatif de droit* : précisément, en ce qui concerne le droit pénal, le modèle de "légalité stricte" propre de *l'état de droit*, qui sur le plan épistémologique se caractérise comme un système cognitif ou de pouvoir minimum, sur le plan politique comme une technique de protection capable de minimiser la violence et de maximiser la liberté, et sur le plan juridique comme un système de liens imposés au pouvoir punitif de l'État en garantie des droits des citoyens. En conséquence, est *garantiste* tout système pénal qui s'adapte normativement à ce modèle et le respecte de manière effective ». [traduction libre]).

51 Didier MAUS *et al.* (dir.), *La nouvelle République brésilienne*, *op. cit.*, p. 285.

de la *légalité stricte*. La doctrine brésilienne explique que la première oblige le juge tandis que la deuxième c'est pour le législateur. La légalité stricte implique une technique législative spécifique qui exclue de l'incrimination la description des caractéristiques de certaines personnes, comme *les vagabonds*, *les dangereux*, *les sorcières*[52].

En raison de ce principe, le fait incriminé doit être bien défini par la loi, de sorte que les descriptions génériques et indéterminées, connues comme *types pénaux ouverts* sont contraires à la Constitution. Malgré l'interprétation de la doctrine, on observe qu'en matière de terrorisme, les incriminations brésiliennes sont plus génériques que leurs équivalents en France.

Le législateur français a utilisé deux techniques différentes : la première, celle du *renvoi*, pour établir une incrimination générale de terrorisme et la deuxième, celle de la création d'infraction autonomes, pour combler les lacunes. Le législateur brésilien, tout en gardant la même philosophie, n'a utilisé qu'une seule technique : celle de la création d'infractions autonomes.

En France, le « renvoi à des infractions de droit commun » a été utilisé à l'article 421-1 du Code pénal. En se référant à la méthode législative du *renvoi*, Mme. Julie Alix, dans une analyse très englobante sur le droit de fond, à propos du terrorisme, explique que :

> La méthode retenue aboutit à une qualification du terrorisme en deux étapes. Dans un premier temps, le champ d'application est délimité par référence à une liste d'infractions de droit commun préexistantes. Dans un second temps, chacune des infractions énumérées est susceptible de recevoir une qualification terroriste lorsqu'elle est commise dans un certain contexte et dans un but particulier[53].

La formule est simple : il suffit d'ajouter à une infraction de droit commun (l'article 421-1 renvoie à sept catégories d'infractions), un élément moral particulier, exprimé par la formule « lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

---

52 Gianpaolo Poggio SMANIO et Humberto Barrionuevo FABRETTI, *Introdução ao Direito Penal. Criminologia, Princípios e Cidadania*, *op. cit.*, pp. 155- 156.

53 Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010, p. 54.

Le *renvoi* est une méthode législative, dont la définition appartient au domaine de la *légistique*. Une étude récente sur les listes d'infractions précise sa définition : « l'invitation formelle, énoncée par la règle, à se reporter à une ou plusieurs autres dispositions »[54].

Dans sa thèse, Hajer Rouidi, va au-delà de la technique du renvoi, elle parle de son association avec la technique de liste d'infractions.

> En plus de la liste, le législateur fait parfois appel à une autre technique qui permet de favoriser l'économie des mots : le renvoi. L'effet est alors décuplé lorsque ces deux techniques sont utilisées ensemble. C'est le cas lorsque le législateur renvoie à une liste pour délimiter le champ d'application de nouvelles règles (renvoi à une liste). C'est également – et particulièrement – le cas lorsque le renvoi se fait d'une liste à une autre (renvoi dans une liste)[55].

Les deux auteurs précités ont remarqué que la méthode en question permet la création d'une nouvelle catégorie d'infractions, dans le but d'appliquer un régime dérogatoire[56].

La deuxième technique consiste en la création d'infractions autonomes, inspirées du droit commun, comme par exemple l'association de malfaiteurs terroristes (article 421-2-1 du Code pénal), ou d'infractions nouvelles, comme par exemple le terrorisme écologique (article 421-2).

Au Brésil, toutes les incriminations de terrorisme sont autonomes ; mais l'article 2ème, § 1er, de la loi 13.260/2016, utilise la même technique : ajouter un élément moral particulier à des faits matériels, décrits par le même article et inspirés du droit commun. À côté de cette incrimination générale, d'autres infractions nouvelles ont été créées pour combler les lacunes : articles 3ème, 5ème et 6ème, de la loi 13.260/2016.

Face à ces deux droits nationaux, il est nécessaire d'évoquer la position de l'Union européenne avec la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, modifiée en 2017 par la Directive (UE) 2017/541. Son article 3º est assez proche de l'article 421-1 du Code pénal français.

---

54 Nicolas MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », dans *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, p. 55-72, cité par Hajer ROUIDI, *Les listes d'infractions : étude en droit pénal français, italien et international*, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, Poitiers, Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers : LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 62.

55 *Id.*, p. 60.

56 *Cf. Id.*, p. 105 : « Il s'agit toujours de la même démarche de catégorisation constitutive de tout le droit pénal spécial. Néanmoins, l'originalité et la particularité de cette méthode consistent dans la création d'une nouvelle catégorie, à partir d'infractions déjà existantes, de nature et de gravité variables, et ce dans le but de les sortir du droit commun ».

En conclusion de leur recherche, Ludovic Hennebel et Gregory Lewkkowicz, faisant appel à une comparaison plus large, entre la législation internationale et celle de plusieurs pays, ont observé l'existence des deux méthodes pour définir le terrorisme, l'une déductive et l'autre inductive. La méthode déductive cherche une définition générale du terrorisme, qui passe nécessairement par l'intention terroriste. La méthode inductive, elle, part des actes qui normalement matérialisent l'action terroriste. Ainsi, par rapport aux éléments du crime, la méthode déductive utilise l'élément moral, le dol spécial, comme la base de la définition, tandis que la méthode inductive part de l'élément matériel pour caractériser le crime[57].

La combinaison différente des deux méthodes peut être observée dans différentes législations, ce qui est valable pour les législations française et brésilienne. Le Brésil n'a pas utilisé la *technique du renvoi*, mais une description beaucoup plus généraliste que la française, au risque de porter atteinte au principe de légalité. En revanche, *le renvoi*, en France, entraine l'inclusion d'infractions moins graves, dans la catégorie terroriste, au risque de porter atteinte au principe de proportionnalité.

L'analyse de chaque incrimination et de son rapport avec les principes de proportionnalité et de légalité peut nous révéler l'incidence du *droit pénal de l'ennemi* dans chacune de ces législations.

On observe, en outre, dans les deux droits, l'incrimination de façon autonome d'actes préparatoires. En droit brésilien, on prévoit même une incrimination générique d'actes

---

57 « Les ébauches de typologie définitionnelle du terrorisme mettent classiquement en lumière les différentes méthodes utilisées dans les tentatives d'approcher une définition juridique du terrorisme. D'un point de vue analytique deux approches existent pour incriminer le terrorisme international : l'approche inductive et sectorielle ou déductive et générale. La méthode déductive cherche à proposer une définition générale de terrorisme sous laquelle tomberaient tous les actes considérés comme "terroristes". L'approche inductive tend, quant à elle, à criminaliser, selon des modalités particulières, certains actes, que le sens commun assimile à des actes terroristes, sans pour autant proposer des définitions générales du terrorisme, voir, sans faire usage de la notion de "terrorisme". Très généralement, l'approche déductive tend à privilégier la nature de l'intention qui préside à l'acte incriminé alors que l'approche inductive tend à privilégier l'acte matériel des infractions incriminées. Ces deux méthodes peuvent également être combinées et le sont le plus souvent de telle sorte qu'il serait possible de classer les définitions le long d'un *continuum* dont la méthode inductive pure et la méthode déductive pure seraient les extrêmes. Si une analyse systématique des définitions ressortissant à l'une ou l'autre de ces méthodes n'aurait que peu d'intérêt dans le cadre de cette contribution, il importe toutefois d'illustrer ces méthodes par l'exemple et de souligner les difficultés auxquelles elles peuvent conduire ». (Ludovic HENNEBEL et Gregory LEWKOWICZ, « Le problème de la définition du terrorisme », dans Ludovic HENNEBEL et Damien VANDERMEERSCH (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Collection Magna Carta, Bruxelles, Bruylant, 3 novembre 2009, pp. 31- 32).

préparatoires. Il s'agit de la principale caractéristique du droit pénal de l'ennemi, ayant comme finalité la prévention contre les actes de violence terroriste.

L'incrimination d'actes préparatoires est seulement une des techniques utilisées par le législateur pour permettre la punition en amont de la consommation du délit, c'est-à-dire, pour anticiper la répression. Les techniques d'anticipation de la répression ont toujours existé pour éviter le résultat d'infractions très graves. Les « infractions spéciales consommées en elles-mêmes » (aujourd'hui qualifiées d'infractions formelles) sont une création du droit romain ; la théorie de la tentative a été développée par les Glossateurs Italiens au XIII$^{ème}$ siècle et apparaît en droit français dans le Code de 1810. Ce même Code prévoyait un délit d'association de malfaiteurs[58]. Au Brésil, le Code pénal de 1940 contenait déjà l'infraction de *quadrilha ou bando* (bande de criminels), prévue à l'article 288.

L'anticipation de la répression n'est pas une stratégie nouvelle, ni exclusive de la lutte contre le terrorisme. Cependant, elle a progressé, surtout, après les attentats de 2001, à New York, à des stades très proches du simple projet d'une infraction, à tel point qu'on pourrait dire que la « lutte » se concentre aujourd'hui sur le champ de la diffusion de l'idéologie terroriste.

8. **Seconde difficulté : la légalité dans le droit des peines.** Dans ce système pénal, où l'anticipation de la répression est la règle, la sévérité de la peine entre en rapport avec la dangerosité présumée de l'auteur, à côté des conséquences effectives de l'infraction. Des peines lourdes sont prévues pour des infractions dont les conséquences sont *immatérielles* et les mandants ou chefs d'organisation sont punis plus sévèrement que les simples participants. Enfin, les peines appliquées pour les infractions de droit commun sont *aggravées* quand elles sont commises avec un but terroriste. On note que la peine augmente non pas en fonction de la matérialité de l'infraction, mais en fonction de son élément moral. L'idée que l'infraction grave est nécessairement violente n'a plus de sens. Le système d'incrimination fonctionne sous une autre logique, celle de la prévention.

Il faut remarquer, toutefois, que la sévérité des peines, elle-aussi, n'est pas nouvelle, ni propre au terrorisme. La réclusion criminelle à perpétuité suivie d'une mesure de sûreté perpétuelle a été prévue, en France, en 1994, pour le meurtre et l'assassinat de mineurs de 15

58 Alain PROTHAIS, *Tentative et attentat*, Bibliothèque de sciences criminelles, Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1985.

ans précédés ou accompagnés d'un viol, de torture ou d'actes de barbarie ; elle s'est étendue en 2011 aux assassinats commis sur certains agents publics (article 221-3 du Code pénal) et il a fallu attendre la loi du 3 juin 2016 pour que cette période de sûreté perpétuelle soit applicable en matière de crime terroriste[59]. De même, le régime brésilien d'exécution des peines est devenu plus sévère pour les *crimes odieux*[60] en 1990 ; il n'a été applicable aux infractions de terrorisme qu'à partir de leur définition par la loi 13.260/2016.

9. **Troisième difficulté : la légalité en procédure pénale.** La création des règles spéciales concernant la recherche de la preuve et celles sur la détention provisoire des terroristes, est la troisième caractéristique du *droit pénal de l'ennemi*. N'oublions pas l'institution de juridictions spécialisées à de telles fins ; en effet, ont été créés : une cour d'assises siégeant à Paris, sans jury populaire, pour le jugement de crimes de terrorisme ; des délais spéciaux de garde à vue ; des techniques sécrètes d'investigation ; des pouvoirs élargis donnés aux autorités policières et aux membres du parquet.

La création d'une Cour d'assises siégeant à Paris pour les jugements de crimes de terrorisme est la première manifestation d'une procédure plutôt autoritaire, soit en raison de l'exclusion des jurés populaires, soit par la création d'une compétence concurrente dans tout le territoire. La recherche de la preuve et le jugement des infractions de terrorisme est faite par un corps de magistrats spécialisés dans la matière. En outre, ces magistrats ont à leur disposition, ainsi que la police judiciaire sous leur contrôle, des techniques comme l'infiltration policière, les interceptions des communications, en utilisant les nouvelles technologies, entre autres, et un régime spécial de *visites et saisies*. La doctrine a évoqué un concept de Justice prédictive, caractérisée aussi par la surveillance de masse : « On en vient à un régime de suspicion où la mondialisation de la surveillance est encore facilitée par la *transition fulgurante* liée à la révolution techno-scientifique »[61].

Enfin, l'allongement de la garde à vue et de la détention provisoire, accompagné de quelques mesures de restriction du droit à un avocat, marquent le durcissement procédural

59 Michel DANTI-JUAN, « Période de sûreté perpétuelle de l'article 221-3 du Code Pénal et CEDH, 13 novembre 2014, Bodein c/ France », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, mars 2015, vol. 2015, n° 1, p. 159.

60 Loi n° 8072, du 25 juillet 1990, sur les crimes odieux. La loi liste les crimes odieux et les crimes à eux assimilés, y compris le terrorisme, et prévoit un régime d'exécution de peines spécial.

61 Mireille DELMAS-MARTY, « Vers une justice pénale prédictive », dans Julie ALIX *et al.* (dir.), *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 62.

caractéristique du *droit pénal de l'ennemi*, car cet adversaire, selon cette théorie, *ne mérite pas les mêmes garanties individuelles que le citoyen*.

La législation brésilienne ne prévoit pas une juridiction spécialisée pour le jugement de terroristes, mais les procédures spéciales pour la recherche de la preuve et les délais allongés de privation de liberté avant condamnation occupent déjà leurs places dans le système et concernent toute la criminalité organisée. En revanche, le système accusatoire a été adopté, équilibrant et limitant ces procédures spéciales.

**10. Nécessité de contrôles.** Dans les deux pays, l'huile qui garantit le fonctionnement des engrenages de ce modèle autoritaire de droit[62] est un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois qui, face à la gravité de l'infraction, ne sauvegarde que les droits non dérogeables, comme le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou de traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et le respect du principe de légalité, prévus aux articles 2, 3, 4, § 1 et 7 de la Convention EDH.

Ce contrôle est exercé en France par la CEDH[63] qui correspond dans le système brésilien à la Cour Interaméricaine de Droits de l'Homme[64], et par le Conseil Constitutionnel[65] et son

62 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 903.

63 « Instituée en 1959, la Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction internationale compétente pour statuer sur des requêtes individuelles ou étatiques alléguant des violations des droits civils et politiques énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme. Depuis 1998, la Cour siège en permanence et peut être saisie directement par les particuliers. En près d'un demi-siècle, la Cour a rendu plus de 10 000 arrêts. Ses arrêts, qui sont obligatoires pour les États concernés, conduisent les gouvernements à modifier leur législation et leur pratique administratives dans de nombreux domaines. La jurisprudence de la Cour fait de la Convention un instrument dynamique et puissant pour relever les nouveaux défis et consolider l'État de droit et la démocratie en Europe. La Cour a son siège à Strasbourg, dans le Palais des droits ». (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, « La cour en bref » [en ligne], s.d., Disponible à l'adresse : http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_FRA.pdf).

64 Chapitre I, Article 1 du Statut de la Cour IDH: « *La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto* ». (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, « Estatuto de la Corte IDH » [en ligne], s.d., Disponible à l'adresse : http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto) (« La Cour Interaméricaine de Droits de l'Homme est une institution judiciaire autonome dont l'objectif est l'application et l'interprétation de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme. La Cour exerce ses fonctions conformement aux les dispositions de la Convention citée et du présent statut ». [traduction libre]).

65 « Le Conseil constitutionnel a été institué par la Constitution de la Ve République, en date du 4 octobre 1958. C'est une juridiction dotée de compétences variées, notamment du contrôle de conformité de la loi à la Constitution ». (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Présentation générale » [en ligne], 9 mai 2008, Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html).

équivalent brésilien, le *Supremo Tribunal Federal*[66]. Ces Hautes Cours de Justice exercent leur pouvoir sur les législations, surveillant le respect des principes de légalité et de proportionnalité. C'est à eux de limiter l'expansion du droit pénal, à la lumière des dits principes.

En droit interne, en France comme au Brésil, on comprend que les lois subissent un processus de validation, qui peut avoir lieu avant ou après l'entrée en vigueur[67]. Dans cette période d'expansion du droit, souvent les lois sont approuvées en régime accéléré et le contrôle n'est exercé qu'après l'entrée en vigueur des lois. Nous pouvons citer comme exemples récents : « la Loi nº 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale » et la « Loi nº 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme » en France et la Loi 13.260 du 16 mars 2016, sur le terrorisme, au Brésil.

Un deuxième type de contrôle est exercé par les juges, car c'est leur fonction d'appliquer le droit en chaque affaire. Dans ce sens, leur pouvoir et leur rôle est d'autant plus important que sont génériques et ouvertes les dispositions des lois. C'est à eux d'en combler les lacunes par voie d'interprétation.

On est autorisé à penser que la dérive autoritaire du droit n'est pas le fruit seulement du pouvoir législatif. Le pouvoir judiciaire, même dans un système romano-germanique, joue un rôle important. À la limite, le peuple lui-même, en acceptant sans se révolter, les dérives atteignant quelques secrets de la vie privée, par exemple, joue son rôle. Enfin, on discute en doctrine, d'un *droit international de l'ennemi* : « Le paradigme de l'ennemi, loin d'être abstrait ou

---

66 « *O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República* ». (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, « Institucional » [en ligne], 11 décembre 2017, Disponible à l'adresse : http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional) (« Le *Supremo Tribunal Federal* est l'organe situe au sommet du Pouvoir Judiciaire, et il est compétent, principalement, pour veiller au respect de la Constitution, conforme définit par l'article 102 de la Constitution de la République ». Il est compétent pour déclarer une loi contraire à la Constitution par une décision *erga omnes,* quand il est saisi directement dans une action déclaratoire, ou seulement à l'occasion d'une affaire, quand il est saisi par voie dans recours dit "extraordinaire" ». [traduction libre]).

67 « Juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel exerce soit un contrôle a priori, soit un contrôle a posteriori ». (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Présentation générale », *op. cit.*).

potentiel, a influencé - selon l'avis le plus répandu - la stratégie de lutte contre le terrorisme international adoptée par de nombreux pays après le 11 septembre 2001 »[68].

Le scénario se complique encore un peu en France, où deux autres phénomènes accompagnent ce droit pénal dérogatoire : une guerre menée à l'étranger, dont les règles concernent le droit de la guerre ; et, à l'intérieur, le développement de mesures administratives de prévention[69], c'est-à-dire, hors du contrôle du juge pénal, qui sont exercées par la police administrative. Elles font partie de l'arsenal utilisé par l'État pour *combattre* les terroristes, elles impliquent la restriction des libertés, mais elles ne seront intégrées dans notre étude de droit pénal, que de manière secondaire.

**11. Questions essentielles et plan.** Un droit pénal de l'ennemi est substitué au droit du citoyen en matière de terrorisme. La preuve de cette modification dans la réalité est : a) la prédominance d'incriminations d'actes préparatoires ; b) l'imposition de peines et de régime d'exécution de peines très sévères visant plutôt l'anéantissement du condamné que sa resocialisation ; c) l'utilisation de procédures dérogatoires dans la recherche de la preuve et malmenant la liberté du suspect.

Ces affirmations, correspondent-elles à la vérité dans les deux pays ?

Dans quelle mesure les principes de proportionnalité et de légalité sont-ils respectés dans les deux législations ?

Quel équilibre respecter pour compenser, dans la balance de la Justice, le lourd poids[70] des attentats terroristes ?

En quoi, finalement, le droit brésilien pourrait-il s'inspirer du droit français et vice-versa, pour la construction du droit pénal anti-terroriste de l'avenir ?

---

68 Michèle PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *op. cit.*.

69 « […] l'hypertrophie de la prévention par le droit pénal n'a finalement pas entraîné l'atrophie de la prévention administrative. Au contraire, on assiste dans la période récente à un mouvement de rééquilibrage des pouvoirs en faveur de la police administrative, rééquilibrage qui est rendu possible par une très nette revalorisation des pouvoirs de la police administrative ». (Julie ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », dans Julie ALIX *et al.* (dir.), *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 433- 434).

70 Pour utiliser l'expression de M. Danti-Juan et de M. Pradel. (Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 771).

Pour trouver des réponses aux questions posées ci-dessus, nous envisagerons une étude de l'ensemble du droit pénal concernant le terrorisme dans les deux pays.

Dans un premier temps, cette étude portera sur les définitions même des infractions de terrorisme (1ère Partie). Elle se concentrera ensuite sur le régime applicable à ces infractions (2ème Partie)

# Partie I

# L'étude comparée franco-brésilienne des définitions adoptées en matière de terrorisme

**12.** Une étude de droit pénal sur les définitions de terrorisme présuppose, avant tout, de connaître le concept de la définition adoptée pour chaque droit objet de la comparaison. On sait déjà que les droits français et brésilien appartiennent à la famille des droits romano-germaniques, où le principe de la légalité[71] leur est intrinsèque. Dans les deux pays, ce principe implique une loi écrite, émanée du pouvoir législatif, antérieure au fait et stricte[72].

Toutefois, on remarque une nuance entre les deux droits à propos de cette dernière caractéristique. En effet, le droit brésilien a adopté la théorie de la *typicité*, sous influence du droit allemand. La *typicité* est « la description, pour chaque infraction, de ses éléments matériels et moraux »[73]. Selon la doctrine brésilienne :

> La typicité est l'adéquation, la juxtaposition, l'encadrement, le façonnement ou la correspondance intégrale d'une conduite pratiquée dans le monde réel, au modèle descriptif constant de la loi (type légal). Pour qu'une conduite humaine soit considérée comme constituant un crime, il est nécessaire qu'elle s'ajuste à un type légal. On a, donc, d'un côté, une conduite de la vie réelle, et, d'un autre côté, le type légal de crime constant de la loi pénale. La typicité consiste en la correspondance entre les deux [traduction libre][74].

La définition d'une incrimination en droit pénal brésilien s'appelle *type pénal* [75]. Les éléments du *type pénal* dans les crimes intentionnels, selon la doctrine brésilienne, sont : le dol et le comportement[76]. En France, la doctrine parle des *éléments de l'infraction*. L'élément matériel correspond aux comportements incriminés par la loi et l'élément moral à l'état d'esprit de l'individu[77].

---

71 *Nullum crimen sine lege.*

72 *Cf.*, en France, Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 59 et, au Brésil, Gianpaolo Poggio SMANIO et Humberto Barrionuevo FABRETTI, *Introdução ao Direito Penal. Criminologia, Princípios e Cidadania*, *op. cit.*, p. 160.

73 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 60.

74 En portugais : « Tipicidade propriamente dita é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real, e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos ». (Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, Direito penal: parte geral, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 378).

75 « *El tipo legal es la abstracción concreta que há trazado el legislador, descartando los detalles innecessarios para la definición del hecho que se cataloga em la ley como delito* ». (Luis Jiménez de ASÚA, *La ley y el delito: principios de derecho penal*, 5ª ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, mai 1967, p. 235).

76 Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, *Direito penal*, *op. cit.*, p. 390.

77 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 71.

Ainsi, par conséquent, notre étude des définitions de terrorisme en droit comparée sera partagée en deux titres : d'abord sur l'élément matériel (Titre I), puis sur l'élément moral (Titre II).

# Titre I

# L’élément matériel

**13.** Le mot *matériel* signifie une chose qui existe, une chose qu'on peut en général toucher. *Le nouveau Petit Robert de la langue française* explique que le mot matériel tire son origine du mot latin *materialis*, qui veut dire *formé de matière*. Ou encore, en langage courant, « qui s'exprime, se manifeste dans la matière ou par la matière. Il a aussi le sens de *manifeste, palpable, tangible* »[78].

En droit brésilien l'élément matériel est appelé *matérialité du crime*. La signification de matérialité selon *Le nouveau Petit Robert de la langue française* est : « 1. Caractère de ce qui est matériel. *Le spiritualisme refuse d'admettre la matérialité de l'âme.* 2. Dr. *Matérialité d'un fait, d'un acte* (opposé à motifs), ce qui peut être vérifié. Réalité »[79].

Selon le *vocabulaire juridique*, l'élément matériel de l'infraction est un « acte (ex. un coup) ou une abstention (ex. un défaut de soins) qui forme la base de toute infraction et qui, en général associé aux autres éléments constitutifs (intention), suffit à lui seul à constituer l'infraction dans les infractions dites matérielles »[80].

L'élément matériel existe et se manifeste dans la réalité. Il concerne l'extériorité. « Puisque l'infraction est un fait tangible, extérieur, elle se réalise par ce fameux *élément matériel* de la doctrine française classique », a enseigné M. Pradel[81].

« Avec la matérialité, ou l'élément matériel, on rentre dans la lisibilité de l'infraction. Celle-ci passe d'abord par un référent nécessaire. C'est le comportement »[82]. « Le fait générateur de la responsabilité pénale est l'existence d'un comportement qui viole la loi pénale ou, en d'autres termes, d'une infraction »[83]. « Il n'y a pas d'infraction sans fait matériel »[84].

---

78 Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2007, p. 1551.

79 *Ibid.*

80 Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, p. 506.

81 Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 18e éd., revue et augmentée au 10 juillet 2010, Référence, Paris, Cujas, 2010, p. 295.

82 Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 3e édition, Collection Droit fondamental Droit classiques, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. 173.

83 Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 15e édition, Paris, Economica, 1 septembre 2008, p. 389.

84 Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 3e éd. mise à jour, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 220.

L'élément matériel du crime est l'acte par lequel l'intention ou l'imprudence de l'auteur s'extériorise. Même quand on réprime un acte préparatoire ou un état dangereux, il faut absolument qu'une attitude, prévue antérieurement par la loi, soit adoptée par l'auteur. Le comportement interdit par la loi, adopté par la personne, constitue l'élément matériel. Le comportement est, donc, la première exigence de la répression[85].

L'élément matériel peut être étudié sous plusieurs angles : selon le résultat de l'infraction ou selon sa *forme* et son *degré* [86].

Selon leur résultat, les infractions sont classifiées en infractions de résultat et infractions de comportement[87]. Les infractions de résultat sont des infractions matérielles et les infractions de comportement sont des infractions formelles. Dans la première catégorie, le résultat intègre l'infraction, tandis que dans la deuxième, s'il peut exister, il lui est extérieur. Les infractions formelles classiques supposent un commencement d'exécution et ce commencement suffit à caractériser l'infraction.

Une autre manière d'étudier l'élément matériel nous intéresse : celle concernant le degré. Il s'agit de l'*iter criminis* ou du chemin du crime[88]. La classification des infractions en formelles et matérielles, plus classique, n'était pas suffisante pour étudier les infractions de terrorisme, car la plupart des infractions en matière de terrorisme se situent maintenant dans le stade préparatoire et les infractions formelles et matérielles classiques supposent ce stade d'exécution du crime.

On doit remarquer encore, qu'en matière de terrorisme, il est possible d'envisager deux étapes dans le stade préparatoire ; l'une plus proche du commencement d'exécution et l'autre

---

85 Zaffaroni, Batista, Alagia et Slokar, ont considéré qu'il était important de construire ou d'établir un concept juridique pénal d'action, même avant d'étudier la théorie du crime, pour assurer le principe *nullum crimen sine conducta* : « […] *qualquer pretensão de exercício do poder punitivo tem que fundar-se na atuação de uma pessoa, e cabe impedir todo intento de afrontar ou desconhecer este nível primário de republicanismo penal (*nullum crimen sine conducta*)* » (Eugenio Raúl ZAFFARONI *et al.*, *Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo I : teoria do delito*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Revan, octobre 2010, p. 79) (« […] n'importe quelle intention d'exercer le pouvoir punitif doit se fonder à l'actuation de quelqu'un, […], et il faut empêcher toute intention d'affronter ou de méconnaître ce niveau primaire de républicanisme pénal *(nullum crimen sine conducta)* » [traduction libre]).

86 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 72.

87 Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 212.

88 « Tous les auteurs distinguent dans la genèse de l'infractions plusieurs phases : l'idée du crime, la résolution criminelle, les actes préparatoires, le commencement d'exécution et l'absence de désistement volontaire (tentative), l'exécution parfaite (qu'elle ait produit ses fruits ou non, comme il apparaît en cas d'infraction manquée et d'infraction impossible) ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 81)

plus proche de la résolution criminelle. La caractéristique qui a permis cette division est l'existence ou non d'un corps de délit, c'est-à-dire d'une *substance* propre à la pratique de l'infraction. Par exemple, un dépôt d'explosifs suppose l'existence matérielle des explosifs et du dépôt. Par contre, l'incitation au terrorisme, n'exige pas nécessairement des traces matérielles.

Nous avons mêlé les deux critères et partagé les délits formels, alors sans résultat, proprement dits, des délits formels sans résultat et sans substance. Ces derniers se situent toujours au stade préparatoire, et plus proches de la cogitation, de telle manière qu'ils seront analysés dans un chapitre propre. Un graphique a été conçu pour faciliter la compréhension de cet *iter crimins* particulier et, disons, plus détaillé. Il est particulier, parce qu'en matière de qualification du terrorisme il y a des infractions formelles qui se situent dans le stade préparatoire par rapport au résultat final redouté[89].

Cela étant, nous avons envisagé un plan pour le titre premier qui conjugue l'utilisation de ces deux classifications. Le chapitre premier est consacré aux atteintes avérées et le chapitre deuxième aux atteintes potentielles. Ce dernier contient deux sections, la première traitant de la pénalisation d'infractions formelles et la deuxième de la pénalisation des actes préparatoires.

Les articles de loi que nous allons ensuite comparer pour chaque pays utilisent des formules proches pour lister les comportements par lesquels les actes de terrorisme peuvent s'extérioriser. En France, l'article 421-1, du Code pénal prévoie : « Constituent *des actes* de terrorisme […] les infractions suivantes ». Au Brésil, l'article 2ème, *caput*, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 dispose : « Le terrorisme consiste en le fait, par un ou plusieurs individus, de commettre *des actes* prévus dans cet article […] ».

Il faut remarquer une première différence de méthode : la loi française fait le *renvoi* à une liste d'infractions dont les comportements sont décrits dans le code pénal[90]. Julie Alix a constaté qu' « étudier l'action terroriste revient donc à analyser la conception juridique des actes d'exécution du terrorisme. En droit pénal français ces actes sont aujourd'hui très

89 « Par définition, tout acte de soutien au terrorisme quel qu'il soit constitue, sur l'*iter* terroriste, un acte préparatoire. À l'échelle de la criminalité terroriste en effet, aucune infraction de soutien au terrorisme, quelle que soit sa structure individuelle, n'est porteuse d'un résultat lésionnaire, dans le sens où aucune n'est, en elle-même, susceptible de provoquer la terreur ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 406)

90 *Id.*, p. 80.

nombreux. Le nombre des infractions d'action terroriste a en effet très nettement augmenté avec le nouveau Code pénal, lorsque le législateur a substitué le renvoi à des parties du Code pénal au renvoi à des articles incriminateurs »[91].

D'autre part la loi brésilienne ne fait *le renvoi* ni à des articles incriminateurs, ni à des parties du Code pénal. Elle liste les comportements, elle décrit les actions.

Certes, les lois ont établi une première limite à la répression : il faut un comportement, un acte, antérieurement décrit par la loi, pour qu'on puisse punir un individu pour *acte de terrorisme*.

En France, il y a encore une deuxième exigence de preuve de matérialité associée à l'élément moral de l'infraction et pour cette raison traitée par toute la doctrine dans la Section destinée à l'élément moral de l'infraction[92]. Il s'agit de la formule « en relation avec une entreprise individuelle ou collective », contenue dans l'article 421-1 du Code pénal français[93].

L'existence d'une infraction qui soit en relation avec une entreprise individuelle ou collective constitue un contexte qui s'extériorise, dans la réalité, par plusieurs moyens, de manière que, dans ce point de vue, le contexte appartienne à l'élément matériel[94].

La formule de la loi montre que le but terroriste appartient à l'entreprise. Celle-ci est donc plus qu'un simple dessein, elle contient en soi, par définition, la manifestation du dessein.[95]. Cette manifestation, cette *mise à exécution*, doit être visible dans la réalité.

Nous disons que l'entreprise présuppose une matérialité, parce qu'il n'y a aucun sens d'attribuer un *but spécifique* à un simple dessein.

---

91 *Ibid.*

92 Julie Alix a conclu que « l'exigence d'une relation avec une entreprise terroriste s'analyse dans la construction globale de la criminalité terroriste comme un "élément matériel complémentaire", qui s'ajoute à l'élément nécessaire que constitue le comportement individuel » (*Id.*, pp. 227-228)

93 Article 421-1, du Code pénal français : « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes : […] »

94 M. Pradel a qualifié ce contexte de *cadre du mobile.* (Jean PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *Recueil Dalloz*, 1987, vol. 1987, n° 07, p. 43)

95 M. Pradel explique que la définition de l'entreprise par Littré est adoptée par plusieurs auteurs : « tout dessein formé qui se met à exécution ». Il a qualifié ce contexte de « cadre du mobile », *in* « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal ». (*Ibid.*)

Le législateur a créé cette formule sans aucun doute pour permettre *d'encadrer* le but, pour utiliser l'expression de M. Pradel, de telle façon qu'on puisse avoir la preuve extérieure d'un dessein, ou au moins une preuve qui permettra au magistrat de supposer le but terroriste avec un peu plus de sécurité, car l'intention est intérieure.

La formule était dediée à donner un contour au but terroriste pour exiger la preuve d'un plan, d'une organisation qui précède la violence. Dans ce contexte, le but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur devient plus *lisible*.

L'exigence de la preuve d'un contexte spécifique renforce le principe du *nullum crimen sine conducta*, dans la mesure où il ajoute la nécessité de prouver les circonstances qui révèlent le but spécifique du terroriste.

Ce contexte ou ce cadre est lié au but terroriste, car « le mobile d'intimidation ou de terreur doit animer les auteurs non pas exactement de l'infraction de base (qui existe une fois pour toutes avec ses éléments propres), mais de l'entreprise qui est son cadre, son support et dont elle est la manifestation »[96].

Enfin, cette formule est une manière de distinguer le but terroriste du but de l'auteur de l'infraction de droit commun dans la réalité, de la manière dont on reparlera dans le Titre II, deé à l'élément moral.

La loi brésilienne a utilisé des techniques différentes pour tracer les contours du but terroriste et elle ne contient pas d'*élément matériel complémentaire*.

Dans les deux pays, d'autres comportements ont été qualifiés de terrorisme, mais par le biais de la création d'infractions autonomes, qui font référence à la dite-formule (*en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur*) de création d'actes de terrorisme.

« L'infraction est d'abord un fait, une action, un comportement. L'intention criminelle doit s'être extériorisée »[97]. Mais elle peut s'extérioriser selon un certain degré exigé par la loi.

---

96 *Ibid.*

97 Harald W. RENOUT, *Droit pénal général : DEUG droit*, Paris, Centre de publications universitaires, 1997, p. 121.

Quand l'extériorisation est plus proche de la cogitation, le comportement ne correspond pas à une trace laissée dans la réalité[98].

Quelles sont les actions ou les comportements de l'individu qui peuvent constituer des actes de terrorisme, en France et au Brésil ? Quelles conséquences la méthode adoptée par chaque pays a-t-elle sur le contenu des dispositifs ? L'anticipation de la répression, est-elle une réalité dans les deux législations ? Peut-elle constituer une atteinte aux principes de proportionnalité et de légalité ?

Dans un effort pour répondre à ces questions, les atteintes avérées, classiques, dont le résultat est palpable, réel, visible, seront analysées dans le Chapitre I, tandis que le Chapitre II sera réservé aux atteintes potentielles, toujours sans résultat, mais parfois sans substance.

98 « Même les doctrines modernes les plus subjectives ou les plus préventives reconnaissent, en accord avec la criminologie, que l'élément matériel en dépit de son déclin, reste indispensable pour révéler la volonté criminelle, l'état dangereux ou la personnalité antisociale ». (Alain PROTHAIS, *Tentative et attentat*, *op. cit.*, p. 37)

# Chapitre I

# La pénalisation des atteintes avérées

**14.** Les atteintes avérées ou matérielles sont celles où le résultat[99] est un des éléments de l'infraction[100]. C'est-à-dire que l'infraction est parfaite seulement si le résultat redouté et prévu par la loi survient comme conséquence du comportement interdit[101].

En droit français, les premières infractions terroristes étaient presque toutes matérielles. La loi nº 86-1020 du 9 septembre 1986 et la loi nº 92-686 du 22 juillet 1992, par la méthode du renvoi, ont qualifié de terroristes plutôt des infractions graves de droit commun, qui étaient matérielles[102]. Toutes les infractions avérées sont prévues à l'article 421-1 du Code pénal qui renvoie à plusieurs parties du Code pénal ne laissant hors de la qualification terroriste aucune infraction matérielle grave.

À côté d'elles, la loi a créé certaines infractions formelles ou de consommation anticipée, comme le terrorisme écologique ; des infractions obstacles, comme l'association de malfaiteurs terroristes ; et quelques infractions englobées par le renvoi à des parties entières du Code pénal en 1992, comme par exemple les menaces. Aussi comme effet du renvoi, quelques infractions formelles et obstacles ont été insérées dans le noyau des infractions autrefois matérielles par de nouvelles lois, comme par exemple quelques destructions, dégradations et détériorations. Elles sont l'exemple de la transformation profonde du droit pénal en matière de terrorisme.

Mais, si les infractions matérielles étaient majoritaires à cette époque, 30 ans d'évolution de la législation ont complètement changé ce panorama. Le droit pénal en matière de terrorisme devient plus préventif et les nouvelles infractions sont progressivement plus

---

99 Le résultat est l'impact dommageable de la conduite incriminée. (Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 210)

100 Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 20e éd, Précis Droit Privé, Paris, Dalloz, 2007, p. 218.

101 Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 211.

102 Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 103.

éloignées du résultat matériel du terrorisme, à tel point que la lutte se concentre aujourd'hui sur le champ de la diffusion de l'idéologie terroriste.

Au Brésil, la Loi 13.260 du 16 mars 2016 a suivi la tendance d'anticipation de la répression, par la création d'infractions autonomes, formelles ou *obstacle*. La première conséquence est qu'aucun comportement décrit par la loi ne constitue une infraction avérée. La deuxième, c'est qu'à des parties entières du Code pénal français, dont les infractions ont été qualifiées de terroristes, correspondent seuls trois alinéas de l'article 2ème, § 1er, de la loi 13.260 du 16 mars 2016. La méthode d'anticipation de la répression, par le biais de la création de délits formels au lieu de faire référence aux délits matériels de droit commun, sera-t-elle capable d'étendre suffisamment le domaine de la qualification terroriste ?

Ce premier chapitre est destiné à l'analyse des infractions terroristes avérées en droit français et de leurs équivalents en droit brésilien, une première section permettant l'analyse des infractions contre les personnes et la deuxième section consacrée aux infractions contre les biens.

## Section I. Les infractions contre les personnes

**15.** La personne humaine est le principal objet de protection du droit pénal français et brésilien. C'est pour cette raison que les crimes contre la personne sont les premiers prévus par le Code pénal brésilien[103] et viennent seulement après les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine dans le Code pénal français[104].

En droit français, avant la protection de la personne, il n'y a que la protection d'un groupement de personnes : orientation très importante et fondamentale dans notre culture occidentale.

Au Brésil, c'est la Constitution fédérale, dans l'article 5ème, qui établit la protection de la personne : « Tous sont égaux devant la loi, sans distinction de quelque nature. Est garantie à

103 Dans la partie spéciale du Code pénal brésilien, le Titre premier est consacré aux crimes contre la personne et son Chapitre premier aux crimes contre la vie.

104 Dans le Code pénal français le Livre II (premier livre à traiter de la partie spéciale) est consacré aux crimes et délits contre les personnes et son Titre II est dédié aux atteintes à la personne humaine.

tout Brésilien, et à tout étranger résidant dans le pays, l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sûreté et à la propriété, selon les termes suivants […] » [traduction libre][105].

Le terrorisme est l'une des manières des plus violentes de violer ces droits fondamentaux, ce qui explique l'importante répression légale par les États. Les premiers comportements terroristes interdits par la loi française sont les infractions contre la vie et l'intégrité de la personne, ainsi que les atteintes à sa liberté, par référence aux atteintes volontaires à la vie et aux atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, ou l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, « définis par le livre II du présent code »[106]. Dans la loi brésilienne, la protection contre la violence terroriste à l'égard de la personne est prévue à l'article 2ème, § 1, V, de la Loi 13.260 du 16 mars 2016 : « attenter à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne » [traduction libre][107].

Pour faciliter la comparaison, l'analyse aura pour base les comportements et non les articles ou les livres du Code pénal, car il n'y a pas de correspondance exacte entre les deux droits, par rapport à la matérialité du crime.

Nous allons décomposer l'article 421-1-1° du Code pénal français pour faciliter la comparaison avec le droit brésilien.

Dans le paragraphe suivant, nous allons analyser les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité physique de la personne qui peuvent constituer des actes de terrorisme, dans la législation française (A) et dans la législation brésilienne (B). L'intention n'est pas d'approfondir l'analyse de chaque infraction de droit commun, mais de comprendre la portée de chaque dispositif de loi, parce qu'à des chapitres entiers du Code pénal français, correspond une seule phrase en droit pénal brésilien.

Le paragraphe deuxième est destiné à l'analyse de l'enlèvement et de la séquestration ainsi que du détournement d'aéronef, de navire ou de tout moyen de transport. Dans l'alinéa

105 Constitution fédérale, art. 5º : « *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes :* […] »

106 Article 421-1-1º, première partie, du Code pénal français.

107 Article 2ème, § 1, V, de la Loi n° 13.260 du 16 mars 2016.

A nous traitons le droit français et dans l'alinéa B nous établissons, dans la mesure du possible, une comparaison avec le droit brésilien.

## § 1. Les atteintes volontaires à la vie et les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne

**16.** Les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne ne sont pas les mêmes ni en droit pénal commun, ni en matière de terrorisme, si l'on compare les droits français et brésilien. Dans les alinéas qui suivent, nous ne prétendons évidemment pas épuiser la matière, mais voir les principales différences entre les définitions et les techniques utilisées, surtout en matière de terrorisme.

### A. En France – article 421-1-1º, première partie

**17.** L'article 421-1-1°, première partie, du Code pénal français, établit que les atteintes volontaires à la vie et les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, entre autres comportements prévus dans le Livre II du Code pénal, et tels que définis par celui-ci, constituent des actes de terrorisme.

Nous avons un premier renvoi au Livre II du Code pénal, de sorte que nous devons nous y reporter, pour chercher la définition des atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, où nous trouverons les premiers comportements qui peuvent constituer des actes de terrorisme.

Le Livre II du Code pénal intitulé « Des crimes et délits contre les personnes » contient deux Titres. Le premier qui porte sur les *crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine* ; il n'est pas inséré dans le renvoi de l'article 421-1-1°, du Code pénal, parce que la loi a précisé les infractions qui sont prévues dans le Livre II, auxquelles elle renvoie. Elles sont : a) les atteintes volontaires à la vie ; b) les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne ; c) l'enlèvement et la séquestration ; d) le détournement d'aéronef, de navire ou de tout moyen de transport.

Il est vrai que le crime contre l'humanité est une catégorie d'infractions, puisque le législateur a utilisé la même technique que pour le crime de terrorisme : associer contexte et

but spéciaux à une liste d'infractions, pour créer une catégorie d'infractions[108], de manière que les atteintes volontaires à la vie et les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne intègrent aussi la définition de crime contre l'humanité.

D'autre part, la loi a créé deux catégories différentes d'infractions, en prévoyant des contextes et des buts différents, de manière à ne pas mélanger les infractions. Quelques infractions de droit commun qui peuvent constituer des actes de terrorisme, peuvent, dans un autre contexte, constituer un crime contre l'humanité ; mais un crime contre l'humanité en tant que tel ne peut pas être considéré comme un *acte de terrorisme*, faute d'un élément de terreur ou d'intimidation[109].

Compte tenu de ce qui précède, le renvoi dans ce premier dispositif analysé ne concerne que le Titre II, du Livre II, du Code pénal, intitulé *les atteintes à la personne humaine et contre l'espèce humaine*.

Mais on trouve encore d'autres restrictions, quand la loi fait référence aux atteintes *volontaires*. Ce mot exclut donc les atteintes involontaires à la vie, prévues à la Section 2 du

---

108 « Toutefois, on observe qu'au fur et à mesure que se développe le droit international pénal, que la barbarie de certains comportements heurte davantage la conscience universelle et que la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* s'étoffe, la liste des infractions entrant dans la catégorie des crimes contre l'humanité s'amplifie. Le statut du TMI énumérait une liste de cinq actes : l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, auxquels il ajoutait "tout autre acte inhumain ou bien les persécutions […]". L'article 3 du Statut du TPIR en ajoute quatre autres : l'expulsion, l'emprisonnement, la torture, le viol, complétés, comme en 1945, par les autres actes inhumains, et les persécutions. Le Statut de la Cour pénale internationale élargit encore l'énumération. Par son article 7, il ajoute à la déportation le "transfert forcé de population" ; à l'emprisonnement toute "autre forme de privation de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international" ; au viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la stérilisation forcée et "toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable". Il adjoint deux nouveaux éléments au catalogue : les disparitions forcées et l'*apartheid*. Quant aux "autres actes inhumains de caractère analogue", il précise qu'il s'agit de ceux qui causent « intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ». (Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2. éd., révisée, Paris, Pedone, 2012, pp. 117-118)

109 « Le criminel contre l'humanité ne revendique pas ses actes. Il les dissimule eu égard à l'intention particulièrement dangereuse qui les sous-tend. Une telle dissimulation ouvre la voie au négationnisme qui, bien qu'évoqué rarement en matière de terrorisme, a pour domaine de prédilection le crime contre l'humanité. À l'opposé, l'objectif d'ordre psychologique dans le terrorisme est indissociable du procédé utilisé : créer un climat de terreur et accréditer l'idée que le groupe qui en est l'auteur peut frapper n'importe qui, n'importe quand, n'importe où. Le terrorisme est une stratégie de communication, la violence étant conçue comme un message adressé à la cible visée. Or, ce sont de nos jours les médias de masse qui offrent la caisse de résonance indispensable pour susciter la peur bien au-delà des victimes directes. » Marie YAYA DOUMBÈ BRUNET, *Crime contre l'humanité et terrorisme* [en ligne], Poitiers, Université de Poitiers, 17 avril 2014, p. 221, Disponible à l'adresse : http://nuxeo.edel.univ-poitiers.fr/nuxeo/site/esupversions/eef06a44-b9fe-441c-84f3-2f8b4f147881

Chapitre I, et exclut aussi la Section 2, du Chapitre II, car elle est dédiée aux atteintes involontaires à l'intégrité de la personne.

Une remarque est nécessaire : les actes de terrorisme définis par la technique du *renvoi* sont toujours volontaires, parce que l'article 421-1 exige que les actes de terrorisme soient « intentionnellement en relation avec une entreprise […] », mais cette caractéristique concerne l'élément moral et sera analysée au Titre II. Cette précision sur la volonté est d'ailleurs inutile car, selon l'article 121-3 du Code pénal, tous les crimes et délits sont en principe intentionels.

Les atteintes à la personne, constituées par les disparitions forcées et la mise en danger de la personne, ne constituent pas des actes de terrorisme, car elles sont prévues dans des chapitres propres, écartées des atteintes à la vie et des atteintes à l'intégrité de la personne. Ce sont des atteintes à la personne, mais commises d'une manière spéciale (dans le cas de disparitions forcées) ou qui n'impliquent pas une violence (dans le cas de la mise en danger), et non pas visées par l'article 421-1 du Code pénal.

D'autre part, toutes les atteintes volontaires à la vie (article 221 à 221-5-1) et toutes les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne (article 222-1 à 222-18) peuvent constituer des actes de terrorisme[110].

Les *atteintes volontaires à la vie*[111] en droit français sont : le meurtre (article 221-1 et 221-2 CP)[112] ; l'assassinat (article 221-3)[113] et l'empoisonnement (article 221-5)[114].

110 « Ce sont désormais *toutes les atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique des personnes*, incriminées par le Livre II du Code pénal qui sont susceptibles de qualification terroriste, qu'elles soient simples ou aggravés, et quelle que soit leur gravité ». (Art. 221-1 à 221-5-1 et 222-1 à 222-18 CP ; Livre II, Titre II, Chapitre I, Section I et Chapitre II, Section I du Code pénal) (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, pp. 90- 91)

111 Le Livre II, Titre II, Chapitre I, Section I, du Code pénal traite des atteintes volontaires à la vie.

112 Article 221-1 – Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.

113 Article 221-3 Le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens constitue un assassinat. Il est puni de réclusion criminelle à perpétuité.

114 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.

L'article 421-1-1°, première partie mentionne aussi *les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne*[115] qui peuvent porter sur son intégrité physique ou psychique.[116]

Si les premiers textes en droit international et en droit français n'incluaient dans la liste des actes de terrorisme que des crimes très graves et impliquant un préjudice physique à la personne, le renvoi à des Chapitres entiers du Code pénal, dans ce cas, au Chapitre II, du Titre II, du Livre II, du Code pénal, a beaucoup élargi *les domaines de l'action terroriste*[117].

Les premières atteintes volontaires à l'intégrité de la personne sont les plus graves, prévues au paragraphe 1, du chapitre II, intitulé « des tortures et actes de barbarie » (article 222-1 à 222-6 du Code pénal).

M. Pradel et M. Danti-Juan font une première remarque :

> Il faut bien comprendre qu'aujourd'hui les tortures et les actes de barbarie jouent un double rôle : ils continuent à constituer des circonstances aggravantes des certaines infractions (meurtre de mineur, article 221-3 et 221-4 ; viol, article 222-26 ; séquestration, article 224-2 ; détournement d'aéronef ou d'autres moyens de transport, art. 224-7 ; proxénétisme, art. 225-9, ; vol. art. 311-10 ; extorsion, art. 312-7) et ils deviennent aussi une infraction autonome dont il faut examiner les éléments constitutifs et la répression[118].

Le texte ne définit pas les mots tortures et actes de barbarie, mais ces expressions anciennes, existaient déjà dans le Code de 1810. Le crime est traité aussi par le droit international, dans plusieurs conventions[119]. Dès lors, sa définition dérive soit de l'usage, soit du droit international.

---

115 Ces infractions sont prévues au Titre II, Chapitre II, Section I, du Code pénal français.

116 L'intitulé du Chapitre II, du Titre II, du Code pénal l'indique : « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne ».

117 « *Initialement circonscrite à des actes violents d'une certaine intensité commis directement ou indirectement contre les personnes*, l'action terroriste a connu un élargissement brutal avec la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992. L'article 421-1 du Code pénal issu de cette loi adopte en effet une conception « englobante » du terrorisme, notamment de son action. Cette conception résulte du renvoi, non plus à des articles individualisés, mais a des parties du Code pénal, identifiées par référence à leur intitulé ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 90)

118 Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 5e éd., Paris, Cujas, 6 septembre 2010, p. 66.

119 Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 10 décembre 1984 ; Convention Européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, de 26 juin 1987 ; Statut du Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) – article 5f ; Statut du Tribunal International pour le Rwanda (TPIR) – article 3f ; Statut du Tribunal spécial pour la sierra Leone (TSSL) – article 5.2 f ; Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI) – article 7-1-f.

La Convention contre la torture et autres traitements cruels, inhumains, ou dégradants, adoptée par l'Assemblée des Nations Unies, le 10 décembre 1984, contient une définition : « le terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées, à une personne […] » (art.1, § 1)[120].

La torture implique dans la plupart des exemples une lenteur de l'action, pour pouvoir prolonger la douleur de la victime. Mais, les attentats terroristes se passent très vite. Avant que les forces de l'État puissent arriver, l'attentat s'est déjà passé, dans la plupart des cas.

La torture implique aussi une action volontaire, c'est à dire, le dol d'infliger une douleur aiguë à la victime. Cette volonté est plutôt liée à une victime qu'on a choisie, pour des raisons diverses, mais à qui l'auteur de l'infraction veut infliger une souffrance.

Une des caractéristiques du terrorisme est que, en règle générale, l'auteur de l'infraction ne choisit pas la victime, quand il s'agit d'une collectivité, mais il atteint n'importe qui, pour répandre *la terreur* parmi toute la communauté[121]. L'auteur du crime contre l'humanité, par contre, vise une population civile, en raison de ses spécificités.

C'est en vertu de ces spécificités que la torture est plus associée au crime contre l'humanité, catégorie de crime que, d'ailleurs, elle intègre aussi (article 212-1-6°)[122].

Mais, la torture est une circonstance aggravante d'autres infractions qui sont elles aussi des actes de terrorisme, comme le détournement d'aéronef (article 224-7 du Code pénal), la séquestration (article 224-2 du Code pénal), le vol (article 311-10 du Code pénal), ou l'extorsion (article 312-7 du Code pénal).

120 Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 10 décembre 1984, article 1, § 1.

121 « Ainsi est terroriste l'acte qui vise une victime symbolique, élue à raison de ses fonctions – un chef d'état, par exemple – mais également celui qui a pour cible des victimes indiscriminées ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 32)

122 « Les techniques attentatoires à l'intégrité physique ou mentale sont tout autant protéiformes. Le plus graves d'entre elles, comme le viol et les autres agressions sexuelles graves ou la torture, sont essentiellement visées par l'incrimination de crime contre l'humanité ». (Marie YAYA DOUMBÈ BRUNET, *Crime contre l'humanité et terrorisme*, *op. cit.*)

Alors, on pourrait imaginer un détournement d'aéronef, pendant lequel on va flageller les passagers ou une séquestration, pendant laquelle les auteurs de l'infraction torturent les victimes et les filment et les montrent au monde entier, avec le but de causer la terreur[123].

Ce sont des infractions graves qui peuvent survenir dans un contexte terroriste, de sorte que leur inclusion dans la liste était importante.

Cependant, au Brésil, à notre avis, la torture et les actes de barbarie ne peuvent pas être considérés des actes de terrorisme pour des raisons qu'on expliquera ensuite, à l'alinéa B.

Dans la même section du Code pénal, nous avons encore un Paragraphe 2, intitulé *des violences*.

Les violences en France sont : 1. Article 222-7 – les violences ayant entrainé la mort sans intention de la donner ; 2. Article 222-9 – les violences ayant entrainé une mutilation ou une infirmité permanente ; 3. Article 222-11 – une violence ayant entrainé une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours ; 4. Article 222-13 – une violence ayant entrainé une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entrainé aucune incapacité de travail ; 5. Article 222-14-3 – les violences psychologiques ; 6. Article 222-14-4 – le fait d'user des manœuvres dolosives afin de déterminer quelqu'un à quitter le territoire de la République, dans le but de contraindre cette personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger ; 7. Article 222-15 – l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui ; 8. Article 222-15-1- l'embuscade.

Deux observations doivent être faites : les violences psychologiques sont réprimées comme les violences physiques ; même une violence qui n'a entrainé aucune incapacité de travail est réprimée et intègre la liste des actes de terrorisme. Alors, ce sont des actes dont la preuve est très difficile et parfois de moindre gravité. Ce sont des exemples de l'un des effets

123 Comme exemple, nous pouvons citer : « "La mort cruelle d'un navigateur allemand" annonce le journal Die Welt, "Un groupe terroriste ne montre aucune pitié pour un otage allemand" titre le Frankfurter Allgemeine Zeitung : l'émoi est grand en Allemagne après l'annonce de l'exécution de Jürgen Kantner, 70 ans, par le groupe philippin Abu Sayyaf. Le "SITE Intelligence Group", une organisation spécialisée dans la surveillance des sites internet islamistes, a annoncé, ce lundi, la mise en ligne d'une vidéo montrant la décapitation du septuagénaire par un membre de l'organisation islamiste. "Nous avons fait de notre mieux (pour le sauver), mais en vain", a déclaré un responsable du gouvernement philippin, Jesus Dureza. » (Diane BERGER, « Philippines: un otage allemand exécuté par un groupe islamiste », *Le Figaro.fr* [en ligne], 27 février 2017, [consulté le 1 avril 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/international/2017/02/27/01003-20170227ARTFIG00281-philippines-un-otage-allemand-execute-par-un-groupe-islamiste.php).

du renvoi à des chapitres entiers du Code pénal : l'élargissement de la portée du dispositif pour inclure dans la liste des actes de terrorisme des faits moins graves ou dont le préjudice est moins grave.

D'autre part, il y a dans l'article 222 plusieurs exemples de l'élargissement automatique de la liste des actes de terrorisme, quand une loi postérieure incrimine des nouveaux comportements dans le chapitre du Code auquel l'article du terrorisme fait le renvoi. L'embuscade, créée par la loi nº 2007-297 du 5 mars 2007 et la contrainte à un mariage à l'étranger, créée par la loi nº 2013-711 du 5 août 2013 sont des exemples de cette inclusion automatique dans la liste des actes de terrorisme[124]. Dans ces deux cas, nous sommes devant des actes qui peuvent dans la réalité être pratiqués avec un but terroriste, de manière que la méthode retenue a bien fonctionné pour une protection plus englobante et effective.

Un troisième paragraphe, intitulé *des menaces* compose la Section 1, du Chapitre II, du Titre II, du Livre II, du Code pénal. La menace doit être celle de commettre un crime ou un délit contre les personnes dont la tentative est punissable (art. 222-17 CP) ou lorsqu'elle est faite avec l'ordre de remplir une condition.

Enfin, pour nous resumer, les atteintes volontaires à la vie englobent, en droit français, le meurtre, l'assassinat et l'empoisonnement. Les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne englobent les tortures et les actes de barbarie, huit types de violences et deux types de menaces.

Même si la plupart des infractions étaient avérées, on constate qu'il y a de nos jours, et on peut dire à cause de l'effet du renvoi à des parties entières du Code pénal, un mélange d'infractions gravissimes et moins graves, des infractions matérielles et des infractions

124 Julie Alix observe que « La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a en effet complété la catégorie des atteintes à l'intégrité de la personne, du délit d'embuscade, consommé par le fait d' "attendre" une personne dépositaire de l'autorité publique (notamment) dans le but de commettre à son encontre des violences avec usage ou menace d'une arme. Si cette incrimination est le produit des "émeutes" survenues en France en novembre 2005, elle ne constitue pas moins une infraction terroriste potentielle ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 91)

La loi nº 2013-711 du 5 août 2013 – art. 19, a aussi complété la catégorie mentionnée, en prévoyant que « le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ».

formelles et des infractions-obstacle[125], des actes qui constituent les attentats et des actes qui peuvent faire partie de la préparation des attentats. Au Brésil, la loi aura-t-elle la même portée ?

## B. Au Brésil – article 2ème, § 1er, V, de la loi 13.260, du 16 mars 2016

**18.** Au Brésil, la loi 13.260, du 16 mars 2016, institue que : « § 1er Sont des actes de terrorisme : […] V – le fait d'attenter à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne ». C'est tout ! Il n'y a pas de renvoi, il n'y a pas d'autre définition.

Le principe de la légalité impose une interprétation stricte de la loi[126]. Alors, à la lumière de ce principe, quels sont les faits que pourrait englober cette expression ?

D'abord quel est le sens du mot *attenter* dans le dispositif ? En Français, *Le nouveau Petit Robert* enseigne que le mot vient du latin *attemptare* « tenter audacieusement, faire une tentative ». Elle signifie commettre un attentat, « attenter contre, sur quelqu'un »[127].

D'autre part, le mot *atteinte* est l'action d'atteindre, est une attaque, un attentat[128].

Ce mot *attenter* pose déjà un premier problème d'interprétation par rapport à la législation brésilienne, puisque on ne trouve ce mot, dans les définitions des crimes ou dans la partie générale du Code pénal, que dans quelques textes anciens comme par exemple à l'article 28 de la loi nº 7.170 du 14 juillet 1983 (loi de sécurité nationale) ou à l'ancien article 214 du Code pénal (attentat violent à la pudeur), aujourd'hui abrogé.

---

125 « L'infraction-obstacle est l'incrimination d'un comportement dangereux, mais sans conséquence dommageable immédiate et donc inoffensif en lui-même. On incrimine un comportement pour éviter la commission d'une infraction éventuelle, qui serait dommageable. L'amenuisement de l'élément matériel est ici encore plus net que dans l'infraction formelle puisqu'on incrimine une simple extériorisation de la volonté criminelle, un simple acte préparatoire, une étape sur la voie d'une infraction ». (Jean PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 322) Au Brésil, ce sont les infractions classifiées par la doctrine comme *crimes de mera conduta*, où le législateur ne fait pas mention du résultat de l'action. (*cf.* Rogério GRECO, *Código penal: comentado*, 5ª ed. rev. ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2011, Niterói, Impetus, 2011, p. 34)

126 « *Para que o Princípio da Legalidade concretize a garantia individual a que se propõe, não basta que haja uma lei – em sentido estrito – anterior ao fato, pois ainda é necessário que o conteúdo dessa lei seja cognoscível pelo individuo, de modo que ele consiga compreender seu conteúdo e determinar-se de acordo com ele* ». (Gianpaolo Poggio SMANIO et Humberto Barrionuevo FABRETTI, *Introdução ao Direito Penal. Criminologia, Princípios e Cidadania*, *op. cit.*, p. 164) (« Afin que le principe de légalité concrétise la garantie individuelle qui lui est propre, l'existence d'une loi antérieure au fait ne suffit pas – dans le sens strict – car il est nécessaire encore que le contenu de cette loi soit connaissable par l'individu, de manière qu'il puisse comprendre son contenu et se déterminer en accord avec lui ». [traduction libre])

127 Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008*, *op. cit.*, p. 171.

128 *Id.*, p. 170.

De toute façon, il faut comprendre le texte à partir du mot qu'il a utilisé *attenter* : *Attenter à la vie*, c'est-à-dire, faire une tentative violente contre la vie de quelqu'un.

Mais si la loi réprime la tentative, qui est le fait moins grave, elle aussi doit réprimer le fait plus grave, le délit consommé. En effet, l'attentat se consomme avec l'action, même si elle ne cause pas de préjudice. Alors, toute infraction consommée qui soit dans la liste des actes de terrorisme peut aussi être considérée comme un attentat. Ainsi, l'expression « le fait d'attenter à la vie […] » inclut les infractions consommées.

En effet, l'attentat est toujours un crime formel, car il transforme en délit consommé le délit tenté.

> Il s'agit d'une technique d'incrimination particulière, de consommation anticipée qui vise l'exécution de certains actes, l'emploi de certains moyens, dans un certain but, sans que celui-ci soit obligatoirement atteint, c'est-à-dire sans que le résultat matériel recherché soit constitutif de l'infraction. C'est une infraction formelle ajoute-t-on, une infraction formelle classique faut-il même spécifier maintenant[129].

La législation brésilienne a utilisé une formule ancienne d'anticipation de la répression, apparue en droit roman et ressurgie dans la législation française moderne pour les crimes atroces, car par le biais de cette formule on punissait de peines très sévères des infractions non encore consommées[130]. D'ailleurs ce mot d'*attentat* est utilisé en droit français à plusieurs reprises.

Ainsi, en droit brésilien, les infractions contre la vie et contre l'intégrité physique de la personne, traditionnellement matérielles, sont devenues formelles en matière terroriste, par le simple emploi d'un mot : *attenter*.

Et encore, est-ce que la loi réprime tous les crimes contre la vie ou seulement les meurtres et les assassinats ?

Il faut rappeler les quatre crimes volontaires contre la vie au Brésil : l'homicide volontaire (simple ou aggravé – article 121, *caput* et 121, § 2º, du Code pénal) ; l'aide au suicide (article 122 du Code pénal) ; l'infanticide (article 123 du Code pénal) et l'avortement (article 124, 125 et 126 du Code pénal).

---

129 Alain PROTHAIS, *Tentative et attentat*, *op. cit.*, p. 331.

130 « L'attentat n'est autre que l'ancêtre français de l'infraction formelle, qui elle est d'origine récente et étrangère ». (*Ibid.*)

Mais, dès lors qu'il n'y a pas de renvoi au Code pénal, le contenu de l'expression n'est pas lié à la définition du crime volontaire contre la vie, c'est-à-dire, qu'il peut se référer aussi au vol dont la violence employée pour le commettre a entrainé par exemple la mort de la victime (article 157, § 3º du Code pénal).

Cette petite phrase, *le fait d'attenter à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne*, englobe donc toutes les violences contre la vie de la personne, mais aussi contre son intégrité physique. Toutes les violences, appelées *lésions* au Brésil, peuvent être considérées comme des actes de terrorisme. Il y a quatre types de lésions : lésion corporelle (article 129, *caput*, du Code pénal ; lésion corporelle grave (article 129, § 1º, du Code pénal) ; lésion corporelle gravissime (article 129, § 2º, du Code pénal) et lésion corporelle ayant entrainé la mort sans intention de la donner (article 129, § 3º, du Code pénal). Mais, d'autres crimes peuvent causer des lésions corporelles comme, par exemple, le viol ou le vol[131], qui, à notre avis, sont englobés dans l'article, seulement dans les cas où ils constituent des manières d'attenter à l'intégrité physique. La torture, quand elle implique un mal physique causé à la victime, constitue aussi un acte de terrorisme, mais davantage parce qu'elle implique des lésions, des blessures, plutôt qu'en fonction de ses éléments spécifiques.

D'autre part, cette expression contient une limite claire : il faut que l'acte attente à l'intégrité *physique* de la personne. L'intégrité psychique de la personne n'est pas protégée par le dispositif. Voilà une différence nette par rapport au Droit français, où l'on trouve des violences psychologiques parmi la liste des actes de terrorisme[132]. Les menaces, l'embuscade et les autres infractions qui n'entrainent pas une lésion, une blessure à la victime ne sont pas incluses non plus dans la qualification de terrorisme au Brésil.

Enfin, au Brésil, il n'y a pas de liste d'atteintes à la vie ou à l'intégrité de la personne qui constitueraient des actes de terrorisme, mais la définition, tout en étant généraliste, englobe

131 Au Brésil, le vol correspond en France au vol aggravé par l'utilisation d'une menace ou d'une violence. L'article 157 du Code pénal brésilien définit comme vol « le fait de soustraire une chose mobile appartenant à quelqu'un, pour son profit ou pour le profit d'un tiers, par le moyen d'une menace grave ou d'une violence contre la personne, ou après avoir, par n'importe quel moyen, empêché la personne d'y résister ». [traduction libre] (En portugais : *Artigo 157, caput, do Código penal : « Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência ».* )

132 Article 222-14-3 – les violences psychologiques, article 222-15 – l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui ; Article 222-15-1- embuscade, Article 222-14-4 – Le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de le déterminer à quitter le territoire de la République.

tous les actes qui, en France, concernent des atteintes à la vie et à l'intégrité physique de la personne.

## § 2. L'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire, ou de tout autre moyen de transport

**19.** Il s'agit toujours de la protection de la personne, mais sous l'aspect de sa liberté. La liberté est aussi une valeur fondamentale en droit français, comme en droit brésilien, et dans ce dernier cas, elle est assurée par l'article 5ème de la Constitution Fédérale, déjà mentionné.

Toutefois, en matière de terrorisme, la loi française a été plus spécifique que la loi brésilienne, en raison du renvoi au Code pénal ; cette comparaison sera l'objet de l'analyse qui suit dans les alinéas A et B.

### A. En France – article 421-1-1º, deuxième partie

**20.** Selon l'article 421-1-1º, deuxième partie, du Code pénal français : « Constituent des actes de terrorisme […] l'enlèvement et la séquestration, le détournement d'aéronef, ou de tout autre moyen de transport, définis par le Livre II, du présent Code ». C'est un *renvoi* et on doit à nouveau chercher les définitions dans le Code pénal.

Dans le Livre II, Titre II, Chapitre IV, Section 1 bis, article 224-1 à 224-5-2, nous trouvons les dispositions évoquant l'enlèvement et la séquestration, définies par l'article 224-1 : « Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne ».

Selon M. Jean Pradel et M. Michel Danti-Juan,

> L'arrestation visée par l'article 224-1, al. 1er, peut être définie comme l'acte qui consiste à se saisir d'une personne d'une manière quelconque et qui aboutit à la priver de sa liberté d'aller et venir. Sous cette première forme, l'infraction est nécessairement instantanée. […] La détention et la séquestration forment au contraire une infraction continue (ou successive), c'est-à-dire dont l'exécution s'étend sur une certaine durée avec persistance de l'intention coupable. Chronologiquement, elle est souvent la suite logique d'une arrestation ou d'un enlèvement et peut être accomplie par le même auteur[133].

[133] Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, pp. 237- 238.

Dans la Section 2, du même Chapitre, nous trouvons les infractions de détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définies est à l'article 224-6[134].

Les définitions se rapprochent, puisqu'il faut que des personnes aient pris place à bord du moyen de transport, pour que l'infraction existe. Alors, on pense à des séquestrations par le moyen d'un détournement d'aéronef ou de navire ou d'un autre moyen de transport.

Globalement ce renvoi paraît très important puisque les terroristes ont souvent recours à la prise d'otages[135]. Autrefois, les terroristes avaient l'habitude de séquestrer des aéronefs pour les détruire ou pour prendre les passagers en otage. Les premières conventions internationales sectorielles étaient sur ce sujet[136], justement parce que à cette époque l'action terroriste se déroulait par le moyen de la séquestration des moyens de transport et de la prise d'otages[137].

Aujourd'hui les terroristes n'ont pas abandonné la technique de faire des otages pour négocier leurs liberté ou d'autres avantages ; des épisodes importants et récents en France illustrent cette affirmation[138] ;

---

134 Article 224-6 du Code pénal – « Le fait de s'emparer ou de prendre le contrôle par violence ou menace de violence d'un aéronef, d'un navire, ou de tout autre moyen de transport à bord desquels des personnes ont pris place, ainsi que d'une plate-forme fixe située sur le plateau continental »

135 « Forme de terrorisme très ancienne, la prise d'otages consiste à capturer et à retenir des personnes contre leur volonté en vue généralement de les échanger contre une revendication politique, une rançon, ou encore une libération de coreligionnaires détenus par le pays visé ». (Mario BETTATI, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 128)

136 La Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 ; la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à la La Haye le 16 décembre 1970 ; et la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971.

137 « On se souviendra des destructions ou sabotages au sol d'un Boeing d'El Al à Zurich, le 18 février 1969, d'appareils de la compagnie Iberia à Amsterdam, Genève, Francfort et Londres, le 11 mai 1970. Plus graves parmi les destructions en vol, le sabotage d'appareils de la Swissair et des Austrian Airlines en février 1970 et le sabotage d'un DC—9 yougoslave le 26 janvier 1972. Dans la longue liste des détournements d'avions, on retiendra ceux du 6 au 9 novembre 1970 organisés par des Palestiniens qui obligèrent un Jumbo-jet de la Pan Am à se poser au Caire, et un DC-8 de la Swissair, un VC-10 de la BOAC et un Boeing 707 de la TWA à se poser à Zarka, au milieu du désert de Jordanie, où les appareils furent détruits. Enfin, les attentats du 11 septembre 2011 aux États-Unis, les plus graves jamais commis ». (Mario BETTATI, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 129/130.)

138 En janvier 2015, une nouvelle série d'attentats se déroule : le 7 janvier 2015 a eu lieu l'attentat contre Charlie Hebdo, à Paris. Les frères Kouachi sont entrés dans les locaux de la rédaction du magazine Charlie Hebdo où ils ont tué douze personnes et blessé onze personnes. Le jour suivant, Amedy Coulibaly a tué une policière à Montrouge. C'est le 9 janvier que les frères Kouachi ont envahi une imprimerie à Dammartin-en-Goële où ils ont pris en otages des fonctionnaires de l'imprimerie. Dans le même jour, Amedy Coulibaly a pris en otage les clients du magasin Hyper Cacher à la porte de Vincennes à Paris. Il a essayé de demander la libération des frères Kouachi en échange de la vie des otages. Après quatre heures, les forces de l'ordre ont fait un assaut

## B. Au Brésil – article 2ème, § 1, IV, de la loi 13.260 du 16 mars 2016

**21.** Au Brésil, au sein de l'article 2ème, § 1, IV, il n'y a qu'une phrase équivalente à la loi française, mais il faut remarquer qu'il n'y a pas de renvoi au Code pénal et que l'acte de s'emparer d'un moyen de transport est prévu parmi d'autres actes qui visent la protection plutôt de l'infrastructure de l'État, que de la personne[139].

La protection de la personne est indirecte, car en incriminant le détournement d'un moyen de transport, le dispositif vise à protéger les passagers. Mais, il n'y a pas, comme en France, une référence directe à la séquestration d'une ou plusieurs personnes.

La loi brésilienne réprime une violence ou une menace, mais mentionne aussi l'utilisation d'un moyen cybernétique, pour l'accomplissement de l'acte[140]. Cette dernière mention n'existe pas en droit français, liée spécifiquement aux détournements.

En droit brésilien, nous avons un membre de phrase qui mentionne les comportements prévus dans plusieurs articles en France (article 224-1 à 224-8-1 du Code pénal français).

---

simultané dans les deux endroits, sous le commandement de François Hollande. Amedy Colibaly a tué un des dix-sept personnes prises en otage et autres trois personnes à l'entrée. Les trois terroristes ont été abattus pendant les opérations policières. (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Assaut de Dammartin-en-Goële », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 25 avril 2017, [consulté le 23 août 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Assaut_de_Dammartin-en-Go%C3%ABle&oldid=136799315)

139 Article 2º, V, de la loi 13.260 du 16 mars 2016. « *sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento ».* (« Le fait de saboter le fonctionnement ou de *s'emparer, avec violence, grave menace à la personne ou en utilisant de mécanismes cybernétiques, du contrôle total ou partiel,* même de façon temporaire, d'un moyen de communication ou *de transport*, de ports, d'aéroports, de stations ferroviaires ou routières, d'hôpitaux, de maisons de santé, d'écoles, de stades sportifs, d'installations publiques ou de locaux destinés aux services publiques essentiels, d'installations de génération ou transmission d'énergie, d'installations militaires, d'installations d'exploitation, de raffinage et de production de pétrole et de gaz et d'institutions bancaires et de leurs réseaux d'agences ». [traduction libre])

140 « *A possibilidade de "servir-se de mecanismos cibernéticos" demonstra que o legislador estava atento a novas tecnologias e a novas táticas. De fato, o terrorismo pode ser perpetrado sem que se recorra a armamentos: com os avanços da era digital, o uso de mecanismos de inteligência por si só já seria capaz de causar estragos significativos ».* (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo: comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016: aspectos criminológicos e político-criminais*, Coleção Eduardo Espínola, Salvador - Bahia, Editora JusPODIVM, 2017, p. 212) (« La possibilité de *se servir de mécanismes cybernétiques* démontre que le législateur était attentif à des nouvelles technologies et à des nouvelles tactiques. De fait, le terrorisme peut être perpétré sans que l'on recoure à des armements : avec les progrès de l'ère digitale, l'utilisation de mécanismes d'intelligence seule serait capable de causer d'importants dommages ». [traduction libre])

L'infraction de séquestration[141] existe en droit brésilien, mais ne constitue pas d'acte de terrorisme, hors des situations prévues par la loi, faute de prévision légale.

Nous pensons qu'il s'agit d'une lacune importante en droit brésilien : la seule séquestration ne peut pas être qualifiée de terrorisme en droit brésilien et la réalité récente des attentats en France a montré que ce sont malheureusement des stratégies souvent utilisées par les terroristes.

## Section II. Les infractions contre les biens

**22.** Les infractions contre les biens, parce qu'elles touchent le patrimoine, sont dans la plupart des cas, des infractions de moyen, c'est-à-dire, qu'elles servent plutôt à donner aux terroristes des moyens pour atteindre leur finalité ultime, répandre la terreur[142].

Mais, en droit brésilien, cette observation ne s'applique pas, puisque le dispositif vise directement à empêcher les destructions de masse et n'englobe les faits de vol, et d'extorsions, que de manière indirecte.

D'autre part, les destructions, dégradations et détériorations peuvent constituer le but terroriste, qu'il soit une atteinte à l'infrastructure de l'État, qu'il soit une atteinte au patrimoine historique et culturel d'une civilisation, d'un pays, ou d'un peuple, pour causer la terreur.

Nous allons analyser, dans un premier paragraphe premier, les crimes et délits contre les biens classiques, infractions de résultat, insérées dans la liste des actes de terrorisme depuis la loi de 1986 et, dans un deuxième paragraphe, l'introduction des infractions formelles parmi les infractions traditionnellement matérielles.

---

141 C'est l'article 148 du Code pénal brésilien qui définit la séquestration : *« Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado ».* (« Priver quelqu'un de sa liberté, par séquestration ou cachot privée ». [traduction libre])

Et, l'article 159 prévoit la séquestration aux fins d'extorsion : « *Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem como condição ou preço do resgate ;* » (« Séquestrer une personne à fin d'obtenir, pour soi ou pour un tiers, un avantage quelconque comme condition ou prix de la rançon ; » [traduction libre])

142 « En effet, quand bien même les actes dits de soutien au terrorisme constitueraient par ailleurs une incrimination de droit commun (le vol, l'extorsion, le faux) – autrement dit, un état délictuel-, ils ne constituent, au sein du processus terroriste, qu'une étape périphérique – soit qu'ils précédent l'action, soit qu'ils l'accompagnent, soit qu'ils la suivent-, mais en aucun cas ne constituent le « passage à l'acte terroriste ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 114)

Cette démarche nous permet de constater qu'un droit plutôt préventif est en train d'occuper le territoire du droit classique. Nous traiterons du droit français et nous essaierons ensuite d'établir la comparaison avec le droit brésilien, pas toujours facile, faute de l'existence d'un dispositif similaire en ce droit.

## § 1. Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations

**23.** À propos de ces comportements, il y a très peu de correspondances entre les deux droits. Le droit brésilien contient les définitions du vol, de l'extorsion, de destructions, de dégradations, mais il n'y a pas de renvoi dans la loi du 16 mars 2016 et la loi a utilisé une autre formule, seulement pour éviter les destructions de masse, qu'on analysera ensuite.

### A. En France – article 421-1-2º, du Code pénal

**24.** Le Livre III du Code pénal vise la protection de la propriété, sous le titre : de *des crimes et délits contre les biens*. L'article 421-1-2º du Code pénal liste quelques actions contre le patrimoine et contre les systèmes de traitement automatisé de données, et renvoie au Livre III, où leurs définitions sont prévues. Elles sont : « les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique définies par le Livre III du présent Code ». Donc, toutes ces infractions sont incluses dans la liste des actes de terrorisme.

Les vols, simples (article 311-1) ou aggravés (articles 311-4 à 311-11) sont inclus dans la liste des actes de terrorisme. Le vol simple est « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » (article 311-1) et par assimilation « la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui (article 311-2).

Encore, les vols aggravés suivis de violences ou, par exemple, les vols qui portent sur une découverte archéologique (article 311-4-2-2º), ou sur un bien culturel qui relève du domaine public mobilier (article 311-4-2-3º) sont des infractions qu'on n'a pas beaucoup de difficulté à imaginer dans un contexte de terrorisme. Voler avec violence pour obtenir des ressources pour un attentat, ou piller le patrimoine culturel sont des actes graves, englobés par la loi française. Cette dernière observation s'applique aux extorsions simples et aggravées (article 312-1 à 312-9).

Des destructions, dégradations et détériorations présentant ou non un danger pour les personnes constituent des actions terroristes (articles 322-1 à 322-11-1). En fait partie « le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain » (article 322-1, deuxième partie).

Si en France, cet alinéa a été cité comme l'exemple d'un fait de moindre gravité, lequel sera difficilement lié à des organisations terroristes[143], au Brésil, dans des grandes villes, nous avons l'action des bandes organisées, qui s'expriment et font leur apologie sur les murs de la ville. Ce sont des groupes dont l'identité est liée à l'activité de tracer des inscriptions sur les façades, même si ce sont des façades qui ont une valeur historique et culturelle[144]. Alors, par hypothèse, les groupes terroristes pourraient utiliser les façades de la ville, soit pour détruire son patrimoine, soit pour faire leur apologie, soit pour attirer l'attention sur leur existence et leur danger. Dans ce cas, la peine et les procédures pour les actes de terrorisme sont sévères, par rapport à la simple action de dessiner sur les murs.

On s'aperçoit qu'en droit français il ne reste pas beaucoup de comportements contraires à la loi qui peuvent échapper à la catégorie terroriste.

---

143 « L'action terroriste peut enfin prendre la forme de *destructions, dégradations ou de détériorations de biens* telles qu'incriminées au Livre III du Code pénal. Dans le nouveau Code pénal, l'ensemble de ces actes ont vocation à une qualification terroriste, indifféremment de leur dangerosité pour les personnes. Par exemple, est théoriquement susceptible de qualification terroriste "le fait de tracer des inscriptions, des signes ou de dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain […] lorsqu'il n'en est résulté qu'un dommage léger" (article 322-1 alinéa 2 du Code pénal) ». (*Id.*, p. 91)

144 Nous pouvons citer une affaire importante concernant un groupe nommé "Pichadores de Elite" qui agit dans la ville de Belo Horizonte, à Minas Gerais : « *Ainda de acordo com a denúncia, os 19 acusados agiam de forma livre e voluntária desde 2010 e se associaram de forma estável e permanente para cometer os crimes de pichação, danos ao patrimônio cultural, danos em detrimento de bens públicos, apologia de autores de fatos criminosos e incitação pública à prática de crimes, inclusive com a participação de crianças e adolescentes. Consta também na denúncia que a associação era armada.*

« *Durante as investigações, apurou-se que o grupo utilizava as redes sociais, sites de acesso público, como YouTube, e aplicativos para tramar os atos de pichação e fazer apologia de fatos criminosos* ». (Eliza DINAH, « "Pichadores de elite" da capital são acusados por sete anos de crimes », *BHAZ* [en ligne], 10 décembre 2017, [consulté le 4 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : http://bhaz.com.br/2017/12/10/pichadores-de-elite/) (« Selon la pièce accusatoire, les 19 accusés agissaient librement et volontairement depuis 2010 et se sont associés de façon stable et permanente pour commettre les crimes suivants : la *pichação* [tracer des inscriptions sur les façades], des dommages au patrimoine culturel, des dommages aux biens publiques, l'apologie de faits criminels et l'incitation publique à la pratique des crimes, parfois avec la participation d'enfants et d'adolescents. L'accusation indique aussi que l'association était armée.

« Pendant les investigations, on a découvert que le groupe utilisait des résaux sociaux, des sites internet, sites accessibles au public, comme le *YouTube*, et des applications pour organiser leurs actions criminelles et faire l'apologie de faits criminels ».) [traduction libre]

D'autre part, nous pouvons souligner l'importance de l'inclusion de l'article 322-3-1 dans la liste de comportements terroristes, parce que la destruction du patrimoine culturel d'une civilisation atteint l'histoire, la mémoire et même l'identité d'un peuple. Les actions terroristes, visant à s'insurger contre une culture, une manière de vivre, une religion, tomberont sur des biens appartenant ou patrimoine historique, ce qui n'atteint pas directement les personnes, mais atteint son droit à la préservation de la mémoire d'un peuple, de sa culture, de ses origines. Les destructions sont graves dans ce sens, parce qu'elles peuvent toucher toute l'humanité, d'un seul coup. Des sites qui étaient considérés patrimoine de l'humanité par l'UNESCO ont été détruits pour cette raison[145].

---

145 Un exemple navrant est la destruction menée par le EI dans la ville ancienne de Palmyre, en Syrie.

« Oasis en plein désert, entre l'Euphrate et la Méditerranée, l'ancienne Tadmor biblique était devenue, au tournant de notre ère, du Ier siècle avant J.-C. au IIe siècle après J.-C., une cité prospère. Sur les marches de l'empire romain d'Orient, Palmyre était la plaque tournante d'un opulent commerce caravanier, comme Hatra en Irak, détruite par l'EI en 2015.

« Les tribus sémitiques, à la tête de caravanes de centaines de dromadaires – comme en témoignent les dessins sur le vif de Louis-François Cassas, en 1785, premier Français à s'aventurer dans ce désert –, convoyaient la soie, les épices, les pierres précieuses, venues de Chine et d'Inde, et l'encens d'Arabie qui s'arrachaient à prix d'or à Rome. Ce sont les tribus palmyréniennes qui financèrent la construction en pierre de taille de l'antique cité, mariant le vocabulaire gréco-romain aux codes sémitiques ». Suite à l'attaque terroriste, des parties de la ville seront difficiles à reconstruire, ont conclu les experts, après la libération : « Pour les deux principaux sanctuaires, Bêl et Baalshamin, c'est une autre affaire. L'archéologue se fait prudent : « Cela va prendre un temps fou. Il faut se donner le temps de la réflexion, faire l'inventaire et l'état des lieux ». Reconstruire la cella – l'édifice dédié au culte – du temple de Bêl ? "Impossible, répond-il. C'est une folie, elle a explosé". Les djihadistes avaient tellement bourré le temple de dynamite que l'explosion a réduit en morceaux le saint des saints dédié à Bêl, le Seigneur ». (Florence EVIN, « Après la reprise de Palmyre, la reconstruction en question », *Le Monde.fr* [en ligne], 29 mars 2016, [consulté le 23 août 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2016/03/29/80-de-l-architecture-du-site-de-palmyre-n-aurait-pas-ete-touchee-par-l-etat-islamique_4891416_3218.html)

Un autre exemple est la destruction par l'EI de la ville historique de Hatra, en Irak :

« Samedi 7 mars, à l'aube, le groupe djihadiste Etat islamique s'est attaqué à Hatra, l'antique cité parthe en pierre de taille, dont les vestiges spectaculaires vieux de deux mille ans s'épanouissent sur trois cent vingt-quatre hectares. Selon le ministère irakien des antiquités et du tourisme, un habitant du secteur aurait entendu, venant du site, une puissante explosion. D'autres témoins parlent de destructions et de pillages.

« Nous n'avons pas plus de détails », précise Fareed Yasseen, ambassadeur d'Irak en France. "Il faudrait trouver un moyen de sécuriser le site dans l'immédiat". Les remparts qui cernent cette ville sont-ils encore debout, comme les grands temples à fronton et colonnades ? La question reste sans réponse. La cité antique fut le premier site irakien à être inscrit, en 1985, sur la Liste du Patrimoine mondial de l'Unesco, au titre des biens culturels à valeur universelle. "La destruction de Hatra marque un tournant dans l'effroyable stratégie de nettoyage culturel en cours en Irak", s'alarme Irina Bokova, directrice générale de l'organisation onusienne.

« Cette attaque survient après le saccage, jeudi 26 février, du Musée de Mossoul, deuxième ville d'Irak située à 110 kilomètres au nord de Hatra. Et après les attaques, jeudi 5 mars, contre le site assyrien de Nimroud, entre Mossoul et Hatra. Une escalade dans les destructions à laquelle s'attendait la communauté scientifique. "La lenteur du soutien international à l'Irak encourage les terroristes à commettre de nouveaux crimes, à détruire et à piller […]", déclare Qaïs Hussein Rachid, ministre des antiquités et du tourisme irakien ». (Florence EVIN, « En Irak, la cité parthe de Hatra détruite par les djihadistes », *Le Monde.fr* [en ligne], 9 mars 2015, [consulté le 23 août 2017]. Disponible à l'adresse :

## B. Au Brésil

**25.** Tous ces articles, précités, auxquels la loi française renvoie, correspondent, au Brésil, à la moitié d'une phrase[146]. Dans ce cas, on ne croit pas que le contenu du dispositif brésilien puisse être le même que celui de la loi française.

Le texte liste les actions et les produits interdits, pour leur capacité à blesser ou tuer (explosifs, gaz toxiques et poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires ou d'autres moyens capables de causer des dommages ou de promouvoir des destructions de masse).

Deux remarques sont alors à faire : la liste des substances ou *moyens de causer des dommages* est ouverte, car on utilise l'expression *ou d'autres moyens*. Les moyens, pensons-nous, ne peuvent être de n'importe quelle nature, mais d'une nature comparable aux substances visées par la loi.

La deuxième remarque tombe sur l'extension des dommages, quand la loi utilise l'expression *causer des dommages ou promouvoir des destructions de masse*. Une destruction de masse est une vaste destruction, sur un territoire ou un peuple[147]. Là encore, la nature des substances interdites nous révèle que le texte veut aussi protéger la vie, soit humaine, soit animale, quand il mentionne les *gaz toxiques*. Alors, la destruction peut avoir pour objet l'être humain, les animaux, les biens matériels, mais à quelle échelle ?

Quand on lit le texte de la loi, on est tenté de dire qu'il ne vise que les dommages graves et extensifs, par rapport à l'expression *destruction de masse*, mais aussi par rapport aux moyens capables de produire une telle destruction.

Toutefois, le texte, aussi vague qu'il soit, laisse une fenêtre ouverte sur les destructions et dommages moins graves, si l'agresseur a choisi un « autre moyen » moins destructif, et dans le cadre d'une l'action qui vise uniquement à *causer des dommages*.

---

http://www.lemonde.fr/arts/article/2015/03/09/en-irak-la-cite-parthe-de-hatra-detruite-par-les-djihadistes_4589789_1655012.html)

146 Article 2º, §1º, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros* meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa ». (« *utiliser ou menacer d'utiliser*, transporter, garder, porter ou amener avec soi, explosifs, gaz toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires, ou autres *moyens capables de causer des dommages ou de promouvoir des destructions de masse* ». [traduction libre])

147 Selon la Résolution 1540 (2004) du Conseil de Sécurité des Nations Unies les armes de destruction massive sont les armes nucléaires, chimiques et biologiques et leurs vecteurs.

Mais, cette fenêtre, ne peut pas être trop ouverte, pour laisser entrer la lumière des petites infractions, si son ouverture est soumise au respect du principe de la légalité stricte.

C'est-à-dire que le texte de la loi impose une interprétation, car il ne précise pas tous les moyens capables de causer des dommages, ni l'extension du dommage qu'il vise, mais l'interprétation doit suivre la logique et les exemples de moyens capables de causer des dommages prévus par l'article.

En respectant ce principe d'interprétation, concluons que la loi fait référence uniquement aux dommages graves, importants, et aux substances vraiment nuisibles.

Surtout parce que le texte n'exige pas l'aboutissement du résultat, ni même un début d'exécution, et qu'il vise au contraire plutôt les actes préparatoires, il ne faut pas interpréter largement ses mots, sous le risque de dépasser les exigences du principe de la légalité.

Parmi la liste d'actions ou de comportements qui peuvent constituer des actes de terrorisme nous ne trouvons ni les soustractions, ni les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données. Les vols sont donc exclus de la liste de comportements terroristes, sauf si on ne vise que la violence employée contre la personne (article 2º, § 1, V, de la Loi 13.260/16).

Une autre différence est l'extension du dommage visé. En France, il suffit d'un petit dommage envisagé, dans les cas d'actes préparatoires. Au contraire, au Brésil, la loi exige que soit envisagée une destruction très importante voire de masse.

La seule ressemblance la plus exacte entre ces deux dispositifs de loi se trouve dans le fait de détenir ou de transporter des substances ou produits incendiaires ou explosifs, ou des éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou d'engins incendiaires ou explosifs en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de destructions, de dégradations, de détériorations ou d'atteintes aux personnes (articles 322-11-1), et le fait de transporter, garder, porter, ou amener avec soi explosifs, contenus chimiques et nucléaires, ou tout autre moyen, capable de causer des dommages ou de promouvoir la destruction de masse (article 2º, § 1, I, de la loi 13.260/16, au Brésil).

Toutefois, nous pouvons dès maintenant constater que les destructions, détériorations et dégradations, qui, en droit brésilien, correspondent à l'expression *causer des dommages*, quand elles ne sont causées que par des moyens qui ne seraient pas assimilés à des explosifs, gaz

toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques et nucléaires, ne constituent pas des actes de terrorisme. Par contre, en France, le fait de causer volontairement une destruction, dégradation ou détérioration, par n'importe quel moyen, correspond à un des actes de terrorisme (article 322-1 à 322-4-1).

## § 2. Introduction d'infractions sans résultat parmi les infractions traditionnellement matérielles

**26.** Les premières actions terroristes prévues par la loi française étaient des actes violents et les infractions les plus graves, pour la plupart d'entre elles, infractions matérielles. Toutefois, depuis la loi de 1992, nous voyions déjà des infractions formelles, parmi les matérielles, comme par exemple quelques infractions en matière informatique.

Ensuite un processus d'anticipation de la répression s'est installé en raison de la nécessité croissante de prévention, car les conséquences de ces actions étaient très dommageables pour la société.

Cette évolution de la législation française reflète l'apparition de nouveaux délits autonomes, mais aussi l'apparition de nouveaux délits de droit commun, qui sont insérés dans le cadre de la législation contre le terrorisme par l'effet du renvoi. Peut-être, l'exemple le plus important dans ce dernier domaine est la qualification de nouvelles modalités de détériorations, dégradations et destructions, par deux lois, une datée de 2004 et une autre de 2007.

Le Brésil connaît le phénomène d'anticipation de la répression en droit pénal commun et en droit sur le terrorisme. En matière de terrorisme, le résultat n'est jamais nécessaire, car la loi utilise l'expression *en exposant au danger la personne, le patrimoine, ou la paix ou la sécurité publique*[148]. On observe aussi que les actions exprimées par les verbes dans la plupart de cas ne sont pas des actions qui peuvent causer directement un résultat.

Ainsi, la législation commune est devenue peu à peu plus préventive, mais la législation antiterroriste a incorporé la technique d'anticipation, jusqu'à abolir les infractions avec résultat.

148 Article 2ème, *caput*, de la Loi n° 13.260, du 16 mars 2016, *in fine.*

Les infractions en matière informatique seront abordées à l'alinéa A et les destructions, dégradations et détériorations à l'alinéa B, d'abord en France et puis au Brésil (1 et 2).

## A. Les infractions en matière informatique

### 1. En France

**27.** L'article 421-1-2º mentionne *les infractions en matière informatique, définies par le Livre III du présent Code*. Ce sont les infractions prévues dans le Chapitre III, du Titre II, du Livre III, du Code pénal, intitulé *Des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données* (articles 323-1 à 323-8).

Ces infractions qui n'entrainent pas un acte de violence, constituent en effet *une invasion* d'un espace qui est virtuel. Cette invasion est punie en tant que telle[149] ou plus gravement si elle cause un dommage au système ou aux données[150].

De même, sont punies les atteintes volontaires au fonctionnement du système de traitement automatisé de données (article 323-2 du Code pénal) et les atteintes volontaires aux données objet du système de traitement automatisé (article 323-3 du Code pénal).

Normalement, elles sont le moyen utilisé par les terroristes pour commettre un attentat, mais en France elles sont punissables comme actes de terrorisme en tant que tels.

### 2. Au Brésil

**28.** Parmi la liste d'actions ou de comportements qui peuvent constituer des actes de terrorisme nous ne trouvons pas les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données. Alors, ne constituent pas des actes de terrorisme les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données, sauf quand ils constituent un moyen de sabotage du

149 « Ce sont deux actes distincts, l'accès et le maintien, que ce texte incrimine. Chacun de ces actes suffit à caractériser l'infraction, dont la constitution ne suppose ni atteinte au fonctionnement du système lui-même, ni altération des données qu'il contient ». (Agathe LEPAGE et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1 juillet 2015, p. 701)

150 « L'alinéa 2 de l'article 323-1 du Code pénal tient compte, pour renforcer la répression (la peine est alors portée à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende), du résultat qu'aura pu provoquer l'accès ou le maintien frauduleux dans le STAD. Cette circonstance aggravante s'applique seulement dans le cas où l'accès ou le maintien frauduleux a eu pour résultat « soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système ». (*Id.*, p. 704).

fonctionnement ou d'appropriation d'un moyen de communication, de transport, de ports, d'aéroports, de stations de voies ferrées ou routières, hôpitaux, maisons de santé, écoles, stades sportifs, installations publiques ou locaux destinés aux services publiques essentiels, installations de génération ou transmission d'énergie, installations militaires, installations d'exploration, raffinage et de production de pétrole et de gaz et d'institutions bancaires et leurs réseaux des agences, prévus à l'article 2º, § 1, IV, de la Loi 13.260/2016.Donc, il n'y a pas de terrorisme dans le fait d'attenter simplement contre un système automatisé de données, comme en France[151].

D'ailleurs, en droit brésilien, la loi qui a incriminé les « délits informatiques » date seulement de 2012[152] : elle a créé un nouvel article 154-A du Code pénal, qui se rapproche du dispositif français[153].

## B. Quelques destructions, dégradations et détériorations

### 1. En France

**29.** On trouve parmi les infractions prévues à la Section 2, du Chapitre II, intitulée *des destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes*, classiquement matérielles, des

151 « *O* ciberterrorismo *deve ser compreendido como o uso da tecnologia informática para produzir um estado psíquico de terror na população. Desde que evidenciada a idoneidade dessa espécie de terrorismo para afetar os bens jurídicos mais relevantes, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, etc., é perfeitamente possível a tipificação do crime de terrorismo. A título de exemplo, suponha-se que hackers consigam infiltrar em um sistema informático de controle de tráfego aéreo ou ferroviário, causando, na sequência, a colisão de aeronaves comerciais ou o descarrilamento de vagões do metrô ou de um trem ».* Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 916**)** (« Le *cyberterrorisme* doit être compris comme l'utilisation de la technologie informatique pour produire un état psychique de terreur dans la population. Dès que se révèle la capacité de cette espèce de terrorisme d'affecter les biens juridiques les plus importants, comme, par exemple, la vie, l'intégrité physique, la liberté, etc., la typification du crime de terrorisme est parfaitement possible. À titre d'exemple, on suppose que des *hackers* réussissent à s'infiltrer dans un système informatique de contrôle de trafic aérien ou ferroviaire, en causant, ensuite, la collision d'aéronefs commerciales ou le déraillement des voitures d'un métro ou d'un train ». [traduction libre])

152 « *Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos ; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal ; e dá outras providências ».* (« La Loi 12.737 du 30 novembre 2012, dispose sur la *typification* criminelle de délits informatiques ; modifie le Decret-loi nº 2.848, du 7 décembre 1940 – code pénal ; et donne d'autres règlementations ». [traduction libre])

153 « *Art. 154-A - Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita ».* (« Article 154-A – Envahir le dispositif informatique d'un tiers, connecté ou pas au réseau d'ordinateurs, par une violation indue du mécanisme de sécurité afin d'obtenir, d'altérer ou détruire des données ou informations sans autorisation expresse ou tacite du titulaire du dispositif ou installer des vulnérabilités pour obtenir un avantage illicite ». [traduction libre])

actes préparatoires. Sans aucun doute, constitue un acte préparatoire des destructions, dégradations ou détériorations :

> Le fait de diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matières nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole (article 322-6-1).

L'action interdite est de *diffuser des procédés*, dont le résultat immédiat n'est pas encore une destruction ni un préjudice matériel. Et, pour compléter la protection, l'article 322-11-1 vise la détention ou le transport de telles substances[154].

Il n'est question d'aucune destruction effective, ni même de tentative de destruction, puisque la loi se situe dans le domaine de la préparation nécessaire à provoquer la destruction, qui consisterait soit à permettre que le responsable direct de l'acte de détruire connaisse les procédés de fabrication des substances capables de provoquer les faits qu'il veut, comme par exemple, le matériel explosif, soit à transporter ou détenir ces substances ou produits incendiaires ou explosifs ou même des substances destinées à entrer dans leurs compositions.

Encore, sous l'intitulé *des destructions, dégradations et détériorations* le Chapitre II, contient trois Sections : Section 1 : *des destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes* ; Section 2 : *des destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes* ; Section 3 : *des menaces de destruction, de dégradation ou de détérioration et de fausses alertes*.

Or, l'article 421-1-2, du Code pénal mentionne *les destructions, dégradations et détériorations, définies par le Livre III, du présent Code.*

Dès lors que les menaces de dégradations, destructions et détériorations font partie du Chapitre du même intitulé auquel il renvoie, elles constituent des actes de terrorisme. M. Pradel et M. Danti-Juan ont conclu : « […] On s'aperçoit que le législateur incrimine non seulement l'accomplissement de tels actes, mais la menace d'y recourir. On peut aussi distinguer les atteintes matérielles avérées des atteintes matérielles annoncées »[155].

---

154 Article 322-11-1 du Code pénal français : « La détention ou le transport de substances ou produits incendiaires ou explosifs ainsi que d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou engins incendiaires ou explosifs en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, des infractions définies à l'article 322-6 ou d'atteintes aux personnes […] »

155 Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6e édition, Paris, Cujas, 12 septembre 2014, p. 676.

On a enseigné aussi que l'infraction définie par l'article 322-1, alinéa 1er, suppose un acte de destruction, de dégradation ou de détérioration. […] Le délit constitue, en effet, une infraction de résultat qui aboutit soit à endommager le bien considéré (dégradation, détérioration), soit son anéantissement (destruction)[156]. Cela s'applique aux destructions, dégradations ou détériorations volontairement provoquées et dangereuses pour les personnes (article 322-6 CP).

Mais, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 ont créé deux nouvelles modalités de destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes, qui ne présupposent pas de résultat matériel au niveau de dégradations, car ce sont des actes préparatoires, dont on a parlé auparavant. Ces sont les modalités des articles respectivement 322-6-1 et 322-11-1 du Code pénal[157].

Le phénomène du durcissement de la loi pénale s'exprime ici par l'élargissement d'une infraction qui d'abord exigeait un résultat matériel, pour ensuite atteindre même les actes préparatoires à cette infraction, décrits dans la loi de manière indépendante. C'est-à-dire que les actes préparatoires deviennent de nouveaux comportements interdits.

## 2. Au Brésil

**30.** Tous ces articles, précités, auxquels la loi française renvoie, correspondent, au Brésil, à quelques mots dans l'article 2ème, § 1, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016[158]. En effet, le seul verbe qui corresponde à une action pouvant avoir des résultats est le verbe *utiliser*, tandis que

156 *Id.*, p. 677.

157 Article 322-11-1, créé par Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 - art. 45 JORF 7 mars 2007 :

« La détention ou le transport de substances ou produits incendiaires ou explosifs ainsi que d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou engins incendiaires ou explosifs en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, des infractions définies à l'article 322-6 ou d'atteintes aux personnes […] »

Article 322-6-1, créé par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 - art. 7 JORF 10 mars 2004 :

« Le fait de diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matières nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole […] »

158 Article 2º, §1º, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros* meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa ». (« *utiliser ou menacer d'utiliser*, transporter, garder, porter ou amener avec soi, explosifs, gazes toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires, ou d'autres *moyens capables de causer des dommages ou de promouvoir une destruction de masse* ». [traduction libre])

tous les autres correspondent à des actes préparatoires (menacer, transporter, garder, détenir, amener avec soi).

De même, le texte ne mentionne pas un résultat qui doive se réaliser, mais une possibilité de réalisation de ce résultat (*capables de causer*)[159].

La punition des actes préparatoires de destructions, dégradations ou détériorations a été insérée de manière spécifique dans le Code pénal français, par la Loi nº 2007-297 du 5 mars 2007, et le dispositif a été automatiquement englobé comme acte de terrorisme par l'effet du renvoi au Livre III du Code pénal. La loi 2016-731 du 3 juin 2016, à la suite d'une série d'attentats qui a frappé la France[160], a augmenté les peines et les amendes de l'ancien dispositif.

Au Brésil, la loi, qui a tardé une trentaine d'années à sortir, a quand même utilisé les techniques des législations modernes, en punissant des actes préparatoires, et envisageant plutôt les actes préparatoires, pour doter le droit pénal des mécanismes de prévention des délits très graves.

---

159 « *Ademais, em se tratando de crime formal, o resultado naturalístico é prescindível. Sob este prisma é desnecessário que a conduta gere terror social ou generalizado, bastando a finalidade do agente de provocar tal estado. O crime, ainda, é de perigo comum e concreto, visto que prescinde o dano, satisfazendo-se com a exposição de pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública a perigo.* […] » (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 196) (« En plus, s'agissant d'un crime formel, le résultat naturel n'est pas nécessaire. Sous cet aspect il n'est pas nécessaire que la conduite génère la terreur sociale ou généralisée, tout en étant suffisante la volonté de l'agent de provoquer un tel état. Le crime est encore classé comme *danger commun et concret*, vue qu'il n'exige pas le dommage, tout en se satisfaisant d'exposer la personne, le patrimoine, la paix publique ou sécurité publiques à un danger. […] » [traduction libre])

160 L'attentat du 7 janvier 2015 – Attentat contre Charlie Hebdo - à Paris : « Deux hommes cagoulés armés, les frères Kouachi, pénètrent dans les locaux de la rédaction du magazine Charlie Hebdo à Paris, tuant 12 personnes (dont un policier abattu en pleine rue) et faisant 11 blessés ». ; Entre le 9 et le 10 avril – Cyberattaque de TV5 Monde : « qui entraîne l'arrêt de la diffusion des programmes de la chaîne de télévision francophone TV5 Monde. Cette attaque, sans précédent dans l'histoire de la télévision, est revendiquée par le groupe "Cybercaliphate", se réclamant de l'organisation État islamique ». ; Les attentats du 13 novembre 2015, à Paris : « une série de fusillades et d'attaques-suicides meurtrières perpétrées dans la soirée dans 4 restaurants-Bistro ainsi que dans une salle de concert "Le Bataclan" du X$^{e}$ et XI$^{e}$ arrondissements à Paris et dans sa périphérie au Stade de France par trois commandos distincts de 9 hommes. Ces six attaques sont revendiquées par l'État islamique ». ; Le 18 novembre à Saint-Denis : « A la suite des attentats du 13 novembre 2015 en France, une opération antiterroriste d'envergure est menée. Au cours de cet assaut, les forces de la BRI et du RAID sont appelées pour déloger des terroristes retranchés dans un appartement. 5 000 munitions sont tirées du côté des forces de l'ordre. Cet assaut aura blessé cinq policiers et tué une chienne prénommée Diesel appartenant au RAID. Du côté des terroristes, il y a 3 morts dont Abdelhamid Abaaoud et 8 personnes sont placées en garde à vue. D'après le procureur de la République, ces terroristes constituaient une nouvelle équipe et auraient pu passer à l'acte ». (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Chronologie des attentats en France en 2015 », *op. cit.*)

Est-ce que le domaine de la loi brésilienne est le même que celui de la loi française ? Est-ce que la loi brésilienne est en accord avec le principe de la légalité au Brésil ? Et en France, est-ce que le texte brésilien serait acceptable par rapport au principe de la légalité et son interprétation par les Tribunaux ?

À ces questions, nous ne pourrons pas vraiment répondre avant d'analyser l'élément moral de l'infraction, c'est à dire, l'ensemble de la définition des actes de terrorisme, car il contient des limites pour l'action terroriste.

En tous cas, on peut conclure que le dispositif Français est déjà plus englobant en ce qui concerne les vols, les destructions, dégradations et détériorations, dans le cas d'infractions de résultat et des infractions d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données.

## Conclusion du Chapitre I

**31.** Toutes infractions avérées en droit français ont été définies par la méthode du renvoi à des articles ou à des parties du Code pénal. Cette méthode permet d'étendre le domaine de la qualification terroriste à un grand nombre d'infractions de droit commun. En revanche, le droit brésilien a choisi la méthode d'incriminations autonomes comportant des formules plus généralistes pour définir les actes de terrorisme.

Un premier résultat des ces choix différents est que la qualification française de terrorisme correspond à un nombre plus élevé de comportements que celle du Brésil[161]. Les formules généralistes utilisées par le législateur brésilien n'ont ni la même précision ni le même effet extensif que le renvoi utilisé par le législateur français.

La deuxième conséquence est que le renvoi à des parties entières du Code pénal a causé l'inclusion automatique d'infractions formelles dans la qualification terroriste au moment de la création du nouveau Code pénal et, au fil du temps, amené l'inclusion de nouvelles infractions obstacles.

Ce chapitre consacré aux atteintes avérées a révélé qu'il reste, en France, très peu, en matière terroriste, d'infractions matérielles. En droit brésilien, même les infractions les plus

161 *Cf.* tableaux - annexe I.

classiques, comme le meurtre, sont devenues formelles, en matière de terrorisme. Voilà un premier signe d'anticipation de la répression.

# Chapitre II

# La pénalisation des atteintes potentielles

**32.** En opposition aux atteintes avérées, les atteintes potentielles n'exigent pas un résultat matériel pour leur aboutissement. Elles représentent un danger pour la société, de manière que, par fiction juridique, le législateur, soit établit une punition pour le commencement d'exécution sans que l'auteur se soit désisté volontairement de l'action (tentative), soit érige une infraction tentée en infraction consommée (infraction formelle), soit incrimine une attitude dangereuse, sans qu'elle soit en relation causale directe avec le résultat (infraction obstacle), soit érige en infraction autonome, des actes préparatoires à l'infraction projetée[162].

L'objectif de toutes ces techniques est de permettre la punition, en amont de la consommation du délit. Dans l'ordre de leur énoncé, on pourrait dire qu'elles sont les marches d'une échelle de punition en amont, dont la base est l'infraction consommée et le haut la résolution criminelle. Le Code français de 1810 prévoyait déjà la notion de tentative[163] ; il a institué le modèle d'*iter criminis*, tout en limitant la *punissabilité* aux actes d'exécution[164]. On a déjà dit en droit brésilien que *la tentative est l'élargissement temporel de la figure typique*[165].

Il y a plusieurs théories mentionnées par la doctrine française et brésilienne expliquant la possibilité de la punition d'infractions qui ne sont pas encore complètement réalisées.

La théorie objective est fondée sur le péril effectif dont la valeur juridique a été exposée ; elle implique une graduation de la peine, par rapport au délit consommé. Cette théorie a été créée par Johannes Paul Anselm von *Feuerbach* en Allemagne et développée par Carl-Joseph

---

162 *Cf.* Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 87 et 99-100.

163 « La *tentative* est une expression très importante et bien connue, de droit pénal général. L'infraction, du point de vue de son élément matériel, peut être soit parfaite ou consommée, soit imparfaite ou tentée. Le crime se réalise rarement en un seul trait de temps, le délinquant doit parcourir un chemin plus ou moins long : "l'*iter criminis*", suivant un processus variable et plus ou moins complexe, de la naissance à l'aboutissement de son projet criminel. S'il atteint son but, le crime remplit exactement les conditions posées par la loi pénale : il est consommé. Mais s'il est interrompu en cours d'exécution, ou si son effet vient à manquer, il est facile d'admettre qu'il ne doit pas rester impuni, c'est pourquoi, l'infraction tentée ou tentative d'infraction est réprimée ». (Alain PROTHAIS, *Tentative et attentat*, *op. cit.*, p. 4)

164 *Selon* Brandão, 2008, *cité par* Paulo César BUSATO, *Direito penal: Parte geral*, 2ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2015, p. 658.

165 Bittencourt, 2008, *cité par Id.*, p. 666.

Anton *Mittermaier*, puis modifiée par Franz *von Liszt*. En France, son représentant renommé était Louis Joseph Elzéar *Ortolan*.

D'autre part, la théorie subjective est fondée sur le dol, sur la volonté de l'auteur de rompre avec la règle juridique. Dans ce cas, la punition de la tentative s'applique aux délits impossibles et la peine du délit tenté est la même que celle du délit consommé. Ses créateurs ont été Karl August *Tittman* et Heinrich *Luden* en Allemagne et quelques auteurs italiens comme les *Positivistes*.

Il y a encore des théories mixtes, qui exigent à côté du dol, une expression matérielle de cette volonté, c'est-à-dire, un comportement.

Une quatrième catégorie, provenant de la doctrine allemande, est citée : la théorie de l'impression. Selon cette théorie, pour que la tentative soit punissable, il faut faire preuve à côté du dol de l'auteur, d'un comportement qui ait atteint la confiance de l'opinion dans l'ordre juridique, en d'autres mots, qui ait touché le sentiment de sécurité juridique de la collectivité[166].

La punition du délit tenté existe en droit brésilien[167] comme en droit français[168] et se rapproche beaucoup dans les deux droits, de sorte qu'elle sera analysée, ici en quelques mots simples rappelant que la question a déjà été traitée spécifiquement en relation à l'article 2ème, § 1, V, de la loi 13.260 du 16 mars 2016, car le législateur brésilien a substitué à des infractions contre la vie et contre l'intégrité physique (presque toutes matérielles en droit commun) des infractions formelles en matière terroriste, par le biais de l'utilisation du verbe *attenter*. Cette analyse est faite dans le Chapitre I, parce que nous avons fait le choix d'utiliser le droit français, beaucoup plus riche, comme base de comparaison[169].

Quelques mots sur la *tentative*. Selon M. Pradel, « tous les codes répriment comme tentative le commencement d'exécution. […] L'immense majorité des législations exige, à côté d'une intention de commettre l'infraction, des actes matériels »[170]. C'est le cas de la France et du Brésil, qui utilisent, d'ailleurs, des formules très proches pour décrire la tentative.

166 *Cf.* Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 81 ; Paulo César BUSATO, *Direito penal. [1]*, *op. cit.*, pp. 674- 680.

167 Article 14, II du Code pénal.

168 Article 121-5 du Code pénal.

169 *Cf.* Chapitre I, Section I, § 1, B, du présent Titre.

170 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 90.

En France, l'article 121-5 du Code pénal prévoit que « la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue, ou n'a manqué son effet, qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ». Au Brésil, l'article 14, II, du Code pénal prévoit que : « on dit le crime : […] II – tenté, quand, une fois initiée l'exécution, il ne se consomme pas en raison des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur » [traduction libre][171].

Les éléments du crime tenté sont les mêmes que ceux du crime projeté, mais le résultat n'est pas achevé. Il faut remarquer qu'en droit brésilien, comme en droit français, il faut que l'auteur ne se soit pas désisté volontairement de la conduite qu'il avait commencé à pratiquer.

La difficulté est d'établir la ligne qui sépare les actes préparatoires du commencement de l'exécution. Sur ce point, au Brésil, comme en France, on exige pour reconnaître la tentative, la volonté de pratiquer le crime (le dol) et un comportement qui ait un lien de causalité directe avec la consommation du délit, ce qui implique aussi un rapprochement temporel avec la consommation[172].

Cependant, la loi française ne fait pas de distinction entre la peine pour le délit consommé et pour le délit tenté[173], alors que la législation brésilienne prévoit une diminution de peine pour le délit tenté[174]. Une autre différence fondamentale est le fait que la jurisprudence française a adopté la thèse de la répression de l'infraction impossible tentée[175]. Au Brésil, la punition de la tentative d'un crime impossible est interdite par la loi[176].

---

171 *Artigo 14:* « *Diz-se o crime:* […] *II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente ».*

172 *Cf.* Jean PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 313 ; Paulo César BUSATO, *Direito penal. [1]*, *op. cit.*, p. 666.

173 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 ».

174 Article 14, paragraphe unique : « *Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços ».* (« Sauf disposition contraire, on punit la tentative par la peine correspondant au crime consommé, diminuée d'un à deux tiers ». [traduction libre])

175 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 97.

176 Article 17 du Code pénal: « *Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime ».* (« On ne puni pas la tentative quand, par inefficace absolue du moyen ou par absolue impropriété de l'objet, la consommation du crime est impossible ». [traduction libre])

Le Brésil et la France ont adopté une théorie mixte. Mais, en raison de ces caractéristiques, on pourrait conclure que le Brésil est plutôt attaché à la théorie objective tandis que la France suit la tendance plutôt subjective.

La *tentative* est appliquée en France à tous les crimes et à quelques délits, mais jamais aux contraventions[177]. Au Brésil, elle n'est pas appliquée aux contraventions pénales non plus, ni à une liste d'infractions ajoutées par la doctrine[178].

Une étude sur les relations entre les notions de tentative et d'attentat a été réalisée en France et date de 1985[179]. Elle est très intéressante pour notre thèse, non seulement parce que la loi brésilienne a utilisé l'expression *attentat* dans son texte, mais aussi parce qu'elle explique que tentative et attentat ont une origine commune en droit Ancien et que la distinction actuelle entre les deux ne date que de la codification de 1810[180]. En effet, l'auteur évoqué nous enseigne que « le droit roman a ignoré la théorie de la tentative » et que « les principaux actes de tentative étaient réprimés à l'aide d'une technique juridique différente de celle de la tentative : il s'agissait toujours d'*infractions spéciales consommées en elles-mêmes***,** et non de commencements d'exécution d'autres infractions »[181]. Selon le même auteur c'est au XIII$^{ème}$ siècle que les Glossateurs Italiens ont développé la théorie de la tentative[182].

On constate que la technique d'anticipation de la répression par le biais de la création *d'infractions consommées en elles-mêmes*, pour utiliser l'expression d'Alain Prothais, est plus ancienne que la technique de la tentative.

Les infractions consommées en elles-mêmes sont des infractions qui ne supposent pas l'aboutissement du résultat redouté pour qu'elles soient parfaites. Aujourd'hui, la doctrine

177 Article 121-4

178 *Cf.* Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, *Direito penal*, *op. cit.*, p. 440. Ils présentent une liste de sept infractions ne comprenant pas la tentative. La loi exclue la tentative seulement des contraventions pénales (article 4$^{ème}$ de la loi de contraventions pénales) et les autres cas d'exclusion sont indiqués par la doctrine pour des raisons logiques. Ils sont : les infractions involontaires, préterintentionnelles, les infractions d'omission proprement dites, les infractions habituelles, les crimes dont le résultat est l'élément constitutif du type, les crimes dont la tentative a été transformée en délit consommé.

179 Alain PROTHAIS, *Tentative et attentat*, *op. cit.*

180 *Id.*, p. 6.

181 *Id.*, pp. 7- 8.

182 *Id.*, p. 11.

qualifie ces infractions d'*infractions formelles*[183]. Les infractions formelles existent en opposition aux infractions matérielles, en ce qui concerne leur résultat, car les infractions sont matérielles quand leur résultat est un des leurs éléments constitutifs[184]. Ainsi, les infractions matérielles sont des infractions de résultat alors que les infractions formelles sont des infractions de comportement[185].

Chaque infraction située dans le parcours terroriste a un *iter criminis* qui lui est propre ; on peut voir plusieurs *iter criminis* dans l'ensemble d'un chemin plus large qu'on a appelé *terrorisme*. La finalité terroriste ultime est la réalisation d'un acte de violence capable de troubler l'ordre public et de causer la terreur. Cependant, il y a plusieurs infractions qui appartiennent à la classification terroriste et qui sont formelles, c'est-à-dire qu'elles existent indépendamment de la violence capable de troubler l'ordre public. Ce sont des infractions qualifiées comme *non lésionnaires*[186]. Elles constituent des atteintes potentielles.

---

183 « L'infraction formelle, en revanche, existe indépendamment de tout dommage, même si le résultat voulu par l'agent n'a pas été obtenu. C'est le cas de l'empoisonnement qui se trouve réalisé par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort (art. 221-5 C. pén.), de la fabrication de fausse monnaie sans émission et mise en circulation (art. 442-1 C. pén.) et de nombreuses autres infractions. L'attentat à la pudeur a pu être considéré comme une infraction formelle ». (Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 218) ; « […] l'infraction formelle est celle dans laquelle la loi incrimine un procédé sans s'inquiéter des suites. En somme l'infraction est consommée alors même que le résultat recherché n'a pas été atteint. Nos anciens auteurs parlaient d'attentat et DONNEDIEU DE VARBRES de *délit de mise en péril* ». (Jean PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 321) ; Au Brésil : « *Formais são aqueles que não há pretender destacar do comportamento do sujeito um resultado a ser tomado em consideração pelo Direito, o que acontece é que com a própria atividade realiza-se o resultado, o que tinha de ocorrer ocorreu* ». (Aníbal BRUNO, *Direito penal: parte geral, tomo II*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 221) (« Formelles sont celles où il ne faut pas prétendre détacher du comportement du sujet un résultat devant être considéré par le Droit ; ce qui se passe est qu'avec la seule activité le résultat est réalisé, ce qui devait survenir est survenu ». [traduction libre]) ; « […] *ações há que não necessitam, obrigatoriamente, da produção de qualquer consequência no mundo realístico, podendo, pois, ser perfeitamente compreendidas sem a verificação de qualquer efeito, exaurindo-se e esgotando-se, dessa maneira, em si mesmas, no próprio comportamento* ». (Fernando de Almeida PEDROSO, *Direito penal : (parte geral) : estrutura do crime*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Livraria e Editora Universidade de Direito, 2000, p. 153) (« […] il y a des actions qui ne nécessitent pas, obligatoirement, la production de quelque résultat dans le monde réel, pouvant, alors, être parfaitement comprises sans aucune vérification d'effet, s'épuisant, de cette manière, en soi même, dans le comportement lui-même». [traduction libre])

184 « L'infraction formelle s'oppose à l'infraction matérielle qui suppose un résultat, sous réserve de la tentative, comme le meurtre ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 99)

185 Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 212.

186 « Non seulement, on n'a cessé, depuis 1996, de multiplier les incriminations du soutien au terrorisme, mais, pour la plupart, on leur a donné la structure d'infractions non lésionnaires, […] » (Julie ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, p. 429)

Mais ces atteintes potentielles, plus ou moins éloignées de l'accomplissement d'un acte de terrorisme[187], peuvent avoir une matérialité plus ou moins consistante. Nous avons réservé une première Section aux infractions formelles qui contiennent un fond de matérialité, c'est-à-dire, des infractions où l'aboutissement du résultat n'est pas exigé pour son accomplissement, mais qui impliquent quand même l'existence d'un corps du délit ; des armes ou produits explosifs, pour les infractions de structuration et de dotation de moyen terroristes (§ 1) ; d'argent ou d'autres ressources financières, pour les infractions à connotation financière (§ 2) ; des biens, produits d'un crime antérieur, par le recel du produit de l'une des infractions prévues aux 1° à 4° de l'article 421-1 du Code pénal français (§ 3) ; et d'atteinte à l'environnement, pour le terrorisme écologique (§ 4).

Une deuxième section est dédiée aux atteintes potentielles qui produisent difficillement un corps de délit. Elles ont une matérialité incertaine, voire inexistante. Ce sont des infractions *immatérielles*[188]. Ce n'est pas par hasard qu'elles se situent toutes au stade préparatoire et sont détachées de toute réalisation effective d'une action terroriste et même d'un projet terroriste précis[189]. Elles se situent très en amont du commencement d'exécution, à la frontière du stade de la cogitation, et leur trait commun est de concerner la diffusion de l'idéologie terroriste comme aussi le recrutement des nouveaux adeptes. Il y a une relation entre l'inexistence de matérialité et l'anticipation de la répression.

La technique retenue n'est pas seulement celle d'un recul temporel dans le chemin du crime, mais aussi de sa combinaison avec l'incrimination de *comportements immatériels*, dont le lien de causalité avec un projet terroriste est ténu[190]. C'est la combinaison des techniques liées

187 « En principe les infractions formelles se distinguent des infractions obstacles par le fait que les premières permettent d'appréhender des comportements relevant, sur l'*iter criminis* classique, du commencement d'exécution, tandis que les secondes appréhendent des actes préparatoires. Cependant, la construction du terrorisme comme une criminalité *globale* et *non linéaire* s'oppose à la transposition de ce schéma. En matière terroriste, il est impossible d'établir une corrélation entre la structure de l'incrimination de soutien au terrorisme et son dégré de proximité ou d'éloignement avec une action terroriste ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 174/175)

188 Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2016, vol. 38, n° 1, pp. 18- 19.

189 Julie ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, p. 429.

190 « La quasi-disparition du résultat *lésionnaire* de la matérialité des incriminations de soutien au terrorisme et l'éloignement progressif du résultat potentiel de l'acte que traduit la suprématie des infractions-obstacles participent de la tendance à l'affaiblissement substantiel du soutien au terrorisme ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, pp. 182- 183)

aux deux dimensions de l'élément matériel – le chemin du crime et la matérialisation du crime – qui permet l'anticipation de la répression sur les origines de la préparation du délit.

L'inclusion d'actes préparatoires *de terrorisme* parmi les infractions formelles de la Section I s'explique par le fait qu'ils peuvent être qualifiés comme infractions formelles s'ils sont analysés indépendamment par rapport à *l'iter criminis* du phénomène terroriste. Leur potentialité de nuire est liée plutôt aux moyens terroristes, de sorte que naturellement ils ont un corps de délit plus identifiable.

La Section II a été dénommée de *pénalisation des actes préparatoires*, car elle contient des infractions qui constituent des actes préparatoires par essence ; actes dont l'incrimination est justifiée seulement par l'existence d'un danger provoqué par le phénomène appelé *terrorisme*. Elles visent plutôt la diffusion de l'idéologie (essence du terrorisme) et sa structuration humaine, c'est-à-dire, le recrutement et l'association. Enfin, ce sont les actes préparatoires le plus en amont du commencement de l'exécution. Ils touchent le stade de la cogitation.

Cette règle *d'immatérialité* comporte une exception : l'article 421-2-6. Visant à incriminer des actes préparatoires, pratiqués par un individu agissant seul, ces actes qui pourraient être très équivoques, aussi le législateur leur a créé une exigence de double matérialité, de sorte qu'on voit un peu de *substance* dans cette création récente, déjà passée par un contrôle de constitutionnalité[191]. La doctrine a, quand même, envisagé des combinaisons où la matérialité serait réduite à une espèce de *fumée*[192].

## Section I. La pénalisation des infractions formelles

**33.** Comme nous venons de le dire, les infractions formelles existent en opposition aux infractions matérielles, selon leur résultat. L'infraction matérielle suppose l'aboutissement d'un résultat prévu par la loi, alors que dans l'infraction formelle la tentative est érigée en

191 Dans la décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, à l'article 4, le Conseil Constitutionnel a décidé : « Sous la réserve énoncée au paragraphe 16, les autres dispositions de l'article 421-2-6 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme sont conformes à la Constitution ».

192 « L'élément matériel de l'infraction peut se reduire à un fait ou un acte devenant préparatoire par la magie d'une intention putative résultant d'une interprétation hasardeuse ». (Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, p. 21).

infraction consommée. En droit français, il y a l'exemple classique de l'empoisonnement, prévu à l'article 221-5 du Code pénal[193]. Ce sont des infractions de comportement.

Cette classification est liée à la notion d'*iter criminis*, car elle implique une consommation anticipée. Dans l'infraction formelle le lien de causalité entre l'action et son résultat est direct. Alors, normalement l'infraction formelle à l'exemple des infractions matérielles contient un *corps de délit*.

En matière de terrorisme, parfois, il y a le résultat immédiat de l'infraction et le résultat final d'une potentielle action violente, se superposent, situation qui complique la classification selon l'*iter criminis*. Nous avons trouvé ce critère qui semble avoir une relation bien exacte avec l'*iter criminis*, pour ajouter au critère temporel, c'est l'existence d'un *corps de délit*.

Les infractions formelles ayant un *corps de délit* seront analysées dans cette Section I et concernent autant des infractions rattachées au droit commun que des infractions autonomes. Elles sont : des infractions de dotation de moyens terroristes (§ 1), des infractions à connotation financière (§ 2), des infractions de recel (§ 3) et celles du terrorisme écologique (§ 4). Les comportements sont très variés, ainsi que leur manifestation dans le monde réel, mais ils supposent tous une action en relation avec un bien matériel. Par cette caractéristique qu'ils ont en commun ils se distinguent des comportements visés dans la Section II, liés plutôt à la structuration de groupes, à l'association de terroristes et à la diffusion de leur idéologie. Ces derniers sont à côté du financement du terrorisme, situés tout au commencement de la phase préparatoire, très proches du stade de la cogitation.

C'est-à-dire que toutes les infractions formelles n'exigent pas l'aboutissement d'un résultat pour leur accomplissement, mais, en matière de terrorisme, quelques-unes d'entre elles impliquent un commencement d'exécution et d'autres se situent au stade préparatoire de l'infraction dont le législateur veut éviter le résultat.

## § 1. Les infractions de structuration et de dotation de moyen terroristes

**34.** C'est au fur et à mesure de la nécessité, que de nouvelles infractions formelles ont été conçues. Les premières d'entre elles, en France, étaient les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous, définies par les articles 431-13 à 431-17, de même

193 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 ».

l'infraction consistant à donner abri ou aider des terroristes à échapper à l'arrestation, prévue à l'article 434-6 et ainsi les infractions de *faux*, prévues aux articles 441-2 à 441-5, insérées dans la liste des actes de terrorisme par la loi nº 96-647 du 22 juillet 1996, tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service, et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

Ensuite, la loi nº 98-467 du 17 juin 1998, relative à l'application de la Convention du 13 janvier 1993[194] sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi d'armes chimiques et de leur destruction, a inséré l'alinéa 4º, dans l'article 421-1 du Code pénal. Au Brésil, nous trouvons des mentions équivalentes pour quelques conduites, prévues par la loi nº 13.260 du 16 mars 2016 ; les infractions autrefois très génériques deviennent parfois plus spécifiques, en ce qui concerne des conduites les plus graves.

Un alinéa A est consacré aux infractions concernant les groupements armés, ainsi que d'autres conduites d'aide aux terroristes ; un alinéa B est dédié aux armements.

Deux aspects à remarquer : depuis vingt ans le processus d'anticipation de la répression des actes de terrorisme a commencé en France ; étaient aussi incriminés des actes commis avant ou après un attentat, concernant la logistique nécessaire pour l'accomplissement de la violence.

## A. Les infractions, en matière de groupes de combat et de mouvements dissous, définies par les articles 431-13 à 431-17 et les infractions définies par les articles 434-6 et 441-2 à 441-5, sans correspondance en droit brésilien

### 1. En France – article 421-1-3º

**35.** Ici la technique retenue est celle du renvoi à des articles du Code pénal et non pas à des Livres entiers. Le législateur a limité un peu la portée du renvoi, pour n'inclure dans la liste des actes de terrorisme que quelques comportements.

D'abord, il liste les infractions intitulées *des groupes de combat et des mouvements dissous*. L'article 432-13 du Code pénal définit le groupe de combat, comme : « en dehors des cas

194 Convention sur l'Interdiction des Armes Chimiques, lieu à Paris le 13 janvier 1993.

prévus par la loi, tout groupement de personnes détenant ou ayant accès à des armes, doté d'une organisation hiérarchisée et susceptible de troubler l'ordre public ».

L'article 431-15 incrimine aussi « le fait de participer au maintien ou à la reconstitution, ouverte ou déguisée, d'une association ou d'un groupement dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées »[195].

Ensuite, nous trouvons, dans la même liste « le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement, un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation » (article 434-6 du Code pénal).

Enfin, sont visés les *faux*, portant sur des documents délivrés par une administration publique (article 441-2 du Code pénal), la détention frauduleuse de l'un de ces faux documents précités (article 441-3 du Code pénal), mais aussi les faux commis dans une écriture publique ou authentifiée ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique (article 441-4 du Code pénal) et le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une

---

195 Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées.

Article 1 (abrogé au 1 mai 2012)

Modifié par Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 - art. 7 JORF 10 septembre 1986

Abrogé par Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 - art. 19 (V)

« Seront dissous, par décret rendu par le Président de la République en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait :

« 1° Qui provoqueraient à des manifestations armées dans la rue ;

« 2° Ou qui, en dehors des sociétés de préparation au service militaire agréées par le Gouvernement, des sociétés d'éducation physique et de sport, présenteraient, par leur forme et leur organisation militaires, le caractère de groupes de combat ou de milices privées ;

« 3° Ou qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement ;

« 4° Ou dont l'activité tendrait à faire échec aux mesures concernant le rétablissement de la légalité républicaine ;

« 5° Ou qui auraient pour but soit de rassembler des individus ayant fait l'objet de condamnation du chef de collaboration avec l'ennemi, soit d'exalter cette collaboration.

« 6° Ou qui, soit provoqueraient à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propageraient des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence [*lutte contre le racisme*].

« 7° Ou qui se livreraient, sur le territoire français ou à partir de ce territoire, à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger ».

administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation (article 441-5 du Code pénal).

Les alinéas 2º et 3º de l'article 421-1 du Code pénal visent à réprimer des comportements liés à la logistique nécessaire pour l'accomplissement d'un acte de terrorisme, pour la création, le maintien de l'organisation ou du groupement, et aussi pour protéger d'une poursuite judiciaire les individus impliqués dans l'action terroriste (en fournissant un local ou de faux documents)[196].

## 2. Au Brésil – article 3ème, de la loi 13.260 du 16 mars 2016

**36.** Au Brésil, il n'y a pas le même système de renvoi et nous ne trouvons pas parmi les alinéas de l'article 2ème, des comportements visant la logistique du terrorisme. L'article 2ème est dédié à l'action terroriste en tant que telle.

Nous trouvons une correspondance de l'alinéa 3º de l'article 421-1, pour des comportements prévus de manière autonome, avec l'article 3ème, de la Loi 13.260/16[197].

L'expression *promouvoir, constituer, intégrer* une organisation terroriste a un sens plus large, pensons-nous, que le fait de participer à un groupe de combat, ou bien au maintien ou à la reconstitution, ouverte ou déguisée, d'une association ou d'un groupement dissous, car une organisation terroriste n'est pas nécessairement un groupe de combat ou un groupement dissous.

L'action d'*apporter aide* (en portugais, *prestar auxílio*) à une organisation terroriste peut correspondre à procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique, mais aussi à fournir à la personne, auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement, un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation.

---

196 « La répression du soutien logistique au terrorisme prend donc la forme de l'extension de la qualification terroriste à tout comportement de fourniture de moyens susceptibles d'être employés dans le cadre d'une action terroriste, c'est-à-dire pendant sa préparation, sa perpétration, et même postérieurement, lorsqu'il s'agit, par la fourniture d'un local ou de faux documents d'identité, de protéger un individu des poursuites judiciaires ou de tirer profit d'un acte quelconque de terrorisme ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 123)

197 Article 3º, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista* ». (« promouvoir, constituer, intégrer, ou apporter aide, personnellement ou par un tiers, l'organisation terroriste ». [traduction libre])

On voit qu'il y a une grande ressemblance entre l'article 3º, de la loi brésilienne et l'article 421-2-1, du Code pénal français, soit par rapport à la technique retenue, soit par rapport au contenu du dispositif.

En tout cas, on peut conclure qu'il y a un dispositif qui, en droit brésilien, pourrait être utilisé dans le cas des infractions auxquelles l'article français 421-1-3º renvoie, mais il s'agit d'un texte plus générique. D'autre part, il n'y a pas de dispositif incluant spécifiquement des faux ou des infractions en matière de groupes de combat ou de mouvements dissous, dans la liste des actes de terrorisme, comme il s'en trouve en France.

On peut se demander : dans la réalité de la vie, la loi française serait-elle plus englobante, ou la prévision générique faite au Brésil suffit-elle pour englober toutes les hypothèses que le renvoi couvre en droit français ? Et, si le texte est suffisant au Brésil, le même texte serait-il acceptable dans le système pénal français ?

## B. Les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies par les articles 222-52 à 222-54, 322-6-1 et 322-11-1 du Code pénal

### 1. En France – article 421-1-4º du Code pénal

**37.** Par le renvoi fait par l'article 421-1-4º aux articles 222-52 à 222-54, ont été inclus dans la liste d'actes de terrorisme le fait d'acquérir ou de détenir des matériels de guerre, armes, ou éléments d'armes ou munitions, relevant des catégories A ou B, sans autorisation, de même que le fait de détenir un dépôt de telles armes et de porter ou de transporter ces armes et matériels.

Un nouveau renvoi, cette fois direct est spécifiquement fait aux articles 322-6-1 et 322-11-1, déjà commentés parce qu'ils étaient inclus dans le renvoi fait par l'alinéa 2, du même article, consistant donc en une double incrimination.

On trouve plusieurs renvois à des articles du code de la défense, pour incriminer les importations, exportations, et l'élaboration, la détention, le transfert, l'utilisation, le transport,

des matières nucléaires[198] (article L1333-9), dans et hors du territoire de la République (article L1333-11), et même le fait d'encourager, provoquer, ou inciter quiconque, de quelque manière que ce soit, à commettre ces infractions (article L1333-13-2).

Le renvoi intègre aussi à la liste des actes de terrorisme, la fabrication, le commerce des armes, des matériels, des munitions et éléments de ces armes (article L2339-2), et des missiles, fusées, des systèmes sans pilote capables de conduire à leur cible, et des armes nucléaires, chimiques, biologiques (article L2339-14).

« La mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, le transport, l'acquisition, la cession, l'importation, l'exportation, le commerce et le courtage d'agents microbiologiques, d'autres agents biologiques et des toxines biologiques, quels qu'en soient l'origine et le mode de production, en qualités et en quantité, non destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques » sont aussi inclus dans la liste des actes de terrorisme (article L2341-1) et de même tout encouragement, incitation ou provocation à la pratique de tels actes (article L2341-5).

Dans la liste du renvoi (article L2342-57) on trouve le fait d'employer une arme chimique et même l'importation, exportation, transit, transfert, acquisition et cession d'une arme chimique ancienne ou abandonnée (article L2342-62), enfin, la fabrication d'un engin explosif ou incendiaire ou d'un produit explosif ou de tout autre substance destinée à entrer dans la composition d'un produit explosif (article L2353-4) et l'acquisition, la détention, le transport ou le port illégal de tels produits ou engins (article L2353-13).

C'est le renvoi au code de la sécurité intérieure qui inclut dans sa liste la détention d'un dépôt d'armes ou de munitions de la catégorie C (article L317-7) et le fait de porter ou de transporter, hors de son domicile et, sauf les exceptions résultant des articles L315-1 et L315-2, sans motif légitime, une ou plusieurs armes, leurs éléments essentiels ou des munitions, même si cet individu en est régulièrement détenteur (article L317-8).

C'est une énorme liste visant toute fabrication, commerce, transfert, transport, détention, port, de plusieurs types d'armes, à savoir, nucléaires, chimiques, biologiques,

198 C'est l'article L1333-1 qui définit le champ d'application de l'expression *matières nucléaires* : « Sont soumises aux dispositions de la présente section les matières nucléaires fusibles, fissiles ou fertiles, ainsi que toute matière, à l'exception des minerais, contenant un ou plusieurs éléments fusibles, fissiles ou fertiles dont la liste est précisée par décret en Conseil d'Etat ».

explosifs, armes à feu et, de plus, tout encouragement, incitation et provocation à l'utilisation des armes les plus dangereuses.

## 2. Au Brésil – article 2º, §1º, I, de la Loi 13.260 du 16 mars 2016

**38.** L'équivalent de ce dispositif est sans aucun doute l'article 2º, §1º, I, de la Loi 13.260/16, déjà analysé. Il faut toutefois, faire quelques remarques.

D'abord, un seul alinéa (article 2, § 1, I), en droit brésilien, correspond à plusieurs articles, situés dans plusieurs codes français. Même en vue de la technique employée, la loi brésilienne ne peut être aussi précise et englobante que la loi française. Par exemple, les verbes fabriquer, importer, exporter, faire commerce, n'ont pas été utilisés par le texte brésilien, qui ne mentionne pas non plus les actions ayant pour objet les missiles, fusées ou autres systèmes sans pilote capables de conduire à leur cible des armes nucléaires telles que définies au III de l'article L1333-13-4, ou chimiques ou biologiques et spécialement conçues à cet usage.

Ce texte brésilien, par contre, énumère les substances dont l'utilisation ou la menace d'utilisation, le transport, la détention, est interdite : explosifs, gaz toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires. En citant des substances comme les gaz toxiques et les poisons, on se réfère à des contenus biologiques, qui en droit français appartiennent à la définition de terrorisme écologique, selon la formule : « des substances de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel » (article 421-2 du Code pénal). Nous apercevons dans le texte brésilien, non seulement une formule générique, mais aussi le mélange de deux concepts, qui en droit français sont séparés.

On ne voit pas dans la liste brésilienne une référence à des armes à feu, mais une ouverture à d'autres moyens capables de causer des dommages ou de promouvoir la destruction de masse. Cette ouverture pourrait arriver à l'incrimination de la détention d'un dépôt d'armes ou du port d'une mitraillette ou d'un fusil.

Dans le droit brésilien, où est donc la définition de l'explosif, du gaz toxique, du poison, des contenus biologiques, chimiques nucléaires, dès lors que le texte n'y fait aucun renvoi ?

Il faut chercher les définitions dans le droit international, car elles n'existent pas dans le droit pénal brésilien[199]. Le Brésil a été signataire de plusieurs traités, où ces définitions apparaissent et doivent être utilisées comme source pour l'interprétation du dispositif pénal[200].

## § 2. Les infractions à connotation financière

**39.** Après les attentats du 11 septembre 2001, aux États-Unis, la lutte anti-terrorisme s'est tournée vers le financement du terrorisme. Évidemment, sans ressources des attentats qui exigent une large structure n'allaient pas être réalisables. C'est une lutte menée par le droit international et adoptée en son temps et à sa manière par la France et par le Brésil.

En France, les techniques du renvoi et de la création des délits autonomes ont été utilisées pour la création de nouvelles incriminations. Nous pouvons considérer la création des infractions à connotation financière comme une nouvelle phase d'anticipation de la répression. Les incriminations concernant le financement se situent très en amont par rapport à l'attentat car elles sont le combustible qui alimente le réseau criminel.

Un alinéa A est destiné aux infractions rattachées au droit commun en France, et un alinéa B aux infractions autonomes. La comparaison avec le droit brésilien, faite pour chacun des cas, va nous montrer comment le droit international est un élément de rapprochement des législations en matière de terrorisme.

---

199199 Il est vrai que tout le monde sait ce qu'est un explosif, un gaz toxique, un poison, etc.

200 Convention Interaméricaine contre la Fabrication et le Trafic illicites d'armes à feu, munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes, faite à Washington, le 14 novembre 1997 – article 1, 5. ; intégrée par le Décret nº 3.229, du 29 octobre 1999 à la législation nationale ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, Paris, le 13 janvier 1993 – article II, intégrée à la législation nationale par le Décret nº 2.977, du 1 mars 1999 ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, faite à Londres, Moscou et Washington, le 10 avril 1972, intégrée à la législation nationale par le Décret 77.374, du 01 avril 1976 ; Loi nº 9.112, du 10 octobre 1995, modifiée par la *Medida provisória* nº 2.216-37, de 2001 ; Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, ouvert à la signature le 1er juillet 1968 à Londres, Moscou et Washington, intégré à la législation nationale par le Décret 2.864, du 7 décembre 1998 ; Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes, signé le 14 février 1967, à Tlatelolco (Mexique), intégrée à la législation nationale par le Décret 1.246 du 16 septembre 1994 ; le Décret 7.722, du 20 avril 2012, qui a été intégré à la législation nationale les Résolutions nº 1540 (2004) e nº 1977 (2011) du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

# A. Les infractions rattachées au droit commun

## 1. Les infractions de blanchiment prévues au Chapitre IV du Titre II du Livre III du Code pénal

### a. En France, article 421-1-6º du Code pénal

**40.** La lutte anti-blanchiment vient de la deuxième moitié du XX$^{ème}$ siècle[201], mais, depuis les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, elle est insérée dans la lutte contre le financement du terrorisme[202].

À l'origine, l'article 421-1 du Code pénal ne listait pas le blanchiment parmi les comportements terroristes. C'est seulement après les attentats du 11 septembre 2001 que la loi du 15 novembre 2001 vient augmenter la liste des comportements terroristes, en prévoyant deux nouveaux alinéas à l'article 421-1 : 6º - le blanchiment ; 7º - les délits d'initié au sens de l'article L465-1 du Code monétaire et financier.

Le blanchiment est défini par le Code pénal français à l'article 324-1[203]. Il est *le fait de dissimuler l'origine frauduleuse de biens*[204]. Le blanchiment peut s'extérioriser de deux manières distinctes, selon la définition de l'article 324-1 du Code pénal : par le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime

---

201 La Convention des Nations Unies, faite à Vienne le 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes prévoyait l'obligation pour les États d'instituer un délit de blanchiment, elle permettait l'adoption de mesures de confiscation des produits du trafic des stupéfiants ou des biens obtenus avec l'argent du trafic, et instituait la création du Groupe d'action financière internationale (GAFI) ; La Directive 91/308/CEE du Conseil de l'Europe du 10 juin 1991, prévoyait, pour les États, l'obligation d'étendre le combat au blanchiment des produits de tous les délits graves, mais aussi un système de vigilance par les professionnels et d'information aux autorités ; la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (entrée en vigueur en 1993) ; en France, la loi nº 87-1157 du 31 décembre 1987 a créé le délit du blanchiment du produit du trafic de drogue, et la loi du 13 mai 1996 a élargi le concept de blanchiment à tout produit d'un crime, par la création des articles 324-1 à 324-9 du Code pénal.

202 Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 et la Directive nº 2005/60/CE du 26 octobre 2005, cette dernière rattache les outils de la lutte contre le blanchiment à la lutte contre le financement du terrorisme.

203 Article 324-1 du Code pénal français

« Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.

« Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit ».

204 Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 560.

ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect ; et par le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.

Il suppose une infraction préalable et peut englober un recel, car l'auteur du blanchiment doit aider l'auteur du crime préalable à justifier l'origine des biens obtenus de façon illicite. Mais, « le receleur est le simple détenteur du produit d'une infraction commise par autrui alors que le blanchisseur camoufle, en accord avec l'auteur du délit d'origine, le produit de ce délit, et recycle ce produit pour en effacer le caractère honteux »[205].

La qualification *terroriste* du recel est limitée aux hypothèses des infractions listées par les articles 421-1-1° à 421-1-4°, tandis que tout blanchiment peut entrer dans la liste des comportements terroristes[206].

Le blanchiment peut consister en un comportement préalable ou postérieur à l'attentat terroriste. Dans le temps, il peut, comme les faux ou la fourniture d'un logement à quiconque a commis un attentat, se situer après l'accomplissement de la violence. Mais il peut aussi être préalable à l'attentat, dans le cas du blanchiment du produit de n'importe quelle infraction.

### b. Au Brésil – sans correspondance

**41.** Le blanchiment n'est pas dans la liste des actes de terrorisme au Brésil. Toutefois, il constitue une infraction de droit commun.

Le délit du blanchiment avait été introduit dans la législation brésilienne par la loi 9.613, du 03 mars 1998, qui listait les crimes antérieurs dont le blanchiment des produits était interdit, parmi lesquels on trouvait le terrorisme (article 1°, II)[207]. Une autre loi de 2003 a inclus dans

---

205 *Id.*, p. 562.

206 « Il s'agit ce faisant, tout à la fois, d'empêcher le blanchiment du produit d'une infraction terroriste, mais également le blanchiment du produit de toute infraction, dès lors que l'opération de blanchiment est en relation avec une entreprise terroriste ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 131)

207 « *Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores ; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei ; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências* ». (« La Loi 9.613 du 3 mars 1998, sur les crimes de blanchiment ou occultation de biens, droits et valeurs ; sur la prévention de l'utilisation du système financier pour les actes illicites prévus dans cette loi ; elle crée le Conseil de Contrôle des Activités Financières (COAF), et d'autres dispositions » [traduction libre]).

la liste mentionnée le financement du terrorisme[208]. Et, une troisième loi datant de 2012[209], a étendu l'interdiction du blanchiment à toute infraction (article 1º).

Donc, au Brésil, le blanchiment du produit d'un comportement terroriste est interdit, mais il n'est pas considéré comme un comportement terroriste, de manière que les règles dérogatoires propres au terrorisme ne sont pas applicables aux infractions de blanchiment.

Puisque le Brésil a signé plusieurs traités internationaux soit pour s'impliquer dans la lutte contre le terrorisme et son financement, soit pour s'impliquer dans la lutte contre le blanchiment[210], il n'y a pas de raison de laisser l'infraction du blanchiment hors de la liste de comportements terroristes[211].

## 2. Les délits d'initié prévus aux articles L465-1 à L465-3 du code monétaire et financier

### a. En France – article 421-1-7º du Code pénal

**42.** Comme nous l'avons mentionné, c'est après les attentats du 11 septembre 2001 que la loi du 15 novembre 2001 vient allonger la liste des comportements terroristes, en prévoyant

208 « *Lei 10.701, de 9 de julho de 2003, que altera e acrescenta dispositivos à Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de « lavagem » ou ocultação de bens, direitos e valores ; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei ; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências ».* (« Loi 10.701 du 9 juillet 2003, modifie et ajoute des dispositifs à la Loi 9.613 du 3 mars 1998, sur les crimes de blanchiment ou occultation de biens, droits et valeurs ; la prévention de l'utilisation du système financier pour les actes illicites prévus dans cette loi ; elle crée le Conseil de Contrôle des Activités Financières – COAF, et d'autres dispositions » [traduction libre]).

209 « *Lei 12.683 de 9 de julho de 2012, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro ».* (« La Loi 12.683 du 9 juillet 2012, modifie la Loi 9.613 du 3 mars 1998 pour rendre la répression pénale des crimes de blanchiment plus efficace » [traduction libre]).

210 La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme – New York, 9 décembre 1999, est ratifiée par le Brésil le 16 septembre 2005, et intégrée dans le système National par le Décret 5.640 du 26 décembre 2005, publié au DOU le 27 décembre 2005 ; la Convention interaméricaine de lutte contre le terrorisme – Bridgetown, le 3 juin 2002, est signée par le Brésil le 06 mars 2002 et intégrée dans le système National par le Décret 5.639 du 26 décembre 2005, publié au DOU le 27 décembre 2005, qui contient des dispositifs à propos du financement du terrorisme (article 4º) et à propos du blanchiment (article 6º).

211 Julie Alix fait référence à la « Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et á la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 qui prenant acte de ces liens criminologiques, préconise l'application à la lutte contre le financement du terrorisme, des moyens développés et mis en œuvre au cours de la décennie 1990 pour lutter contre le blanchiment du produit du crime : préambule et article 2 de la Convention ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 131, note 485)

deux nouveaux alinéas de l'article 421-1 : 6º - le blanchiment ; 7º - les délits d'initié au sens de l'article L465-1 du Code monétaire et financier.

Cette inclusion, on l'a constaté, est due à la liaison entre les attentats du 11 septembre 2001 et des mouvements financiers autour de titres de compagnies aériennes et d'assurance. C'est-à-dire que, avant même les attentats, l'information privilégiée sur de sombres prévisions avait circulé et, qu'en amont des morts et de la terreur causée, les organisations terroristes avaient gagné des fonds grâce à la connaissance préalable des faits qui sans aucun doute allaient affecter les marchés financiers concernés. Cet élargissement de la liste des comportements potentiellement terroristes, par la voie du renvoi, à l'origine, à un article du Code monétaire et financier, appartient aux outils de la lutte contre le financement du terrorisme[212].

La loi a modifié aussi le Code monétaire et financier pour élargir la définition du délit, qui désormais pourrait être commis par toute personne, à la seule condition d'avoir connaissance d'une information privilégiée. Au-delà de cet élargissement, la loi a augmenté la peine encourue pour l'auteur qui utilise l'information privilégiée concernant la commission d'un crime ou d'un délit[213].

---

212 Julie Alix, dans l'ouvrage précité, inclut une citation à ce propos : « Dès le lendemain des attentats du 11 septembre 2001, les autorités de régulation et de contrôle des marchés financiers suspectèrent que des délits d'initié avaient été commis, autour de titres de compagnies aériennes et d'assurance notamment : v. par ex. Martine Orange, "La COB ouvre une enquête sur les mouvements de titres avant les attentats", *Le Monde,* 22 septembre 2001 ; Marylise Lebranchu, séance du 17 octobre 2001, JORF, "Débats parlementaires – Sénat", 18 octobre 2001, pp. 4152-4153 ». (*Ibid.*, note 486)

213 Article L465-1

Créé par Ordonnance 2000-1223 2000-12-14 JORF 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 rectificatif JORF 17 mars 2001

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de dix millions de francs dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

« Est puni de six mois d'emprisonnement et de cent mille francs d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

Après avoir été exclus de la liste des comportements terroristes, par la loi du 26 juillet 2005, qui a transféré ces deux comportements à l'article L465-2[214], auquel le Code pénal ne

« Est puni des peines prévues au premier alinéa le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours ».

Article L465-1

Modifié par Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 - art. 33 JORF 16 novembre 2001

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de dix millions de francs dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 Euro d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

« Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 Euro dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 500 000 Euro si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre.

« Est puni des peines prévues au premier alinéa le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours ».

[214] Article L465-1

Modifié par Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 - art. 30 JORF 27 juillet 2005

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives

renvoyait pas, ils ont été réinsérés dans la liste par la loi nº 2016-819 du 21 juin 2016, article 1, III, qui a modifié l'article 421-1-7º du Code pénal, pour y inclure le renvoi aux délits d'initié prévus aux articles L465-2 et L465-3 du Code monétaire et financier.

Toutefois, cette loi a remplacé les anciens articles L465-1 à L465-3 du Code monétaire et financier, qui incriminaient les délits d'initié, les manipulations de cours et les diffusions d'informations boursières fausses et trompeuses, par les nouveaux articles L465-1 à L465-3-5. Les articles 465-1 à 465-3 incriminent le fait, soit d'utiliser une information privilégiée (article L465-1), soit de recommander la réalisation d'une opération à cause d'une information privilégiée (article L465-2), soit de communiquer cette information à des tiers étrangers au cadre normal de la profession à laquelle l'information est propre (article L465-3)[215]. Il est important de dire que les trois incriminations incluent la circonstance que la personne fait usage, recommande ou communique ladite information privilégiée, à l'occasion de sa participation à la commission d'un crime ou d'un délit, mais que, désormais, ces délits sont punis des mêmes peines[216].

La Loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001, avait institué une peine plus sévère, « lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit » ; En revanche,

---

d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

« Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre ».

215 « Les articles L.465-1 à L.465-3 du Code monétaire et financier qui incriminaient cette triplette d'infractions boursières sont ainsi remplacés par les articles L. 465-1 à L. 465-3-5, qui distinguent désormais comme suit les abus de marché ». (Éric DEZEUZE, « La refonte de la répression des abus de marché : Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 18 juillet 2016, n° 29, p. 1450)

216 « La loi nouvelle maintient trois grandes catégories de délits d'initié mais en élargit le périmètre. […] La seconde catégorie est constituée par "les personnes disposant d'une information privilégiée à l'occasion de leur profession ou de leurs fonctions ou à l'occasion de leur participation à la commission d'un crime ou d'un délit" (cette hypothèse est nouvelle, l'ancien texte ne visant que la profession ou les fonctions, cet ajout élargit le champ d'application du délit d'initié en donnant une autre source possible à l'information privilégiée) » (Corinne MASCALA, « Droit pénal des affaires : mai 2015 - juin 2016 », *Recueil Dalloz*, 22 septembre 2016, n° 31, p. 1841)

la loi nº 2016-819 du 21 juin 2016 exige que la personne ait disposé de l'information privilégiée obtenue à l'occasion de sa participation à la commission d'un crime ou d'un délit, mais ne distingue pas les peines si cette circonstance est présente ou non.

Dès lors, de nouveaux délits pour empêcher les abus de marché viennent augmenter les outils disponibles pour la lutte contre le financement du terrorisme en France.

### b. Au Brésil – sans correspondance

**43.** Il y en a, en Droit brésilien, un crime qui ressemble aux délits d'initié, appelé par la doctrine de *uso indevido de informação privilegiada* (utilisation indue d'une information privilégiée)ou *Insinder trading*[217], prévu à l'article 27-D, inséré par la Loi 10.303, du 31 octobre 2001, dans la Loi nº 6.385 du 7 décembre 1976, *Lei de mercado de capitais*[218].

Le concept d'information privilégiée, n'étant pas prévu par la loi pénale, doit être trouvée ailleurs. La doctrine brésilienne s'est inspirée de la Directive 2003/6/CE du Parlement Européen, pour trouver le sens correct des mots[219].

---

217 En français, « utilisation indue d'une information privilégiée ». [traduction libre]

218 Loi nº 6.385 du 7 décembre 1976, qui « réglemente le marché de capitaux et qui a créé la Commission des valeurs mobiliers » [traduction libre] (en portugais « *lei que dispôs sobre o mercado de capitais e criou a comissão de valores imobiliários* ».)

*« Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: (Artigo incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001) ».* (« Article 27 – D. Utiliser une information importante, non encore divulguée sur le marché, dès lors que la connaissant, on aurrait le devoir du secret, capable de générer pour soi ou pour un tiers, un avantage indu, par négociation, en son propre nom ou au nom d'un tiers, sur des valeurs mobilières : (article inclus par la loi 10.303 du 31 octobre 2001) ». [traduction libre])

219 « *Contudo, não é qualquer informação que pode ser objeto do crime de "insider trading", mas sim a chamada informação privilegiada. Destaque-se, contudo, pela inexistência de uma conceituação precisa do que vem a ser informação privilegiada, motivo pelo qual deverá apelar à doutrina e ao direito comparado, para a obtenção de uma precisa definição.* […] *No tocante à regulação estrangeira, merece especial destaque a Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu, que em seu considerando 16 conceitua informação privilegiada como* […] » (Leonardo ALONSO, *Crimes contra o Mercado de Capitais* [en ligne], Dissertação de Mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 18 mai 2009, pp. 125- 126, [consulté le 8 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07052010-075537/publico/Dissertacao_Completa_Leonardo_Alonso.pdf) (« Cependant, n'importe quelle information ne peut être objet du crime de "insider trading", mais seulement l'information appelée privilégiée. On remarque, toutefois, l'inexistence d'un concept précis de ce qu'on puisse considérer comme une information privilégiée, raison par laquelle on doit chercher dans la doctrine et le droit comparé une définition plus exacte. […] En ce qui concerne la réglementation étrangère, on doit remarquer la Directive 2003/6/CE du parlement Européen, qui dans le "considérant 16" définit l'information privilégiee comme […] » [traduction libre])

Le même auteur, Leonardo Alonso, évoque trois éléments pour que l'information puisse être considérée comme privilégiée : qu'elle soit concrète, importante et ignorée par le public.

À ce propos, à la différence du Brésil, la récente législation française renvoie au texte du règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014[220], abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission. Il est vrai que le nouveau règlement UE date de 2014 et la loi française de 2016, alors que l'auteur précité a écrit en 2009, avant ces deux textes.

Mais, la loi brésilienne n'a pas changé et nous pouvons remarquer deux différences importantes par rapport à la loi française. La première consiste dans le fait que l'information privilégiée au Brésil est nécessairement liée aux émetteurs de titres ou à des valeurs immobilières, mais elle ne peut pas provenir d'autres secteurs de l'économie, comme en France. La deuxième, est attachée à l'auteur de l'infraction, qui, en France, peut être toute personne, mais qui au Brésil ne peuvent être que les *insiders*, c'est-à-dire, les présidents, directeurs ou quelqu'un qui détient l'information en raison de l'exercice de sa profession.

La portée de la loi pénale brésilienne n'est pas la même que celle de la loi française, mais il existe des comportements signalés dans le droit commun qui pourraient intégrer la liste des actes de terrorisme. Le système financier est mondialisé et le Brésil risque de devenir un terrain fertile pour le financement du terrorisme faute d'une loi pénale plus sévère.

Nous voyons qu'en raison de la méthode retenue, le Brésil n'a pas inclus, dans la liste de comportements susceptibles d'être classés comme *terrorisme* deux catégories importantes d'infractions dans la lutte contre le financement du terrorisme : le blanchiment et les délits d'initié.

## B. Les infractions autonomes

**44.** Le financement du terrorisme, en France comme au Brésil, est une infraction autonome. Inspirées du droit international, les infractions se ressemblent beaucoup dans les deux droits.

[220] Article L465-1 du Code monétaire et financier : « C. - Au sens de la présente section, les mots : "information privilégiée" désignent les informations privilégiées au sens des alinéas 1 à 4 de l'article 7 du règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 précité ».

Comme en droit international, elles ne dépendent pas de la réalisation du résultat pour leur accomplissement, de sorte que ce sont des infractions formelles[221].

Le financement du terrorisme est devenu l'un des principaux soucis internationaux, à la fin des années 1990, renforcé après les attentats du 11 septembre 2001, aux États-Unis. La Convention Internationale pour la répression du financement du terrorisme a été adoptée en 1999[222] ; et, après les attentats du 11 septembre 2001, plusieurs instruments ont été élaborés, entre autres : les résolutions 1373 (2001) et 1452 (2002) du Conseil de sécurité des Nations Unies, la Convention adoptée en 2002 dans le Cadre de l'OEA, le Protocole de 2004 à la Convention de l'ASACR, ainsi que la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, du 16 mai 2005, et les recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI), dont le champ d'attribution a été étendu au financement du terrorisme lors de sa session extraordinaire d'octobre 2001 (Washington)[223].

La lutte contre le financement du terrorisme est conçue dès sa naissance comme un moyen de prévention des actes de terrorisme[224]. Elle vise, comme l'incrimination de malfaiteurs terroristes, à réprimer la structuration et l'organisation des groupes de terroristes, la préparation et la réalisation des attentats. Elle implique aussi l'anticipation de la répression.

---

221 « Le financement du terrorisme constitue une infraction internationalement définie connexe par rapport aux infractions de terrorisme et autonome. Cette autonomie se caractérise par le fait que le financement constitue un crime en lui-même et non pas en tant qu'élément de participation à une infraction principale de terrorisme. Ainsi, l'infraction de financement du terrorisme est constituée même en l'absence d'attentats » (Jean-Christophe MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 417). Et encore : « C'est pourquoi, dans leur *intégralité*, les incriminations de soutien au terrorisme, analysées non dans leur individualité mais par référence au processus terroriste dont elles constituent un maillon, sont indifférentes à la commission effective d'une action terroriste, but ultime du processus auquel elles appartiennent. C'est une manifestation de la dématérialisation du soutien au terrorisme ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, pp. 173- 174)

222 Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, Nations Unies 1999, faite à New York, le 09 décembre 1999.

223 Jean-Christophe MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*, pp. 415- 416.

224 Dans le préambule de la Convention Internationale pour la répression du financement du terrorisme, Nations Unies, 1999, nous avons un rappel de « la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1996, à l'alinéa f) du paragraphe 3 dans lequel l'Assemblée a invité les États à prendre des mesures pour prévenir et empêcher, par les moyens internes appropriés, le financement de terroristes ou d'organisations terroristes, qu'il s'effectue soit de manière directe, soit indirectement par l'intermédiaire d'organisations qui ont aussi, ou prétendent avoir, un but caritatif, culturel ou social, ou qui sont également impliquées dans des activités illégales[…] »

L'infraction de financement du terrorisme a dû être créée à côté des infractions de blanchiment d'argent parce que ces dernières ne touchent pas des sources légales de financement ; elles sont punies du fait de leur origine illicite. Mais, le financement du terrorisme sera illégal, même si la source de financement est légale, même si l'argent a été obtenu de manière licite[225].

L'analyse des textes internationaux (1) et des lois françaises (2.a.) et brésiliennes (2.b) montrera les racines des lois et la raison de leurs ressemblances quant à leur contenu, dans un premier temps. Mais elle nous permettra aussi de voir une certaine évolution de la technique du droit international sur le terrorisme et sa transposition aux droits internes. Enfin, les différentes techniques adoptées par les législateurs français et brésilien correspondent effectivement au moment de leur création et à l'évolution du droit antiterroriste vers un droit mondialisé.

## 1. Le financement du terrorisme en droit international

**45.** Des textes internationaux, applicables en France, comme au Brésil, qui précèdent les deux lois, comme la Convention de 1999 et la Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'ONU.

L'infraction de financement du terrorisme est définie par la Convention internationale pour la Répression du financement du terrorisme (Nations Unies, de 1999) à l'article 2[226].

---

225 « *Paradoxalmente, a origem legal desses fundos torna mais complexa a detecção das operações e dificulta a intervenção para que esses fundos não cheguem até as organizações terroristas, já que o controle da lavagem de dinheiro e os mecanismos de denúncia não são acionados sem que exista uma atividade criminosa associada à origem das movimentações financeiras ».* (José CRETELLA NETO, *Terrorismo internacional: inimigo sem rosto - combatente sem pátria*, Campinas, SP, Millennium Editora, 2008, p. 359) (« Paradoxalement, la détection des opérations devient plus complexe en raison de l'origine légale de tels fonds, ce qui complique l'intervention pour que ces fonds n'arrivent pas aux organisations terroristes, puisque le contrôle du blanchiment d'argent et les mécanismes de dénonciation ne sont pas en route s'il n'existe pas une activité criminelle associée à l'origine des ces mouvements financiers ». [traduction libre])

226 Article 2

« Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre : a) Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe ; b) Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque. 2. a) En déposant son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, un État Partie qui n'est pas adhérant à un traité énuméré dans l'annexe visée à

La formule est très large et englobe tout fait de fournir ou même de réunir des fonds, visant leur utilisation ou simplement en sachant qu'il se destinent à être utilisés pour commettre des actes de terrorisme définis dans plusieurs traités énumérés en annexe ou tout acte terroriste au sens de l'alinéa b) du paragraphe 1, de cet article 2.

Dès lors, *financer*, dans le sens du texte veut dire non seulement fournir des fonds, mais aussi réunir des fonds. La définition de *fonds* est à l'article premier, alinéa 1, de la Convention[227]. La formule « sans que cette énumération soit limitative » garanti que tout moyen de financement soit englobé par la prohibition. Enfin, pour que l'infraction s'accomplisse, il n'est pas nécessaire que les fonds soient utilisés, puisque la seule connaissance de plans d'utilisation est suffisante. Ainsi pour reconnaitre la pratique du crime, il faut au moins : a) la réunion des fonds ; b) la connaissance qu'ils pourront être utilisés ; c) à des fins terroristes selon les hypothèses de l'article 2, 1, a et b.

La tentative, la complicité, l'organisation et la contribution à l'infraction de financement du terrorisme sont aussi prévues dans les paragraphes 4 et 5 de l'article 2.

Le financement du terrorisme en droit international est dès lors indépendant de l'existence d'un acte de terrorisme et d'une certaine définition du terrorisme dans un autre traité, car l'article 2, paragraphe 2, alinéa b, a prévu une définition générale de l'acte de

l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article peut déclarer que, lorsque la présente Convention lui est appliquée, ledit traité est réputé ne pas figurer dans cette annexe. Cette déclaration devient caduque dès l'entrée en vigueur du traité pour l'État Partie, qui en notifie le dépositaire ; b) Lorsqu'un État Partie cesse d'être signataire d'un traité énuméré dans l'annexe, il peut faire au sujet dudit traité la déclaration prévue dans le présent article. 3. Pour qu'un acte constitue une infraction au sens du paragraphe 1, il n'est pas nécessaire que les fonds aient été effectivement utilisés pour commettre une infraction visée aux alinéas a) ou b) du paragraphe 1 du présent article. 4. Commet également une infraction quiconque tente de commettre une infraction au sens du paragraphe 1 du présent article. 5. Commet également une infraction quiconque : a) Participe en tant que complice à une infraction au sens des paragraphes 1 ou 4 du présent article ; b) Organise la commission d'une infraction au sens des paragraphes 1 ou 4 du présent article ou donne l'ordre à d'autres personnes de la commettre ; c) Contribue à la commission de l'une ou plusieurs des infractions visées aux paragraphes 1 ou 4 du présent article par un groupe de personnes agissant de concert. Ce concours doit être délibéré et doit : i) Soit viser à faciliter l'activité criminelle du groupe ou en servir le but, lorsque cette activité ou ce but supposent la commission d'une infraction au sens du paragraphe 1 du présent article ; ii) Soit être apporté en sachant que le groupe a l'intention de commettre une infraction au sens du paragraphe 1 du présent article ».

227 Article premier 1. *Fonds* s'entend des biens de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, acquis par quelque moyen que ce soit, et des documents ou instruments juridiques sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique ou numérique, qui attestent un droit de propriété ou un intérêt sur ces biens, et notamment les crédits bancaires, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les titres, les obligations, les traites et les lettres de crédit, sans que cette énumération soit limitative.

terrorisme. Une autonomie, dans un double sens, a été conférée par la Convention sur le financement du terrorisme : par rapport à la définition d'acte de terrorisme et par rapport à la commission d'un tel acte ; telle était l'importance de la lutte contre le financement, car « le nombre et la gravité des actes de terrorisme sont fonction des ressources financières que les terroristes peuvent obtenir »[228].

La Résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, adoptée le 28 septembre 2001, dans la 4385ème réunion, inspirée des dispositions de la Convention de 1999, utilise le concept du financement de la Convention, au paragraphe 1, (b)[229] et détaille les obligations imposées au paragraphe 1(d)[230]. Elle appelle les États à devenir partie à la Convention (paragraphe 3, d)[231].

## 2. Le terrorisme financier, dans les droits nationaux

### a. En France – article 421-2-2 du Code pénal

**46.** À la suite des attentats du 11 septembre 2001, aux États-Unis et de la Résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, la France n'a pas tardé à légiférer sur le financement du terrorisme.

---

228 Préambule de la Convention Internationale pour la répression du financement du terrorisme, Nations Unies, 1999, paragraphe 10ème.

229 « *1. Decides that all States shall: (a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts ; (b) Criminalize the willful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts ;* » (« 1. Décide que tous les États doivent : a) Prévenir et réprimer le financement des actes de terrorisme ; b) Ériger en infraction la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme ; » [traduction libre])

230 « *1.* […] *(d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons ;* » (« 1[…] d) Interdire à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes ; » [traduction libre])

231 « *3. Calls upon all States to: (d) Become parties as soon as possible to the relevant international conventions and protocols relating to terrorism, including the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 9 December 1999 ;* »

L'article 421-2-2 du Code pénal, créé par la Loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001, a institué l'infraction de financement du terrorisme en France[232]. L'infraction en droit interne est plus large que celle du droit international, source d'inspiration de sa création. En droit interne, les actions ne sont pas restreintes à la fourniture et à la réunion de fonds, mais elles s'étendent à la gestion et aux conseils pour une bonne gestion de ces fonds.

Comme en droit international, sa consommation ne dépend pas de la réalisation du résultat matériel. Dans ce sens, elle est une infraction formelle. Par rapport au phénomène du terrorisme, elle est une infraction obstacle, par sa fonction d'empêcher la survenance des attentats[233]. Elle fait donc partie d'une série d'infractions préventives, qui matérialisent l'anticipation de la répression.

L'article 421-5 prévoit que la tentative du délit défini à l'article 421-2-2, est punie des mêmes peines, comme requis par le principe de spécialité de l'article 121-4 du Code pénal et par la Convention de 1999, dans l'article 2, paragraphe 4.

**b. Au Brésil – article 6ème, de la loi 13.260 du 16 mars 2016.**

**47.** Le Brésil a d'abord intégré le texte de la Résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité de Nations Unies au moyen du Décret 3.976, du 18 octobre 2001. Conformément aux dispositions du paragraphe 3, de la Résolution, il a signé ensuite la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, le 10 novembre 2001, et internalisé son texte par le Décret 5.640, du 26 décembre 2005. C'est un bon exemple du renforcement amené par la Résolution 1373 (2001) au niveau international.

---

232 Article 421-2-2 du Code pénal français: « Constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ce fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte ».

233 Selon Julie Alix, « Constituent également des infractions-obstacles les infractions "d'approvisionnement" : infractions à la législation sur les armes, approvisionnement ou trafic de matériel permettant de commettre de cyberinfractions, ainsi que financement du terrorisme. […] Incrimination terroriste autonome, le financement du terrorisme tend à prévenir tout acte de terrorisme en le privant de ressources financières. De la fourniture directe de fonds au conseil donné en vue d'une bonne gestion des fonds, l'amplitude des comportements réprimés est également étendue, et l'éloignement du résultat redouté toujours plus important ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, pp. 181- 182)

Enfin, en droit brésilien interne, l'infraction correspondante est prévue à l'article 6ème et son paragraphe unique de la Loi 13.260, du 16 mars 2016[234].

Le *caput*[235] de l'article de la loi brésilienne utilise d'autres mots, mais a le même sens que ce qui est mentionné dans le texte de la Convention de 1999. En effet, les verbes fournir, offrir, investir sont englobés par l'action de fournir, et les verbes recevoir, obtenir, garder, maintenir en dépôt, sont englobés par l'action de réunir. Seul le verbe solliciter augmente un peu l'amplitude de la loi par rapport à la Convention. Le domaine de la loi française est plus large, car il englobe les actions de gérer et de donner des conseils.

Le mot *actif* traduit par *fonds* est un mot technique qui exprime l'ensemble de biens, valeurs, crédits, droits[236], qui a le même sens que *fonds*, interprété par l'article premier, paragraphe 1, de la Convention de 1999.

---

234 *Artigo 6º*

« *Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei: Pena – reclusão, de quinze a trinta anos.*

« *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei* ».

Article 6ème [traduction libre]

« Recevoir, fournir, offrir, obtenir, garder, maintenir en dépôt, solliciter, investir, de n'importe quelle manière, directe ou indirectement, des ressources, actives, biens, droits, valeurs ou services de n'importe quelle nature, pour la planification, la préparation ou l'exécution des crimes prévus dans cette loi.

« Peine – réclusion, de quinze à trente ans.

« Paragraphe unique. Encoure la même peine le fait d'offrir ou de recevoir, d'obtenir, de garder, de maintenir en dépôt, de solliciter, d'investir, ou, par n'importe quel moyen, de contribuer à l'obtention de fonds, de bien ou de ressources financières, avec la finalité de financer, totalement ou partiellement, personne, groupe de personnes, association, entité, organisation criminelle, qui ait comme activité principale ou secondaire, ou même de nature éventuelle, la pratique des crimes prévus dans cette loi ».

235 Le terme *caput* est utilisé en droit brésilien pour indiquer le chapeau d'un article qui contient un paragraphe unique ou plusieurs paragraphes. Le terme alinéa est réservé aux parties de paragraphes.

236 « *A menção a bens, direitos ou valores é, salvo melhor juízo, desnecessária, pois tais elementos são englobados pelo termo "ativo"* ». (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 253) (« La mention à de biens, droits ou valeurs, n'est, sauf un meilleur jugement, pas nécessaire, puisque de tels éléments sont englobés par le terme "actif" ». [traduction libre])

Le paragraphe unique de l'article 6ème vient compléter le *caput*, puisqu'il vise non la soutenance d'un acte de terrorisme, mais des personnes ou des groupes de personnes vouées à la pratique d'actes de terrorisme[237].

En droit français, faute d'un tel texte, c'est la jurisprudence qui joue le rôle interprétatif, pour élargir le domaine du financement du terrorisme au financement des groupes. C'est une différence importante car si on exige que le financement concerne un acte, on doit avoir la preuve de la planification d'un acte spécifique, ce qui dans la pratique est difficile à apporter.

Cette interprétation est parfois critiquée par la doctrine, face au principe de la légalité[238]. Cependant, elle n'est pas différente de l'explication du GAFI, au Glossaire, mis à jour en octobre 2016, dans le sens que « le terme financement du terrorisme recouvre le financement d'actes terroristes, de terroristes et d'organisations terroristes »[239].

À cet égard, la nouvelle législation brésilienne est plus spécifique et claire, de sorte que le paragraphe unique, malgré sa similitude avec le *caput*, était nécessaire pour éviter toute discussion.

Sur la valeur minimale destinée à telle fin, suffisante pour constituer l'infraction, la doctrine brésilienne vient de se prononcer : « En lisant et relisant l'article, avec une particulière

---

237 « *Nota-se que, diferentemente do caput, o parágrafo único tem em mira não o sustento de um ato criminoso, mas do sujeito, sujeitos ou grupos terroristas ».* (*Id.*, p. 255) (« On note que, différemment du *caput,* le paragraphe unique vise non la soutenance d'un acte criminel, mais celle d'un sujet, de plusieurs sujets, ou de groupes terroristes ». [traduction libre])

238 « Malgré le caractère générique de l'incrimination, une interprétation stricte de la loi impliquerait pour le moins que soient caractérisés l'acte de financement, puis la nature terroriste de l'infraction envisagée. De ces deux éléments, seuls, pourrait alors être déduite la qualification de "financement d'une entreprise terroriste". Mais la jurisprudence refuse de subordonner la consommation de l'infraction à la caractérisation précise des infractions projetées et de leur nature terroriste. Les poursuites sont exercées sur le seul fondement du financement "d'une entreprise terroriste", alors même que la notion ne renvoie à aucune incrimination identifiable, et qu'il suffise que soit constatée la gestion ou la réunion de fonds "en vue de permettre la commission d'actes de terrorisme". Générique, l'incrimination ne requiert pas que soit démontrée l'infraction individualisée dont le financement est projeté, mais seulement que ce financement sera injecté dans l'économie terroriste afin de contribuer au financement une activité terroriste, quel que soit le stade criminel auquel elle se situe. Ce raccourci est révélateur de la conception jurisprudentielle de l'entreprise terroriste, et au rôle central qu'elle lui confère ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, pp. 168- 169)

239 *Cf. Ibid.* et FATF, « The FATF Recommendations - International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation » [en ligne], FATF, février 2012, p. 125, [consulté le 11 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf : « Terrorist financing *is the financing of terrorists acts, and of terrorists and terrorists organisations* ».

attention à la peine (de 15 à 30 ans), il nous semble clair que ce ne sera pas n'importe quelle contribution financière qui servira à l'incrimination, mais seulement celle considérée comme importante, à defaut de quoi la pratique de l'acte serait précaire » [traduction libre][240].

Cette interprétation de la loi contrarie la logique du système de prévention national et international, mis en place. D'abord, la Convention Internationale de 1999, sur laquelle la législation nationale doit s'inspirer, ne fixe pas une valeur minimale[241].

Ensuite, historiquement les organisations terroristes ont utilisé des dons de particuliers faits, parfois à titre d'aide humanitaire. La doctrine brésilienne s'était déjà penchée sur ce thème[242].

---

240 « *Lendo e relendo o tipo, com especial atenção à pena (15 a 30 anos), parece-nos claro que não será qualquer contribuição financeira que servira à presente tipificação, mas somente aquela tida como relevante, sem a qual a pratica do ato ficaria precário ».* (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 253)

241 « *Basta, portanto, angariar ativos financeiros de qualquer espécie, em qualquer montante (a Convenção não estipula valores mínimos nem máximos), para caracterizar a prática de atos terroristas, nos termos da CFT, sendo irrelevante a efetiva utilização desses recursos para a prática de referidos atos ».* (José CRETELLA NETO, *Terrorismo internacional*, *op. cit.*, p. 355) (« Il suffit, alors, de réunir des actifs financiers de n'importe quelle espèce, de n'importe quelle valeur (la Convention ne stipule ni valeurs minimales ni valeurs maximales), pour caractériser la pratique d'actes terroristes, dans les termes de la CFT, l'utilisation effective de telles ressources pour la pratique des actes référés, n'étant pas importante ». [traduction libre])

242 « *Organizações terroristas como a Al Qaeda e outras beneficiam-se do apoio financeiro oferecido por uma rede complexa de fontes de recursos, tanto legais quanto ilegais, que inclui doadores individuais abastados, empresas de fachada, mecanismos de lavagem de dinheiro e transferências de fundos através de fronteiras, particularmente facilitadas pela internet. Pequenas e médias quantias (até cerca de US$ 10.000) também são transferidas com frequências por indivíduos, e no mundo árabe, estes se utilizam do mecanismo informal da* halawa[…]. *Já há algum tempo, autoridades americanas têm visado as redes de* hawala*, suspeitando que estejam sendo usadas para financiar ações terroristas. As redes de* hawala *encarregam-se, igualmente, de canalizar as contribuições provenientes do* zakat*, a "esmola legal que todo mulçumano deve pagar quando recebe qualquer bem ou valor tributável, e que consiste em uma das mais importantes fontes de financiamento para a rede Al Qaeda, essencialmente porque se trata do meio mais usual e menos regulamentado para receber doações na Arábia Saudita ».* (*Id.*, pp. 354- 355) (« Des organisations terroristes, comme l'Al Qaeda et d'autres, se bénéficient de l'appui financier offert par un réseau complexe de sources de ressources, aussi bien légales qu'illégales, qui inclue des riches donateurs individuels, entreprises inexistantes, des mécanismes de blanchiment d'argent et des transferts de fonds par les frontières, particulièrement facilités par l'internet. Des valeurs petites et moyennes (jusqu'à environs US$ 10.000) sont transférés aussi fréquemment par des individus, qui, dans le monde arabe, utilisent le mécanisme informel de la *halawa*. […] Il y a déjà quelque temps, les autorités américaines visaient les réseaux de la *hawala*, suspectant qu'elles sont en train d'être utilisées pour financer des actions terroristes. Les réseaux de la *hawala* se chargent, effectivement, de canaliser les contributions provenant du *zakat*, l'aumône légale qui tout musulman doit payer quand il reçoit un bien ou valeur chargeable, et qui constitue une des plus importantes sources de financement pour le réseau Al Qaeda, essentiellement parce qu'il s'agit du moyen le plus usuel et moins réglementé pour recevoir des dons en Arabie Saoudite ». [traduction libre])

De plus, l'intérêt d'englober tous les fonds dans le concept de financement du terrorisme est aussi rappelée par le GAFI[243].

Enfin, pour toute criminalité organisée, sa règle est de cacher les mouvements des marchandises, qu'il s'agisse de drogues, d'armes ou d'argent sale, en les distribuant en petits mouvements, en petit gestes. Cette pratique de diffusion ne peut pas être ignorée sous peine de laisser une immense porte ouverte à la circulation de l'argent sale.

Dans cette interprétation on subordonne la *punissabilité* du financement à une quantité capable de financer l'acte de terrorisme. Mais, la loi ne fixe pas de valeur minimale et le financement peut se destiner à des actes, mais aussi à des personnes ou à des groupes de personnes. Dans ces dernières hypothèses, il n'y a pas moyen de mesurer le potentiel nuisible de la somme d'argent.

D'ailleurs, la peine est toujours importante en matière de terrorisme, car elle est établie en fonction de ses buts et non de sa matérialité. L'infraction de financement du terrorisme a été conçue pour être détachée du résultat matériel lésionnaire, de sorte qu'une valeur capable de pousser à elle seule à la pratique de l'acte de terrorisme n'est pas en conformité avec la loi, ni avec l'ensemble du système. C'est le moment, au Brésil, de jeter un œil sur la société, qui mérite elle aussi la protection de la loi, pour s'organiser et progresser.

**48. Conclusion du § 2, B.** La répression du financement du terrorirsme est le noyau dur de la lutte contre le terrorisme depuis le commencement de ce siècle. Elle représente une volonté internationale de prévention des actes de terrorisme, née dans le cadre de la législation internationale. Notons l'effort et même la création d'un organisme qui se destine à aider l'harmonisation des législations nationales et leur interprétation[244].

---

243 « Note interprétative de la recommandation 5 du GAFI, mise à jour en octobre 2016. […] B. Caractéristiques de l'infraction de financement du terrorisme : […] 5. Les infractions de financement du terrorisme devraient s'appliquer à tous les fonds et autres biens, qu'ils soient d'origine légitime ou non. 6. Les infractions de financement du terrorisme ne devraient pas exiger que les fonds et autres biens : (a) aient effectivement servi à commettre ou tenter de commettre un ou plusieurs actes terroristes ; ni (b) qu'ils soient liés à un ou plusieurs actes terroristes spécifiques. […] » (GAFI, « Les recommandations du GAFI : normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération » [en ligne], février 2012, Disponible à l'adresse : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations%20GAFI%20-%20f%C3%A9vrier%202017.pdf)

244 Financial Action Task Force – FATF, groupe d'études qui vise suggérer des mesures législatives et administratives pour combattre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Les législations française et brésilienne, à propos du terrorisme financier, sont nées avec un décalage de quinze années, mais sous cette même influence, de sorte qu'elles se rapprochent beaucoup. Pour être plus fidèles à la Convention de 1999, des infractions autonomes ont été créés dans les deux pays. Peut-être ce sont ces infractions qui montrent le rapprochement le plus étroit en matière terroriste entre les deux droits.

Elles sont aussi l'exemple d'incriminations situées le plus en amont du résultat matériel d'un attentat terroriste. On pourrait dire alors que ce sont les mécanismes les plus avancés pour la prévention et la répression du terrorisme trouvés par la communauté internationale : la création de délits afin d'empêcher les groupes terroristes d'obtenir des ressources et de s'organiser, pour planifier et réaliser des attentats[245].

## § 3. Le recel du produit de l'une des infractions prévues aux alinéas 1º à 4º de l'article 421-1 du Code pénal français

**49.** Le recel a été introduit parmi les infractions de terrorisme en France par la loi nº 96-647 du 22 juillet 1996, tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire. Il n'implique pas ni une violence ni un résultat pour son accomplissement, mais du point de vue des moyens pour organiser et commettre un attentat, il constitue une infraction grave. La technique d'anticipation de la répression a été utilisée très tôt en droit français pour empêcher l'action des terroristes. Elle sera étudiée à l'alinéa A.

---

245 Au Brésil : « Même avant les attentats du 11 septembre, la communauté internationale avait déjà identifié la réduction ou l'élimination des sources qui financent les activités terroristes comme une des méthodes les plus efficaces pour étouffer l'actuation d'organisations criminelles et d'individus qui entendent exécuter des actes de terreur. Elle est sans aucun doute, l'activité contre-terroriste qui demande l'emploi de professionnels très qualifiés et de ressources technologiques de pointe, et dont les résultats peuvent se montrer très compensateurs » [traduction libre]. « *Antes mesmo dos atentados de 11 de setembro, a comunidade internacional já tinha identificado a redução ou a eliminação das fontes que financiam as atividades terroristas como um dos métodos mais eficazes para coibir a atuação de organizações e indivíduos que pretendam executar atos de terror. É sem dúvida, atividade contra-terrorista que demanda o emprego de profissionais altamente qualificados e recursos tecnológicos de ponta, e cujos resultados podem se mostrar altamente compensadores ».* (José CRETELLA NETO, *Terrorismo internacional*, *op. cit.*, p. 354)

En France : « Le principal impact des attentats du 11 septembre 2001 sur la politique criminelle de lutte contre le terrorisme réside dans la prise de conscience internationale de la nécessité de généraliser la lutte, mais également de la déplacer en amont de l'acte. Légitimée, la répression de la phase préparatoire du terrorisme a principalement été axée sur la lutte contre le financement du terrorisme, considérée comme le point névralgique de la lutte contre le terrorisme ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 129)

Le recel est une manière ancienne d'obtenir des ressources utilisées pour toute criminalité organisée. C'est l'explication donnée pour une modalité nouvelle de recel prévue parmi les types de financement de terrorisme par la loi 13.260 du 16 mars 2016, traitée à l'alinéa B.

## A. En France – article 421-1-5º du Code pénal

**50.** La technique utilisée à l'article 421-1-5º du Code pénal français[246] est différente de celle du renvoi. Le recel étant un délit, il faut évidement en chercher la définition dans le Code pénal ; en effet, nous sommes encore dans l'incrimination du terrorisme par adjonction d'un élément à une incrimination de droit commun. Mais, de toute façon, le texte ne renvoie pas à d'autres articles ou Livres du Code pénal. Il utilise un concept du droit pénal commun, prévu à l'article 321-1 du Code pénal, associé à une liste d'infractions déjà prévues dans les alinéas 1º à 4º, pour instaurer la prohibition du recel de leurs produits. Mais, il y a quand même un recours au renvoi d'une manière indirecte du fait que les alinéas 1° à 4° contiennent des renvois à d'autres parties du Code.

De toute façon, selon l'article 321-1 du Code pénal, le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou délit, mais aussi le fait de bénéficier, en connaissance de cause, du produit d'un crime ou d'un délit, et on pourrait ajouter : dans le cas d'un crime ou délit auxquel l'article 421-1-1º à 421-1-4º renvoie.

## B. Au Brésil – article 6º, *caput*, de la loi 13.260/2016

**51.** Au Brésil, le délit du recel existe et son contenu s'approche beaucoup de celui du droit français[247]. Toutefois, la loi brésilienne utilise une autre technique et construit un texte différent pour incriminer le recel lié à des activités terroristes[248].

---

246 Article 421-1-5 du Code pénal français : « Le recel du produit de l'une des infractions prévues aux 1º à 4º ci-dessus ; »

247 Article 180 du Code pénal brésilien : « *Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro de boa-fé, a adquira, receba ou oculte ».* (« Le fait d'acquérir, recevoir, transporter, conduire ou occulter, à son propre profit ou au profit d'un tiers, une chose qu'on sache être le produit d'un crime, ou influencer un tiers, de bonne-fois, à l'acquérir, recevoir ou occulter ». [traduction libre])

248 Article 6º, *caput*, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *Receber, prover, oferecer, obter, guardar, mante rem depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer*

Il faut dire que le recel, dans l'article 6º de la loi 13.260/2016 est prévu de façon autonome et qu'il existe sans que la chose objet du recel provienne d'un crime. Le texte exige seulement que la chose soit utilisée pour le planning, la préparation ou l'exécution d'un des crimes prévus dans la loi de terrorisme. C'est-à-dire qu'il existe le recel d'une chose obtenue de façon licite, mais afin de l'utiliser dans des buts terroristes. Un bien licite deviendra illicite par voie de son utilisation pour commettre un crime de terrorisme et plusieurs actions par rapport à ce bien sont punies par la loi.

La planification n'est qu'une idée, de manière que le recel d'une chose pour faire une planification tombe sans aucun doute dans le champ de la préparation des actes préparatoires. Le législateur s'est beaucoup éloigné du fait matériel du terrorisme, ce qui peut créer à la fois une difficulté d'obtention d'une preuve de tels actes et une atteinte au principe de la légalité.

Les actions listées dans l'article sont : recevoir, fournir, offrir, obtenir, garder, maintenir en dépôt, demander, investir. Les objets de ces actions peuvent être : des ressources, des actifs, des biens, des droits, des valeurs ou des services de n'importe quelle nature.

Toutes ces actions, ayant pour objet tout types de biens, matériels ou immatériels, même quand elles étaient licites à l'origine, deviennent illicites, par le fait d'une liaison avec un but terroriste.

Dans la loi française, on voit que le recel existe seulement si l'objet du recel provient d'un crime ou d'un délit.

Le contenu de la loi brésilienne apparait donc plus grand par rapport au recel, mais en sachant qu'on touche la limite du principe de la légalité et qu'une preuve acceptable pour de tels actes serait très difficile à obtenir.

D'autre part, un regard sur l'ensemble de la législation antiterroriste française, révèle que le fait de transmettre quelque chose de licite à quelqu'un à des fins terroristes est interdit par l'article 421-2-2º du Code pénal.

---

*natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei ».* (« recevoir, fournir, offrir, obtenir, garder, maintenir en dépôt, solliciter, investir, de n'importe quelle manière, directe ou indirectement, des recours, actifs, biens, droits, valeurs ou services de n'importe quelle nature, pour le planning, la préparation ou l'exécution des crimes prévus dans cette loi ». [traduction libre])

**52. Conclusion du § 3.** La loi brésilienne a mélangé dans un seul article le recel et le financement du terrorisme. Là où la loi française utilise le droit commun comme base pour incriminer les actions terroristes, le droit brésilien crée de nouvelles dispositions, quelquefois éloignées du droit commun, le recel étant un bon exemple de cette innovation du législateur brésilien.

Enfin, les deux lois, en utilisant des méthodes très différentes, ont pour but d'empêcher la préparation des actes de terrorisme.

## § 4. Le terrorisme écologique

**53.** Le terrorisme écologique : voilà une infraction autonome, formelle et très proche dans les droits français et brésilien. Malgré sa création dans des moments historiques différents, dans les deux droits elle a été conçue comme une infraction autonome, c'est-à-dire sans faire aucune référence ou renvoi à une infraction de droit commun. Dans les deux droits la formule est généraliste et large, pour saisir un grand nombre des comportements, de moyens et de résultats envisagés.

En droit français, la répression du terrorisme écologique est prévue à l'article 421-2 du Code pénal et complétée par les infractions d'empoisonnement et d'administration de substances nuisibles, visées par le renvoi de l'article 421-1-1° du Code pénal. Elle est une partie importante de la lutte contre le bioterrorisme[249] et a été renforcée par le renvoi de l'article 421-1-4° du Code pénal.

En droit brésilien, toute la protection contre le bioterrorisme est contenue dans une seule infraction autonome, générale et très large – l'article 2°, § 1, I, de la Loi 13.260, du 16 mars 2016.

Nées dans des réalités historiques et à des moments différents, ce sont des infractions dont les rapprochements sont clairs. Nous voyons deux raisons à une telle similitude : les deux

[249] « En définitive, la définition communément admise de bioterrorisme est large puisque le terme désigne la dissémination délibérée d'agents biologiques, chimiques, radiologiques ou nucléaires - 6 (COM (2003) 320 final.) – susceptibles d'entraîner une contamination massive des personnes et de l'environnement dans un but terroriste – 7. Sur la liste des finalités terroristes : Conseil de l'Union Européenne, Décision- cadre, du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 164, 22 juin 2002, p. 3 ». (Laurent NEYRET, « La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne », dans Emmanuelle SAULNIER-CASSIA (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union Européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 44)

sont des infractions autonomes ; les deux sont inspirées par un droit très spécifique et dont les valeurs sont mondialisées – le droit environnemental[250].

L'analyse de l'article 421-2 du Code pénal français et de l'article 2ème, § 1, I, de la Loi 13.260, du 16 mars 2016, permettra de voir quels sont leurs rapports avec les systèmes dans lesquels ils sont insérés et leurs conséquences.

## A. En France – article 421-2 du Code pénal

**54.** Le terrorisme écologique, prévu à l'article 421-2 du Code pénal, a été créé en même temps que le nouveau Code pénal, c'est-à-dire, en même temps que l'article 421-1, issu de la Loi 92-686, du 22 juillet 1992[251]. Le texte a été modifié la dernière fois par la Loi n° 2004-204, du 9 mars 2004[252].

Quand l'infraction de terrorisme écologique a été créée, la législation pénale concernant la protection de l'environnement réprimait seulement la pollution volontaire[253]. Cette

250 « D'une part, le bioterrorisme est un crime global en raison de l'objet qu'il menace. Il s'agit certes de la santé humaine puisque les agents biologiques sont capables de "contaminer des milliers d'individus" mais au-delà encore, l'utilisation de tels agents pathogènes "pourrait aussi occasionner, dans des proportions imprévisibles, un dommage durable aux ressources naturelles, et notamment à l'eau, à la production agricole et à la chaîne alimentaire, entraînant ainsi des conséquences non seulement pour la santé humaine, mais aussi pour l'environnement." » (*Id.*, p. 47)

Et encore : « Le droit pénal de l'environnement est donc l'ensemble des dispositions répressives qui préviennent et sanctionnent la dégradation par l'Homme du milieu physique ou biologique dans lequel il vit ». (Jérôme Lasserre CAPDEVIELLE, « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », dans Roselyne NÉRAC-CROISIER (dir.), *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, Collection Sciences criminelles, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 17).

251 Le texte original de l'article 421-2 du Code pénal : « Constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel ».

252 Le texte en vigueur de l'article 421-2 du Code pénal : « Constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel ».

253 Dominique GUIHAL (*Droit répressif de l'environnement*, Paris, Economica, 1 janvier 1997) classifie les principales lois pour la protection de l'environnement à l'époque, et les énumère de la manière suivante : I) Les pollutions et les nuisances – 1. Loi nº 76-663, du 19 juillet 1976, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement ; 2. Loi du 3 juillet 1985, qui a renforcé le dispositif répressif ; 3. Loi nº 92-654 du 13 juillet 1992 qui a créé un système d'agrément pour les installations mettant en œuvre des organismes génétiquement modifiés ; 4. Loi nº 92-646 du 13 juillet 1992 sur les déchets ; 5. Loi nº 93-2 du 4 janvier 1993 relative aux

législation s'était montrée insuffisante pour faire face aux nouvelles menaces de terrorisme écologique qui s'annonçaient[254].

Le souci de l'environnement avait atteint la scène internationale : la ville de Rio de Janeiro, au Brésil, a été le siège de la Conférence de l'ONU, pour discuter entre autres, les mesures de contention de la pollution[255]. Mais, la législation française n'avait pas encore évolué.

---

carrières. II) Les déchets – 1. Article 3 du décret nº 73-502 du 21 mai 1973 ; 2. Articles R 632-1 et R 635-8 du Code pénal ; 3. Loi nº 75-633, du 15 juillet 1995, relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux ; 4. Loi nº 88-1261 du 30 décembre 1988 et nº 92-646 du 13 juillet 1992. III) Les productions chimiques et organiques – 1. Loi nº 77-771 du 12 juillet 1977, modifiée par la loi nº 82-905 du 21 octobre 1982– Le décret d'application est du 13 février 1985 (nº 85-217). IV) l'énergie nucléaire – 1. Décret nº 63-1228, du 11 décembre 1963, modifié par celui du 27 mars 1973, régit les « installations nucléaires de base » ; 2. Loi du 30 décembre 1991, a pour objet de gérer les déchets radioactifs à haute activité et à vie longue ; 3. Le décret nº 95-450 du 4 mai 1995 prescrit les modalités de rejets gazeux et liquides, ce qui exclut en principe les procédures du droit commun de l'air et de l'eau. V) Les espèces animales et végétales – 1. Loi du 10 juillet 1976, « épine dorsale du régime juridique des espèces sauvages ». VI) L'air – Loi nº 61-842 du 2 août 1961. VI) L'eau – loi nº 92-3 du 3 janvier 1992.

254 Des évènements comme l'embrasement de puits de pétrole pendant la première guerre du Golfe ont matérialisé la crainte d'un nouveau type d'action terroriste. « *Os avanços da Coalizão foram muito mais suaves e rápidos do que os generais americanos previram, com a resistência inimiga sendo menor e menos eficiente do que antecipado. As tropas iraquianas estavam enfraquecidas, desorganizadas e sem liderança. Com seus postos de comando e controle destruídos e suas linhas de abastecimento sob constantes ataques aéreos, eles simplesmente não tinham como reagir. Com isso, a 26 de fevereiro, as forças iraquianas já haviam debandado em massa do Kuwait, incendiando pelo menos 737 campos de petróleo no caminho (por ordens de Saddam, como uma forma de retaliação).* […] » (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Guerra do Golfo », *Wikipédia, a enciclopédia livre* [en ligne], Wikipédia, 2 août 2017, [consulté le 26 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_do_Golfo?oldformat=true#For.C3.A7as_da_Coaliz.C3.A3o_invadem_o_sul_do_Iraque) (« Les avances de la coalition ont été beaucoup plus faciles et rapides que les généraux américains auraient prévu, avec la résistance de l'ennemi moins forte et moins efficace qu'ils auraient pu anticiper. Les troupes iraquiennes étaient affaiblies, désorganisées et sans commandement. Avec les postes de commandement et de contrôle détruits et ses lignes d'approvisionnement sous des attaques aériennes fréquentes, ils n'avaient pas les moyens de réaction. Alors, le 26 février, les forces iraquiennes avaient déjà abandonné le Kuwait, en incendiant au moins 737 champs de pétrole sur leur route (sous l'ordre de Saddam, en manière de représailles). […] » [traduction libre])

255 « La conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, plus connue sous le nom de Sommet de la Terre de Rio de Janeiro ou Sommet de Rio, s'est tenue à Rio de Janeiro au Brésil du 3 au 14 juin 1992, réunissant 110 chefs d'États et de gouvernements et 178 pays. Maurice Strong en était le secrétaire général. Environ 2 400 représentants d'organisations non gouvernementales (ONG) étaient présents, tandis que plus de 17 000 personnes assistaient au Forum des ONG qui se tenait parallèlement au Sommet. Cette conférence, dans le prolongement de la conférence internationale sur l'environnement humain (le premier Sommet de la Terre s'étant déroulé en 1972 à Stockholm), a été marquée par l'adoption d'un texte fondateur de 27 principes, intitulé "Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement" qui précise la notion de développement durable : […] » (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 12 juin 2017, [consulté le 26 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Conf%C3%A9rence_des_Nations_unies_sur_l%27environnement_et_le_d%C3%A9veloppement&oldid=138137357)

Comme il n'y avait pas de dispositif de droit pénal commun suffisamment large pour la protection de l'environnement, le législateur a créé une infraction autonome de terrorisme écologique[256].

Même après une évolution du droit pénal de l'environnement en droit interne et européen[257], l'infraction de terrorisme écologique reste toujours un pilier du droit pénal de l'environnement[258].

---

256 « L'infraction n'est donc pas dérivée de crimes ou de délits de droit commun, elle suffit à elle-même et fonde toute son originalité sur ce qu'elle représente de nouveauté. Certes, il est, dans le droit français, divers textes qui sanctionnent des faits de pollution volontaire, mais aucune infraction générale, sur laquelle les auteurs de la réforme auraient pu s'appuyer, ce qui q justifié le principe de cette incrimination, doublement autonome en soi, et par la qualification des actes de terrorisme qu'elle sanctionne, et par la définition inédite qu'elle en donne ». (Yves MAYAUD, *Le terrorisme*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 1997, p. 24)

257 Loi constitutionnelle n° 2005-205, du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF, 2 mars 2005. Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du Code de l'environnement en vigueur le 1er juillet 2013. Circulaire du 21 avril 2015, exposant les nouvelles orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement. Ordonnance du 4 juin 2015 modifiant le Code rural et la pêche maritime ou, en préparation, le projet de loi sur la biodiversité.

« Le durcissement de la réponse pénale en matière environnementale, se trouve confirmé dans le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Texte discuté en première lecture par les deux assemblées parlementaires, en 2014-2015, et transmis à l'Assemblée Nationale en deuxième lecture le 17 janvier 2016. Ses articles 52 à 57 (chapitre 5, Titre VI "Espaces naturels et protection des espèces") contiennent des sanctions pénales considérablement renforcées, pour une protection plus efficace de la nature ». (Véronique JAWORSKI, « Chronique de droit pénal de l'environnement (septembre 2014 à décembre 2015) », *Revue juridique de l'environnement*, 2016, vol. 41, n° 2, p. 363) Le projet est devenu la loi nº 2016-1087 du 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

258 « On peut même remarquer que ce texte consacre une criminalisation de l'atteinte à la nature en tant que telle sans que soit nécessairement recherché un lien avec l'homme. En effet, l'infraction est constituée même si la substance est de nature à mettre en péril les animaux ou le milieu naturel, donc uniquement dangereuse pour ces derniers. Le nouveau Code pénal a ainsi fait naître à travers l'incrimination du terrorisme écologique une valeur à haute protection des éléments naturels. Il est regrettable que notre droit pénal ne consacre pas l'existence d'un crime écologique autonome pour les atteintes intentionnelles les plus graves portées à l'eau notamment, en dehors du fait générateur circonscrit au terrorisme ». (Patrice VAN BOSTERHAUDT, « Les valeurs des polices de l'eau », *Droit et cultures*, 1 décembre 2014, n° 68, pp. 81- 142) Et encore : « Où l'on voit ici que l'enjeu de la lutte contre le terrorisme relève d'une double approche sanitaire et environnementale. Pour autant, on ne trouve pas dans les textes européens relatifs à la lutte contre le bioterrorisme de volonté de protéger l'environnement en raison de sa valeur intrinsèque. Il s'agit avant tout de garantir la préservation de la santé humaine menacée par des agents biologiques qui ont pour vecteur l'environnement. Dans ce cas, la valeur reconnue à l'environnement est simplement instrumentale. Quoi qu'il en soit et eu égard á la portée du bioterrorisme potentiellement dommageable pour l'ensemble du vivant, une politique efficace en la matière requiert d'être "transsectorielle", c'est-à-dire- de croiser et de coordonner les systèmes de gestion de crise dans les domaines du terrorisme, de la santé, de la protection civile et de l'environnement ». (Laurent NEYRET, « La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 47- 48)

La méthode d'incrimination autonome a permis la création d'une infraction large, plus généraliste, capable de saisir un grand nombre de situations. La protection s'étend à l'atmosphère, au sol, au sous-sol, aux aliments ou aux composants alimentaires, aux eaux, y compris celles de la mer territoriale.

L'action terroriste consiste à introduire une substance dans les milieux naturels mentionnés. La substance n'est pas déterminée, mais elle doit être capable de mettre en péril la santé de l'homme, la santé animale ou le milieu naturel. La santé de l'homme englobe l'intégrité physique, mais aussi le bien-être, et la santé animale et le milieu naturel qui sont à la périphérie de l'être humain. La protection pénale a dépassé la frontière du corps humain, impliquant la croissance des garanties nécessaires pour assurer l'épanouissement de la vie humaine.

La technique d'incrimination autonome, généraliste, est encore renforcée par la technique d'anticipation de la répression avec la création d'un délit formel. La simple introduction de la substance nuisible est suffisante pour l'accomplissement de l'infraction[259].

L'anticipation de la répression en matière environnementale est importante car l'extension du dommage peut affecter toute la planète, ou toute l'humanité. Le dommage causé à l'environnement pratiqué à des fins terroristes est un cauchemar, qui doit être prévenu, évité[260].

Il est important de remarquer que le législateur français depuis la première législation pénale antiterroriste a utilisé plusieurs techniques législatives pour élargir la protection pénale : création de délits autonomes, quand le droit pénal commun était insuffisant, et anticipation de la répression, par la création d'infractions autonomes formelles.

Se séparer du droit pénal commun permet à la fois l'élargissement de la protection à des comportements non encore prévus dans la législation pénale et l'anticipation de la répression par la création d'infractions qui n'exigent pas l'aboutissement d'un résultat nuisible.

---

259 « L'infraction est formelle, elle est davantage destinée à sanctionner un comportement que ses effets, ce qui n'interdit pas de retenir ces derniers comme élément d'aggravation de la peine, lorsque l'acte a entraîné la mort d'une ou plusieurs personnes (421-4, al. 2 ; V. infra, p. 49) ». (Yves MAYAUD, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 26)

260 « […] Certes, comme le reconnaît la Commission européenne : "le risque d'attentats bioterroristes est statistiquement faible, mais les conséquences de ces actes peuvent être désastreuses." » (Laurent NEYRET, « La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 49)

La création d'un délit autonome a permis aussi la fixation de peines beaucoup plus sévères pour le terrorisme écologique que pour les infractions environnementales. C'était nécessaire parce que le mobile du terroriste est d'atteindre toute la collectivité, la nation et la paix publique et non simplement l'environnement en tant que tel. La valeur juridique protégée par l'incrimination du terrorisme écologique justifie donc les peines élevées[261].

Il faut rappeler que l'article 421-1-3°, renvoyait déjà aux « infractions définies aux articles 1er et 4ème de la loi n° 72-467 du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines », de manière qu'on peut affirmer que dès sa naissance, la législation française a associé plusieurs techniques pour assurer la répression du bioterrorisme.

D'autre part, quelques années plus tard, le législateur français a utilisé une autre méthode pour l'incrimination du terrorisme chimique. La loi du 17 juin 1998 a incriminé des comportements qui vont de la fabrication à l'utilisation d'une arme chimique et a introduit un renvoi dans l'article 421-1-4°, dont nous avons déjà parlé *cf.* cette Section I, § 1, B 1.

Le renvoi mentionné inclut dans la liste des actes de terrorisme des comportements préparatoires au terrorisme écologique, comme par exemple :

> La mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, le transport, l'acquisition, la cession, l'importation, l'exportation, le commerce et le courtage d'agents microbiologiques, d'autres agents biologiques et de toxines biologiques, quels que soient l'origine et le mode de production, des types et de leur quantité, non destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques (article L. 2341-1).

Ainsi, si la première incrimination de terrorisme écologique contenait une anticipation de la répression par la création d'une infraction formelle, le renvoi mentionné implique une anticipation pour punir des actes préparatoires. Nous voyons une évolution de la législation qui devient plus préventive.

---

261 « C'est d'ailleurs l'une de raisons susceptibles d'expliquer que l'incrimination autonome du terrorisme ait été préférée à une incrimination par renvoi, comme cela aurait était possible par le biais de la qualification terroriste des incriminations de pollution contenue dans le Code de l'environnement. En effet, ses incriminations protègent au contraire l'environnement *en tant que tel*. Cette différence de bien juridique protégé emporte une conséquence répressive quant à la peine encourue : alors que les infractions de pollution réprimées par le Code de l'environnement sont des délits punis de deux ans d'emprisonnement, le crime de terrorisme écologique fait, quant à lui, encourir une peine de vingt ans de réclusion criminelle et 650 000 € d'amendes, confirmant ainsi la supériorité de l'intérêt qu'il protège ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 100)

Un autre aspect important et innovateur à l'époque était que le terrorisme écologique n'exige pas forcément un péril pour la santé de l'homme, mais se satisfait d'un péril pour la vie animale ou pour le milieu naturel. La victime envisagée est toujours la collectivité, mais l'objet de l'action terroriste peut être le milieu naturel en tant que tel.

## B. Au Brésil – article 2ème, § 1, I, de la loi 13.260, du 16 mars 2016

**55.** Au Brésil il n'y a pas d'article consacré spécialement à la répression du terrorisme écologique, comme en France. Mais on trouve, dans la Loi 13.260 du 16 mars 2016, un dispositif qui réprime à la fois tout ensemble des comportements relatifs aux explosifs, aux gaz toxiques, aux poisons, aux contenus biologiques, chimiques et à d'autres moyens capables de causer un dommage ou de promouvoir la destruction de masse. C'est l'article 2ème, § 1er, I[262]. Nous avons déjà commenté cet article à l'occasion des infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires, définies par les articles 222-52 à 222-54, 322-6-1 et 322-11-1 du Code pénal, *cf.* cette Section I, § 1, B 2.

L'action terroriste peut consister à utiliser, menacer d'utiliser, transporter, garder, porter et apporter avec soi, plusieurs substances ou matériels capables de causer un dommage.

Le seul acte d'après ce texte, qui peut correspondre à l'exécution d'un attentat est le fait *d'utiliser*. Tous les autres, à savoir, menacer d'utiliser, transporter, garder et amener avec soi se situent au niveau du stade préparatoire. Alors évidemment c'est une infraction dont l'occurrence n'exige pas l'aboutissement d'un résultat. Comme en France, elle est une infraction autonome et formelle[263].

Les moyens déjà indiqués doivent être capables de causer un dommage ou de promouvoir la destruction de masse. La rédaction brésilienne diffère de la loi française où la substance doit être de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le

---

262 Article 2ème, §1er, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016: « *usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa* ». (« *utiliser ou menacer d'utiliser*, transporter, garder, porter ou apporter avec soi, explosifs, gaz toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires, ou d'autres *moyens capables de causer dommage ou de promouvoir destruction de masse* ». [traduction libre])

263 « *Ademais, em se tratando de crime formal, o resultado naturalístico é prescindível. Sob este prisma, é desnecessário que a conduta gere terror social ou generalizado, bastando a finalidade do agente em provocar tal estado* ». (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 196) (« En plus, traitant d'un crime formel, le résultat naturel n'est pas nécessaire. Sous cet angle, il n'est pas nécessaire que le comportement ait généré la terreur sociale ou généralisée, tout en étant suffisante la finalité de l'agent de provoquer un tel état ». [traduction libre])

milieu naturel, mais le sens est presque le même car le péril signifie la possibilité de causer un dommage.

Pourtant, quant à l'extension du dommage, la loi brésilienne est plus restreinte, car elle fait référence à la destruction de masse, de manière qu'elle exige quand même des moyens capables de causer soit la destruction de masse, soit des dommages très extensifs.

Il est intéressant d'observer que le droit pénal environnemental brésilien contient une infraction qui s'approche beaucoup du terrorisme écologique, mais évidemment elle ne contient pas le dol spécifique de l'action terroriste. Nous parlons de l'article 56, *caput*, de la Loi de Crimes Environnementaux[264], qui définit une infraction proche du terrorisme écologique.

L'utilisation de gaz toxique est réprimée aussi par le droit commun brésilien, à l'article 252 du Code pénal, et sa fabrication, sa possession, son transport sont réprimés à l'article 253 du Code pénal brésilien[265].

On observe que, comme sur le terrorisme écologique français, la loi brésilienne sur les crimes environnementaux protège non seulement la vie de la personne et le patrimoine, mais aussi la santé de l'homme et le milieu naturel.

Au Brésil, à la différence de ce qui existe en France, la législation commune réprimait les crimes environnementaux. Pourtant, une infraction autonome a été créée dans la loi 13.260, du 16 mars 2016, pour réprimer le bioterrorisme. La sévérité des peines liée à la valeur juridique protégée explique la création de l'infraction terroriste.

---

264 Article 56, *caput, de* la Loi n° 9.605, du 12 février 1998 : « *Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos ».* (« Produire, traiter, emballer, importer, exporter, commercialiser, fournir, transporter, garder, maintenir en dépôt ou utiliser produit ou substance toxique, dangereuse ou nuisible à la santé humaine ou à l'environnement, en désaccord avec les exigences établies dans les lois ou ses règlements ». [traduction libre])

265 Article 252 du Code pénal brésilien : « *Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando gás tóxico ou asfixiante ».* (« Mettre en danger la vie, l'intégrité physique ou le patrimoine d'un autre, en utilisant un gaz toxique ou asphyxiante ». [traduction libre])

Article 253 du Code pénal brésilien : « *Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação ».* (« Fabriquer, fournir, acquérir, posséder, ou transporter, sans licence de l'autorité, une substance ou un dispositif explosif, gaz toxique ou asphyxiante, ou un matériel destiné à sa fabrication ». [traduction libre])

**56. Conclusion du § 4.** La France a associé les techniques du renvoi (article 421-1-1º et 421-1-4º) et la création d'une infraction autonome (article 421-2) pour réprimer le terrorisme écologique et le bioterrorisme. Cependant, le législateur brésilien a créé un seul alinéa dans un article de loi (article 2º, § 1, I) pour réprimer l'ensemble du bioterrorisme, ce qui implique l'utilisation de formules ouvertes et certainement des lacunes.

Enfin, l'environnement est protégé en France comme au Brésil. Mais la loi brésilienne ne contient pas une protection semblable à celle de l'article 421-1-4º du Code pénal français, comme nous l'avons déjà dit dans cette Section I, § 1, B.

On doit observer aussi que les infractions pénales environnementales existantes en droit brésilien n'ont pas été utilisées, faute de renvoi fait par la Loi 13.260 du 16 mars 2016. Par contre, en France, l'infraction de terrorisme écologique a été la première à protéger l'environnement de manière plus large et elle constitue jusqu'à nos jours un des piliers de la protection environnementale[266].

Dans ce sens, on peut dire que c'est la méthode brésilienne de création d'une loi spéciale pour chaque phénomène criminel, comme le trafic de drogues, le terrorisme, les crimes liés aux armes à feu, les crimes environnementaux, qui gêne l'intégration du système de répression pénale. Chaque loi spéciale crée ses propres concepts et n'établit pas de rapports avec les autres lois pénales, ce qui parfois engendre des contradictions et des lacunes.

## Section II. La pénalisation des actes préparatoires

**57.** La technique d'anticipation de la répression dans le stade préparatoire n'est pas nouvelle. La création d'un délit d'association de malfaiteurs dans le Code pénal de 1810 en est un bon exemple[267].

---

266 « Complétant les incriminations d'empoisonnement et d'administration de substances nuisibles, ce crime est conçu comme le pilier de la lutte contre le bioterrorisme ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 88)

267 Article 265 du Code pénal de 1810, sur l'association de malfaiteurs : « Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés, est un crime contre la paix publique ». (P. DIDOT L'AINÉ et Firmin DIDOT (dir.), *Code pénal suivi d'une table alphabétique et raisonnée des matières* [en ligne], Paris, P. Didot l'ainé et F. Didot, 1810, [consulté le 30 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k8524693)

Le stade préparatoire est un champ qui s'étend de la première extériorisation de la pensée, jusqu'au commencement d'exécution[268]. Ce champ a deux dimensions : l'une temporelle et l'autre matérielle ; c'est-à-dire que dans le temps le législateur peut parcourir le chemin qui s'étend de l'extériorisation de la pensée jusqu'au début de l'exécution ; et selon la matérialisation de l'acte, il peut envisager des actes aussi divers que la manifestation orale d'une pensée, des stockages de matériel nucléaire ou chimique ou l'organisation d'un groupement ou d'une armée, par exemple. Dans les deux dimensions, la palette est multicolore et leurs combinaisons permettent l'incrimination d'actes qui s'éloignent beaucoup de la violence finale, motif justifiant l'existence de la loi.

En France, on peut distinguer trois phases distinctes d'exploitation du champ de d'incrimination des actes préparatoires à des actes de terrorisme. Au Brésil, la définition du terrorisme et l'incrimination des actes préparatoires ont été créées par la loi 13.260 du 16 mars 2016, donc par trente ans de décalage avec les premières dispositions françaises.

En France, dans la première phase, le législateur a réprimé l'association de malfaiteurs terroristes[269]. Le législateur visait de façon générale, tout acte préparatoire d'une infraction terroriste pratiqué en groupe ou au moins à deux personnes, dans le contexte d'une planification pour la pratique d'attentats terroristes[270]. À la source de cette incrimination, vetait l'observation que le terrorisme est le fruit d'une criminalité collective : donc une lutte plus

---

268 « *O ato é preparatório quando "estabelece condições idôneas para a execução de um delito planejado, levando em consideração que deve, pelo menos, ultrapassar a mera planificação interna do fato e que, como limite máximo, não deve se ter dado início à imediata execução típica da vontade criminal, o que já constituiria, uma conduta de tentativa."* » (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 246, *qui a cité* Sánchez García de Paz, 1999, p. 57 ; et Marinucci, Dolcini, 1999, p. 448.) (« L'acte est préparatoire quand "il établit des conditions suffisantes à l'exécution d'un délit planifié, tout en considérant qu'il doit, au moins, dépasser la simple planification interne du fait et que, comme limite maximal, il ne doit pas avoir commencé l'immédiate exécution de la conduite typique de la volonté criminelle, ce qui constituerait une conduite de tentative." » [traduction libre])

269 Article 421-2-1 du Code pénal, traité à la, Section II, § 1er, A, du présent Chapitre.

270 « C'est en 1996 qu'est créée l'incrimination autonome d'association de terroristes (art. 421-2-1 CP), à la fois plus large que l'incrimination d'association de malfaiteurs en ce qu'un seul fait matériel suffit concernant un crime ou un délit des articles 421-1 et 421-2 CP, et plus sévèrement punie. Depuis, la majorité des condamnations pour terrorisme le sont sur le fondement de cette incrimination, condamnations reposant sur une matérialité de plus en plus ténue. Alors que le texte visait la "participation" en vue d'une "préparation caractérisée" par au moins "un fait matériel", les condamnations se contentent le plus souvent d'une sorte d'appartenance au groupe, appartenance éventuellement temporaire, comme une relation de proximité entretenue avec un membre du groupe. Quant à la matérialité elle pourra résider dans des tracts trouvés au domicile de la personne poursuivie, par exemple ». (Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, p. 18)

efficace exigeait l'appréhension par la loi du phénomène de la formation des groupes de criminels et de l'agissement en groupe[271].

En France la répression a été encore renforcée par un dispositif qui permet l'inversion de la charge de la preuve pour des individus ayant des ressources dont l'origine n'a pas été prouvée et tout en étant en relation avec des criminels ; c'est sans équivalent au Brésil[272].

Ces dispositions ont été suffisantes jusqu'à l'évolution de la criminalité terroriste, période dont le début est marqué par les attentats de 2001, aux États-Unis[273].

Non seulement la façon de commettre les attentats a changé, avec les nouvelles technologies, mais aussi la structuration des organisations criminelles. Aux groupes hiérarchisés de forme pyramidale ont été substitués des groupes formés de petites cellules, rendant difficile de faire la preuve de la communication entre elles, liées par une idéologie commune, menées par un commando lointain et parfois problématique à identifier.

Ce changement reflète de nouvelles manières de recrutement, de propagande, d'entraînement et d'action, utilisées par la criminalité terroriste, sources de nouvelles adaptations de la législation, toujours dans le stade préparatoire, car la logique de prévention devient à chaque jour plus importante[274].

---

271 « Si l'histoire offre quelques exemples de terrorisme individuel, le terrorisme est, en général, issu d'une démarche idéologique puis criminelle collective et organisée » (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 135) ou encore « Lutter contre les structures du terrorisme présuppose, on l'a vu, de considérer le terrorisme comme une criminalité collective et organisée » (*Id.*, p. 138) ; ou encore « la crainte voir l'obsession du terrorisme, exacerbée par les attentats du 11 septembre de 2001, vient du caractère collectif de la criminalité, qui en découple la dangerosité [2] tout en rendant plus difficile sa répression. ([2] On peut en effet faire l'hypothèse d'un lien de causalité entre le caractère collectif de l'organisation et la gravité de l'attentat. Mais cela ne signifie certainement pas que l'acte commis par un individu isolé ne pourrait pas avoir de très graves conséquences.) » (Michel MASSÉ, « La criminalité terroriste », *RSC*, 26 mai 2012, vol. 2012, n° 01, p. 90)

272 Article 421-2-3 du Code pénal, traité à la Section II, § 1er, B, du présent Chapitre.

273 « Le principal impact des attentats du 11 septembre 2001 sur la politique criminelle de lutte contre le terrorisme réside dans la prise de conscience internationale de la nécessité de généraliser la lutte, mais également de la déplacer en amont de l'acte ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 129) ou encore « Les interventions législatives n'ont pas cessé après les attentats du 11 septembre 2001 qui eurent lieu aux États-Unis, ajoutant des dispositions nombreuses et importantes sur les infractions de terrorisme et/ou sur la procédure applicable à cette catégorie d'infractions ». (Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, p. 16)

274 « Après la loi de 1996, et dans le chemin déjà tracé en droit pénal par les infractions-obstacles et les infractions dites de prévention, les infractions de soutien ou d'aide au terrorisme ont été multipliés, infractions dont la matérialité est incertaine, voire inexistante : soutien logistique, (fourniture d'armes), soutien financier (financement, blanchiment), soutien humain (recel de terroristes, participation à une association de terroristes) ». (Pierrette PONCELA, « Les naufragés du droit pénal », *op. cit.*, p. 18)

Les organisations terroristes ont commencé à utiliser l'internet pour la diffusion de leur idéologie, pour l'incitation au terrorisme, soit par la voie de la provocation directe, soit par la voie de l'apologie des actes de terrorisme réalisés, ainsi que pour le recrutement et pour la diffusion de nouvelles techniques d'entraînement. La réalisation d'une étude d'impact a alarmé la France en 2014, lorsqu'elle a révélé le nombre de jeunes français engagés dans les filières du Djihad[275].

Dans ce contexte, deux lois ont été votées en France : la loi 2012-1432 du 21 décembre 2012 et la loi 2014-1353 du 13 novembre 2014. La première visait les actes de recrutement des groupements terroristes par le biais de l'offre davantages (modalité d'incitation) ou de menaces. Dans les deux cas, nous sommes dans des domaines où les actes préparatoires pourraient échapper à la qualification d'association de malfaiteurs terroristes, soit par l'absence d'un plan d'action spécifique (dans le cas de l'article 421-2-4 du Code pénal), soit parce qu'ils ne correspondraient à aucun plan d'exécution, mais à la propagande, soit parce qu'ils seraient le fruit d'un agissement individuel.

Grâce à ces deux lois, le législateur français, soucieux d'être en conformité avec le principe de la légalité et les exigences de la CEDH, a inséré dans le Code pénal les infractions prévues aux articles 421-2-4[276], 421-2-5[277], 421-2-6[278] et d'autres englobées par l'effet du renvoi de l'article 421-1-4° ; il s'agit des articles 322-6-1 et 322-11-1 du Code pénal, traités à la Section I, § 1, B, 1, du présent Chapitre II.

---

275 « L'objectif cette fois recherché est de faire face à une menace "d'une ampleur inédite" que constitue, d'une part, le départ progressif de ressortissants français au djihad en Syrie – et désormais aussi en Irak et, d'autre part, le développement de la "propagande terroriste" à l'origine de la radicalisation de jeunes Français engagés dans les filières djihadistes. Les mêmes motifs avaient déjà inspiré le législateur de 2012 qui, par le biais de la loi du 21 décembre 2012, avait notamment étendu la compétence pénale française aux actes de terrorisme commis à l'étranger et renforcé la répression des actes de provocation et d'apologie du terrorisme prévus par la loi sur la presse. Mais c'est l'attentat perpétré en mai 2014 au Musée Juif de Bruxelles qui inspire directement cette loi confirmant l'idée selon laquelle le droit est tragiquement médiatique ». (Hajer ROUIDI, « La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions ? », *AJ Pénal*, 11 décembre 2014, vol. 2014, n° 12, p. 556) ; et encore : « Au 30 mai dernier, 900 personnes environ étaient engagées dans des filières terroristes (*Étude d'impact, 8 juill. 2014, p. 25)* et en octobre, 1089 personnes résidant en France étaient impliquées dans des filières djihadistes en Syrie et en Iraq (*AN, S. Pietrasanta, rapporteur CMP, 29 oct. 2014)* ». (Cristina MAURO, « Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? : À propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 24 novembre 2014, n° 48, p. 2126)

276 Traité à la Section II, § 2ème, A, 1, du présent Chapitre II.

277 Traité à la Section II, § 2ème, B, 1, du présent Chapitre II.

278 Traité à la Section II, § 3ème, A, du présent Chapitre II.

Cette législation n'a pas été capable de contenir les actes de terrorisme qui se sont multipliés en France comme un peu partout dans le monde. Deux vagues d'attentats importants ont eu lieu en 2015 en France[279], ce qui était déterminant pour l'apparition de la loi 2016-731 du 3 juin 2016. Dans le domaine des nouvelles incriminations cette loi est la source de l'inclusion de deux articles dans le Code pénal : l'article 421-2-5-1[280] et l'article 421-2-5-2[281]. Le premier concerne la répression des entraves aux mécanismes de prévention. Le

279 « L'attentat contre Charlie Hebdo est une attaque terroriste islamiste perpétrée contre le journal satirique Charlie Hebdo le 7 janvier 2015 à Paris, jour de la sortie du numéro 1 177 de l'hebdomadaire. C'est le premier des attentats de janvier 2015 en France. […] Parallèlement, un complice des frères Kouachi, Amedy Coulibaly, assassine Clarissa Jean-Philippe, une policière municipale à Montrouge le 8 janvier puis, le lendemain, tue quatre personnes de confession juive au cours d'une prise d'otages dans une supérette casher Porte de Vincennes, qui s'achève le même jour avec sa mort lors de l'assaut policier.

« Le retentissement de ces événements est considérable, aussi bien en France qu'à l'étranger : des manifestations de soutien ont lieu dans de nombreuses villes de France et dans le monde. Quarante-quatre chefs d'État et de gouvernement participent à Paris à une « marche républicaine » le dimanche 11 janvier 2015, qui rassemble plus d'un million et demi de personnes, tandis que sur deux journées, plus de quatre millions de Français défilent sur tout le territoire.

« Le numéro 1178 de Charlie Hebdo, publié le 14 janvier, est tiré à près de huit millions d'exemplaires et l'intégralité des recettes du premier million sera versée aux familles des victimes »., (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Attentat contre Charlie Hebdo », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 13 juin 2017, [consulté le 15 juin 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Attentat_contre_Charlie_Hebdo&oldid=138145865)

« Les attentats du 13 novembre 2015 en France, revendiqués par l'organisation terroriste État islamique (Daech), sont une série de fusillades et d'attaques-suicides perpétrées dans la soirée à Paris et dans sa périphérie par trois commandos distincts.

« Une première attaque a lieu à Saint-Denis, aux abords du Stade de France, où se joue un match amical de football France-Allemagne, auquel assiste le président François Hollande. Le personnel de sécurité leur refusant de pénétrer dans l'enceinte du stade, trois terroristes se font exploser dans ce qui sont les tout premiers attentats-suicides en France. D'autres attaques ont ensuite lieu à Paris, dans plusieurs rues des 10e et 11e arrondissements, où trois individus mitraillent des terrasses de cafés et de restaurants ; deux d'entre eux prennent la fuite, le troisième se fait exploser. L'attaque la plus longue et la plus meurtrière a lieu dans la salle de spectacle du Bataclan (également dans le 11e arrondissement), où 1 500 personnes assistent au concert du groupe américain de rock Eagles of Death Metal et où trois autres djihadistes ouvrent le feu sur le public, avant qu'un assaut des forces de l'ordre n'y mette fin et ne tue les terroristes.

« Un communiqué de Daech ainsi que l'enquête policière laissent supposer qu'un quatrième attentat aurait pu être commis dans le 18e arrondissement. L'enquête atteste qu'un attentat-suicide était programmé cinq jours plus tard dans le quartier d'affaires de La Défense. « C'est un acte de guerre commis par une armée terroriste, Daech », déclare le Président de la République la nuit des attentats. Le bilan officiel des victimes fait état de 130 morts et de 413 blessés hospitalisés, dont 99 en situation d'urgence absolue. Ces attentats sont les plus meurtriers perpétrés en France depuis la Seconde Guerre mondiale et les deuxièmes en Europe (hors attentats aériens), après les 191 morts des attentats de Madrid du 11 mars 2004 ». (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Attentats du 13 novembre 2015 en France », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 4 juin 2017, [consulté le 15 juin 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Attentats_du_13_novembre_2015_en_France&oldid=137931723)

280 Traité à la Section II, § 2ème, C, 1, du présent Chapitre II.

281 Traité à la Section II, § 2ème, D, 1, du présent Chapitre II.

deuxième, innovation en relation avec le droit international, concerne la consultation habituelle de sites internet terroristes. Il a été abrogé[282] et réécrit quelques jours après avec quelques modifications[283]. Ils signifient l'utilisation de la répression pour réduire les résistances à la prévention ou pour dissuader des attitudes qui permettent une adhésion à l'idéologie de terroristes. Hélas cependant la nouvelle formulation de l'article 421-2-5-3 a encore été invalidée par le Conseil constitutionnel en sa décision du 15 décembre 2017[284]. Aux yeux des juges constitutionnels le texte portait une atteinte disproportionnée à la liberté de communication : en effet la loi aurait dû surbodonner l'existence du délit à la volonté de commetre des actes alors qu'elle s'est contentée d'une adhésion à l'idéologie terroriste.

Telles sont aujourd'hui *les bornes* des domaines de la préparation des actes de terrorisme. Nous disons qu'elles sont aujourd'hui des bornes parce qu'il reste toujours des domaines inconnus dans ce large *champ* de la préparation à des actes de terrorisme. Il est vrai que dans cette dernière phase on est très éloigné de la commission d'un attentat terroriste. Ce sont des infractions indépendantes de l'existence de la planification d'un attentat spécifique, ou même de la volonté de passer à la pratique d'un tel acte de violence. La législation, dans cette dernière phase, a atteint le domaine des idéologies, donc de la pensée. En réprimant les moyens de communiquer ou de diffuser cette communication, le législateur vise à réprimer la diffusion de la pensée terroriste. En effet, la prohibition concerne l'adhésion à l'idéologie djihadiste. Prévenir cette adhésion signifie d'un côté empêcher le recrutement et l'incitation, ainsi que la diffusion de la propagande, et de l'autre incriminer l'exposition à la consultation de la propagande, suivie d'un acte d'adhésion.

Au Brésil, les incriminations du terrorisme et de l'organisation criminelle terroriste ont été créés ensemble par la loi 13.260 du 16 mars 2016. Cette loi, qui a tardé à apparaître, a utilisé du moins quelques-unes des techniques acquises jusqu'à la deuxième phase de la

---

282 Décision nº 2016-611 QPC du 10 février 2017 (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 » [en ligne], 10 février 2017, [consulté le 13 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2016-611-qpc/decision-n-2016-611-qpc-du-10-fevrier-2017.148614.html)

283 L'article 421-2-5-2 a été réédité par la loi nº 2017-258 du 28 février 2017.

284 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 » [en ligne], 15 décembre 2017, [consulté le 4 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-682-qpc/decision-n-2017-682-qpc-du-15-decembre-2017.150405.html

législation française, pour la pénalisation des actes préparatoires. Ce sont : la création d'un délit de recrutement et d'entraînement pour le terrorisme[285] et la pénalisation des actes préparatoires du terrorisme de manière générique[286].

## § 1. L'association de malfaiteurs terroristes et relation avec des terroristes

**58.** L'infraction d'association de malfaiteurs terroristes est née en même temps que les autres infractions formelles, créées par la Loi nº 96-647 du 22 juillet 1996, en droit français. C'est la première et la plus importante des anticipations à la répression. Quelques années plus tard, une autre infraction a été créée à son côté, par la Loi nº 2003-239 du 18 mars 2003, pour faciliter la preuve, parfois très difficile : le délit de non justification de ressources. C'est une manière d'incriminer la simple relation avec des terroristes, quand elle est associée à la possession de ressources incompatibles avec le train de vie de l'individu.

En droit brésilien, le dispositif correspondant à l'association de malfaiteurs terroristes apparaît seulement en 2016, créé par la loi 13.260 du 16 mars 2016. D'autre part il n'y a pas de correspondance pour la non justification de ressources.

Dans l'alinéa A, une étude de l'infraction de malfaiteurs terroristes en droit français et en droit brésilien se dessine, alors que, dans l'alinéa B, l'infraction de non justification de ressources en droit français ne trouve pas de correspondance en droit brésilien.

### A. L'association de malfaiteurs terroristes – article 421-2-1 du Code pénal français et article 3º, de la Loi 13.260, de 16 mars 2016

**59.** L'association de malfaiteurs terroristes est en Droit français et en Droit brésilien un concept emprunté au droit commun. En France, l'infraction d'association de malfaiteurs terroristes (article 421-2-1 du Code pénal) est le décalque de l'infraction d'association de malfaiteur (article 450-1 du Code pénal) ; la seule distinction concerne le mobile, spécial pour les malfaiteurs terroristes, de préparer la commission des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2[287]. Cette même définition est réécrite pour définir la bande organisée à

285 Traité à la Section II, § 2ème, A, 2, du présent Chapitre II.

286 Traité à la Section II, § 3ème, B, du présent Chapitre II.

287 Article 421-2-1 du Code pénal français : « Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ».

l'article 132-71 du Code pénal[288], cette fois avec le mobile de préparer la commission de n'importe quelle infraction.

D'autre part, en droit brésilien, la loi a créé une nouvelle formule généraliste, qui requiert une interprétation fondée sur le droit commun[289].

Dans un premier temps, la comparaison des éléments constitutifs des infractions prévues aux articles 421-2-1 du Code pénal français et 3ème, de la Loi 13.260 du 16 mars 2016, au Brésil, permettra de constater les différentes techniques utilisées par les deux législateurs, mais aussi l'existence des différentes définitions de l'association de malfaiteurs dans les deux Droits et encore l'existence en Droit brésilien de plusieurs concepts différents : organisation criminelle, association criminelle et réunion de personnes comme circonstance aggravante (1).

Dans un second temps, la ressemblance fondamentale entre les deux droits est que l'association de malfaiteurs constitue la création d'un premier délit-obstacle qui permet la punition des actes préparatoires et, nous dit la doctrine française, de poursuivre dans le territoire national des individus qui ont commis des infractions à l'étranger (2).

## 1. Les différences quant aux définitions

**60.** En France l'utilisation pratique du délit d'association de malfaiteurs, comme outil dans la lutte contre le terrorisme, date de la fin du XIXème siècle, alors que ce délit qui existait déjà

Article 450-1 du Code pénal français : « 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 ».

288 Article 132-71 du Code pénal français : « Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ».

289 Article 3ème de la Loi n° 13.260 du 16 mars 2016 : : « *promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista* » (« Promouvoir, constituer, intégrer ou prêter aide, personnellement ou par un tiers, à une organisation terroriste » [traduction libre]).

dans le Code de 1810[290]. Il a été modifié pour s'adapter aux exigences de la lutte contre les mouvements anarchistes[291].

Cette première modification a constitué le premier élargissement du concept en France, car, en substituant l'entente à l'organisation, elle a étendu la portée de l'association de malfaiteurs à la simple participation à un groupement criminel.

Le dispositif a subi une autre modification avec la loi du 2 février 1981, jusqu'à arriver à sa caractéristique actuelle, pas très récente, car elle date de 1 mars 1994[292]. Dès lors, il y a eu deux modifications par la loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 et par l'ordonnance 2000-916 du 9 septembre 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2002 et par la jurisprudence qui a interprété le dispositif et parfois modifié ses exigences[293].

---

290 Article 265 du Code pénal de 1810, sur l'association de malfaiteurs : « Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés, est un crime contre la paix publique ».

Article 266 – « Ce crime existe par le seul fait d'organisation de bandes, ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits ».

Article 267 – « Quand ce crime n'aurait été accompagné ni suivi d'aucun autre, les auteurs, directeurs de l'association, et les commandants en chef ou en sous-ordre, des ces bandes, seront punis des travaux forcés à temps ».

Article 268 – « Seront punis de la réclusion tous autres individus chargés d'un service quelconque dans ces bandes, et ceux qui auront sciemment et volontairement fourni aux bandes ou à leurs division, des armes, munitions, instruments de crime, logement, retraite ou lieu de réunion ».

*(*P. DIDOT L'AINÉ et Firmin DIDOT (dir.), *Code pénal suivi d'une table alphabétique et raisonnée des matières*, *op. cit.*)

291 Association de malfaiteur après la Loi du 18 décembre 1893 : Article 265 du Code pénal : « Toute association formée, quelle que soit sa durée, ou le nombre de ses membres, toute entente établie dans le but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés ». (Louis LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial : étude théorique et pratique des incriminations fondamentales*, Paris, Police-revue, 1968, p. 891)

292 Créé par Loi 1810-02-16 promulguée le 26 février 1810, Modifié par Loi n°81-82 du 2 février 1981 - art. 14 JORF 3 février 1981, Abrogé par Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994 : « Quiconque aura participé à une association formée ou à une entente établie en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou de plusieurs crimes contre les personnes ou les biens, sera puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans [*sanction, durée*] et pourra être interdit de séjour ».

293 « S'il est vrai que, même en matière d'association de malfaiteurs, la jurisprudence n'est pas toujours d'une grande rigueur, n'exigeant pas que l'infraction projetée et préparée soit précisément déterminée (12), ce qui se traduit, dans le contentieux terroriste, par l'indifférence au fait que « la cible de ces projets ne [soit] pas encore arrêtée » (13), cette relative indétermination ne doit pas être totale : en droit commun comme en matière terroriste, les éléments de preuve rapportés doivent néanmoins permettre d'identifier que l'infraction projetée entre bien dans le champ de répression de l'association de malfaiteurs ou de l'association de terroristes (14). Une telle identification en l'espèce n'apparaît pas dans l'arrêt de la chambre criminelle, qui se contente de préciser que l'organisation est "classée comme terroriste" ». (Julie ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC*, 23 février 2015, vol. 2014, n° 04, pp. 849- 866)

Au Brésil, la législation concernant l'association de malfaiteurs a évolué envers certains types de criminalité, le principal exemple étant la création d'un délit autonome *d'association de malfaiteurs trafiquants de stupéfiants* dont les caractéristiques sont différentes de celles de l'association de malfaiteurs commune[294].

Encore, parallèlement, une autre législation concernant les organisations criminelles a été créée et a évolué. C'est vrai que les premières lois concernaient la procédure dérogatoire applicable aux organisations criminelles, qui n'étaient pas encore définies par la loi[295].

En 2004, par le Décret 5.015, la Convention de Palerme a été internalisée, et la définition de crime organisée insérée dans la législation brésilienne. Mais, c'est seulement le 24 juillet 2012, que la Loi 12.694 a défini l'organisation criminelle, à l'article 2ème [296], définition à laquelle a été substituée celle de la Loi 12.850, du 2 août 2013, article 1er, §1er [297].

Toutes ces définitions et procédures dérogatoires auraient pu être utilisées en matière de terrorisme si la législation brésilienne avait défini auparavant le crime de terrorisme, ce qu'elle n'a fait qu'à partir de 2016.

---

294 Article 35 de la Loi n° 11.343, du 23 août 2006 : : « *Art. 35 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: « Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei ».* (« Le fait de s'associer en deux personnes ou plus, avec le but de pratiquer, de manière réitérée ou pas, quelconque des crimes prévus aux articles 33, *caput* et § 1er, et 34 de cette loi ». [traduction libre]) L'article a répété sans aucune modification la formule utilisée par l'article 14 de l'ancienne Loi de Stupéfiants, Loi nº 6.368, du 21 octobre 1976.

295 *Cf.* Loi nº 9.034 du 03 mai 1995 ; Loi n° 9.303, du 5 septembre 1996 ; Loi n° 9.807, du 13 juillet 1999 ; Loi n° 10.217/2001 ;

296 Article 2ème de la Loi nº 12.694, du 24 juillet 2012 : « *Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional ».* (« Pour les effets de cette Loi, on considère comme organisation criminelle l'association, de 3 (trois) personnes ou plus, structurellement ordonnée et caractérisée par le partage des tâches, même si informellement, ayant pour objectif d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage de quelque nature, par la pratique de crimes dont la peine maximale soit égale ou supérieure à 4 (quatre) ans ou qu'ils soient de nature transnationale ». [traduction libre])

297 Article 1er, §1er, de la Loi n° 12.850 du 2 août 2013 : « *Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional ».* (« On considère organisation criminelle l'association, de 4 (quatre) ou plus personnes, structurellement ordonnée et caractérisée par le partage des tâches, même si informellement, ayant pour objectif d'obtenir, directe ou indirectement, un avantage de toute nature, par la pratique d'infractions pénales dont les peines maximales soient égales ou supérieures à 4 (quatre) ans ou qu'ils soient de nature transnationale ». [traduction libre])

C'est seulement après la création de l'infraction de terrorisme qu'on peut appliquer la législation moderne concernant la criminalité organisée en matière de terrorisme.

Cette application est maintenant possible parce que la Loi 13.260 a créé, à la fois, l'infraction de terrorisme et l'infraction *d'organisation terroriste*.

Cette dernière, faute de description exacte de la Loi, devra s'interpréter selon le concept d'organisation criminelle provenant du Droit commun.

Enfin, l'idée de réprimer l'existence d'organisations criminelles ou d'associations de malfaiteurs n'est pas nouvelle dans les deux Droits. Mais, en ce qui concerne la criminalité terroriste, elle est, au fil du temps, devenue très importante, en raison des caractéristiques propres au terrorisme.

Ces créations d'infractions sont le berceau de la technique de punition des actes préparatoires, dès lors très utilisée en Droit français et en Droit brésilien, l'idée étant toujours d'éviter que les auteurs des attentats terroristes puissent passer à l'acte[298].

### a. En France

**61.** L'infraction d'association de malfaiteurs terroristes, prévue à l'article 421-2-1 du Code pénal français, a été créée par la Loi nº 96-647 du 22 juillet 1996 et utilise exactement la même formule que l'infraction de droit commun prévue à l'article 450-1 du Code pénal français. Mais, elle exige une préparation d'un des actes de terrorisme, mentionnés aux articles 421-1 et 421-2, c'est-à-dire *les incriminations de terrorisme par adjonction d'un élément de droit commun* et le terrorisme écologique.

Avant tout, une réflexion sur la signification du *verbe participer à* est nécessaire, car c'est le verbe qui détermine *le* ou *les* comportements incriminés. Selon le Nouveau Petit Robert de la Langue Française, il peut signifier « prendre part à (qqch), s'associer, se joindre, se mêler,

298 Dans le sens du texte: « Si le délit de participation à une association de malfaiteurs a depuis très longtemps été associé à la lutte contre le terrorisme (8), ce n'est qu'en 1996 qu'il a été consacré, de façon autonome, comme une infraction terroriste à part entière à l'article 421-2-1 du code pénal : "Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents". Progressivement, cette incrimination s'est imposée comme le pilier de la répression du terrorisme ». (Julie ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *op. cit.*)

mais aussi *collaborer, coopérer* »[299]. Ce verbe exprime à lui seul le sens de coopération et de collaboration propre à l'association. Il suppose aussi une action, un comportement, qui puisse exprimer cette coopération, cette collaboration, car la collaboration ou la coopération se fait en relation à un tiers. La réalisation de l'action du verbe dépend elle-même d'être *caractérisée par un ou plusieurs faits matériels*, exigés par la lettre de la loi.

Toutefois, l'interprétation jurisprudentielle du sens de cette *participation* peut varier, étant entendu que la participation a déjà été parfois réduite à la « simple proximité » d'un membre de ce groupement criminel[300].

De plus la loi exige la participation à un groupement formé ou à une entente établie, de sorte qu'on doit chercher le sens de ces mots, qui de toute façon impliquent une infraction collective. Mais est-ce qu'il y a des différences entre le groupe et l'entente ?

M. Pradel et M. Danti-Juan affirment que « les mots groupement et entente sont très proches. Peut-être peut-on admettre que le groupement est plus structuré que l'entente, celle-ci plus intellectuelle. Mais une hiérarchie n'est pas nécessaire entre les participants »[301]. Pascal Lemoine explique que dans « plusieurs arrêts concernant des procédures d'escroquerie en bande organisée, la chambre criminelle a (…) retenu que l'existence de la bande organisée découlait non pas d'une organisation hiérarchique, mais d'une structure assignant à chacun un rôle spécifique et complémentaire à celui des autres »[302].

C'était la *loi scélérate* du 18 septembre 1893, conçue pour améliorer l'efficacité à la répression des anarchistes, qui avait substitué l'entente à une organisation, la structure n'étant plus essentielle à la caractérisation de l'association[303].

---

299 Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008*, *op. cit.*, p. 1815.

300 Julie ALIX (*Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 172) fait référence à un arrêt dans le sens du texte, pour critiquer l'élargissement d'une notion qui n'est pas très exacte.

301 Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 704.

302 Pascal LEMOINE, « L'association de malfaiteurs et la bande organisée dans la doctrine de la cour de cassation », dans Jean PRADEL et Jacques DALLEST (dir.), *La criminalité organisée : droit français, droit international et droit comparé*, Droit & professionnels. Droit pénal, Paris, LexisNexis, 2012, p. 27.

303 Julie Alix explique que « confrontée au terrorisme anarchiste qui sévissait la France à la fin du XIX$^{ème}$ siècle, l'incrimination d'association de malfaiteurs avait révélé ses limites. Sa rigidité constituait un obstacle à la répression d'actions menées par « des groupes sans chefs, sans organisations d'ensemble, sans plans préconçus ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 169)

Mais, si une hiérarchie n'est plus nécessaire pour caractériser l'association de malfaiteurs, l'existence d'un plan pour commettre une infraction exclut la simple réunion par hasard.

Il faut ajouter qu'en l'absence de précision légale, la doctrine et la jurisprudence considèrent que la présence de deux individus est suffisante pour caractériser l'entente ou le groupement[304]. La jurisprudence n'exige pas non plus que tous les individus soient identifiés[305].

Quant à son contenu, il est bien sûr qu'un acte préparatoire constitue une notion large qui peut se manifester par plusieurs actions plus proches ou plus éloignées du moment culminant de la violence. C'est enfin au juge du fond d'interpréter et de donner les contours à l'acte préparatoire du terrorisme. Mais, c'est sûr qu'il ne faut qu'un seul projet d'acte de terrorisme pour caractériser l'infraction. Cet acte ne doit pas nécessairement être déterminé non plus.

Ainsi l'élément matériel de l'infraction est constitué de trois parties : a) l'existence d'une entente ou d'un groupement intégré par au moins deux individus ; b) la réalisation d'actes préparatoires, c'est-à-dire, d'un comportement ; c) l'existence d'un plan pour commettre un acte terroriste.

L'élément moral de cette infraction suppose à l'agent la volonté de collaborer avec le groupement ou l'entente, tout en connaissant ses projets. La preuve de cet élément étant très difficile, elle se fait parfois par présomption. C'est-à-dire qu'à partir des indices, concernant l'élément matériel, le juge présume de la connaissance des projets du groupement et de la volonté de s'y joindre et parfois même, de l'existence d'un projet[306].

---

304 « Tombe ainsi sous cette qualification le fait de recruter une personne pour commettre une agression, de repérer les lieux et de fournir des instructions et des renseignements à la personne recrutée (Crim. 30 avr. 1996, Bull. n° 176, et RSC 1997. 113, obs. Delmas-Saint-Hilaire) » (Michel VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15e éd., Paris, Sirey, 15 juillet 2015, p. 3) ; ou même sous l'ancien Code : « Comme nous le disions, cet arrêt prouve bien que deux malfaiteurs suffisent pour constituer "l'association" criminelle aux termes des articles 265 et suivants ». (Louis LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 894)

305 « D'abord la participation est un délit collectif, c'est-à-dire un délit qui suppose à titre d'élément constitutif la présence de deux ou plusieurs individus. Peu importe, évidement, le nombre et peu importe même que certains membres du groupe ne soient pas identifiés. (1. Crim., 25 juin 1984, J.C.P., 1984. IV. 480) » (Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 766)

306 « Puisque l'article 450-1 incrimine l'entente établie en vue de la préparation de tout crime, ou de tout délit puni de cinq ans d'emprisonnement, l'association de malfaiteurs est punissable sans qu'il soit nécessaire de préciser la nature ou la qualification du crime ou du délit projeté. Peut ainsi être poursuivi celui qui se réclame de mouvements dont les buts avoués sont la lutte armée, le terrorisme, les attentats et les actions criminelles de toute nature (Crim. 15 déc. 1993, préc.) » (Michel VÉRON, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 11) ; ou « Ensuite, il n'est pas nécessaire que les malfaiteurs associés aient eu le dessein de commettre un crime déterminé d'une

Dans le cas de l'association de malfaiteurs terroriste, le plan doit être de commettre un des actes de terrorisme prévus dans les articles 421-1 et 421-2 ; alors le but des malfaiteurs est de commettre un acte de terrorisme, seul élément spécial de l'association de malfaiteurs terroristes. Cet acte de terrorisme suppose le but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, donc, pour cette association de malfaiteur terroriste, les plans doivent avoir cet objectif particulier.

La circonstance aggravante de bande organisée, prévue à l'article 132-71 du Code pénal français, a exactement la même définition, sauf que le but dans ce cas est de commettre une ou plusieurs infractions, et peu importe la gravité de l'infraction projetée.

Rien n'empêche qu'on retienne dans le même cas la circonstance aggravante et l'association de malfaiteur, selon la doctrine et la jurisprudence, à la condition évidement que les faits ne soient pas les mêmes[307].

### b. Au Brésil

**62.** La loi brésilienne continue à retenir cette même technique employée à l'article 2ème, de la Loi 13.260 du 16 mars 2016, pour définir les actes de terrorisme, c'est-à-dire, qu'elle a créé une autre infraction autonome, d'organisation terroriste, sans renvoyer au Droit commun et sans recopier la définition existante en Droit commun[308]. C'est par le biais de l'interprétation, inspirée, bien sûr, du Droit pénal commun, qu'on peut arriver à la définition d'organisation terroriste, car le texte ne la dit pas.

---

façon précise. (3 Crim., 7 juin, 1951, B.C., n° 163 ; D., 1951.510 – Crim., 7 décembre 1966, B.C., n° 67 – Crim., 15 décembre 1993, DR. Pénal 1994, Comm. 131) ; » (Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 767)

307 Pascal LEMOINE (« L'association de malfaiteurs et la bande organisée dans la doctrine de la cour de cassation », *op. cit.*, pp. 28- 29) affirme qu' « elle permet de retenir cumulativement, dans une même poursuite, le ou les crimes et délits en cause, éventuellement assortis de la circonstance aggravante, et, dès lors que ses éléments constitutifs sont réunis, le délit d'association de malfaiteurs ». Et, pour illustrer sa pensée, il cite l'arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, du 30 septembre 2009, nº 08-84.912 et l'arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, du 19 janvier 2010, où « elle a jugé que n'avait pas méconnu le principe selon lequel un même fait ne peut être reconnu comme élément constitutif du délit d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'une évasion et comme circonstance aggravante de celui d'évasion en bande organisée l'arrêt de la cour d'appel qui constate que les éléments constitutifs du premier de ces délits et la circonstance aggravante du second correspondent, en l'espèce, a des faits distincts ». Ainsi qu'un troisième daté du 30 juin 2010, nº 10-80.559.

308 Article 3ème de la Loi n° 13.260 du 16 mars 2016 : « *promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista* » (« promouvoir, constituer, intégrer ou prêter aide, personnellement ou par un tiers, à une organisation terroriste » [traduction libre]).

Mais, il faut remarquer que le Droit brésilien connaît deux infractions distinctes : une *d'association criminelle*[309] et l'autre *d'organisation criminelle*[310].

L'organisation terroriste doit avoir les mêmes éléments que ceux de l'organisation criminelle, de la Loi 12.850, du 2 août 2013, parce que le texte de l'article 3ème, de la Loi 13.260 du 16 mars 2016, a choisi le mot *organisation* au lieu du mot *association*.

Il est important de distinguer les deux infractions, parce qu'elles ont des caractéristiques différentes. En Droit brésilien, la doctrine mentionne encore une troisième modalité, souvent utilisée comme circonstance aggravante, mais qui n'a pas les mêmes exigences que pour l'association criminelle ou l'organisation criminelle, car elle consiste plutôt en la réunion occasionnelle de plusieurs individus pour commettre une infraction déterminée[311].

Alors, l'organisation criminelle consiste donc en « l'association d'au moins 4 (quatre) personnes, structurellement ordonnée et caractérisée par le partage des tâches, même de façon informelle, ayant pour objectif d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage de quelque nature, par la pratique des crimes dont la peine maximale soit égale ou supérieure à 4 (quatre) ans ou de crimes transnationaux » [traduction libre][312].

---

309 Article 288 du Code pénal : « *Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes* ». (« Le fait de s'associer en 3 (trois) personnes ou plus, ayant le but spécifique de commettre des crimes ». [traduction libre])

310 Définie pour la première fois en Droit brésilien à l'article 2ème, de la Loi n° 12.694, du 24 juillet 2012 comme « L'association, de 3 (trois) personnes ou plus, structurellement ordonnée et caractérisée par le partage des tâches, même de façon informelle, ayant pour objectif d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage de quelque nature, par la pratique de crimes dont la peine maximale soit égale ou supérieure à 4 (quatre) ans ou qu'ils soient de nature transnationale ». ; Lui a été substituée ensuite la définition contenue à l'article 1º, §1º, de la Loi nº 12.850, du 2 août 2013 : « l'association, de 4 (quatre) personnes ou plus, structurellement ordonnée et caractérisée par le partage des tâches, même de façon informelle, ayant pour objectif d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage de quelque nature, par la pratique d'infractions pénales dont les peines maximales soient égales ou supérieures à 4 (quatre) ans ou qu'ils soient de nature transnationale ». Cette dernière est valable jusqu'à nos jours, tout en étant vrais qu'il y a une discussion sur l'abrogation total ou partial de la première définition dans la doctrine. Nous pensons qu'il y eut l'abrogation totale de la première définition, parce qu'il n'y a pas de sens à maintenir deux concepts d'organisation criminelle dans un seul Droit.

311 « *O Código Penal, em várias de suas passagens, utiliza o concurso de pessoas como uma situação que, demonstrando maior juízo de censura, de reprovabilidade, permite que o crime se transforme em qualificado, ou faz com que, pelo menos, a pena aplicada seja especialmente agravada, como acontece, respectivamente, com os delitos de furto e roubo* ». (Rogério GRECO, *Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III*, 14ª ed. rev. ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2017-eBook Kindle, Niterói, Editora Impetus, de fevereiro de 2017, pos. 13705 ) (« Le Code pénal, en plusieurs de ses passages, qualifie la réunion de personnes réunies pour commettre un crime, comme une situation plus censurable, condamnable, de sorte que le crime soit ainsi aggravé ce qui détermine que la peine appliquée soit spécialement lourde, comme cela se passe, respectivement, avec les délits de vol ou vol aggravé ». [traduction libre])

312 Article 1er, §1er, de la Loi n° 12.850, du 2 août 2013.

Les éléments constitutifs d'une organisation criminelle sont : a) l'association d'au moins quatre personnes ; b) le but de réaliser des infractions pénales punies de plus de quatre ans ou transnationales, pour obtenir un avantage de quelque nature que ce soit. La loi trace les contours de ce qui est une association, en disant qu'elle se caractérise par le partage des tâches, dans le cadre d'un ordre structuré, même informellement.

L'organisation terroriste doit avoir ces mêmes éléments. Mais le mot terroriste sert à distinguer l'organisation pour commettre des infractions de Droit commun, de l'organisation à des fins terroristes. Cette distinction est très importante dans la mesure où il existe une différence criminologique entre les deux[313].

D'autre part, toutes les règles procédurales dérogatoires applicables à une organisation criminelle de droit commun seront aussi applicables à une organisation avec fins terroristes, selon l'article 16, de la Loi 13.260 du 16 mars 2016, et de même à tous les actes de terrorisme[314].

L'article 1er, §1er, de la Loi 12.850, du 2 août 2013, définit l'organisation criminelle, et l'article 2ème de ladite loi, spécifie les formes de participation à cette organisatio ; Elles peuvent consister à la promouvoir, la constituer, la financer ou l'intégrer, ou encore, dans les termes du §1er, de l'article 2ème, à empêcher ou retarder l'investigation de l'infraction pénale englobant une organisation criminelle[315].

---

313 « Précisons d'un mot que dans la criminalité organisée, l'auteur ne s'attaque pas aux structures politiques d'un État, mais atteint son économie. Au contraire, le terroriste cherche à détruire les structures politiques de l'État ». (Jean PRADEL et Jacques DALLEST (dir.), *La criminalité organisée : droit français, droit international et droit comparé*, Droit & professionnels. Droit pénal, Paris, LexisNexis, 2012, p. 2, note de bas de page no 4)

314 Article 16 de la Loi n° 13.260 du 16 mars 2016 : « *Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei ».* (« On applique les dispositions de la Loi n° 12.850, du 2 août 2013, à l'investigation procès et jugement des crimes prévus dans cette Loi ». [traduction libre])

315 Article 2ème de la Loi n° 12.850 du 2 août 2013 :

« Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

« Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

« § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa ».

En français [traduction libre]

« Promouvoir, constituer, financer ou intégrer, personnellement ou par un tiers, une organisation criminelle.

« Peine – réclusion, de 3 (trois) à 8 (huit) ans, et amende, sans préjudice des peines correspondantes aux autres infractions pénales pratiquées.

« § 1er On applique les mêmes peines à qui empêche ou, de toute manière, retarde l'investigation de l'infraction pénale qui implique organisation criminelle ».

Il est intéressant de remarquer que les verbes utilisés par l'article 3ème de la Loi 13.260 du 16 mars 2016 sont presque les mêmes que ceux de l'article 2ème, §1er, et où l'on a juste substitué au verbe *financer*, le verbe prêter aide, ce dernier ayant un sens plus large que le seul financement. Alors, la participation à une organisation terroriste se définit, ainsi, par le simple fait d'aider, de n'importe quelle manière, ladite organisation, tandis que les hypothèses de la participation à une organisation criminelle sont plus restreintes. Le concept est le même, mais le crime de participer à une telle organisation est plus élargi en matière terroriste, la loi visant à empêcher des actes plus périphériques.

Mais, l'organisation criminelle et l'organisation terroriste ont des éléments différents par rapport à l'association criminelle, cette dernière prévue à l'article 288 du Code pénal brésilien[316].

Selon la doctrine, les éléments du crime d'association criminelle sont deux : a) l'association de trois personnes ; b) le but de commettre des crimes.

La discussion au Brésil, porte sur le sens du verbe *associar-se* (s'associer) ; et, en France, *le fait de participer*, manque de définition légale dans ce cas spécifique. Au Brésil, la doctrine et la jurisprudence se partagent : des auteurs pensent que le mot *s'associer* suppose une réunion à l'existence prolongée dans le temps et plus ou moins stable, ou permanente, ce qui peut la distinguer de la réunion fortuite des personnes pour commettre un crime[317]. D'autre part, la jurisprudence a déjà décidé, comme en France d'ailleurs, que le partage des tâches pour commettre un seul crime est révélateur de l'existence d'une préméditation, d'une certaine organisation, caractéristique de l'association[318].

---

316 Article 288 du Code pénal : « *Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes ».* (« Le fait de s'associer en 3 (trois) personnes ou plus, ayant le but spécifique de commettre des crimes » [traduction libre])

317 Rogério Greco (*Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III*, *op. cit.*, pos. 13513), fondé sur les leçons de Nelson Hungria, enseigne que « ce qui distingue, *ab initio*, le délit d'association criminelle (*societas delinquendi*) d'une réunion éventuelle de personnes (*societas criminis* ou *societas in crimine*) est le fait pour la réunion criminelle, dans la première situation, de présenter, comme nous l'avons dit, un caractère relativement durable » [traduction libre]. (en portugais : Rogério Greco, baseado nas lições de Nelson Hungria ensina que *«* […] *o que difere,* ab initio*, o delito de associação criminosa (*societas delinquendi*) de um concurso eventual de pessoas (*societas criminis *ou* societas in crimine*) é o fato de a reunião criminosa, naquela situação, possuir, como dissemos, caráter relativamente duradouro ».*)

318 0006284-49.2014.8.26.0320 *Apelação / Tráfico de Drogas e Condutas Afins - Relator(a): Cesar Augusto Andrade de Castro - Comarca: Limeira - Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 30/03/2017 - Data de registro: 30/03/2017*

Nous pensons que, pour le parquet il n'est pas nécessaire de faire la preuve, dans le cas d'association criminelle, de l'existence entre les individus d'un lien continu au fil du temps, ni d'un ordre structuré qui règle les relations entre les individus, car elles sont les caractéristiques de l'organisation criminelle. Pour prouver l'association criminelle, le partage de tâches entre les individus suffirait, comme le suggère d'ailleurs le texte de l'article 1er, §1er, de la Loi 12.850, du 2 août 2013, déjà commenté.

Il y a encore, en Droit brésilien, comme en Droit français, la circonstance aggravante de commission du crime par plusieurs personnes, prévue dans la partie spéciale du Code pénal et de manière spécifique pour plusieurs crimes, le vol étant un exemple classique[319]. Dans ce

*Ementa: Apelação da Defesa – Tráfico de Drogas e Associação para o tráfico – Provas suficientes à condenação – Réus presos em flagrante – Materialidade e autoria comprovadas – Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes – Apreensão de diversas porções de crack e cocaína – Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros* – Associação para a prática do crime bem demonstrada – Atuação dos acusados com clara divisão de tarefas – *Penas-base fixadas acima do mínimo legal – Apreensão de significativa quantidade de entorpecentes a justificar a elevação da pena – Impossibilidade da aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 – Ausência de requisito legal (primariedade) quanto ao corréu Cristiano – Redução que deve se voltar às hipóteses em que o acusado não faz da narcotraficância seu meio de vida – Impossibilidade da fixação de regime diverso do fechado e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos – Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade – Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes – Regime fechado compatível com a conduta – Recursos de apelação desprovidos.*

Il s'agit du résumé d'une décision de la 8ème Chambre Criminelle de la Cour d'appel de l'État de São Paulo, du 30 mars 2017. La partie en grief *: « Association pour la pratique du crime bien démontrée – Actuation des inculpés avec clair partage de tâches ».*

319 Article 157 du Code pénal brésilien :

« *Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:*

« *Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*

« *§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.*

« *§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:* […]

« II - se há o concurso de duas ou mais pessoas ;

[…] »

Em français [traduction libre]

« Soustraire une chose mobile d'autrui, pour soi ou pour un tiers, par le moyen d'une grave menace ou violence sur la personne, ou après l'avoir, par tout moyen, réduite à l'impossibilité d'opposer résistance :

« Peine – réclusion, de quatre à dix ans, et amende.

« § 1er - Encoure la même peine quiconque, juste après avoir soustrait la chose, utilise violence sur la personne ou grave menace, afin d'assurer l'impunité du crime ou la détention de la chose pour soi ou pour un tiers.

« § 2ème – La peine est augmentée d'un tiers jusqu'à la moitié : […]

« *II – s'il y a réunion de deux ou plusieurs personnes ;* »

cas la réunion occasionnelle est suffisante, mais il faut faire preuve de l'identité des buts entre les individus.

La question de savoir si la même réunion de personnes peut constituer à la fois la circonstance aggravante et l'infraction d'association criminelle est discutée au Brésil comme en France[320].

On peut dire, alors, qu'au Brésil il existe une gradation des exigences de la *participation à l'association* selon qu'il s'agisse d'une organisation criminelle, d'une association criminelle, ou de la simple exécution d'un crime par plusieurs individus ayant un but commun.

Le système français est beaucoup plus simple, car la définition de l'association de malfaiteurs est la même que la circonstance aggravante de l'article 132-71 du Code pénal, et elle peut être utilisée pour une entente ou pour un groupe plus structuré. En France, on évite

320 Dans les cas où le fait de commettre l'infraction à plusieurs personnes est considéré pour augmenter la peine des agents, pourraient-ils, sous preuve de l'existence d'une effective association criminelle, subir une double incrimination ? Une partie de nos auteurs pense que oui, parce que les infractions protègent des biens juridiques différents, de manière qu'on ne pourrait pas considérer le *bis in idem*. D'autres pensent qu'un seul fait matériel (l'existence de plusieurs agents) ne peut pas être la racine de deux infractions. Rogério Greco dans l'œuvre déjà citée fait mention de la pensée de Weber Martins : « *A associação de* […] *pessoas para a prática de crimes, indeterminadamente, não é imprescindível, não é meio necessário à prática de roubo em concurso de agentes. A razão da incriminação daquele crime e o motivo de agravamento da pena deste último derivam de razões diferentes. Num caso, busca-se proteger o sentimento de tranquilidade e segurança das pessoas, bem jurídico que é atingido mesmo quando não chega a ser praticado nenhum dos delitos que eram a razão da associação. No outro, no roubo qualificado pelo concurso de agentes, a punição mais severa visa a evitar a maior facilidade de cometimento do crime, o que ocorre quando são dois ou mais os executores. Sendo assim, porque diversa a vontade do Estado, ao definir os fatos puníveis, e diferentes os bens jurídicos protegidos pelas pessoas atingidas, não há como falar, na hipótese, em progressão criminosa ou em crime progressivo, em antefato ou em pós-fato impuníveis ».* Mais, d'elle discorde en expliquant : « *que a reunião de pessoas estará servindo duas vezes à punição dos agentes, razão pela qual, mesmo havendo a possibilidade de, no caso concreto, até receberem penas menores, situação não incomum no Código Penal, não podemos tolerar o* bis in idem ». (Rogério GRECO, *Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III*, *op. cit.*, pos. 13713-13726) (« L'association de […] personnes pour la pratique de crimes, indéterminés, n'est pas essentielle ; elle n'est pas un moyen nécessaire pour la pratique du vol en plusieurs personnes. La raison de l'incrimination du premier et le motif de l'aggravement de la peine du dernier dérivent de raisons différentes. En un cas, on cherche à protéger le sentiment de tranquillité et de sécurité des personnes, bien juridique qui est atteint même quand aucun crime, qui était la raison de l'association, n'est pratiqué. En d'autres cas, le cas du vol aggravé par la commission à plusieurs personnes, la punition plus sévère vise à éviter une grande facilité de commission du crime, ce qui se passe quand ce sont deux ou plus exécutants. Ainsi, parce que la volonté de l´État est différente, quand il définit les faits punissables, atteignant des biens juridiques protégés en fonction des personnes atteintes, on ne peut pas parler, à l'hypothèse, en progression criminelle ou en crime progressif, en fait punissable antérieur ou postérieur ». Mais, d'elle discorde en expliquant : « que la réunion de personnes servira deux fois à la punition des agents, raison par laquelle, même si existe la possibilité pour les agents de, dans le cas concret, recevoir des peines inférieures, situation commune dans le Code pénal, nous ne pouvons pas tolérer le *bis in idem* ». [traduction libre])

les discussions qui se posent toujours au Brésil, car la ligne entre les définitions est fine, en garantissant un combat plus efficace contre la criminalité en groupe.

## 2. Les convergences quant à la création de délits-obstacle

**63.** Si l'anticipation de la répression, dont la punition des actes préparatoires est le premier exemple, est une des caractéristiques du Droit pénal de l'ennemi[321], elle est aussi une technique ancienne, qui a surgi pour faire face aux premières organisations criminelles[322].

L'infraction d'association de malfaiteurs date de 1810 en France et le phénomène criminologique où elle s'origine est l'existence des bandes organisées qui répandaient la terreur dans les campagnes à la fin de la Révolution[323]. Au Brésil, le Code pénal de 1940, à son origine contenait déjà l'infraction de *quadrilha ou bando* (bande criminelle), prévue à l'article 288. Est-il vrai que le phénomène criminologique qui est à l'origine de ladite infraction est l'existence

---

321 « *Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e, por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo (p.22,21 StGB), um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a corresponde ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (p129 a StGB), isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão. Materialmente, é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina "pena" ».* (Günther JAKOBS et Manuel Cancio MELIÁ, *Direito Penal Do Inimigo*, *op. cit.*, pos. 375-376) (« Alors, le Droit pénal connaît deux pôles ou tendances en ses régulations. Par exemple, le traitement du citoyen, en attendant jusqu'à l'extériorisation de sa conduite pour réagir, dans le but de confirmer la structure normative de la société, et, d'autre coté, le traitement de l'ennemi, qui est intercepté déjà dans le stade précédent, que l'on combat pour sa dangerosité. Un exemple du premier type peut concerner le traitement donné à un homicide, qui, s'il subit un procès pour un acte individuel, n'est punissable qu'à partir du moment où il passera à réaliser le type (p. 22, 21 StGB), un exemple du second type peut être le traitement donné à la tête (le chef) ou à ce qui est derrière (indépendamment de qui ce soit) d'une association terroriste, qui reçoit une peine à peine légèrement plus réduite que celle de l'auteur d'une tentative d'homicide, déjà quand il fonde l'association, ou pratique des activités dans son cadre (p129 a StGB), c'est-à-dire, éventuellement plusieurs années avant un fait prévu avec plus ou moins d'imprécision. Matériellement, il est possible de penser qu'il s'agit d'une custodie de sécurité anticipée qu'on appelle "peine" ». [traduction libre])

322 « Si la notion de crime organisé apparaît déjà à la fin du XVIII[e] siècle, et même avant, et si elle débouche sur la création d'un délit d'association de malfaiteurs dans le Code pénal de 1810, l'expression est plus récente. Il semble qu'elle apparaisse pour la première fois en 1896 avec un rapport de la *New York Society for de prevention of crime* qui parle d'*organized crime*. En 1929 est publié par un certain J. Landesco un ouvrage intitulé *Organized Crime in Chicago* ». (Jean PRADEL, « Rapport introductif », dans *La criminalité organisée: droit français, droit international et droit comparé*, Droit & professionnels. Droit pénal, Paris, LexisNexis, 2012, p. 1)

323 Julie ALIX (*Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 169, *cf.* note de bas de page 670) fait référence à la source de l'information : « Francisque Goyet, *Précis de droit pénal spécial*, par Marcel rousselet et Maurice Patin, Paris, Librairie du recueil Sirey, 6ème ed. , 1950, n° 306 ».

des *bandos de cangaceiros*[324] (« Qui n'a jamais entendu parler de Virgulino, le Lampião ? Il a été le principal nom d'un mouvement social qui a eu lieu dans les campagnes sèches du Nordeste à la fin du XIX$^{ème}$ et au commencement du XX$^{ème}$ siècle, appelé *cangaço*. Les *cangaceiros* avec leurs chapeaux à larges bords, des vêtements en cuir adornés, des couteaux et des armes à feu à la ceinture, ont agi dans quelques villes des états du Céará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia. Ces groupes étaient composés, dans la plupart des cas, d'employés des grands propriétaires de terres rurales, responsables de la sécurité de la terre et de son patron (*jagunços*). Ce mouvement a un rapport direct avec la dispute pour la terre, le *coronelismo*, vengeance, révolte contre la situation de misère dans le Nordeste et contre le mépris des pouvoirs publics. Les *cangaceiros* répandaient la terreur dans les villes, par la pratique de vols, d'extorsions d'argent de la population, d'enlèvement de personnalités importantes, par le pillage de fermes » [traduction libre][325]). L'information est valable aussi en l'Allemagne selon Günther Jakobs[326], qui observe que la punition des actes préparatoires date de la fin du XIX$^{ème}$ siècle.

C'est dire que la technique de punition des actes préparatoires et de la création de délits obstacles, pour empêcher le développement des groupes criminels, a surgi au sein du droit classique. Ensuite, le terrorisme moderne a été la source des modifications légales et d'interprétation jurisprudentielle de la définition d'association de malfaiteurs.

Dès sa première version, dans les deux pays, la consommation de cette infraction n'exige pas le commencement d'exécution d'une infraction. Le seul fait de participer à l'association est incriminé par la loi.

---

324 Carlos Alberto Marchi de QUEIROZ, Crime organizado no Brasil: comentários à Lei no. 9.034/95 : aspectos policiais e judiciários : teoria e prática, São Paulo, Iglu, 1998, cité par Ricardo Ribeiro VELLOSO et Vanessa Faullame ANDRADE, « Crime Organizado e Terrorismo no Brasil, projetos legislativos e jurisprudência dos tribunais superiores na busca do equilíbrio entre garantia e eficiência », *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, 2012, vol. 2, n° 1, p. 10.

325 « *Quem nunca ouviu falar em Virgulino, o Lampião? Esse foi o principal nome de um movimento social ocorrido no sertão nordestino durante o fim do século XIX e início do século XX, denominado cangaço. Os cangaceiros, com seus chapéus de abas largas, roupas de couro enfeitadas, punhais e armas de fogo na cintura, atuaram em cidades dos estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia. Esses grupos eram integrados, na maioria das vezes, por sertanejos jagunços, capangas e empregados de latifundiários (detentores de grandes propriedades rurais). Esse movimento está diretamente relacionado à disputa da terra, coronelismo, vingança, revolta à situação de miséria no Nordeste e descaso do poder público. Os cangaceiros aterrorizavam as cidades, realizando roubos, extorquindo dinheiro da população, sequestrando figuras importantes, além de saquear fazendas ».* (Wagner de Cerqueira e FRANCISCO, « Cangaço », *Brasil Escola* [en ligne], s.d., [consulté le 28 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://brasilescola.uol.com.br/brasil/cangaco.htm)

326 Günther JAKOBS et Manuel Cancio MELIÁ, *Direito Penal Do Inimigo*, *op. cit.*, pos. 413.

> Il s'agit d'une "infraction-obstacle" en ce qu'elle permet d'incriminer, en tant qu'infraction autonome et indépendamment de tout résultat, des comportements qui constituent, en réalité, des actes préparatoires à la commission d'infractions plus graves et qu'il n'est donc pas possible de réprimer, en tant que tels, à titre de tentative[327].

L'essence de ladite infraction, issue du droit classique, est depuis toujours intacte : la possibilité d'incrimination des actes préparatoires. Telles sont les racines de l'anticipation de la répression, dans les deux droits.

Il est vrai que cette technique est aujourd'hui largement employée et que les définitions de participation à une organisation criminelle ont évolué, pour élargir la portée des dispositifs et augmenter la répression pénale en France et pour spécifier les types d'associations, selon le lien plus ou moins étroit entre ses membres, au Brésil[328].

64. **Conclusion du § 1, A.** En guise de conclusion, nous pouvons simplement constater que l'infraction d'association de malfaiteurs existe et est plus ancienne que l'infraction de terrorisme dans les deux Droits.

Sa création a été liée à des phénomènes locaux plutôt qu'à l'existence d'une criminalité organisée mondialisée, comme elle se répand aujourd'hui. Mais, dès les premières lois l'idée centrale du dispositif était d'anticiper la répression.

Cette caractéristique a été maintenue et élargie, soit avec l'adaptation par la loi de l'ancienne définition aux conditions nouvelles de la criminalité, soit par la qualification de nouvelles modalités d'associations de malfaiteurs ou d'organisations criminelles. La jurisprudence a, elle aussi, joué son rôle dans la tâche d'adaptation de la loi à la réalité sociale et à la possibilité de preuve[329].

---

327 Pascal LEMOINE, « L'association de malfaiteurs et la bande organisée dans la doctrine de la cour de cassation », *op. cit.*, pp. 25- 26.

328 Au Brésil, au contraire de la France il y a encore un banditisme commun et en action qui inspire la distinction de plusieurs types d'organisations criminelles par la législation. C'est la réalité qui a déterminé depuis des années le développement d'une législation très spécifique, aujourd'hui utilisée pour lutter contre les organisations terroristes, l'un des types d'organisations criminelles.

329 Julie ALIX cite l'arrêt de la Cour de Cassation « Crim., 21 mai 2014, Association CCK Ahmet Kaya, n° 13-83758, publié au Bulletin », et explique que : « Dans l'arrêt de la Cour de cassation (10), cette référence à l'inscription du PKK sur les listes internationales d'entités terroristes se substitue à tout autre élément de preuve de la nature terroriste de l'organisation qui était pourtant au cœur du pourvoi, et alors même que la preuve de la participation à une organisation terroriste requiert que le groupement projette de commettre un acte de terrorisme et que ce projet se soit manifesté, extériorisé, par des actes matériels, préparatoires ou d'exécution (11) ». (Julie ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *op. cit.*)

Issue du droit classique, l'association de malfaiteurs, premier exemple de l'anticipation de la répression, est devenue un concept plus large au fil du temps pour faire face à d'autres types d'organisations, que celles qui étaient à l'origine de la création du délit.

Cette affirmation est vraie en droit français et en droit brésilien. En droit brésilien, en 2012, la loi a défini pour la première fois l'organisation criminelle, notion qui auparavant était seulement utilisée en droit procédural, mais sans avoir été définie par le droit pénal[330].

Il faut tout simplement remarquer qu'en droit brésilien la définition du terrorisme et de l'organisation terroriste est très nouvelle et ne remonte qu'à 2016. Un tel retard s'explique par des raisons historiques liées à la politique interne du pays, mais aussi par une donnée criminologique, puisque le Brésil n'a pas subi plusieurs attentats terroristes en relation avec le terrorisme international au fil des années, à l'inverse de la France.

L'infraction d'association de malfaiteurs date en France de 1810 et au Brésil de 1940. « Dès lors, se développent les délits-obstacles qui impliquent l'incrimination d'actes préparatoires et l'on a pu parler de "punissabilité anticipée" (G. Jakobs). Dans le droit classique, de telles incriminations sont bien rares »[331].

Enfin, l'infraction d'association de malfaiteurs terroristes et l'infraction d'organisation terroriste sont à la base de la lutte contre le terrorisme et, sauf à noter les différences entre les définitions on utilise la même stratégie : la répression des actes préparatoires liés à toute activité en groupe.

---

330 Rogério GRECO (*Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III*, *op. cit.*, pos. 13761-13777) explique que : « *Até o advento da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, não tínhamos um conceito legal de organização criminosa. Por essa razão, a doutrina criticava essa ausência normativa, indispensável à segurança jurídica,* […] . *Hoje tal discussão perdeu o sentido, uma vez que a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, inicialmente, assim definiu o conceito de organização criminosa no seu artigo 2º* […] » (« Jusqu'à l'apparition de la Loi n° 12.694, du 24 juillet 2012, il n'y avait pas un concept légal d'organisation criminelle. Pour cette raison, la doctrine critiquait cette absence normative, essentielle à la sécurité juridique, […] . Aujourd'hui une telle discussion n'a plus de sens, une fois que la Loi n° 12.694, du 24 juillet 2012, a défini le concept d'organisation criminelle de la manière suivante, à l'article 2ème, […] » [traduction libre])

331 Jean PRADEL et Jacques DALLEST (dir.), *La criminalité organisée*, *op. cit.*, p. 4.

## B. La non justification de ressources, tout en étant en relation avec des terroristes

**65.** Le délit de non justification de ressources, tout en étant en relation avec de terroristes, prévu à l'article 421-2-3 du Code pénal français[332], a été créé par la Loi nº 2003-239 du 18 mars 2003. Il est un délit autonome, mais pas très original. En effet, il est le décalque de l'ancien article 450-2-1 du Code pénal, tel quel créé par la loi nº 2001-420 du 15 mai 2001[333]. L'idée centrale de ce dernier était de renforcer la répression du délit d'association de malfaiteurs[334].

L'article 450-2-1 du Code pénal a été abrogé par la loi nº 2006-64, du 23 janvier 2006, qui, à l'article 24, a créé le nouvel article 321-6 du Code pénal[335], au sujet de la justification des ressources. L'article 421-2-3 a été conservé, à cause de sa spécificité[336]. Non seulement les peines de l'article 421-2-3 sont sévères, mais il sert aussi à instituer un régime dérogatoire, de sorte qu'il a été conservé.

Cette infraction générale a été créée par imitation par celui du recel ; où la provenance illicite de l'objet est présumée, dans certaines conditions. Au Brésil, il n'y a pas de texte

---

332 Article 421-2-3 : « Le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

333 Ancien article 450-2-1 : « Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant aux activités visées à l'article 450-1, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

334 « L'idée est que l'individu visé par ce texte aide les malfaiteurs associés ou profite d'eux ». (Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 703)

335 Article 321-6 du Code pénal : « Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect ».

336 « La conséquence immédiate de la généralisation de l'infraction de non-justification de ressources est l'abrogation des délits spécifiques anciennement prévus aux articles 222-39-1, 225-4-8, 312-1-7 et 450-2-1 du Code pénal. Certains délits spécifiques sont néanmoins conservés (article 421-2-3, 225-6 3º, 225-12-5, C. pén) ». (Muriel GIACOPELLI, « Chronique législative : textes parus au journal officiel du 1er janvier 2006 au 30 juin 2006 », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, setembre 2006, vol. 2006, n° 3, p. 673).

correspondant pour cette modalité de recel présumé[337], de manière que l'analyse concernera les éléments constitutifs de l'infraction française de droit pénal commun (1) et de son correspondant terroriste (2).

## 1. Dualité de l'infraction de non-justification de ressources prévue à l'article 321-6 du Code pénal français

**66.** Il y a deux hypothèses dans l'article 321-6 du Code pénal. La première concerne le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pouvoir justifier l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui, soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, soit sont les victimes d'une de ces infractions. « La Cour de cassation considère que l'infraction est définie en termes suffisamment clairs et précis et qu'il n'y a donc pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC soutenant que le texte établissait une présomption de responsabilité pénale (Crim. 26 sept. 2012, QPC, *Dr. Pénal* 2013, comm. 2) »[338].

Deux conditions sont nécessaires, pour que la présomption de recel prenne corps : 1. Avoir des relations habituelles avec des criminels ou des victimes ; 2. Ne pouvoir justifier de son train de vie ou de l'origine d'un bien détenu. Quant aux relations habituelles, nous pouvons comprendre facilement la présomption, quand il s'agit de relations criminelles. Si quelqu'un ne travaille pas, mais fréquente des trafiquants, par exemple, et s'exhibe avec des biens de luxe, il est sûr que l'origine illicite des biens est très probable, autorisant l'inversion de la charge de la preuve. D'autre part, si la personne fait montre d'un train de vie incompatible avec ses revenus, et fréquente la victime, la présomption n'est plus de recel, mais de participation à l'infraction contre la victime. Dans le cas de l'auteur qui fréquente la victime, la loi, faute de preuve de participation au délit principal, présume le recel.

La deuxième hypothèse, complétant le dispositif, concerne le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission d'infractions qui procurent à celles-ci un profit direct ou indirect.

---

337 « Ce délit repose sur la présomption de l'origine infractionnelle des ressources de celui, qu'elle punit. Il érige donc une présomption de recel ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 186)

338 Michel VÉRON, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 361.

Les deux hypothèses pourraient constituer le délit de participation à une association de malfaiteurs, sauf que dans le cas de l'association de malfaiteurs il faut prouver la préparation des délits. De toute façon, ce sont des infractions qui dans ce sens, viennent sans aucun doute renforcer l la répression de l'association de malfaiteurs.

D'ailleurs, l'autonomie de ce délit par rapport à l'infraction d'origine a déjà été reconnue par la Cour de cassation :

> Ne méconnaît pas la présomption d'innocence, la cour d'appel qui, pour entrer en voie de condamnation du chef de non justification de ressources, relève que le prévenu est en relations habituelles avec une personne se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, sans constater que celle-ci a fait l'objet d'une condamnation définitive pour ces faits[339].

Il y a d'abord une présomption de matérialité, « parce qu'elle porte sur l'origine infractionnelle des biens »[340]. Mais, récemment, la Cour de cassation a décidé qu'il en découle aussi une présomption de l'élément moral :

> Un premier moyen renvoyait à l'élément moral du délit, correspondant à la connaissance de l'origine frauduleuse des ressources. Sur ce point, les juges rappellent que le délit, correspondant à la non-justification de ressources repose sur une présomption simple qui renverse la charge de la preuve (V. Rép. Pén., vº Preuve, nº 34, par J. Buisson). Dans sa jurisprudence, la chambre criminelle a toujours affirmé que la seule constatation que l'individu n'est pas en mesure de justifier ses ressources tout en étant en relations habituelles avec une personne se livrant à des délits lui procurant un profit direct ou indirect suffit à caractériser le délit de non-justification de ressources. Dans cette mesure, la connaissance des activités frauduleuses de la personne est présumée et il appartient au prévenu d'apporter la preuve contraire (V. Crim. 27 nov. 2007, nº 07-81.441 et Crim. 3 nov. 2016, nº 15-85.751, Dalloz actualité, 7 déc. 2016, obs. S. Fucini)[341].

## 2. Unité de l'infraction de non-justification de ressources tout en étant en relation avec des terroristes – article 421-2-3 du Code pénal

**67.** Nous observons que l'infraction de non-justification de ressources tout en étant en relation avec des terroristes, prévue à l'article 421-2-3 du Code pénal français recouvre un domaine très large, car il s'étend vers toute relation habituelle avec un individu se livrant à des actes de terrorisme prévus aux les articles 421-1 et 421-2.

---

339 COUR DE CASSATION, « Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 27 février 2013, 12-81.063, Publié au bulletin » [en ligne], 27 février 2013, [consulté le 3 octobre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000027126181

340 Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 186.

341 Amélie ANDRÉ, « Quelques précisions sur le délit de non-justification de ressources », *Dalloz actualité* [en ligne], 19 janvier 2017, [consulté le 12 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ACTU0182695&FromId=ACTUS_DZ_ACTU0182695

Il y a déjà une première différence par rapport à l'article 321-6, son correspondant en droit commun : l'acte de terrorisme commis par le tiers avec qui l'auteur est en relations habituelles peut être un acte dont la peine est inférieure à 5 ans d'emprisonnement.

Il n'est pas non plus exigé de faire preuve de la volonté de profiter des relations habituelles, car la loi ne la mentionne pas.

Il faut simplement faire preuve de deux circonstances qui caractériseront l'infraction : a) des relations habituelles de l'auteur avec une personne se livrant à des actes de terrorisme ; b) le train de vie de l'auteur incompatible avec ses ressources.

La création d'un tel dispositif autonome a été objet de discussion par la doctrine : d'une part le courant le plus sévère l'applaudit, en justifiant son existence ; d'autre part, est critiquée la sévérité excessive et l'inutilité de l'article[342].

**68. Conclusion du § 1, B.** Nous pensons que l'infraction vient vraiment renforcer la répression du délit d'association de malfaiteurs et que la présomption est tout à fait justifiée dans la réalité. Parfois, il est très difficile de faire la preuve de la participation effective de quelqu'un à l'association. Mais, l'exhibition d'un train de vie ou de biens de luxe incompatibles avec ses ressources et aussi son amitié avec des criminels est là, pour que tout le monde puisse voir et savoir que ces biens ont évidemment en liaison étroite avec des activités criminelles. En droit brésilien, nous devons attendre une preuve plus concrète de la matérialité du crime. En droit, français, grâce au changement de la charge de la preuve, c'est au prévenu d'apporter la preuve de son innocence. Rien de plus juste. Il ne s'agit pas d'une présomption absolue, de sorte qu'il lui suffit de justifier l'origine de ses biens pour écarter les accusations.

342 En justifiant le dispositif : « Le terrorisme par non-justification de ressources est donc resté autonome, d'une autonomie qu'il convient de relever avec d'autant plus de relief que la politique pénale, dans le même temps, s'est manifestée par un courant contraire d'intégration. L'exception n'est pas anodine, qui renforce le caractère *qualifié* du délit non seulement pour ne pas être compris comme le dérivé d'une incrimination plus large, mais encore pour servir de support à tous les actes terroristes visés aux articles 421-1- à 421-2-2 ». (Yves MAYAUD, « Terrorisme », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, février 2015, l. 82, [consulté le 12 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000305&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN) Sens opposé : « Construit sous la forme d'une présomption, le délit de non-justification de ressources a précisément été introduit au sein du *corpus* d'incriminations terroristes pour sa faible consistance et la facilité de sa démonstration. […] Toutefois, même après cette date, les juridictions semblent encore lui préférer le délit de participation à une association de malfaiteurs ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 485).

Finalement, il ne s'agit pas d'une absence de matérialité, mais d'une matérialité prouvée par des indices et présomptions, compatibles avec le principe de la présomption d'innocence, comme l'a d'ailleurs, jusqu'à nos jours, décidé la Cour de cassation et même le Conseil Constitutionnel, qui n'a pas jusqu'ici jugé utile de censurer un tel dispositif.

## § 2. Le recrutement, incitation et apologie du terrorisme

**69.** Le recrutement est une infraction assez récente en droit français et son concept est un peu différent du recrutement en droit brésilien, ce dernier plutôt calqué sur le droit international. Les incriminations dans les deux droits seront étudiées à l'alinéa A.

Les infractions d'incitation et d'apologie existaient déjà en droit français, mais ont été l'objet d'un transfert de la loi sur la presse vers le Code pénal. D'autre part, en droit brésilien elles n'existent pas en matière de terrorisme, mais seulement en droit commun. Elles seront traitées à l'alinéa B.

Deux autres infractions, concernant plutôt l'activité d'incitation au terrorisme en ligne, ont été récemment répertoriées en droit français, mais n'ont pas de correspondance en droit brésilien. Elles sont : la reproduction de données faisant l'apologie du terrorisme pour entraver l'arrêt d'un service de communication au public, traitée à l'alinéa C et la consultation habituelle des sites provoquant au terrorisme ou faisant apologie du terrorisme, dévoilée à l'alinéa D.

### A. L'incitation et le recrutement au terrorisme – articles 421-2-4 et 421-2-4-1 du Code pénal français et article 5ème, § 1er, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016, au Brésil.

**70.** L'infraction d'incitation au terrorisme, est prévue à l'article 421-2-4 du Code pénal français[343], créé par la Loi nº 2012-1432 du 21 décembre 2012. Il s'agit d'un délit autonome, inspiré du droit international.

[343] Article 421-2-4 : « Le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente, prévue à l'article 421-2-1 ou pour 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 euros d'amende ».

En effet, la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, faite à Varsovie, le 16 mai 2005, ratifiée par la France le 29 avril 2008, en application de la loi n° 2008-134 du 13 février 2008, invite les États à incriminer le recrutement pour le terrorisme et l'entraînement à des fins terroristes[344]. Après, la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 modifiant l'ancien instrument (décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002), l'article 1er de la décision cadre de 2008 remplace le texte de l'article 3ème de la précédente, pour inclure parmi les infractions liées aux activités terroristes, entre autres, le recrutement pour le terrorisme et l'entraînement pour le terrorisme[345].

La création d'un délit autonome de recrutement pour le terrorisme ou d'incitation au terrorisme dans le Code pénal français n'est pas inutile. En doctrine nous trouvons deux intérêts mentionnés par rapport à sa création. S'agissant de l'exigence des instruments de droit international ou régional, la création des délits autonomes de recrutement se justifie parce que, la punition du complice dépend de la réalisation de l'acte de terrorisme par l'auteur principal[346]. En droit interne français, on a remarqué que l'infraction d'association de malfaiteurs ne

344 « Article 6 – Recrutement pour le terrorisme – 1- Aux fins de la présente Convention, on entend par « recrutement pour le terrorisme » le fait de solliciter une autre personne pour commettre ou participer à la commission d'une infraction terroriste, ou pour se joindre à une association ou à un groupe afin de contribuer à la commission d'une ou plusieurs infractions terroristes par l'association ou le groupe. 2 - Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, le recrutement pour le terrorisme, tel que défini au paragraphe 1 de cet article, lorsqu'il est commis illégalement et intentionnellement.

Article 7 – Entraînement pour le terrorisme - 1 - Aux fins de la présente Convention, on entend par « entraînement pour le terrorisme» le fait de donner des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes ou substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission, sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif. 2 - Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, l'entraînement pour le terrorisme, tel que défini au paragraphe 1 de cet article, lorsqu'il est commis illégalement et intentionnellement.

Article 8 – Indifférence du résultat Pour qu'un acte constitue une infraction au sens des articles 5 à 7 de la présente Convention, il n'est pas nécessaire que l'infraction terroriste soit effectivement commise. STCE 196 – Prévention du terrorisme, 16.V.2005 »

345 « Article 1) L'article 3 est remplacé par le texte suivant : « Article 3 […] 2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme des infractions liées aux activités terroristes les actes intentionnels suivants : […] b) le recrutement pour le terrorisme ; c) l'entraînement pour le terrorisme ; […] »

346 « L'acte de complicité tel que prévu dans la législation interne des États ne suffit souvent pas puisque, en principe, le complice n'est puni que si l'auteur a effectivement commis l'acte en question. Il est donc suggéré aux autorités nationales d'incriminer les actes d'appui comme infraction autonome, notamment lorsqu'il s'agit de l'approvisionnement en armes, du financement du terrorisme et du recrutement de groupes terroristes ». (Marie-Hélène GOZZI, « Sécurité et lutte contre le terrorisme : l'arsenal juridique encore renforcé », *Recueil Dalloz*, 24 janvier 2013, n° 03, p. 194)

couvrait pas toutes les hypothèses de la réalité, surtout en ce qui concernait la tentative de recrutement[347]. D'autre part, le recrutement n'est réprimé de façon autonome que pour les infractions prévues aux articles 421-1 et 421-2, en excluant le terrorisme financier, par exemple.

Il faut remarquer encore que la loi française n'a pas défini de manière autonome l'entraînement, tel que déterminé par le droit international.

Au Brésil, le délit de recrutement et d'entraînement pour un terrorisme transfrontalier est prévu à l'article 5ème, § 1er, I et II, de la loi 13.260 du 16 mars 2016[348]. Le Brésil n'a pas été influencé par la définition du terrorisme de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, faite à Varsovie, le 16 mai 2005, précitée, ni par la décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008, où l'on voit le concept de *recrutement* qui a inspiré la loi française. Par contre, il s'est fondé sur la Résolution 1373 du Conseil de Sécurité de l'ONU, transposé par le Décret 3976, du 18 octobre 2001, article 2, alinéa a, qui détermine l'incrimination du recrutement et de l'entraînement, mais ne les définit pas et sur la Résolution 2178 du Conseil de Sécurité de l'ONU, adoptée le 24 septembre 2014 et internalisée par le Décret nº 8.530 du 28 septembre 2015[349].

---

347 « Le Sénat l'a finalement emporté, sur la considération que l'association de malfaiteurs ne répondait pas à tous les cas, notamment à ce qui serait seulement constitutif d'une tentative de recrutement ». (Yves MAYAUD, « Terrorisme », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, février 2015, l. 84, [consulté le 16 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000305&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN)

348 Article 5ème, § 1er, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *Incorre nas mesmas penas o agente que , com o propósito de praticar atos de terrorismo: I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade ; ou II – fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade ».* (« Encoure les mêmes peines l'agent qui, avec l'intention de pratiquer des actes de terrorisme : I – de recruter, organiser, transporter ou munir des individus qui voyagent vers un pays distinct de celui de leur résidence ou nationalité ; ou II – de fournir ou recevoir un entraînement dans un pays distinct de celui de leur résidence ou nationalité ». [traduction libre])

349 Résolution 2178 du Conseil de Sécurité de l'ONU : « Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, […] 5. Décide que les États Membres doivent, dans le respect du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire, prévenir et éliminer les activités de recrutement, d'organisation, de transport ou d'équipement bénéficiant à des personnes qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, ainsi que le financement des voyages et activités de ces personnes ; ». En portugais : « *Atuando ao amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas,* […] *5. Decide que os Estados Membros devem, em conformidade com os direitos humanos, o direito dos refugiados e o direito humanitário, proibir e reprimir o recrutamento, organização, transporte ou municiamento de indivíduos que viajem para Estado distinto daqueles de sua residência*

L'analyse des dispositifs montrera les différences de domaine entre eux, mais cette fois la méthode utilisée est la même, celle de l'incrimination autonome, pour permettre d'adapter les législations nationales aux déterminations internationales.

## 1. En France – articles 421-2-4 et 421-2-4-1 du Code pénal

**71.** Le droit français a créé une infraction de recrutement telle que conçue par le droit européen, mais une partie de la doctrine l'a considérée plutôt comme une infraction d'incitation au terrorisme. « Il s'agit là d'appréhender sous une qualification de terroriste, l'individu qui, par certains moyens, incite autrui à commettre un acte de terrorisme : on n'est pas loin du recrutement pour le terrorisme »[350]. D'autre part on a déjà nommé *terrorisme par recrutement* l'article 421-2-4 du Code pénal[351].

En effet, quand le droit européen définit le recrutement il utilise le mot *solliciter*[352]. La loi française, à l'article 421-2-4 du Code pénal utilise le mot *s'adresser*. Mais cet acte, loin d'être une simple sollicitation, vient accompagner des moyens pour obtenir le consentement de la personne visée : soit des offres ou des promesses de dons ou avantages, soit des menaces ou des pressions.

La doctrine remarque une similitude avec la formule utilisée pour l'instigation à commettre un assassinat ou un empoisonnement (article 221-5-1 du Code pénal)[353].

Nous pouvons encore remarquer que les moyens de recrutement sont très proches de ceux prévus pour la traite des êtres humains, à l'article 225-4-1- I, 1° et 4° du Code pénal français[354].

---

*ou nacionalidade com o propósito de perpetrar, planejar, preparar ou participar em atos terroristas, ou fornecer ou receber treinamento para o terrorismo, bem como o financiamento de suas viagens e atividades ;* ».

350 Julie ALIX, « L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste en France », dans Emmanuelle SAULNIER-CASSIA (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union Européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 352.

351 « C'est pourquoi l'article 421-2-4 du code pénal érige le recrutement en délit formel, sa matérialité consistant à prendre des initiatives destinées à déterminer une personne à entrer dans le terrorisme, peu importe qu'elles soient ou non suivies d'effet ». (Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, l. 84)

352 Voir article 1er de la décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil de l'Union Européenne et l'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, faite à Varsovie, le 16 mai 2005, précités.

353 Marie-Hélène GOZZI, « Sécurité et lutte contre le terrorisme : l'arsenal juridique encore renforcé », *op. cit.*

354 Article 225-4-1 – I du code pénal français :

Ce dernier angle nous permet de comprendre qu'avant d'être recruté pour intégrer une association de malfaiteurs terroristes ou pour commettre des actes de terrorisme, l'individu visé est vu comme une victime, au moins dans l'hypothèse où il subit des menaces. Dans ce dernier cas, la victime de la traite des êtres humains aux fins de commettre des délits peut être la personne recrutée par les terroristes. C'est-à-dire qu'il y a une hypothèse de traite qui constitue aussi une infraction terroriste aux termes de l'article 421-2-4.

Le dispositif français dans le cas du recrutement par le moyen de menaces, s'éloigne de la simple sollicitation prévue dans la législation européenne. En droit français, il faut faire preuve au-delà d'une sollicitation, d'une pression, d'une menace ou d'une offre d'avantages.

Le recrutement en droit français est alors plus qu'une simple invitation ou sollicitation, dans la mesure où il peut consister en une incitation à commettre des actes de terrorisme ou à intégrer une association de malfaiteurs terroristes, par le moyen d'offre d'avantages, ou *d'incitation forcée* aux mêmes actions par le moyen de menaces ou de pressions.

Très récement, une loi du 30 octobre 2017[355] a inséré dans le Code pénal l'article 421-2-4-1[356] et prévu séparement le recrutement d'un mineur. Dans ce cas, le moyen utilisé pour le recrutement est un autre *mode spécial de pression* : l'autorité exercée sur le mineur. Les peines sont plus sévères que celles prévues pour le recrutement d'un majeur.

---

« La traite des êtres humains est le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation dans l'une des circonstances suivantes :

« 1° Soit avec l'emploi de menace, de contrainte, de violence ou de manœuvre dolosive visant la victime, sa famille ou une personne en relation habituelle avec la victime ;

« 2° Soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de cette personne ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

« 3° Soit par abus d'une situation de vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, apparente ou connue de son auteur ;

« 4° Soit en échange ou par l'octroi d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage ».

355 Loi nº 2017-1510, du 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

356 Article 421-2-4-1 du Code pénal : « Le fait, par une personne ayant autorité sur un mineur, de faire participer ce mineur à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 est puni de quinze ans de réclusion criminelle et de 225 000 € d'amende. »

## 2. Au Brésil – article 5ème, § 1er, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016

**72.** La loi brésilienne s'éloigne de l'incitation car elle utilise les verbes *recruter*, *organiser*, *transporter* ou *munir* des individus, pour voyager à l'étranger, avec le but de pratiquer des actes de terrorisme.

Tout en gardant l'idée de recruter et de transporter, la loi se rapproche de nouveau de l'hypothèse de la traite de êtres humains, mais telle que conçue par la loi française, car la traite brésilienne n'englobe pas la fin de commettre des crimes en général[357].

La loi brésilienne n'exige pas un moyen spécial de recrutement, mais elle exige un voyage à l'étranger envisagé par l'individu recruté. Au-delà du recrutement elle réprime les seuls faits d'organiser, de transporter ou de munir les individus, qui voyagent à l'étranger, afin de commettre des actes de terrorisme.

La loi n'exige ni que le voyage s'accomplisse ni que l'individu connaisse la finalité de l'auteur du recrutement[358].

Le même paragraphe, alinéa II, prévoit la répression de l'entraînement, sous les formes de fournir ou de recevoir, mais toujours à l'étranger. Si l'auteur du crime est brésilien et l'entraînement se passe au Brésil, la peine encourue pour l'entraînement est diminuée de la moitié à deux tiers, selon le § 2ème, de l'article 5ème. Le texte de la loi 13.260 du 16 mars 2016 a été très fidèle à celui de la résolution 2178 (2014), précitée.

**73. Conclusion du § 2, A.** L'incitation à la commission d'une infraction terroriste française et le recrutement à des fins terroristes brésilien sont calqués sur le droit international, mais sont très différents en leurs essences et en ce qui concerne leur élément matériel. En France, le législateur a essayé d'incriminer des moyens spéciaux d'incitation, pendant que le législateur brésilien s'est concentré plutôt sur le déplacement de l'individu recruté. Cela s'explique non

---

357 Article 149-A du Code pénal brésilien, créé par la loi 13.344, du 06 octobre 2016: « *Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo ; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo ; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão ; IV - adoção ilegal ; ou V - exploração sexual ».* (« Agencer, allécher, recruter, transporter, transférer, acheter, héberger ou accueillir une personne, par une menace grave, par violence, par contrainte, fraude ou abus, avec la finalité de : I - prélever ses organes, tissus ou parties du corps ; II – la soumettre à travail en conditions analogues à d'un esclave ; III – la soumettre à tout type de servitude ; IV - adoption illégale ; ou V – exploitation sexuelle ». [traduction libre])

358 Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 241.

seulement par les réalités criminologiques différentes, mais aussi par les différents instruments internationaux qui ont inspiré les législations.

En France on a discuté de l'utilité de cet article et le courant favorable l'a emporté. Nous pensons qu'il vaut mieux une prévision plus spécifique, par respect pour le principe de la légalité, surtout quand il s'agit de la punition des actes très en amont par rapport à l'acte qui va produire un résultat réel.

La loi 2012-1432, du 21 décembre 2012 en France marque le commencement d'une dernière phase, inspirée et calquée sur le droit international : la punition de la préparation de d'actes préparatoires. Le législateur français, poussé par le flou international[359] et les *besoins* de répression et de prévention accrues en raison des nouvelles modalités de terrorisme a créé un délit d'incitation ou de recrutement qui se situe, par rapport à l'*iter criminis*, en amont de la formation de l'entente terroriste ou à de la planification des actes de terrorisme.

Le législateur brésilien a beaucoup innové dans sa législation qui tout d'un coup a nettement incorporé la technique de punition de la préparation des actes préparatoires, tant il est vrai que l'entraînement et le recrutement à des fins terroristes s'éloignent beaucoup du moment de l'attentat.

La question de l'utilité de la création de ces délits autonomes concernant des cas très spécifiques et essayant de réprimer, à chaque innovation plus en amont les agissements terroristes doit toujours être analysée à la lumière des principes de la légalité et de la proportionnalité, mais doit aussi tenir compte de l'influence du droit international. Même s'il n'y a pas l'obligation de légiférer, les instruments internationaux signés représentent la volonté de la communauté dans un sens qui doit être considéré, même si des adaptations sont nécessaires.

## B. La provocation à des actes terroristes et apologie de tels actes

**74.** L'infraction de provocation à des actes terroristes et d'apologie de tels actes est prévue à l'article 421-2-5 du Code pénal français[360], créé par la Loi n° 2014-1353 du 13 novembre

359 « Ces instruments, de portée normative diverse, traduisent le sens du droit international antiterroriste, irrémédiablement tourné vers une lutte globale en vue de l'évitement des actes de terrorisme ». (Julie ALIX, « La répression de l'incitation au terrorisme », *Gazette du Palais*, 24 février 2015, n° 055, p. 11)

360 Article 421-2-5 :

2014[361]. Il s'agit d'un délit autonome, transféré de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[362]. Ce nouveau délit autonome est le décalque d'un autre délit, cette fois non de droit commun, mais de droit de la presse, avec quelques ajouts : une circonstance aggravante relative à l'utilisation d'un service de communication en ligne ; l'augmentation de la peine encourue et principalement la modification du régime procédural. Le transfert de cette incrimination de la loi de 1881 vers le Code pénal est justifié par la nécessité de lui appliquer les procédures propres aux actes de terrorisme[363] ou tout simplement le droit commun procédural.

En effet, la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, faite à Varsovie, le 16 mai 2005, ratifiée par la France le 29 avril 2008, en application de la loi nº 2008-134 du 13 février 2008, invite les États à incriminer la provocation publique à commettre une infraction terroriste[364]. Ensuite, la Résolution 1624 (2005) du 14 septembre

---

« Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

« Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne.

« Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

361 Loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, article 5, I.

362 « En réalité, il ne s'agit pas d'une incrimination nouvelle, mais d'un transfert vers le code pénal de ce qui était déjà contenu dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En effet, relatif à la provocation non suivie d'effet à certaines infractions qu'il énumère, l'article 24 de cette loi, dans son sixième alinéa, sanctionnait de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, "auront provoqué directement aux actes de terrorisme prévus par le titre II du Livre IV du code pénal, ou qui en auront fait l'apologie" ». (Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, l. 85)

363 « La place d'une infraction dans le code pénal n'est pas anodine : elle renseigne sur la valeur protégée par le législateur. Or, en matière de provocation non suivie d'effet, et plus encore en matière d'apologie du terrorisme, c'est bien l'opinion, aussi choquante soit-elle, qui est réprimée, non la sécurité de l'État. La place de ces infractions n'est donc pas dans le Livre IV du code pénal, qui vise les "crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique." Cette place est pourtant celle qui a été choisie par le législateur, qui soumet ainsi les délits de provocation non suivie d'effet et d'apologie du terrorisme au même régime que celui des actes de terrorisme ». (Céline GODEBERGE et Emmanuel DAOUD, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », *AJ Pénal*, 11 décembre 2014, vol. 2014, n° 12, p. 564)

364 « Article 5 – Provocation publique à commettre une infraction terroriste - 1 Aux fins de la présente Convention, on entend par "provocation publique à commettre une infraction terroriste" la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises. 2 Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à

2005, du Conseil de sécurité de l'ONU, entraînait la lutte contre l'incitation au terrorisme et suggérait aux États de créer des lois pour empêcher ces actes d'incitation[365]. Enfin, la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008, modifiant la précédente décision cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002, invitant les États à incriminer la provocation publique à commettre une infraction terroriste[366].

La France a attendu encore quelques années pour commencer à modifier la législation sur la presse où le délit d'incitation au terrorisme était incriminé. Après des divergences, le législateur de 2012, a seulement allongé le délai de la prescription des infractions de presse et a ouvert la possibilité de la détention provisoire pour les délits de provocation et d'apologie du terrorisme[367].

Toutefois, la loi nº 2014-1353, du 13 novembre 2014, a fini par transférer les délits de provocation au terrorisme et d'apologie du terrorisme à l'article 421-2-5 du Code pénal français, tout en élargissant leurs domaines et en aggravant les peines.

La création d'un délit autonome de provocation au terrorisme et d'apologie du terrorisme a eu un double sens : de qualifier de terroristes des expressions de la pensée[368] et

---

son droit interne, la provocation publique à commettre une infraction terroriste telle que définie au paragraphe 1, lorsqu'elle est commise illégalement et intentionnellement ».

365 Résolution 1624 (2005) du Conseil de Sécurité de l'ONU : « Condamnant aussi avec la plus grande fermeté l'incitation à commettre des actes terroristes et récusant toute tentative de justifier les actes terroristes ou d'en faire l'apologie, susceptible d'inciter à commettre de nouveaux actes de terrorisme, Profondément préoccupé par le fait que l'incitation à commettre des actes terroristes motivés par l'extrémisme et l'intolérance constitue un grave danger et une menace grandissante pour la jouissance des droits de l'homme, entrave le développement social et économique de tous les États et compromet la stabilité et la prospérité mondiales, et qu'il convient, pour l'Organisation des Nations Unies et pour tous les États, d'y répondre d'urgence et de façon active, et soulignant qu'il faut prendre aux niveaux national et international toutes les mesures nécessaires et appropriées conformes au droit international pour protéger le droit à la vie,[…] »

366 Article 3-2-a de la décision-cadre 2002/475/JAI avec les modifications introduites par la décision-cadre 2008/919/JAI : « Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme des infractions liées aux activités terroristes les actes intentionnels suivants : […] la provocation publique à commettre une infraction terroriste ; ». Il faut remarquer que cette décision-cadre a été remplacée par la Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme.

367 Sur la loi du 21 décembre 2012 : « D'abord, elle a facilité la poursuite des infractions de presse en allongeant le délai de prescription à un an (au lieu de trois mois) et en rendant possible la détention provisoire en matière de provocation et d'apologie du terrorisme ». (Julie ALIX, « La répression de l'incitation au terrorisme », *op. cit.*)

368 « Il s'agit bien, non seulement d'incriminer des expressions de la pensée, mais encore de les qualifier de terroristes ». (*Ibid.*)

de soumettre ce délit au règles procédurales de droit commun ou dérogatoires pour la criminalité organisée et le terrorisme.

Cette manœuvre a subi beaucoup de critiques de la plupart de la doctrine qui a trouvé exagéré le fait de punir, comme acte de terrorisme des manifestations quelquefois très éloignées de la pratique de l'attentat terroriste ; cette action juste avant était sous l'égide de la loi de la presse de 1881, libérale[369], mais aussi de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), qui s'est opposée à l'introduction dans le Code pénal d'infractions relatives à la liberté d'expression[370]. Toutefois, une autre partie de la doctrine a envisagé plutôt la question des raisons qui justifient un tel durcissement de la loi pénale et a appuyé l'initiative du législateur[371].

Au Brésil, nous ne trouvons pas de délit similaire parmi les infractions terroristes. Certes, le droit commun connaît le délit d'incitation au crime (article 286 du Code pénal et article 22 de la loi de sécurité nationale) et le délit d'apologie du crime ou de la personne criminelle (article 287 du Code pénal et article 23 de la loi de sécurité nationale). Mais ces délits n'ont pas de connotation terroriste.

---

369 « Outre que la loi du 13 novembre 2014 nie la réalité criminologique des délits de provocation et d'apologie au terrorisme, elle renforce la menace pesant sur la liberté d'expression, même si d'aucuns y voient la perspective d'un changement heureux de politique criminelle. Cette consolidation du caractère dérogatoire de la législation anti-terroriste tend à réduire l'espace des libertés publiques, comme une première victoire concédée au terrorisme ». (Vincent BRENGARTH, « L'apologie et la provocation au terrorisme dans le Code pénal : Étude critique et premier bilan », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 21 septembre 2015, n° 39, p. 1690) ; « En revanche, concernant l'apologie des actes de terrorisme, le lien avec la liberté d'expression nous semble incontestable. En effet, l'apologie de ces actes s'entend d'une provocation indirecte, par un éloge ou une manifestation d'opinion présentant l'acte terroriste sous un jour favorable, ou, à tout le moins, le présentant comme susceptible d'être justifié. C'est donc bien l'expression d'une opinion qui est réprimée par le nouvel article 421-2-5 du Code pénal, non un acte de terrorisme ». (Céline GODEBERGE et Emmanuel DAOUD, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 564)

370 Pierre Combles de NAYVES, « Les restrictions judiciaires à la libre communication en matière terroriste », *Gazette du Palais*, 24 février 2015, n° 055, p. 15

371 *Cf.* Michel DANTI-JUAN, « Quelques remarques sur les principales mesures de droit pénal spécial issues de la Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, mars 2015, vol. 2015, n° 01, pp. 141- 148 ; David DASSA, « Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ? », *Gazette du Palais*, 24 février 2015, n° 055, p. 8 ; Yves MAYAUD, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ Pénal*, http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJPEN/CHRON/2013/0124, 16 septembre 2013, vol. 2013, n° 09, pp. 442- 446.

La comparaison de l'élément matériel des délits d'incitation et d'apologie dans les deux droits permettra de vérifier si la création d'un délit de provocation et d'apologie du terrorisme en droit brésilien serait avantageuse.

Il faut rappeler que le Brésil n'a pas encore intégré la Résolution 1624 (2005) du 14 septembre 2005, du Conseil de sécurité de l'ONU.

## 1. En France – article 421-2-5 du Code pénal

**75.** Le nouvel article 421-2-5 du Code pénal, créé par la loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, incrimine soit le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme, soit le fait de faire publiquement l'apologie de ces actes.

Il faut distinguer d'abord la provocation de l'apologie : la provocation concerne le futur, elle pousse à la violation de la loi ; l'apologie constitue la défense, la présentation comme positive, ou la justification d'une violation déjà passée[372]. « Les magistrats définissent donc l'apologie comme *une glorification ou justification valorisante d'un acte criminel ou de son auteur* (Paris, 21 janv. 2009, RG nº 08/2008, Juris-Data nº 2009-001298) »[373].

L'apologie, ayant un rapport avec un acte passé, n'existe pas si l'acte est imaginaire. La glorification d'un acte qui est à réaliser constitue la provocation directe[374].

D'autre part l'apologie peut être indirecte : « elle peut aussi résulter de propos rabaissant les victimes ou encore destinés à créer une confusion dans l'esprit du public »[375].

Un exemple d'apologie indirecte mentionné par la doctrine a été le jugement du « fait de prétendre qu'un prétendu comportement haineux et méprisant des juifs expliquerait et

372 Pierre Combles de NAYVES, « Les restrictions judiciaires à la libre communication en matière terroriste », *op. cit.*

373 Emmanuel DREYER, « Apologie publique de certaines infractions », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, octobre 2015, l. 8, Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000378&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN

374 *Id.*, l. 38.

375 Pierre Combles de NAYVES, « Les restrictions judiciaires à la libre communication en matière terroriste », *op. cit.*

excuserait le sadisme hitlérien (Paris, 9 mai 2001, RG nº 98/07486-B, Juris-Data nº 2001-148077) »[376].

À la question « de savoir si des dispositions répressives sont susceptibles de s'appliquer lorsque, comme l'ont montré des événements récents, des individus refusent simplement de s'associer aux manifestations à travers lesquelles les pouvoirs publics souhaitent commémorer la survenance de crimes terroristes ou marquer l'émotion collective qu'ils suscitent (cérémonies, minutes de silence etc.) »[377], il a déjà été répondu négativement : pour l'instant, l'interprétation de la loi ne permettrait pas cette espèce *d'apologie par omission*[378].

Par contre, à mi-chemin entre l'apologie par action et l'apologie par complète omission, une action suivie d'une omission a déjà « été retenue contre le producteur d'un disque en raison du texte de sa pochette et des chants nazis qu'y étaient enregistrés car "ces textes tendaient, par leur juxtaposition, en l'absence de tout rappel des crimes qui ont jalonné l'ascension de Hitler et de la manière dont il a pris le pouvoir, et à remettre en cause ce qui a été jugé par le tribunal international de Nuremberg sur les activités du mouvement national socialiste allemand" »[379].

La provocation doit être directe, mais on n'exige plus qu'elle soit publique. C'est une différence importante par rapport à la loi de 1881 sur la presse. Par contre, l'apologie doit être publique. Sur les sites fermés il n'y a pas proprement d'accès public (d'accès à un nombre indéterminé de personnes), de sorte que la provocation s'applique, mais la même logique n'est pas applicable à l'apologie. Toutefois, semble-t-il il est très difficile de distinguer l'apologie d'un attentat qui vient de se produire de la provocation directe, surtout dans les sites fermés et formés pour cette fin. Normalement l'apologie est suivie des mots de provocation au passage à l'acte.

D'autre part, dans le cas de la provocation directe, la réalisation du délit ne dépend pas du résultat, c'est-à-dire, que quelqu'un passe à l'acte ou non après avoir eu contact avec la *propagande*.

---

376 Emmanuel DREYER, « Apologie publique de certaines infractions », *op. cit.*, l. 21.

377 Michel DANTI-JUAN, « Quelques remarques sur les principales mesures de droit pénal spécial issues de la Loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 141.

378 *Id.*, p. 144.

379 Emmanuel DREYER, « Apologie publique de certaines infractions », *op. cit.*, l. 11.

## 2. Au Brésil – sans correspondance

**76.** La loi 13.260, du 16 mars 2016, ne prévoit pas l'hypothèse de l'apologie du terrorisme ou de la provocation au terrorisme, malgré la tendance internationale et l'existence d'infractions similaires en droit commun.

Il faut remarquer que l'incrimination était prévue à l'article 4º, dans le projet de la loi 13.260 du 16 mars 2016[380], mais il a été objet du veto du Président de la République, Dilma Roussef.

Les fondements du veto ont été d'abord la désobéissance au principe de la proportionnalité et ensuite la définition insuffisamment précise par rapport aux exigences de la garantie de la liberté d'expression.

En effet, l'article 286 du Code pénal prévoit le délit d'incitation au crime[381]. Ce crime est plutôt l'équivalent de la *provocation*, mais l'incitation doit être publique[382]. Elle ne présuppose pas comme les articles similaires en droit Français, un résultat, c'est-à-dire, que quelqu'un essaie de commettre le délit.

On trouve d'autres exemples du crime d'incitation dans quelques lois spéciales, à savoir : dans la loi de sécurité nationale (Loi nº 7.170/83, article 23), dans la loi du génocide (loi nº 2889, du 1 octobre 1956, article 3º) et dans la loi des discriminations (loi nº 9.459, du 15 mai 1997, article 20).

---

380 La rédaction de l'article 4º était très proche de la loi française : « *Fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor* ». (« Faire, publiquement, apologie d'un fait incriminé par cette Loi ou de son auteur ». [traduction libre])

381 Incitation au crime : article 286 du Code pénal: *Incitação ao crime Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.* (Inciter, publiquement, à la pratique d'un crime. [traduction libre])

382 « *A nota essencial ou condição sine qua non do crime é a publicidade: a incitação deve ser feita* coram multis personis*, isto é, deve ser percebida ou perceptível por indeterminado número de pessoas* ». (Rogério GRECO, *Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III*, *op. cit.*, pos. 13180-13182) (« La note essentielle ou *condition sine qua non* du crime est la publicité : l'incitation doit être faite *coram multis personis*, c'est-à-dire, elle doit être aperçue ou doit pouvoir être aperçue par un nombre indéterminé de personnes ». [traduction libre])

L'article 287 du Code pénal prévoit le délit d'apologie du crime ou du criminel[383]. En ce qui concerne l'apologie, la loi brésilienne ressemble beaucoup à la loi française. L'apologie doit être publique, et la loi brésilienne explicite ce que la jurisprudence et la doctrine françaises ont adopté : l'apologie peut être du crime ou de son auteur[384].

L'apologie doit porter sur un délit grave, classifié dans la loi brésilienne comme crime. L'apologie d'une simple contravention ne constitue pas l'infraction pénale.

Mais la principale différence existe par rapport à l'interprétation de la doctrine à propos du concept d'apologie : des auteurs au Brésil soutiennent que l'apologie puisse exister par rapport à un fait imaginaire ou abstrait. L'objet de la glorification ne doit pas nécessairement être un fait existant ou réalisé[385].

Enfin, l'apologie existe aussi dans la loi sur la sécurité nationale (Loi nº 7.170/83, article 22).

77. **Conclusion du § 2, B.** À la suite des attentats de Toulouse de 2012[386], la France a commencé à modifier sa législation en ce qui concerne l'apologie du terrorisme. Mais c'est seulement en

383 « *Apologia de crime ou criminoso Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime* ». (« Apologie du crime ou du criminel. Article 287 du Code pénal. Faire, publiquement, l'apologie d'un fait ou de l'auteur d'un crime ». [traduction libre])

384 « Une difficulté d'appréciation est toutefois vite apparue : l'exaltation d'un criminel est-elle toujours assimilable à celle de l'acte pour lequel il a été condamné ? La réponse ne pose aucune difficulté lorsqu'une référence, même implicite, est faite au passé criminel de la personne encensée (V. Crim. 24 oct. 1967, nº 66-91.818, Bull. crim., nº 263 ; D. 1968. Somm. 11). Mais, pour couper court à des discussions oiseuses, la Cour de cassation a également jugé "que la justification d'un criminel, en l'absence de toute réserve, implique la justification globale de ses crimes" (Crim. 14 janv. 1971, nº 70-90.558, Bull. crim., nº 14 ; D. 1971. 101, rapp. Chapar ; JCP 1972. II. 17022, note Blin) ». (Emmanuel DREYER, « Apologie publique de certaines infractions », *op. cit.*, l. 15)

385 « *Na verdade, o que a lei penal procura evitar é não somente o enaltecimento de um fato criminoso já acontecido, como também qualquer apologia à prática de um delito abstratamente considerado. A defesa, o engrandecimento, a justificação da prática do delito é que colocam em risco a paz pública* ». (Rogério GRECO, *Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III*, *op. cit.*, pos. 13364-13365) (« En vérité, ce que la loi pénale vise à éviter est non simplement l'éloge d'un fait criminel déjà passé, mais aussi toute apologie de la pratique d'un délit abstraitement considérée. Ce sont la défense, l'éloge, la justification de la pratique du délit qui mettent en risque la paix publique ». [traduction libre])

386 Les attentats en série de mars 2012 en France : à Toulouse et Montauban, ont tué sept personnes : trois militaires dont deux de confession musulmane et quatre civils, dont trois enfants d'une école juive. Le parquet antiterroriste de Paris s'est saisi des affaires et a ouvert trois enquêtes « pour des faits qualifiés d'assassinat et tentatives d'assassinat en lien avec une entreprise terroriste », d'après François Molins, le procureur de Paris1. (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Attentats de mars 2012 en France », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 26 septembre 2017, [consulté le 31 mai 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Attentats_de_mars_2012_en_France&oldid=140976892)

2014, après plusieurs attentats commis par un individu agissant seul[387], et un mouvement international pour la prévention de ce nouveau type d'action, que la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme, entre autres infractions, ont été incorporées au Code pénal, ce qui a impliqué un double durcissement : des peines et des régimes.

Le législateur brésilien a créé les délits d'incitation et d'apologie dans des lois spéciales, pas très récentes, mais n'a pas suivi la tendance internationale à criminaliser de manière spécifique et plus sévère l'apologie du terrorisme. Il a suivi le mouvement du gouvernement qui n'a pas encore adhéré aux instruments internationaux dans le même sens. La loi 13.260 du 16 mars 2016 est née d'une lacune par rapport aux textes internationaux et le veto présidentiel est le réflexe de la politique pénale brésilienne, plutôt *garantiste*, malgré les taux de criminalité très élevés.

La pénalisation de la diffusion de la pensée existe depuis a longtemps dans les deux droits, la nouveauté en droit français résidant dans les possibilités procédurales qui sont l'expression d'une répression beaucoup plus sévère et agile, proportionnelle aux infractions dont on veut éviter le résultat : les actes terroristes.

La technique de la punition en amont, pour éviter la prolifération d'une idée dangereuse pour la paix publique, est ancienne, mais sa combinaison avec des procédures et des peines plus sévères est, sans aucun doute, un instrument important dans la lutte contre le terrorisme, instrument jusqu'à aujourd'hui méprisé et on dirait même évité par le législateur brésilien.

387 « […] les actions isolées se sont récemment multipliées dans le monde occidental à l'encontre de cibles désignées, en particulier des forces de l'ordre : agression d'un militaire à l'arme blanche à Paris le 25 mai 2013, assassinat d'un soldat à l'arme blanche à Londres le 22 mai 2013, meurtre d'un militaire par arme à feu au Québec, le 24 octobre 2014, puis d'un autre à Otawa deux jours plus tard, attaque de quatre policiers à l'arme blanche à New York le 23 octobre 2014 ». (Philippe SÉGUR, « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », *AJDA*, 2 février 2015, vol. 2015, n° 03, p. 160)

## C. La reproduction de données faisant d'apologie du terrorisme visant d'entraver l'arrêt d'un service de communication au public

### 1. En France – article 421-2-5-1 du Code pénal

**78.** L'article 421-2-5-1 introduit dans le Code pénal par la loi nº 2016-731, du 3 juin 2016[388] « vise en réalité à s'assurer de l'efficacité des mesures administratives (Décret nº 2015-125 du 5 févr. 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique) et judiciaires qui visent en fait à réprimer des infractions pénales d'apologie et de provocation au terrorisme »[389].

Cette loi contenant 120 articles est fondamentalement une loi de procédure pénale[390], mais elle contient aussi de nouvelles infractions. Toutefois, il faut observer que même la nouvelle infraction de l'article 421-2-5-1 vise, en réalité, à protéger la procédure du blocage. C'est une utilisation de la répression pour garantir la mise en place de la prévention.

La technique retenue est toujours celle de la création d'une infraction autonome, mécanisme qui permet la qualification *terroriste* du fait d'entraver le blocage d'un site faisant apologie du terrorisme.

Il faut expliquer un peu, en quoi consiste, ce comportement qui intègre depuis juin 2016, la liste des comportements terroristes. Le blocage administratif de sites existait déjà dans la législation française : instauré par l'article 4, de la loi du 14 mars 2011, il concernait les sites contenant des images de mineurs à caractère pornographique relevant de l'article 227-23 du Code pénal.

---

388 Article 421-2-5-1 : « Le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver, en connaissance de cause, l'efficacité des procédures prévues à l'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou à l'article 706-23 du code de procédure pénale est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ».

389 Myriam QUÉMÉNER, « Les dispositions liées au numérique de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », *Dalloz IP/IT*, 12 septembre 2016, vol. 2016, n° 09, p. 434.

390 Raphaële PARIZOT, « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC*, 7 août 2016, vol. 2016, n° 02, p. 376.

Par la suite, l'article 12 de la loi du 13 novembre 2014 a introduit le blocage administratif de sites internet provoquant au terrorisme et en faisant l'apologie, sur le modèle de ce qui avait été introduit en matière de pédopornographie par la loi du 14 mars 2011 dite LOPPSI2[391].

La finalité du blocage est la prévention de la commission d'actes de terrorisme, par des personnes incitées ou provoquées par les contenus de sites internet. « Le blocage représente un outil pour lutter contre l'usage d'internet à des fins de recrutement et d'endoctrinement par les mouvements terroristes »[392].

Enfin, la loi du 13 novembre 2014, a inséré l'article 6-1 à la loi du 21 juin 2004, sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN)[393], afin de prévoir le blocage ou « la possibilité,

391 Philippe BELLOIR, « Le blocage et le déréférencement administratifs des sites internet faisant l'apologie ou provoquant au terrorisme », *Gazette du Palais*, 24 février 2015, n° 055, p. 19.

392 *Ibid.*

393 Loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, article 12, II, qui a inséré l'article 6-1, à la loi du 21 juin 2004, ainsi rédigé :

« Lorsque les nécessités de la lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal ou contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du même code le justifient, l'autorité administrative peut demander à toute personne mentionnée au III de l'article 6 de la présente loi ou aux personnes mentionnées au 2 du I du même article 6 de retirer les contenus qui contreviennent à ces mêmes articles 421-2-5 et 227-23. Elle en informe simultanément les personnes mentionnées au 1 du I de l'article 6 de la présente loi.

« En l'absence de retrait de ces contenus dans un délai de vingt-quatre heures, l'autorité administrative peut notifier aux personnes mentionnées au même 1 la liste des adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant auxdits articles 421-2-5 et 227-23. Ces personnes doivent alors empêcher sans délai l'accès à ces adresses. Toutefois, en l'absence de mise à disposition par la personne mentionnée au III du même article 6 des informations mentionnées à ce même III, l'autorité administrative peut procéder à la notification prévue à la première phrase du présent alinéa sans avoir préalablement demandé le retrait des contenus dans les conditions prévues à la première phrase du premier alinéa du présent article.

« L'autorité administrative transmet les demandes de retrait et la liste mentionnées, respectivement, aux premier et deuxième alinéas à une personnalité qualifiée, désignée en son sein par la Commission nationale de l'informatique et des libertés pour la durée de son mandat dans cette commission. Elle ne peut être désignée parmi les personnes mentionnées au 1° du I de l'article 13 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La personnalité qualifiée s'assure de la régularité des demandes de retrait et des conditions d'établissement, de mise à jour, de communication et d'utilisation de la liste. Si elle constate une irrégularité, elle peut à tout moment recommander à l'autorité administrative d'y mettre fin. Si l'autorité administrative ne suit pas cette recommandation, la personnalité qualifiée peut saisir la juridiction administrative compétente, en référé ou sur requête.

« L'autorité administrative peut également notifier les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement du service de communication au public en ligne. « La procédure prévue au troisième alinéa du présent article est applicable.

« La personnalité qualifiée mentionnée au même troisième alinéa rend public chaque année un rapport d'activité sur les conditions d'exercice et les résultats de son activité, qui précise notamment le nombre de

pour l'autorité administrative, de demander aux éditeurs de service sur Internet et aux hébergeurs de bloquer l'accès aux sites provoquant aux actes de terrorisme ou en faisant l'apologie »[394].

Mais la loi prévoit aussi une mesure complémentaire : le déréférencement. Elle correspond à la suppression de la référence du site des listes des moteurs de recherche.

Il faut mentionner encore le Décret d'application du dispositif, qui définit l'autorité responsable pour le blocage et la méthode du blocage[395]. « L'autorité administrative compétente est la direction générale de la police nationale, office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) »[396].

L'article 421-2-5-1 du Code pénal vise à éviter ce qu'on appelle *l'effet miroir* qui signifie la multiplication du contenu illégal, par le biais de la copie et de la retransmission. Cet effet cause une grande difficulté à la fois pour effectuer le blocage du contenu et pour découvrir son origine[397].

Au-delà d'anticiper la répression, le législateur est en train d'utiliser la répression, la qualification terroriste, pour garantir l'efficacité des mesures préventives contre l'apologie du terrorisme et la provocation au terrorisme. C'est un des points les plus éloignés du fait matériel auquel la législation pénale est parvenue. La provocation et l'apologie constituent la propagande et la publicité des terroristes. Elles sont considérées comme une partie centrale

---

demandes de retrait, le nombre de contenus qui ont été retirés, les motifs de retrait et le nombre de recommandations faites à l'autorité administrative. Ce rapport est remis au Gouvernement et au Parlement.

« Les modalités d'application du présent article sont précisées par décret, notamment la compensation, le cas échéant, des surcoûts justifiés résultant des obligations mises à la charge des opérateurs.

« Tout manquement aux obligations définies au présent article est puni des peines prévues au 1 du VI de l'article 6 de la présente loi ».

394 Philippe BELLOIR, « Le blocage et le déréférencement administratifs des sites internet faisant l'apologie ou provoquant au terrorisme », *op. cit.*

395 Décret nº 2015-125, du 5 février 2015, relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique qui fixe les modalités de blocage des sites.

396 Nicolas CATELAN, « Lutte contre le terrorisme », *RSC*, 6 août 2015, vol. 2015, n° 02, p. 425.

397 « Au cours des débats parlementaires, ont été aussi introduites de nouvelles dispositions sanctionnant *l'effet miroir*, c'est-à-dire le fait d'extraire, de reproduire ou de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver l'efficacité des procédures de blocage ou d'effacement ». (Marc ROBERT, « Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives », *AJ Pénal*, 19 octobre 2016, vol. 2016, n° 09, p. 412)

de leur stratégie, même si elles se situent très en amont de l'exécution classique de la violence terroriste[398].

Des mécanismes comme le blocage et l'effacement de cette publicité ont été mis à disposition des autorités administratives pour empêcher cette dangereuse propagande. Toutefois, pour renforcer l'efficacité des mesures, le législateur a incriminé et qualifié de terroriste les actions qui entravent les mécanismes de prévention. Alors, sans aucun doute l'article analysé représente la répression des entraves à la prévention des actes de terrorisme.

## 2. Au Brésil – sans correspondance

**79.** Au Brésil, il n'y a pas de répression spécifique pour l'apologie, la provocation ou l'incitation au terrorisme. En conséquence, il n'y a non plus d'infraction d'entrave au blocage de sites faisant l'apologie du terrorisme.

Nous trouvons seulement l'article 154-A, inséré par la loi nº 12.737, du 30 novembre 2012, dans le Code pénal, qui réprime l'entrée dans le dispositif informatique d'un tiers, pour obtenir, modifier ou détruire des données ou informations, sans autorisation du titulaire du dispositif, ou l'installation de vulnérabilités pour obtenir un avantage illicite[399]. Ce crime est

---

398 « La dimension idéologique du terrorisme – quoi qu'elle soit niée à des fins répressives par la "dépolitisation" de la criminalité terroriste – confère à la diffusion et à la circulation des idées une importance particulière. Cette diffusion a été considérablement facilitée par le développement des nouvelles technologies, et les réseaux terroristes se sont saisis d'internet et des réseaux sociaux pour communiquer et diffuser propagande et outils opérationnels. Les instances internationales ont, les premières, attiré l'attention des États sur l'importance d'appréhender cette dimension du terrorisme, au point d'ériger une obligation internationale de réprimer la provocation au terrorisme ». (Julie ALIX, « La répression de l'incitation au terrorisme », *op. cit.*) ; ou encore : « Dès septembre 2014, le procureur de Paris avait créé un pôle numérique en charge des affaires de cybercriminalité ayant perçu l'ampleur de ce fléau […] » (Myriam QUÉMÉNER, « Les dispositions liées au numérique de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », *op. cit.*) ; et, enfin : « Cette zone réelle du combat djihadiste se double par ailleurs d'une zone virtuelle, l'internet, où l'apologie du terrorisme et l'incitation à la commission d'infractions terroristes sont perçues comme des phénomènes déclencheurs qu'il est utile de combattre de manière anticipée. L'idée selon laquelle il faudrait punir très tôt sur l'iter criminis terroriste explique également l'incrimination nouvelle d'entreprise terroriste individuelle ». (Nicolas CATELAN, « Lutte contre le terrorisme », *op. cit.*)

399 Article 154-A du Code pénal : : « *Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita ».* (« L'invasion d'un dispositif informatique d'un tiers, connecté ou non au réseau d'ordinateurs, par le biais de la violation prohibé de mécanisme de sécurité et à fin d'obtenir, modifier, ou détruire des données ou d'informations sans autorisation expresse ou tacite du titulaire du dispositif ou installer des vulnérabilités pour obtenir un avantage illicite ». [traduction libre])

dans la section de crimes contre l'inviolabilité des secrets. L'idée est de protéger les secrets des individus et non d'empêcher le blocage de la propagande terroriste.

**80. Conclusion du § 2, C.** Il fallait d'abord incriminer l'apologie et l'incitation au terrorisme par internet, pour ensuite insérer les mécanismes de protection du blocage. D'ailleurs, il n'y a pas dans la loi pénale brésilienne un dispositif similaire pour une infraction quelconque.

La législation brésilienne concernant la cybercriminalité comporte des lacunes, par rapport à la législation française, soit dans le domaine pénal, soit dans le domaine de la procédure pénale, traitée dans la deuxième partie de cette thèse.

## D. La consultation habituelle des sites provoquant au terrorisme ou faisant apologie du terrorisme – article 421-2-5-2 du Code pénal français ; sans correspondance en droit brésilien.

### 1. En France – article 421-2-5-2 du Code pénal

**81.** Créé par la loi nº 2016-731 du 3 juin 2016, l'article 421-2-5-2[400] du Code pénal s'insérait dans la lutte contre la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme. Il a été l'objet d'une QPC et a été intégralement abrogé[401].

Si les articles précédents concernant la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme, à savoir, les articles 421-2-5 et 421-2-5-1, prévoient la répression de ceux qui provoquent directement des actes de terrorisme ou de ceux qui font l'apologie de tels actes, et de ceux qui entravent les blocages des sites ayant des contenus apologétiques, l'article 421-2-5-2 visait plutôt le *destinataire* des messages.

---

400 Article 421-2-5-2 :

« Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

« Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, qu'elle résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public et intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

401 « 16. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. L'article 421-2-5-2 du code pénal doit donc, sans qu'il soit besoin de statuer les autres griefs, être déclaré contraire à la Constitution ». (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 », *op. cit.*)

L'article 421-2-5-2 était une tentative d'empêcher la propagande terroriste par le biais de la répression de la consultation d'un contenu spécifique : images ou représentations montrant la commission des actes de terrorisme consistant en des atteintes volontaires à la vie. C'est une technique pareille à celle utilisée dans quelques pays pour empêcher la prostitution : on réprime à la fois la prostitution, son exploitation et l'utilisateur du *service*.

Mais, s'agissant de la liberté de presse et d'opinion, et aussi d'une anticipation pour englober presque la pensée de l'auteur, cet article a souffert des critiques[402].

L'article contenait en effet une présomption d'adhésion tirée de la consultation habituelle. Il prévoyait, quand même, des causes d'exemption de la répression : si la consultation a été effectuée de bonne foi, si elle résulte de l'exercice d'une profession ayant pour objet d'informer le public, ou si elle intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou bien est réalisée afin de servir de preuve en justice.

Le Conseil Constitutionnel a été saisi le 7 décembre 2016 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 5797 du 29 novembre 2016), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Le requérant avait soutenu que :

> Les dispositions contestées méconnaissent la liberté de communication et d'opinion dès lors qu'elles répriment la seule consultation d'un service de communication au public en ligne sans que soit exigée concomitamment la preuve de ce que la personne est animée d'intentions illégales. Ces dispositions contreviendraient également au principe de légalité des délits et des peines et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en raison de l'imprécision des termes employés. […] Enfin, les dispositions violeraient le principe de la présomption d'innocence dès lors que la personne se livrant à la consultation incriminée serait présumée vouloir commettre des actes terroristes[403].

Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 10 février 2017, pour déclarer contraire à la Constitution l'article 421-2-5-2 du Code pénal, qui est abrogé à compter de la publication de la décision[404].

---

402 « En conclusion, la CNCDH considère que le rétablissement du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes emporte une atteinte à la liberté de communication qui n'est pas justifiée et qui n'est pas assortie des garanties suffisantes ». (CNCDH, « Avis sur la loi relative à la securité publique » [en ligne], 23 février 2017, p. 21, [consulté le 24 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/170223_avis_sur_le_projet_de_loi_securite_publique_1.pdf)

403 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 », *op. cit.*

404 *Ibid.*

La décision a été rendue sur trois fondements : l'existence d'un arsenal législatif suffisant pour réprimer la propagande terroriste et sa consultation, de sorte que l'atteinte portée par l'article à la liberté de communication n'était pas nécessaire ; les dispositions contestées ne sont pas conformes aux exigences de proportionnalité, car elles ne supposent pas que l'auteur ait la volonté de commettre des actes de terrorisme, ni même qu'il ait adhéré à l'idéologie exprimée sur les sites ; l'expression de *bonne foi*, cause d'exemption, est équivoque, dans la mesure où l'incrimination instituée ne requiert pas que l'auteur des faits soit animé d'une intention terroriste[405].

Toutefois, 18 jours après la décision, l'article 421-2-5-2 a été réinséré au Code pénal, par la loi nº 2017-258 du 28 février 2017, avec quelques modifications[406]. La doctrine qui avait fêté l'abrogation, n'a pas du tout approuvé le nouvel article, même s'il a apporté des modifications significatives[407].

En effet, la nouvelle rédaction a corrigé deux des défauts pointés par le Conseil constitutionnel. Elle a inséré la nécessité d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service, de sorte que dès lors il n'y a plus de présomption d'adhésion. Elle a aussi substitué à l'expression *de bonne foi*, censurée par le Conseil, par l'expression *sans motif légitime*, tout en expliquant par après le contenu de cette dernière.

---

405 *Ibid.*

406 Article 421-2-5-2, par la loi nº 2017-258 du 28 février 2017 :

« Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à la disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service.

« Constitue notamment un motif légitime tel que défini au premier alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes ».

407 « La censure était évidemment remarquable, sur le fond comme sur les motifs – et la réintroduction de l'incrimination en commission mixte paritaire dans la loi du 28 février 2017 est doublement inconstitutionnelle (M. Carpentier) – mais elle reste marginale, dès lors qu'elle ne se justifie que par la surabondance du dispositif de prévention pénale et administrative du terrorisme qui, lui, est légitimé ». (Julie ALIX, « La prévention pénale du terrorisme devant le Conseil constitutionnel », *AJ Pénal*, 16 mai 2017, vol. 2017, n° 05, p. 237)

Les raisons techniques ont alors été corrigées, mais la question de la nécessité d'un tel dispositif, plutôt de l'ordre de politique criminelle, continuait, bien sûr, à se poser. Finalement, la nouvelle décision du 15 décembre 2017 annule la rédaction de l'article[408].

Tout en gardant respect pour l'avis du Conseil constitutionnel et pour l'opinion de la doctrine, nous pensons que le nouvel article ne touchait pas au principe de la proportionnalité. Il n'existe pas en droit pénal français d'autre dispositif pour réprimer la consultation des sites internet ayant un contenu apologétique du terrorisme. Il existe, certes, des mécanismes administratifs, capables de surveiller la consultation des sites, mais ils n'agissent pas sur la volonté du destinataire ou sur l'attitude de l'utilisateur. D'autre part, pourquoi défendre le droit à la liberté de voir des images ou représentations qui glorifient en quelque sorte des attentats contre la vie ? La société française veut-elle vraiment que ses jeunes aient ce contact avec une idéologie qui prône la violence ? Et, si oui, avec quelle finalité ? Qu'elle est la valeur la plus importante en jeu ?

À notre avis, le dispositif antérieur visait à empêcher la communication de la propagande terroriste, par le biais de l'incrimination du destinataire. Il incriminait le fait de chercher un contact habituel avec des images de violence terroriste contre la vie, surtout pour protéger le citoyen commun d'être exposé à cette endoctrinement à la violence. Et il y avait la présomption, que celui qui cherche beaucoup d'images de glorification de la violence terroriste sans avoir une explication professionnelle pour ce fait est quelqu'un qui est au moins en train de se laisser séduire par son idéologie. La répression en amont, peut-être pourrait éviter de nouveaux adeptes aux filières terroristes ou au moins dissuader quelques indécis. Le Conseil constitutionnel a préféré garantir la liberté d'opinion et d'expression.

Le nouvel article avait beaucoup changé le champ d'application du dispositif : il n'atteignait que les destinataires de la propagande qui avaient manifesté leur adhésion. La liberté avait été mieux préservée et la prévention avait diminué. Il faut remarquer que même dans ses nouveaux termes l'article impliquait, certes, une répression de l'accès à la pensée terroriste ! Visant à protéger la société d'une doctrine violente et destructrice, le législateur était arrivé en amont même des actes de soutien au terrorisme, qui sont eux-mêmes préparatoires. L'objectif était d'éviter le passage à la préparation. Toutefois, le Conseil constitutionnel, comme nous l'avons dit, a finalement décidé d'annuler le dispositif.

---

408 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 », *op. cit.*

## 2. Au Brésil – pas de correspondance avec le dispositif français

**82.** Au Brésil, il n'y a pas de dispositif semblable en matière terroriste, mais nous rencontrons dans la législation pénale un exemple où la technique employée est presque la même, sur la pédopornographie.

Il s'agit de l'article 241-B, du Statut de l'enfant et de l'adolescent (ECA - loi nº 8069, du 13 juillet 1990), inséré par la loi nº 11.829 du 25 novembre 2008[409]. La loi n'exige aucune adhésion, aucune manifestation de l'auteur. Le dol est présumé par la simple attitude d'avoir, de garder ou d'acquérir le matériel pornographique mentionné tout en ayant connaissance de l'âge de la personne. L'objectif ici est d'éviter l'acquisition et la conservation des images[410].

La technique de punir en amont utilisée par le législateur brésilien est la même que celle utlisée en France contre la consultation habituelle de site terroristes. Toutefois, dans le cas français, le législateur vise à éviter le contact avec des images nuisibles, et dans le cas brésilien seulement la divulgation de ces images.

---

409 Article 241-B du ECA

« *Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

« *Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

« *§ 1o A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.*

« *§ 2o Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:*

« *I – agente público no exercício de suas funções ;*

« *II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo ;*

« *III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.*

« *§ 3o As pessoas referidas no § 2o deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido* ».

Traduction libre du *caput :*

« Acquérir, avoir ou garder, par un moyen quelconque, une photographie, un vidéo ou autre manière de registre qui contient une scène de sexe explicite ou pornographique impliquant un enfant ou un adolescent : […] »

410 « *O tipo penal é inédito e corretamente idealizado, tendo por finalidade atingir a pessoa que obtém o material, guardando-o consigo. Anteriormente, inexistia punição para essa situação, como regra ».* (Guilherme de Souza NUCCI, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 2*, 9ª Edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 105) (« Le "type" pénal est nouveau et correctement conçu, ayant pour finalité d'atteindre la personne qui obtient le matériel, en le gardant avec soi. Antérieurement, il n'existait pas habituellement de punition pour cette situation. ». [traduction libre]).

L'utilisation de la même technique en matière terroriste serait alors possible, de sorte qu'une autre lacune serait à remplir en droit brésilien. L'internet étant le principal moyen de propagande illégale, elle doit être aussi la cible de la répression et les possibilités techniques quelquefois serviront à faciliter la mise en œuvre de la prohibition d'utilisation et sa surveillance.

**83.** **Conclusion du § 2, D.** En France, assurement le débat à propos de la nécessité et de la proportionnalité du dit dispositif a seulement commencé. La question doit se poser plutôt sous un angle de politique criminelle que sous l'angle de conformité au principe de la légalité ou de la proportionnalité, car la loi de 2017 a corrigé les problèmes liés au principe de la légalité et les peines ne sont pas très élevées. La question spécifique concernant cet article est de savoir si la punition de celui qui consulte la propagande terroriste est un outil nécessaire et efficace dans l'ensemble de la lutte contre le terrorisme.

Nous pensons que la liberté « d'aller et venir dans le monde virtuel » est une valeur qui peut être aménagée face au risque d'endoctrinement terroriste. L'exposition à la violence nue et crue ne serait-elle pas aussi un attentat à la dignité humaine ?

## § 3. La préparation à la commission de certains actes de terrorisme – article 421-2-6 du Code pénal français et article 5ème de la loi nº 13.260 du 16 mars 2016

**84.** Sur le courant d'anticipation de la répression[411], toujours plus fort en droit international et en droit européen, la France, puis le Brésil ont incriminé les actes préparatoires aux infractions de terrorisme.

En Europe, la Décision-cadre du 13 juin 2002, modifiée par la décision-cadre du 28 novembre 2008[412], à l'article 3, « impose que soient réprimés certains comportements

411 « Les nouvelles dispositions, qui évoquent "l'acte préparé", la "préparation" ou "le fait de préparer" la commission d'une infraction, laissent présager, à la première lecture, qu'elles consacrent une nouvelle hypothèse d'actes préparatoires incriminés de façon autonome, comme cela existe déjà en droit pénal français (association de malfaiteurs par exemple) et dans le droit de l'Union européenne ». (Christine LAZERGES et Hervé HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 652)

412 Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 *modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme*. Il faut remarquer que, plus tard, ces textes ont été remplacés par la Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme.

préparatoires au terrorisme et que la répression permette de souligner leur lien avec le terrorisme »[413].

À l'échelle internationale, la Résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité de l'ONU, dans alinéa 2, e, suggère aux États d'assurer la punition de plusieurs actes préparatoires de terrorisme[414].

La doctrine observe que, malgré l'absence d'un pouvoir législatif de la part du Conseil, les États ont adopté à l'unanimité la résolution 1373 ; ils sont donc d'accord avec l'imposition de mesures de prévention et de répression du terrorisme comme prévues[415]. C'est- à-dire que même sans en avoir le droit, le Conseil arrive à imposer des mesures aux États.

À la lumière de ces textes et poussé par une nouvelle vague terroriste caractérisée par l'action individualisée des criminels, le législateur français s'est aperçu de l'impossibilité de réprimer des actes préparatoires commis par des individus agissant seuls, à qui le concept d'association de malfaiteurs terroristes ne s'appliquait pas[416]. Il a donc incriminé les actes préparatoires commis individuellement, à l'article 421-2-6 du Code pénal, inséré par la loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014, toujours suivant la logique de prévention et inspiré de l'article 3ème de la Décision-cadre du 13 juin 2002, modifiée par la décision-cadre du 28 novembre 2008, déjà citée.

---

413 Julie ALIX, « L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste en France », *op. cit.*, p. 343.

414 « *2. Decides also that all States shall:* […] *(e) Ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts ;* »

415 « Ainsi, la célèbre résolution 1373 (2001) inaugure une nouvelle forme d'action normative du Conseil de sécurité. Dans cette résolution dont il a reconnu lui-même la *nature particulière* (résolution 1535 (2004)), le Conseil impose aux États un ensemble de mesures obligatoires de répression et prévention du terrorisme, […] » (Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, *op. cit.*, p. 283)

416 « À plusieurs reprises, en effet, il se serait avéré impossible de poursuivre certains comportements, sauf à recourir de façon un peu artificielle à la qualification d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste. L'explication se situe dans le fait que si l'article 421-1 C.P. envisageait depuis les origines des agissements accomplis en relation avec *une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur*, il ne permettait ce faisant d'appréhender que des infractions commises, des actes consommés, et non la simple initiative individuelle de préparation à une activité terroriste. C'est par souci de combler cette lacune que la loi nouvelle insère dans le code pénal l'article 421-2-6 ». (Michel DANTI-JUAN, « Quelques remarques sur les principales mesures de droit pénal spécial issues de la Loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, pp. 146- 147).

Le législateur brésilien a aussi prévu l'incrimination de la préparation des actes de terrorisme en général, à l'article 5ème, *caput*, de la loi 13.260 du 16 mars 2016. Suivant le même esprit d'anticiper la répression pour mieux prévenir la commission d'attentats terroristes, il a inséré une possibilité générale d'incriminer des actes préparatoires.

Le législateur français a créé une possibilité spécifique de punir des actes préparatoires, pour des faits commis individuellement, en prévoyant l'exigence d'une double condition matérielle et d'un mobile spécial des actes de terrorisme, pour garantir le respect du principe de la légalité, analysé à l'alinéa A.

Le législateur brésilien, en utilisant toujours la technique généraliste, a créé une possibilité générale de punition de la préparation des actes de terrorisme, caractérisée par une matérialité très extensive et un l'élément moral plutôt réduit, tel qu'analysé à l'alinéa B. D'ailleurs, la technique de créer une infraction dont la matérialité est ouverte et dont les contours procèdent plutôt de l'élément moral, est la même utilisée en droit brésilien pour définir *le terrorisme*.

Les conséquences des différentes techniques utilisées sont toujours la rupture avec des principes différents dans les deux pays : en France la légalité est respectée et l'on se questionne sur la proportionnalité et sur la nécessité des mesures tandis qu'au Brésil on devrait questionner plutôt la légalité des incriminations.

Même s'ils sont très différents par rapport à leur structure et au rôle qu'ils jouent dans l'ensemble de la législation, les deux articles ont souffert de beaucoup de critiques dans la mesure où ils pourraient représenter *la punition de la préparation de la préparation*[417], ce qui est sans doute un éloignement discutable du fait qu'on veut prévenir[418].

---

417 La préparation de la préparation est une expression qui a été utilisée par les doctrines brésilienne et française, citées tout au long du présent paragraphe, pour designer l'incrimination d'actes préparatoires de comportements qui, eux, se situaient déjà au stade préparatoire, par rapport à la commission d'un attentat terroriste. Le stade préparatoire est une unique, mais les faits incriminés peuvent se situer plus proches ou plus éloignés du commencement de l'exécution. Les nouvelles techniques employées pour l'incrimination en amont des comportements préparatoires ont subi beaucoup de critiques de la doctrine, qui a commencé à qualifier lesdites incriminations de *préparation de la préparation*.

418 « Il s'agit d'une nouvelle infraction délibérément placée aux frontières des premières étapes visibles de l'*iter criminis*, d'une infraction obstacle, consistant à sanctionner certains comportements dont la caractéristique est d'être très éloignés d'un résultat ou d'un dommage terroriste tangible ». (Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, l. 90)

## A. En France, la nouvelle répression de certains actes préparatoires – article 421-2-6 du Code pénal

**85.** Créé par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, l'article 421-2-6[419] du Code pénal a surgit après une série d'attentats commis par des individus agissants seuls et dont les liens avec l'organisation terroriste seraient difficiles à établir : les *loups solitaires*[420]. L'intention du législateur était d'étendre le champ de la répression pénale à la préparation individuelle d'actes de terrorisme. La préparation d'actes de terrorisme par plusieurs individus était réprimée par

---

419 Article 421-2-6 :

« I. Constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par :

« 1° Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ;

« 2° Et l'un des autres faits matériels suivants :

« a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ;

« b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ;

« c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ;

« d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.

« II.-Le I s'applique à la préparation de la commission des infractions suivantes :

« 1° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 1° de l'article 421-1 ;

« 2° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 2° du même article 421-1, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ;

« 3° Soit un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ».

420 « […] les actions isolées se sont récemment multipliées dans le monde occidental à l'encontre de cibles désignées, en particulier des forces de l'ordre : agression d'un militaire à l'arme blanche à Paris le 25 mai 2013, assassinat d'un soldat à l'arme blanche à Londres le 22 mai 2013, meurtre d'un militaire par arme à feu au Québec, le 20 octobre 2014, puis d'un autre à Ottawa deux jours plus tard, attaque de quatre policiers à l'arme blanche à New York le 23 octobre 2014 ». (Philippe SÉGUR, « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », *op. cit.*, p. 160) ; et encore : « L'article 421-2-6 du code pénal, siège de cette incrimination, est le témoignage d'une double conviction législative : l'existence de loups solitaires et la nécessité de réprimer toujours plus en amont sur l', afin d'empêcher le pire survenir ». (Nicolas CATELAN et Jean-Baptiste PERRIER, « L'entreprise individuelle terroriste et les axiomes du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 8 juin 2017, n° 20, p. 1180)

le biais de l'association de malfaiteurs terroristes, mais les *loups solitaires* semblaient échapper à la qualification terroriste[421].

Cette loi, sous l'influence du droit international, servait à adapter la législation aux nouvelles tendances du terrorisme : la large utilisation de l'internet pour la propagande des organisations terroristes et la pratique d'actes de terrorisme par des individus agissant seuls, inspirés de cette propagande[422].

Alors, la préparation de certains actes, en relation avec une entreprise individuelle à des fins terroristes, a été érigée en crime. Mais, cette préparation a été bien définie par la loi qui établit une combinaison d'actions nécessaires pour la caractériser.

Le dispositif englobe seulement les actes prévus au 1º de l'article 421-1 et au 2º du même article, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entrainer des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ou encore le terrorisme écologique, prévu à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes.

Ainsi, l'incrimination d'actes préparatoires commis par des individus agissant seuls est attachée aux infractions visant la liberté, l'intégrité physique ou la vie de la personne. Une partie de ces infractions est matérielle[423], mais d'autres sont formelles[424] ; dans les deux cas, elles représentent un danger directement lié à la volonté de commettre un attentat[425].

Les actions de préparation étaient : le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui. L'action de

421 « Ainsi afin d'appréhender au plus tôt « le loup solitaire », est intégré dans le code pénal un nouvel article 421-2-4 incriminant ce qui, jusque-là s'apparentait à de simples actes préparatoires, exclusifs, le plus souvent, de toute répression ». (Nicolas CATELAN, « Lutte contre le terrorisme », *op. cit.*)

422 « Un terrorisme à base d'auto-radicalisation, notamment facilité par la consultation de messages et de sites internet alimentés par des groupes extrémistes ». (Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, l. 91)

423 Les infractions prévues à l'article 421-1-1º, quelques infractions mentionnées par l'article 421-1-2º.

424 Le terrorisme écologique, article 421-2 et les destructions, dégradations et détériorations, prévues à l'article 421-2-6, II, 2°, insérées par la même loi du 13 novembre 2014.

425 Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, l. 97.

*rechercher* avait souffert de dures critiques de la CNCDH[426] et de la doctrine[427], jusqu'à voir son inconstitutionnalité déclarée par le Conseil Constitutionnel[428].

En effet, par la décision du 07 avril 2017, le Conseil Constitutionnel a censuré les mots *de rechercher*, au motif que, sans spécifier ce que peut constituer *la recherche*, le législateur risque de réprimer des actes qui ne réfléchissent pas la volonté de préparer une infraction[429].

---

426 CNCDH, « Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme » [en ligne], 25 septembre 2014, paragr. 12- 17, Disponible à l'adresse : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/14.09.25_avis_projet_de_loi_terrorisme_1.pdf

427 « On est bien confronté dans ce cas à des actes qui ne sont même pas encore « préparatoires » au sens juridique du terme, et dont le lien trop ténu avec l'infraction projetée exclut l'incrimination. C'est pourquoi la CNCDH recommandait la suppression de l'action de "rechercher". Elle n'a malheureusement pas été suivie par le législateur ». (Christine LAZERGES et Hervé HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 652)

428 CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017 » [en ligne], 7 avril 2017, [consulté le 28 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-625-qpc/decision-n-2017-625-qpc-du-7-avril-2017.148904.html

429 Article 421-2-6 - Modifié par Décision n°2017-625 QPC du 7 avril 2017 - art. 1, v. init.

« I. Constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par :

« 1° Le fait de détenir, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ;

« 2° Et l'un des autres faits matériels suivants :

« a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ;

« b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ;

« c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ;

« d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.

« II. Le I s'applique à la préparation de la commission des infractions suivantes :

« 1° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 1° de l'article 421-1 ;

« 2° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 2° du même article 421-1, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ;

« 3° Soit un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ».

Le fait *de rechercher* était en amont de la volonté de préparation de l'infraction. La doctrine annonçait qu'il s'agissait de *préparation de la préparation*[430]. Le Conseil Constitutionnel a fixé une des limites de la répression en amont, par rapport à l'*iter criminis* : on ne peut pas réprimer un acte qui se passe avant l'existence d'une volonté.

Les faits de détenir, se procurer ou fabriquer doivent être pratiquées á côté d'un des faits matériels suivants :

> Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ; s'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ; avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes[431].

Concernant la matérialité du délit, il faut la réunion de deux actions, à la fois : la détention, la fabrication ou l'obtention d'un objet ou substance dangereuse, et des actions de comme recueillir des renseignements ou exercer une surveillance, entrainer ou de se former, au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; ou consulter habituellement des sites provoquant ou faisant apologie des actes de terrorisme ou encore avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. « Ainsi structuré, le délit de l'article 421-2-6 du code pénal entre dans la catégorie des infractions complexes. Il s'agit d'une

---

430 « Au regard de ce qui a été précédemment exposé, dès lors que l'un de ces derniers comportements est combiné à l'action de rechercher, l'intégralité des actes réprimés est située au stade de la simple « préparation de la préparation » de l'infraction ». (Christine LAZERGES et Hervé HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 653)

431 La répression de plusieurs de ces actes était suggérée par l'article 3, de la Décision-cadre 2002/475/JAI modifié par la Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 *modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme*, ainsi rédigé :

« Infractions liées aux activités terroristes

« 2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme infractions liées aux activités terroristes les actes intentionnels suivants : […]

« b) le recrutement pour le terrorisme ;

« c) l'entraînement pour le terrorisme […] »

infraction-obstacle doublée de complexité, ce qui est extrêmement rare, voire la seule et unique hypothèse »[432].

Cette double matérialité est, selon M. Danti-Juan, signe d'une précision qui « cantonne l'article 421-2-6 dans des limites assez raisonnables »[433]. Sa vision, d'ailleurs, a été confirmée par le Conseil constitutionnel qui s'est limité à censurer les mots *de rechercher*, quand il a analysé l'article 421-2-6 du Code pénal, à l'occasion de la QPC ci-dessus mentionnée.

Ce nouvel article contient une innovation audacieuse, déjà approuvée presque intégralement par le contrôle de la constitutionnalité, qui étoffe encore un peu le champ de la prévention contre des actes de terrorisme, quand il réprime la préparation des actes de terrorisme par des individus isolés. Il a transféré la punition des actes préparatoires, possibles dans le cas de l'association de malfaiteurs terroristes vers le champ des individus agissant seuls[434].

**86. Conclusion du § 3, A.** Le droit français est plus précis et plus conforme au principe de la légalité que le droit international, quand il exige une combinaison de situations qui en droit international sont prévues de façon autonome, comme l'apprentissage de l'usage des armes. Mais, il a dépassé le contenu du droit international quand il a incriminé la consultation habituelle de sites faisant l'apologie du terrorisme ou la récolte de renseignements sur des lieux ou des personnes permettant faire une action terroriste contre eux.

---

432 Yves MAYAUD, « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *Recueil Dalloz,* 8 juin 2017, n° 20, p. 1134.

433 Michel DANTI-JUAN, « Quelques remarques sur les principales mesures de droit pénal spécial issues de la Loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 141.

434 Le nouvel article et la décision du Conseil constitutionnel ont subi aussi des critiques : « L'incrimination d'actes préparatoires serait donc par essence non nécessaire […] mais la perspective terroriste légitime leur répression. L'observation (qui était d'ailleurs tout sauf nécessaire) risque de conforter les craintes de l'enracinement d'un droit toujours plus dérogatoire et la reconnaissance décomplexée de ce que l'on nomme le « droit pénal de l'ennemi ». Ce droit réussit son test de constitutionnalité, en raison de la qualification terroriste des faits envisagés, laquelle permet de justifier des moyens répressifs employés, lesquels auraient été contraires au principe en cause en d'autres temps et pour d'autres buts. Preuve, encore, que certains « principes ne valent que par temps calmes ». (Nicolas CATELAN et Jean-Baptiste PERRIER, « L'entreprise individuelle terroriste et les axiomes du Conseil constitutionnel », *op. cit.*)

## B. Au Brésil, la répression généralisée des actes préparatoires – article 5ème de la loi nº 13.260 du 16 mars 2016

**87.** La loi nº 13.260, du 16 mars 2016, contient, comme la loi française, une prévision pour incriminer des actes préparatoires : l'article 5ème, *caput*, contient une prévision générale d'incrimination des actes préparatoires[435].

Le même article contient un paragraphe premier[436], complété par un paragraphe deuxième[437]. À côté de la prévision générique du *caput*, au paragraphe premier deux autres hypothèses autonomes et plus spécifiques, concernent les actes préparatoires. Mais ces dernières ont été traitées dans l'alinéa A, du § 2, de la présente section, concernant le recrutement, l'incitation et l'apologie du terrorisme.

Différente de la loi française, la loi brésilienne a prévu la punition de ces actes préparatoires de manière complétement indépendante. Il ne s'agit pas de situations complémentaires composant une infraction complexe[438], ce qui fait du *caput* de l'article 5ème une prévision très générique et très englobante.

---

435 Article 5ème de la loi 13.260, du 16 mars 2016 : « *Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito. Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade* ». (« Réaliser des actes préparatoires de terrorisme avec l'intention claire de consommer un tel délit. Peine : la peine correspondante au délit consommé, diminuée d'un quart jusqu'à la moitié ». [traduction libre])

436 § 1er :

« *Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:*

« *I – Recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade ; ou*

« *II – Fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade* ».

Traduction libre :

« Encoure les mêmes peines l'agent qui va, avec l'intention de pratiquer des actes de terrorisme :

« I – recruter, organiser, transporter ou fournir des munitions à des individus en train de voyager vers un pays distinct de celui de sa résidence ou nationalité ; ou

« II – fournir ou recevoir un entraînement dans un pays distinct de celui de sa résidence ou nationalité ».

437 § 2ème

« *Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços* ».

Traduction libre :

« Dans les hypothèses du § 1er, quand la conduite n'implique pas un entraînement ou un voyage vers un pays distinct de celui de sa résidence ou nationalité, la peine correspondra au délit consommé, diminuée de la moitié jusqu'à deux tiers ».

438 Selon M. Mayaud (« Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *op. cit.*) : « L'infraction complexe est matériellement constituée par une pluralité d'actes de nature différente, chacun de ces actes ne pouvant à lui seul la caractériser, de même que, par leur différence de nature, ils ne procèdent

La formule est très simple : un seul verbe – réaliser ; suivi d'un objet : actes préparatoires de terrorisme ; et un seul élément de spécification : avec l'intention claire de consommer un tel délit.

Le verbe réaliser englobe un vaste champ d'actions, si les moyens ne sont pas spécifiés et si la seule spécification concerne l'intention de l'agent.

L'expression actes préparatoires est aussi très englobante : elle représente toute action qui se déroule avant le commencement de l'exécution[439].

La doctrine brésilienne discute sur la définition des actes de terrorisme : un courant considère que seuls les actes prévus à l'article 2ème de la loi peuvent recevoir la qualification de terroriste et l'autre affirme que tous les actes décrits dans la loi 13.260 du 16 mars 2016 sont englobés par la qualification terroriste[440].

Nous pensons que tous les actes prévus dans la loi doivent recevoir la qualification de terroriste, parce que la loi nº 13.260, du 16 mars 2016 réglemente le terrorisme en toutes ses modalités. Réduire l'extension de cette qualification aux actes prévus à l'article 2ème représente une rupture avec les textes internationaux qui ont inspiré la loi et même avec une interprétation de l'ensemble de dispositions.

Il n'y a pas de hiérarchie établie entre les articles, mais simplement le fait que le seul à mentionner la définition d'actes de terrorisme est l'article 2ème tandis que les autres articles de la loi ont fait référence à cette définition pour y ajouter ensuite d'autres éléments de spécificité afin de créer d'autres définitions d'actes de terrorisme. Pour conclure il suffit d'observer que

---

pas de la répétition, mais de la complémentarité. L'originalité de l'infraction complexe tient à l'interdépendance des données qui marquent la matérialité. Seule leur association rend le comportement punissable, de sorte que celui-ci ne serait pas à s'en tenir seulement à l'une des composantes participant de la pluralité. C'est exactement sur ce modèle qu'est construit le délit de terrorisme par entreprise individuelle ».

439 « *O ato é preparatório quando estabelece condições idôneas para a execução de um delito planejado, levando em consideração que deve, pelo menos, ultrapassar a mera planificação interna do fato e que, como limite máximo, não deve se ter dado início à imediata execução típica da vontade criminal, o que já constituiria, uma conduta de tentativa ».* (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 246, *qui a cité* Sánchez Garcia de Paz, 1999, p. 57 ; Marinucci, Dolcini, 1999, p. 448) (« L'acte est préparatoire quand il établit des conditions suffisantes à l'exécution d'un délit planifié, tout en considérant qu'il doit, au moins, dépasser la simple planification interne du fait et que, comme limite maximal, il ne doit pas avoir commencé l'immédiate exécution de la conduite typique de la volonté criminelle, ce qui constituerait une conduite de tentative ». [traduction libre])

440 *Id.*, p. 160.

le seul à prévoir l'élément subjectif du crime est l'article 2ème. Alors, toutes les autres définitions de la loi sont attachées à cette première, leur séparation n'ayant aucun sens logique.

Ainsi, pour nous, l'expression *terrorisme*, utilisée à l'article 5ème de la loi 13.260, du 16 mars 2016, englobe tous les actes prévus aux l'articles 2ème, 3ème et 6ème de la même loi.

Enfin, le seul élément de spécification est l'expression *avec l'intention claire de consommer un tel délit*. Elle suppose qu'un acte, pour pouvoir être qualifié de préparatoire de terrorisme, doit révéler l'intention claire de l'auteur à consommer le délit. Donc, on doit faire la preuve à la fois de l'intention et de la réalisation d'un fait matériel, par exemple, le fait de fabriquer un explosif, que l'agent voulait l'utiliser à des fins terroristes. La preuve du fait matériel ne suffira pas pour supposer l'élément moral.

Au Brésil comme en France, ce dispositif a été critiqué, parce qu'il incrimine la préparation des actes préparatoires. En effet, une grande partie des actes, prévus aux articles 2ème, 3ème et 6ème de la Loi 13.260 du 16 mars 2016, ne représentent pas un commencement d'exécution d'un attentat terroriste. Ils sont dans ce sens des actes préparatoires érigés en délits par une fiction créée par la loi. Donc, une prévision générale pour incriminer la préparation de tels actes constitue l'incrimination de la préparation des actes préparatoires[441].

Le champ d'application de ce dispositif est très, très vaste, car il s'étend du moment où la pensée de l'auteur a été extériorisée par un geste, une parole, une action, jusqu'au moment du commencement de l'exécution de l'acte de terrorisme, qu'il soit un acte de soutien au terrorisme ou d'attentat direct. Il est capable de combler plusieurs lacunes de la loi par rapport à la qualification terroriste. Il englobe les actions d'un individu agissant seul ou les actions d'individus appartenant à un groupe, car la loi n'en distingue pas.

Dans ce contexte, c'est l'élément moral qui permettra au juge de tracer les limites de cette incrimination dont le dessin est imprécis. Il doit exiger une preuve d'intention de commettre cet acte spécifique, liée à un plan de commettre un acte de terrorisme.

441 « *O que ao artigo 5º ora comentado pune é a* preparação da preparação. […] *A incidência do direito penal, nesse caso, é muito problemática, como veremos, porque o risco ou a ofensa ao bem jurídico ainda é bastante tênue ». Id.*, p. 237 (« Ce que l'article 5ème commenté punit est la *préparation de la préparation*. […] l'incidence du droit pénal, dans ce cas, est très problématique, comme on verra, parce que le risque d'atteinte au bien juridique est très ténu ». [traduction libre])

**88.** **Conclusion du § 3, B.** Ce dispositif est à la frontière du principe de légalité, par son imprécision. Mais il s'insère dans tout un système dont la caractéristique est d'être généraliste, englobante et imprécise. Il ne réussirait pas à satisfaire au contrôle de constitutionnalité en France, mais il n'est pas très dissonant de l'ensemble de la législation brésilienne, où la technique législative est différente. Toutefois, il suppose une responsabilité accrue des juges au moment de l'application de la loi.

D'autre part il étend les limites de la matérialité de la qualification terroriste et comble plusieurs de ses lacunes, laissant au juge la tâche d'en définir les contours quasi entièrement basé sur l'élément moral.

**89.** **Conclusion du § 3.** En France comme au Brésil les actes préparatoires des actes de terrorisme ont été incriminés, d'abord par l'incrimination générique d'association de malfaiteurs, ensuite par le biais de la création de dispositifs spécifiques. En France, ce dispositif est dirigé vers certains actes commis individuellement, toujours à des fins terroristes. Au Brésil, le dispositif est très englobant et s'étend vers tout acte de terrorisme.

En France, la limitation du champ du dispositif est établie soit par la limitation à certains actes, soit par l'exigence d'une double matérialité. Au Brésil, le contour de la répression est plutôt lié à l'élément moral.

Toutefois, leur essence est la même. Au Brésil comme en France, ce dispositif a été critiqué, parce qu'il incrimine la préparation des actes préparatoires. Au Brésil il est justifié par la nécessité de combler les lacunes laissées par une loi généraliste, pour permettre l'anticipation de la répression et la prévention de certaines activités terroristes. En France, il est justifié par la nécessité d'anticiper la répression des activités d'individus agissant seuls : *les loups solitaires*.

## Conclusion du Chapitre II

**90.** À côté de la méthode du renvoi, le droit pénal français a, dès le Code pénal de 1994, créé des infractions autonomes formelles, comme le terrorisme écologique, puis, peu après, une infraction d'association de malfaiteurs terroristes, cette dernière, complètement détachée d'un résultat matériel. On peut encore parler d'un droit pénal plutôt classique.

Toutefois, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, à New York, des nouvelles incriminations étaient nécessaires pour lutter contre le terrorisme, aux yeux de la communauté

internationale suivie par les États. Elles concernaient plutôt les moyens de structuration et de financement des organisations terroristes. On remarque la répression des actes éloignées du résultat violent des actions terroristes, mais encore liées au monde matériel, comme l'existence d'un dépôt d'armes ou la destination d'une somme d'argent à une organisation terroriste. L'utilisation de la propagande par les djihadistes comme un instrument de recrutement et de multiplication de la terreur provoquée par les attentats, a situé la lutte contre le terrorisme dans le domaine de la propagation de l'idéologie. Pour cela, plusieurs infractions ont été créées en France.

La loi brésilienne contient l'équivalent de certaines des nouvelles incriminations françaises et une incrimination générique d'actes préparatoires.

Dans les deux législations, le mouvement d'anticipation de la répression est clair. En France, seulement de petites restrictions ont été faites par le Conseil Constitutionnel. Au Brésil, le *Supremo Tribunal Federal* n'a pas encore été saisi de ce sujet. De toute façon, l'incrimination des actes préparatoires en général semble avoir franchi les limites du principe de la légalité.

On remarque encore que l'expansion du droit n'a pas trouvé ses limites : l'apparition des nouvelles incriminations en témoignent[442].

[442] Création de l'article 421-2-4-1, par la loi du 30 octobre 2017, contenant une nouvelle incrimination.

# Conclusion du Titre I

**91.** À propos de l'élément matériel, c'est-à-dire, des comportements qui peuvent constituer l'infraction de terrorisme, on aperçoit une première différence entre les deux droits : la technique législative employée. En France, le législateur a choisi *le renvoi* à des infractions de droit commun comme première technique d'incrimination. Au Brésil, le législateur a préféré décrire les actions, sans faire référence aux articles du Code pénal, sans s'attacher aux crimes communs, tout en créant des définitions propres aux terrorisme.

Cette technique est beaucoup plus généraliste que celle utilisée par la France, dans la mesure où la définition est composée par des listes ouvertes de comportements, de substances, de moyens de commission de l'infraction. En outre, des verbes et des expressions pour décrire les comportements interdits, qui ne supposent pas un résultat pour son accomplissement, ont été employés, de manière que toutes les infractions en matière de terrorisme en droit brésilien sont formelles.

Il en résulte deux conséquences. Quelques infractions englobées dans la catégorie terroriste par le *renvoi* de la loi française ne font pas partie de la liste de comportements terroristes au Brésil, par faute de prévision légale. Inversement, en France quelques comportements qui ne sont pas décrits par le droit commun et n'intègrent pas la liste des comportements terroristes, intègrent la liste brésilienne, dont le contenu est parfois plus large, en raison d'une description plus généraliste des comportements ou de l'établissement d'une liste ouverte des comportements et de l'utilisation de plusieurs techniques de punition en amont, comme la création des délits formels.

Le contenu de la loi française établi par une liste presque infinie d'infractions, englobant même des infractions de moindre gravité, obéit au principe de la légalité stricte, mais touche aux limites du principe de la proportionnalité.

D'autre part, le contenu de la catégorie terroriste au Brésil est large en raison d'une technique de description plus généraliste, de sorte qu'on risque de dépasser plutôt les limites du principe de la légalité stricte, sans avoir une définition aussi englobante que celle de la méthode française.

Les tableaux (annexe I) contiennent la comparaison des comportements qui peuvent constituer des actes de terrorisme en France et au Brésil. Mais il faut rappeler qu'au Brésil la loi a été très peu utilisée de telle sorte que sa constitutionalité pourra pas encore être mise en question, surtout à cause des descriptions génériques et de la possibilité de punir des actes préparatoires d'une manière très générique.

Enfin, même en utilisant des techniques parfois opposées, chaque droit a trouvé son chemin pour devenir plus préventif, pour anticiper la répression, en abandonnant presque les infractions classiques au profit d'infractions potentielles. Même dans ce dernier domaine, les législateurs ont fait des efforts pour prévoir la répression pénale, le plus en amont possible, aux frontières du stade de la pensée.

# Titre II

# L'élément moral

**92.** Si, d'un côté, il n'y a pas d'infraction sans un comportement matériel[443], d'un autre, pour une partie de la doctrine française, l'intention ne devrait pas être une des composantes de l'infraction[444].

Selon la plupart de la doctrine brésilienne, inspirée de la doctrine allemande, l'intention constitue un des éléments de l'infraction[445]. La doctrine majoritaire française adopte aussi ce courant[446].

Nous avons fait le choix de traiter séparément l'élément matériel et l'élément moral, qu'ils soient les deux des éléments de l'infraction ou pas, parce qu'ils sont dans les deux droits

---

443 « Une première thèse, minoritaire et réductrice, voit dans l'infraction uniquement la transgression matérielle d'un interdit légal ou d'une obligation légale, ce qui conduit à voir dans l'infraction un acte matériel d'action ou d'omission et à rejeter dans la théorie du délinquant toutes les questions d'ordre psychologique, qu'il s'agisse de son état d'esprit (sa faute) ou des causes supprimant ou réduisant sa responsabilité (trouble mental, contrainte […]) ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 71)

444 « […] les aspects psychologiques, intéressant l'agent, doivent être rattachés non au prétendu "élément moral" de l'infraction, mais au délinquant, à sa responsabilité ». (Jean PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 246)

445 « *Nosso Código Penal seguiu esta orientação, fundindo a vontade e a finalidade na conduta, como seus componentes essenciais. Em seu artigo 18, incisos I e II, expressamente reconheceu que o crime ou é doloso ou é culposo, desconhecendo nossa legislação a existência de crime em que não haja dolo ou culpa.* […] *Ao direito penal não interessam os resultados produzidos sem dolo ou culpa, porque sua razão maior de existir funda-se no princípio geral da evitabilidade da conduta, de modo que só se devem considerar penalmente relevantes as condutas propulsionadas pela vontade, pois só essas poderiam ter sido evitadas ».* (Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, *Direito penal*, *op. cit.*, p. 270) (« Notre Code pénal a suivi cette orientation, en fondant la volonté et la finalité dans la conduite, comme ces composants essentiels. Dans son article 18, I et II, il a reconnu expressément que le crime ou bien il est commis avec du dol ou bien il est commis par culpabilité, de sorte que notre législation méconnaisse un crime où il n'y ait ni dol ni culpabilité. […] Au droit pénal, les résultats produits sans dol ou culpabilité n'intéressent pas, parce que sa raison la plus importante d'exister est fondée sur le principe général de la conduite évitable, de manière qu'on ne doit considérer relevant du droit pénal que les conduites induites par la volonté, car elles sont les seules qui pourraient être évitées ». [traduction libre]) ; « *Na doutrina brasileira, a capacidade psíquica de ação está centrada na vontade, afirmando-se que a vontade condiciona a existência da conduta, negando-se exista ação quando vontade não existe, e estabelecendo-se que a atuação humana desprovida de vontade é simples aparência sensível, "fenômeno" ».* (Eugenio Raúl ZAFFARONI *et al.*, *Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo I : teoria do delito*, II, *op. cit.*, p. 113) (« Dans la doctrine brésilienne, la capacité psychique d'action est centrée sur la volonté ; elle affirme que la volonté conditionne l'existence de la conduite, et nie l'existence de l'action quand la volonté n'existe pas, et établit que l'actuation humaine dépourvue de volonté est simple apparence sensible, "phénomène" ». [traduction libre]) ; « *A discussão dogmática entre causalistas e finalistas conduziu pouco a pouco à prevalência deste último como modelo mais difundido na doutrina e com grande receptividade no âmbito legislativo. O Código Penal brasileiro, por exemplo, ainda que com grande atraso, alterou sua parte geral em obediência ao modelo finalista no ano de 1984 ».* (Paulo César BUSATO, *Direito penal. [1]*, *op. cit.*, p. 231) (« La discussion dogmatique entre causalistes et finalistes a conduit petit à petit à la prévalence de ce dernier comme le modèle le plus diffusé dans la doctrine et avec grande réceptivité dans la sphère législative. Le Code pénal brésilien, par exemple, même avec un retard important, a changé sa partie générale en obédience au modèle finaliste dans l'année de 1984 ». [traduction libre])

446 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 71.

absolument nécessaires à la responsabilité pénale en raison de l'application du principe *nulla poena sine culpa*.

C'est-à-dire, pour que quelqu'un soit puni pour un crime ou pour un délit de terrorisme, il faut à la fois faire la preuve de la matérialité du crime et de l'intention de l'agent, en Droit Français et en Droit Brésilien.

Ici nous pouvons utiliser l'expression intention, parce qu'il n'y a pas d'infraction de terrorisme, sans dol, ni en France, ni au Brésil.

L'énoncé de l'article 421-1 du Code pénal Français utilise, pour renforcer la nécessité du dol de l'auteur le mot *intentionnellement*. D'ailleurs, l'inclusion de cette expression dans le texte n'était pas du tout nécessaire, car il existe en Droit pénal français le principe selon lequel : « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » (article 121-3 du Code pénal), de manière que les exceptions doivent être prévues par la loi.

Le même principe existe en droit brésilien, dans l'article 18, paragraphe unique du Code pénal[447].

Il n'existe pas d'infraction terroriste non intentionnelle ni dans la loi française, ni dans la loi brésilienne, de manière qu'on peut affirmer : toutes les infractions terroristes sont intentionnelles. Dès lors, notre objet d'étude est limité au dol[448].

Il est essentiel de traiter séparément l'élément moral de l'élément matériel, parce qu'en droit brésilien comme en droit français, l'élément moral constitue parfois l'élément qui permet de distinguer l'infraction de terrorisme des infractions de droit commun.

---

447 Article 18, paragraphe unique : « *Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente* ». (« Sauf dans les cas expressément prévus par la loi, personne ne peut être puni pour un fait prévu comme crime, sauf quand il agit avec dol ». [traduction libre])

448 Dans la doctrine brésilienne le dol est défini comme « […] *a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta* ». (Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, *Direito penal*, *op. cit.*, p. 391) (« la volonté et la conscience de réaliser les éléments constants du type légal. Plus largement, il est la volonté manifestée par la personne humaine de réaliser la conduite ». [traduction libre])

Dans la doctrine française le dol est à la fois connaissance de ce qui est interdit et volonté de transgresser l'interdit malgré tout (*sciens et volens*). (Jean PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 403)

Lorsque les infractions qualifiées de terroristes peuvent prendre les formes des infractions de droit commun, comme par exemple, meurtre, blessures, ou bien pas, dans le cas par exemple des infractions de recrutement, c'est l'élément moral qui permet de retenir la qualification terroriste spécifique, susceptible de la rendre identifiable dans l'univers des infractions et qui permet alors sa punissabilité. Les deux droits ont utilisé des formules semblables, qui ont laissé à l'élément moral, la fonction d'individualisation de l'infraction.

Dans le cas des infractions de terrorisme, la théorie selon laquelle « les infractions ne sont que des transgressions matérielles d'un interdit légal »[449] ne permettrait pas l'utilisation de la technique de l'adjonction d'un but spécial à des infractions de droit commun pour la définition légale du terrorisme d'ailleurs employée en droit pénal français et brésilien.

En droit brésilien comme en droit français le législateur a utilisé plusieurs techniques pour créer les infractions de terrorisme. La première technique, celle de base, était l'adjonction d'un élément moral spécial à une infraction de droit commun. Les infractions créées à partir de cette technique ont deux éléments psychologiques à la fois : l'un appartenant à l'infraction de droit commun et l'autre à l'infraction de terrorisme.

Une deuxième technique utilisée dans les deux législations est celle de la construction d'incriminations en faisant référence à l'élément moral de l'infraction de base par l'utilisation d'expressions comme *actes de terrorisme*, *actes visés aux articles*, *une des infractions mentionnées*, et en insérant un autre élément psychologique qui contient le lien entre le comportement prévu et le contexte terroriste.

Toutefois, le législateur brésilien, visant à limiter le domaine de la qualification terroriste, a prévu au § 2º, de l'article 2ème, de la loi 13.260, du 16 mars 2016, des mobiles et des contextes qui excluent la qualification terroriste.

Il s'agit d'une limitation qui n'existe pas en droit français et qui a pour origine la peur d'un retour à un régime autoritaire ayant marqué le Brésil au cours des années 1970 et 1980.

Ainsi, en droit français, objet du Chapitre I, nous analyserons dans une première section les incriminations de terrorisme par adjonction d'un élément à une infraction de droit

449 *Cf.* note 439.

commun – article 421-1 du Code pénal (infractions de base), et dans une deuxième section les infractions de terrorisme par référence à un *acte de terrorisme*.

Le Chapitre II est dédié à l'étude de l'élément moral des infractions terroristes en droit brésilien. La première section est consacrée aux buts terroristes prévus par l'article 2ème, *caput*, de la loi 13.260, du 16 mars 2016 et par les incriminations faisant référence au terrorisme ; la deuxième section traite les cas d'exclusion de buts terroristes, prévus à l'article 2ème, § 2º, de la loi 13.260, du 16 mars 2016.

Les principales différences entre le droit français et le droit brésilien en matière de définition du terrorisme concernent l'élément moral ; c'est-à-dire que, dans son essence, *le terrorisme* n'est pas le même en France et au Brésil.

L'analyse de l'élément moral de chaque définition de terrorisme permettra d'établir le sens de la loi en chaque pays et de voir les avantages et les inconvénients des définitions.

# Chapitre I

# L'élément moral dans la législation française

**93.** En 1986, le législateur voulait appliquer une procédure plus rigoureuse à des infractions commises à des fins terroristes. Il a alors créé une liste d'infractions de droit commun, avec un contexte et un but qui seront les *éléments de spécificité terroriste*[450]. C'est-à-dire que certaines infractions de droit commun, quand elles sont commises dans un certain contexte et avec un but spécial prévu par la loi, revêtent une nouvelle qualification.

Cette première technique, d'adjonction d'un élément à une infraction de droit commun a été dénommé *terrorisme dérivé*[451] ou de *renvoi*[452], car la loi ne modifie pas la définition de droit commun ; par contre, elle fait référence à l'infraction de droit commun et y ajoute un contexte et un but spéciaux pour constituer des actes de terrorisme.

À côté de la technique du renvoi, le législateur de 1992, dans le nouveau Code pénal, a utilisé le même contexte et le même but pour créer une infraction étrangère au droit commun : le terrorisme écologique.

D'autre part, il a créé d'autres infractions en répétant la définition d'une infraction de droit commun et y ajoutant le but de commettre un acte de terrorisme. C'est le cas par exemple de l'association de malfaiteurs terroristes.

Par la suite, il a créé des infractions nouvelles, étrangères au droit commun, où il établit deux buts à la fois : le but de commettre un acte de terrorisme, défini par le contexte spécifique, et un autre but mentionné par l'article. Le terrorisme financier en est un exemple.

---

450 Cette expression a été utilisée par Mme. Julie Alix, dans sa thèse. (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*)

451 « Le terrorisme que nous qualifions de « dérivé » relève d'un principe d'incrimination contenu dans l'article 421-1 du Nouveau Code pénal, qui consiste à emprunter à des infractions de droit commun leurs éléments constitutifs, et à en retirer une qualification terroriste dès lors que leur réalisation s'inscrit dans un contexte d'intimidation ou de terreur ». (Yves MAYAUD, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 7)

452 « La qualification terroriste résulte donc, non de la spécificité d'un *acte,* mais des *circonstances terroristes* de sa commission. Cette construction originale procède d'une combinaison de deux méthodes d'incrimination : l'incrimination par renvoi – les infractions terroristes sont alors dérivées du droit commun – et l'incrimination autonome, lorsqu'aucune infraction de droit commun ne peut servir de base à une infraction terroriste ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 62).

L'auteur de l'infraction de terrorisme a en même temps l'intention de commettre l'infraction de droit commun ou l'infraction de terrorisme par référence à un acte de terrorisme et l'intention d'associer cette volonté à l'activité terroriste, définie par un but et un contexte spéciaux.

Nous voyons, ainsi, que toutes les infractions de terrorisme utilisent de manière explicite et originelle ou par référence aux *actes de terrorisme* ce même contexte et but, éléments essentiels de la définition du terrorisme, en droit français.

Une divergence existe dans la doctrine à propos du dol. Mme. Julie Alix pense que la volonté de commettre l'acte et la volonté de l'associer à un contexte terroriste sont des composantes du dol général[453].

D'autre part, M. Jean Pradel et M. Danti-Juan ont récemment conclu que « la lettre de la loi semble plaider plutôt en faveur de l'existence d'un dol spécial à côté du dol général » et ils invoquent la position du Conseil Constitutionnel en ce sens[454].

La plupart de la doctrine semble voir, dans ce dédoublement de la volonté, la présence du dol spécial[455].

---

453 « Quant au contenu de la volonté infractionnelle, la structure matérielle complexe de l'infraction terroriste conduit à un dédoublement de la volonté. Le dol général requiert, en effet, une corrélation entre l'intention de l'auteur et son comportement matériel. Appliqué aux infractions terroristes, cette exigence se traduit, d'une part, par la nécessité d'une volonté de commettre le comportement – acte de terrorisme écologique ou l'élément matériel de l'une des infractions dérivées du droit commun -, et d'autre part, par l'exigence d'une volonté d'inscrire ce comportement dans un contexte terroriste. Ainsi, *la relation avec une entreprise terroriste*, qui se traduit par la proximité entre l'activité individuelle et un contexte terroriste, ne doit pas être fortuite. Elle doit être recherchée ». (*Id.*, p. 281)

454 Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 1328.

455 Dans ce sens : « C'est-à-dire que les infractions de droit commun qui servent de base à l'action terroriste, comme les comportements attentatoires à l'environnement constitutifs de terrorisme écologique, doivent être doublement animés d'une hostilité aux valeurs sociales : et par leur caractère délibéré pour ce qu'ils représentent de réalisation en eux-mêmes, et par la connaissance de leur destination terroriste, doublée de la volonté d'agir malgré tout. Telle est l'intention terroriste. Elle se présente comme une donnée psychologique particulière, qui se surajoute à l'élément moral de l'infraction consommée, de telle sorte que cette dernière délaisse sa nature d'origine pour se fondre dans une action différente. On rejoint là les notions doctrinales de dol spécial, voire de dol aggravé, qui, faute d'être unanimement adoptées, ont au moins le mérite de souligner les nuances indispensables à la diversification des comportements ». (Yves MAYAUD, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 38) ; nous pouvons citer aussi Marie Elisabeth CARTIER (« Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *RSC*, 15 juin 1995, vol. 1995, n° 02, p. 225) : « Ainsi, dans le nouveau code pénal comme dans la loi de 1986, la qualification terroriste découle d'un élément moral spécifique, un dol spécial caractérisé par deux éléments, l'un de nature objective, l'autre de nature subjective. Pour constituer un acte de terrorisme, le comportement défini par les articles 421-1 et 421-2 du nouveau code pénal doit en effet *être en relation avec une entreprise individuelle ou collective* (condition objective) *ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* (condition subjective) ».

Dans une première section nous allons analyser contexte et but spéciaux utilisés pour la création des incriminations de terrorisme par adjonction d'un élément à une infraction de droit commun. La deuxième section est réservée à l'analyse des incriminations de terrorisme par référence à un acte de terrorisme.

Enfin, toutes les définitions du terrorisme en droit français contiennent, de manière explicite ou par référence, la formule qui est l'essence même du terrorisme et qui est celle-ci : « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur », c'est l'objet de l'étude qui suit.

## Section I. L'élément moral des incriminations par adjonction d'un élément à une infraction de droit commun

**94.** La loi nº 86-1020 du 9 septembre 1986 avait créé le nouvel article 706-16 du Code de procédure pénale qui contenait déjà la formule dont nous venons d'annoncer l'existence. Les mots sont les mêmes : « lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, […] ».

Cette formule a été reprise par la loi nº 92-686 du 22 juillet 1992, qui a créé les articles 421-1[456] et 421-2[457], du Code pénal et, ensuite, avec une nuance, par la loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014, qui a créé l'article 421-2-6[458]. Alors, elle a été utilisée soit comme élément de

456 Chapeau de l'article 421-1 du Code pénal : « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes […].»

457 Article 421-2 du Code pénal : « Constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel ».

458 Article 421-2-6 du Code pénal :

« Constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par :

« 1° Le fait de détenir, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ;

« 2° Et l'un des autres faits matériels suivants :

spécification d'une infraction de droit commun, soit comme élément moral d'une infraction étrangère au droit commun.

Par la suite, plusieurs lois sont à l'origine de la création de plusieurs infractions[459], qui utilisent l'expression *actes de terrorisme* et qui prévoient un autre élément psychologique, pour associer les nouveaux comportements au contexte terroriste. La formule n'est plus exprimée dans ces articles, mais elle est contenue dans l'expression *actes de terrorisme*, dont elle entend tracer les contours.

M. Pradel e M. Danti-Juan ont parlé, à propos de l'élément moral, *d'unité* entre les infractions de terrorisme, « qui présentent toutes deux traits communs, ce qui découle de l'idée que les agissements se rattachent à *une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.*[460]

Il s'agit donc d'une expression complexe, qui peut être étudiée en deux parties, la première concernant la *relation avec une entreprise individuelle ou collective* (§ 1) et la deuxième *le but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* (§ 2).

---

« a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ;

« b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ;

« c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ;

« d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.

« II. Le I s'applique à la préparation de la commission des infractions suivantes :

« 1° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 1° de l'article 421-1 ;

« 2° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 2° du même article 421-1, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ;

« 3° Soit un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ».

459 Loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001 qui a créé l'article 421-2-2 ; loi n 2003-239 du 18 mars 2003, qui a créé l'article 421-2-3 ; loi nº 2017-258 du 28 février 2017, qui a créé l'article 421-2-5-2 ; loi nº 2016-731 du 3 juin 2016, qui a créé l'article 421-2-5-1 ; loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014, qui a créé l'article 421-2-5 et loi nº 2012-1432, du 21 décembre 2012, qui a créé l'article 421-2-4.

460 Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 776.

## § 1. La relation avec une entreprise individuelle ou collective

**95.** Contexte obligatoire de toute infraction de terrorisme, la relation avec une entreprise individuelle ou collective mérite approfondissement.

Commençons l'analyse de cette expression par la recherche de la signification du mot *entreprise*. Selon le Petit Robert[461], l'entreprise est « ce qu'on se propose d'entreprendre (dessein, plan, projet) » ou la « mise en exécution d'un dessein ». L'entreprise suppose ainsi un mouvement de son auteur ou de ses auteurs, qui sont en même temps les porteurs du dessein. Dans ce sens elle est plus qu'un simple dessein, car elle est l'extériorisation du dessein. L'entreprise implique un pas en direction de la réalisation d'un dessein. M. Pradel a enseigné que l'entreprise est le cadre, le support du mobile, dont elle est la manifestation[462].

Si le dessein est intérieur et appartient au monde subjectif de l'auteur, l'entreprise implique une extériorisation. C'est dire que l'élément moral est attaché à une matérialité, qui permet son identification. Par fiction juridique, le but terroriste appartient à l'entreprise, mais l'auteur de l'entreprise et du dessein coïncident. Ainsi, l'entreprise matérialise l'élément moral complexe qui est d'ordinaire subjectif, parce qu'elle lui confère des contours matériels.

L'entreprise peut être individuelle ou collective ; dans le cas de l'entreprise individuelle, l'auteur de l'entreprise et du dessein est exactement le même ; dans le cas d'une entreprise collective, l'auteur du dessein est l'un des auteurs de l'entreprise collective. C'est-à-dire que le but de l'auteur de l'infraction existe en communion avec le but de l'entreprise. Cette communion constitue un lien plus faible que l'association, appelée par la loi *relation*. D'autre part, elle impose une certaine organisation, car entre le dessein et l'acte de terrorisme, il y a cette première extériorisation qui est l'entreprise. Elle « suppose une certaine préméditation, une organisation d'où le hasard est exclu »[463].

La relation a été interprétée de plusieurs façons : de la simple proximité, passant par la connexité, arrivant à la causalité directe. On a déjà dit que la relation n'exige pas un lien de

461 Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008*, *op. cit.*, p. 892.

462 Jean PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *op. cit.*, p. 43.

463 *Ibid.*

causalité direct, elle suppose seulement une certaine proximité[464]. Mais, « à mi-chemin entre la causalité et la proximité réside le mécanisme de la connexité »[465].

Nous pensons que l'utilisation de cet élément de matérialité composant l'élément moral de l'infraction gagne du sens si cette relation entre l'auteur et l'entreprise n'est qu'une connexité. Si on exige un lien de causalité directe entre l'action (désirée par l'auteur) et l'entreprise (dessein extériorisé), il n'y a pas de raison d'inventer la figure de l'entreprise, espèce d'instance intermédiaire entre le dessein de l'auteur et son acte.

Quand il s'agit de la punition d'actes préparatoires, la relation avec une entreprise individuelle doit être extériorisée par une combinaison de deux comportements (article 421-2-6). Le législateur a augmenté la précision de la définition parce que l'existence de l'entreprise individuelle est naturellement plus équivoque que celle de l'entreprise collective, de sorte que la preuve doit se faire par une association d'éléments matériels.

M. Mayaud, à propos des articles 421-1 et 421-2 du Code pénal, voit dans la relation avec une entreprise individuelle ou collective un contexte[466].

Marie Elisabeth Cartier parlait « d'un dol spécial caractérisé par deux éléments, l'un de nature objective, l'autre de nature subjective »[467]. La relation avec l'entreprise constitue l'élément objectif et le but de troubler l'ordre public, l'élément subjectif.

Julie Alix a qualifié ce cadre *d'élément de matérialité complémentaire*, car, dit-elle, il ne s'agit pas du but, mais d'une structure dans laquelle l'action terroriste se développe[468].

Si l'entreprise terroriste est une structure, un cadre, un contexte, elle est plus objective que subjective. Il y a un (entreprise individuelle) ou plusieurs (entreprise collective) auteurs de l'entreprise. L'entreprise suppose une certaine organisation, mais pas une pluralité d'individus.

Ainsi, les actes listés par la loi reçoivent la qualification terroriste dès lors qu'ils sont pratiqués en connexion avec une entreprise. Cette entreprise doit avoir le but de « troubler

---

464 Marie Elisabeth CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *op. cit.*

465 Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 247. On rappellerait cependant que la connexité est un concept procédural, pas de droit de fond.

466 Yves MAYAUD, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 31.

467 Marie Elisabeth CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *op. cit.*

468 Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 230.

gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». L'auteur de l'infraction doit communier à ce but.

## § 2. Le but

**96.** Voilà l'essence du terrorisme et l'élément moral de toutes les infractions qualifiées par la loi de terroristes.

Le but terroriste est de : *troubler gravement l'ordre public*. Comme en avait averti M. Pradel, cette expression n'apporte pas grande chose[469], car toute infraction pénale implique un trouble à l'ordre public. Le seul élément spécifique concerne la gravité du trouble.

Cette gravité provient des moyens employés et prévus par la loi : l'intimidation ou la terreur[470].

Toute la spécificité terroriste réside dans ces deux mots : intimidation et terreur. Intimider signifie « remplir quelqu'un de peur, en lui imposant sa force, son autorité »[471]. La terreur est un terme issu du latin *terrere*, trembler. « La terreur est alors la manifestation physique qui annihile la raison et paralyse. Elle inspire la panique – un comportement insensé ou incontrôlable – et se mue alors en un instrument de domination à même de s'inscrire dans un dispositif politique ou dans une stratégie de combat »[472]. La terreur est une peur plus profonde que celle provoquée par l'intimidation, de sorte que, dans ce sens, l'idée de terreur englobe celle d'intimidation.

L'essence du terrorisme en droit français correspond à la *terreur* : un mot qui a quand même une signification historique et sociologique. « D'un point de vue historique la Terreur commence le 5 septembre 1793 sous la Convention et se termine le 27 juillet 1794 avec la chute de Robespierre (9 thermidor), soit une période de moins d'une année »[473]. D'autre part, « l'usage majoritaire du terme pour le XIX$^{e}$ siècle, celui que l'on trouve dans les dictionnaires,

469 Jean PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *op. cit.*

470 Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 269.

471 Alain REY (dir.), *Le Robert micro : dictionnaire d'apprentissage de la langue française*, Nouvelle éd., Paris, Dictionnaires Le Robert, 1998, p. 720.

472 Gilles FERRAGU, *Histoire du terrorisme*, Paris, Perrin, 2014, p. 12.

473 Gérard CHALIAND et Arnaud BLIN (dir.), *Histoire du terrorisme*, *op. cit.*, p. 134.

considère la terreur comme une pratique de l'État révolutionnaire, même si on a pu parler de "terreur" blanche, à propos de certains épisodes contre-révolutionnaires »[474].

Le problème se pose d'abord par rapport à l'étymologie : le mot terrorisme dérive du mot terreur[475]. Ces deux mots comportent des concepts différents[476]. Pour plusieurs auteurs aujourd'hui on qualifie de *terreur* la violence exercée par l'État et de *terrorisme* celle exercé contre l'État. Enfin, la terreur a été considérée en soi comme un phénomène politique[477] ; le terrorisme aussi[478].

Constater que la loi définit le terrorisme par l'emploi de la terreur dans le but de troubler l'ordre public, c'est constater que la loi ne clarifie pas le sens de l'infraction, et par conséquence son amplitude. C'est la raison pour laquelle, en droit français, la doctrine discutait si les infractions terroristes pourraient s'appliquer au grand banditisme[479].

Un champ large d'interprétation est laissé au pouvoir judiciaire. Mais quelques caractéristiques doivent quand même être considérées.

Selon la loi, la terreur n'est pas le but en soi, mais le moyen d'atteindre le but. La terreur est alors une stratégie. Le terrorisme a été considéré comme une stratégie lui aussi, « une stratégie essentiellement basée sur l'impact psychologique »[480].

La peur doit être répandue dans la société pour que la stratégie atteigne sa finalité de causer un grave trouble à l'ordre public.

---

474 Mireille DELMAS-MARTY et Henry LAURENS, *Terrorismes : histoire et droit*, Paris, CNRS, 2013, p. 10.

475 Gilles FERRAGU, *Histoire du terrorisme*, *op. cit.*, p. 12.

476 « Ce qui complique le débat est le doublet "terreur" et "terrorisme", concepts qui ne renvoient pas exactement aux mêmes éléments. […] La définition minimale du terrorisme, que l'on distinguera dès le départ de la terreur étatique, est celle d'une violence d'origine politique exercée contre un État et/ou une société de la part d'un acteur que l'on peut considérer comme non-étatique, même s'il peut disposer, par ailleurs, d'un soutien étatique externe au pays considéré ». (Mireille DELMAS-MARTY et Henry LAURENS, *Terrorismes*, *op. cit.*, p. 10/11) ; ou encore : « Il en est de même des termes "terreur" et "terrorisme" qui se sont dédoublés pour désigner un usage paroxystique de la violence de l'État pour l'une, de la violence-désordre pour l'autre ». (Isabelle SOMMIER, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 103)

477 Gérard CHALIAND et Arnaud BLIN (dir.), *Histoire du terrorisme*, *op. cit.*, p. 134.

478 « S'il ne fait pas de doute que le terme "terrorisme" répond avant tout à un objectif politique de stigmatisation de l'adversaire, n'existe-t-il pour autant une forme de violence qui ait une parenté étroite avec la terreur ? […] Car, quelle que soit la définition retenue (ou refusée), il est clair que le "terrorisme" relève de la catégorie des violences politiques, sauf si l'on considère les actes d'un individu isolé, réalisés sans motivations politiques ou passés inaperçus ». (Isabelle SOMMIER, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 102)

479 Jean PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *op. cit.*

480 Gérard CHALIAND et Arnaud BLIN (dir.), *Histoire du terrorisme*, *op. cit.*, p. 43.

Toute la spécificité terroriste réside dans le moyen d'atteindre le but de l'entreprise terroriste : troubler gravement l'ordre public par la terreur, peur profonde et répandue.

En outre, la terreur même étant un moyen, elle appartient à l'élément moral de l'infraction, de sorte qu'elle peut se prouver par l'élément matériel, car il n'y aura pas d'aveu en général.

La tâche de définir la signification du mot *terreur* et du *terrorisme* appartient au pouvoir judiciaire, qui utilisera comme repères les concepts évoqués par la loi : la connexion de l'acte avec l'entreprise, le caractère sérieux du trouble envisagé, et l'utilisation de la terreur comme moyen.

Enfin, l'adjonction d'un contexte dans lequel l'infraction de droit commun est commise, marqué par l'emploi de l'intimidation ou de la terreur comme stratégie pour troubler l'ordre public, est la clé de la qualification terroriste en France.

Ce but est présent dans les infractions où il est explicite, mais aussi dans les incriminations ou il n'est présent que par référence à un acte de terrorisme.

## Section II. L'élément moral des infractions par référence à un acte de terrorisme

**97.** Plusieurs lois sont à l'origine de la création de diverses infractions[481], qui utilisent l'expression *actes de terrorisme* et qui prévoient un autre élément psychologique, pour associer les nouveaux comportements au contexte terroriste. Le but terroriste n'est plus exprimé dans ces articles, mais il est contenu dans l'expression *actes de terrorisme.*

D'autre part, ces incriminations contiennent un autre but ou contexte particulier qui permet de faire la relation de l'acte de l'auteur avec le contexte terroriste, que l'on vient d'évoquer.

481 Loi nº 96-647 du 22 juillet 1996, qui a créé l'article 421-2-1 ; Loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001 qui a créé l'article 421-2-2 ; loi n 2003-239 du 18 mars 2003, qui a créé l'article 421-2-3 ; loi nº 2017-258 du 28 février 2017, qui a créé l'article 421-2-5-2 ; loi nº 2016-731 du 3 juin 2016, qui a créé l'article 421-2-5-1 ; loi nº 2014-1353 du 13 novembre 2014, qui a créé l'article 421-2-5 et loi nº 2012-1432, du 21 décembre 2012, qui a créé l'article 421-2-4.

La structure de l'incrimination change, mais le mécanisme de l'élément moral est le même : celui d'établir une volonté particulière de l'auteur en relation avec le but terroriste.

Dans cette section nous allons analyser cette *volonté particulière* de l'auteur, pour chacune des infractions qui contiennent l'incrimination d'actes de terrorisme, par référence à l'élément moral des actes de terrorisme ces articles 421-1 et 421-2 du Code pénal.

## § 1. L'association de malfaiteurs terroristes – article 421-2-1

**98.** L'infraction d'association de malfaiteurs terroristes a été créée par la loi du 22 juillet 1996 et le législateur a fait le choix d'utiliser une infraction autonome, mais rattachée au droit commun. En effet, comme nous l'avons déjà dit, l'article 421-2-1 qui incrimine l'association de malfaiteurs terroristes a utilisé la même formule de l'article 450-1[482] du Code pénal, avec une nuance : l'infraction projetée par l'association doit être un acte de terrorisme[483].

Par référence aux actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents (article 421-1 et 421-2) l'élément moral qui lie toutes les infractions de terrorisme est présent.

L'intention de l'auteur est de participer à un groupement ayant comme projet la pratique d'actes de terrorisme. L'intention est d'adhérer à un projet, qui comme tout acte de terrorisme, vise à troubler l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.

La manière particulière d'être en relation avec l'entreprise, dans ce cas, où elle est collective, est de participer au groupement. Alors, à côté du dol de l'entreprise il doit exister un dol de l'agent qui y participe, en ayant conscience des projets. Cette conscience, très difficile

---

482 Article 421-2-1 du Code pénal français : « Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ».

Article 450-1 du Code pénal français : « 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 ».

483 « L'élément intentionnel de l'infraction de l'infraction de participation à une association de terroristes est donc calqué sur celui du délit de participation à une association de malfaiteurs de droit commun. La différence entre les deux incriminations porte exclusivement sur le projet de l'association, qui consiste, dans un cas, à préparer une infraction faisant encourir une peine de cinq ans d'emprisonnement, dans l'autre, à préparer n'importe lequel des actes de terrorisme incriminés aux articles 421-1 ou 421-2 du Code pénal ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 288)

à prouver, comme toute intention, est parfois présumée par les juges, à partir de l'élément matériel.

Nous voyons que l'entreprise, avec laquelle l'auteur doit avoir une relation, coïncide, dans ce cas, avec l'association de malfaiteurs terroristes. L'analyse de la relation entre le but de l'auteur et le but de l'entreprise collective s'applique à la relation entre le but de l'auteur et celui de l'association de malfaiteurs terroristes.

La spécificité de cette infraction par rapport aux autres infractions terroristes est que dans ce cas il n'y a qu'une composante de l'élément moral, la seule volonté d'adhérer au projet terroriste[484].

## § 2. Le terrorisme financier – article 421-2-2 du Code pénal

**99.** Créé par la loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001, le terrorisme financier est le fait de « financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, *dans l'intention de* voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, *en vue de* commettre l'un quelconque *des actes de terrorisme, prévus au présent chapitre*, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte ».

L'intention de troubler l'ordre public par l'intimidation ou la terreur est présente par référence aux actes de terrorisme, dans l'expression *en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme, prévus au présent chapitre.*

À côté d'elle, il y a un autre but propre au financement qui est l'intention de financer une entreprise terroriste ; cette dernière est caractérisée par l'intention de voir ces fonds destinés ou utilisés pour la commission des actes de terrorisme.

La relation de l'auteur avec le contexte terroriste s'établit ici par le fait de, *fournir, réunir, gérer des fonds ou donner des conseils*, et une intention, de *gérer les moyens pour*, propres au financement.

---

484 « La vocation préventive de l'incrimination conduit ainsi à ne pas rechercher, chez l'individu, un but terroriste, et sa nature collective permet de se satisfaire d'une volonté de contribuer, c'est-à-dire, d'une adhésion à un projet qui le dépasse ». (*Id.*, p. 290)

Dès lors, la volonté est de contribuer avec l'entreprise, au projet, par voie du financement[485].

Il serait nécessaire de faire la preuve du contexte terroriste dans lequel l'acte de financement s'insère et de la volonté d'y contribuer. Selon Julie Alix :

> Exiger un dol général au titre de l'élément moral du financement du terrorisme aurait nécessairement supposé la démonstration du contexte terroriste dans lequel intervient l'acte, ce qui implique que l'affectation terroriste des fonds soit pour le moins un objectif rendu réaliste par le contexte de commission de l'acte[486].

Il faut remarquer, toutefois, que l'article prévoit à côté du dol direct de financer l'entreprise, le dol éventuel[487] de savoir qu'ils sont destinés à être utilisés. Savoir ne veut pas dire consentir, de sorte que l'auteur peut être indifférent au résultat auquel il contribue, la seule connaissance de la possibilité d'utilisation étant suffisante pour la culpabilité.

Il y a un cas récent qui mérite analyse sous cet angle du dol éventuel suffisant pour la caractérisation du financement, celui de l'entreprise Multinational LafargeHolcim[488]. En effet, le cas peut être ainsi résumé : pour maintenir le fonctionnement de sa fabrique dans le territoire Syrien atteint par la guerre civile et sous contrôle de l'EI, la compagnie a versé de

---

485 « Cette conception influe directement sur la forme de l'intention, qui n'est pas une intention de commettre l'acte de soutien incriminé, mais bien une intention de s'associer à cette activité criminelle : en d'autres termes, l'adhésion à un projet ». (*Id.*, p. 295)

486 *Id.*, p. 293.

487 En droit français le dol éventuel est défini comme « l'état d'esprit d'une personne qui, sachant que son comportement pourrait porter atteinte à un intérêt protégé ou réaliser une situation infractionnelle, sans en avoir la certitude, persiste néanmoins à l'adopter ». (Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 4e éd. mise à jour, Thémis, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 315) En droit français, le dol éventuel n'est pas assimilé au dol général comme au Brésil. « Dans ce dol dégradé, on pense d'abord au *dol éventuel* où l'agent envisage certes une possibilité de résultat, mais ne recherche pas de résultat. On ne peut donc pas assimiler le dol éventuel à une quelconque forme de dol et c'est d'ailleurs bien ainsi que raisonne en principe notre droit. Le dol éventuel, forme d'imprudence, sera donc étudié à l'occasion de l'examen de cette dernière ».( Jean PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 407) En droit brésilien, le dol éventuel est défini par la loi et s'associe au dol général. Selon l'article 18, I du Code pénal : « *Diz-se o crime : I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo ;* » (« On dit le crime : I – commis avec du dol, quand l'agent a voulu le résultat ou a assumé le risque de le produire ». [traduction libre]) ; Selon la doctrine brésilienne, le dol éventuel est un type de dol indirecte : « l'agent ne veut pas directement le résultat, mais il accepte la possibilité de le produire ». (Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, *Direito penal*, *op. cit.*, p. 396)

488 « *LafargeHolcim's initial probe into the Syria plant revealed that "the local company provided funds to third parties to work out arrangements with a number of […] armed groups, including sanctioned parties, in order to maintain operations and ensure safe passage of employees and supplies to and from the plant." The investigation could not establish with certainty the ultimate recipients of funds beyond those third parties engaged* ». (Ralph ATKINS et Michael STOTHARD, « LafargeHolcim chief executive to step down over Syria controversy », *Financial Times* [en ligne], 23 avril 2017, [consulté le 28 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.ft.com/content/b1a79a40-2806-11e7-bc4b-5528796fe35c)

l'argent à des tiers déjà impliqués dans des affaires terroristes. Deux arguments semblent avoir été utilisés pour justifier en quelque sorte l'action de l'entreprise : l'intention était d'un côté de maintenir le fonctionnement de la fabrique et non de financer le terrorisme, et d'autre part, le cadre en France n'était pas directement responsable de l'opération en Syrie.

Mais, si le simple fait de savoir que les fonds peuvent être utilisés pour le financement du terrorisme est suffisant pour constituer l'infraction, il semble que les justifications présentées ne sont pas aptes à éluder l'infraction. Le dol éventuel est beaucoup plus large que le dol direct et est prévu expressément par la loi.

De toute façon, une enquête a été ouverte sous la responsabilité du Parquet de Paris, et dans le futur nous aurons l'interprétation donnée par les praticiens à propos de l'élément moral du financement du terrorisme.

D'autres exemples peuvent être donnés. Et, quid de la mère en France qui envoie de l'argent à son fils en Syrie, prétendant que c'est pour payer son retour !

En parlant du dol éventuel, Julie Alix remarque que la jurisprudence est en train d'utiliser cette théorie pour toute incrimination de terrorisme[489].

## § 3. La non justification de ressources, tout en étant en relation avec des terroristes

**100.** L'incrimination à caractère terroriste de non justification de ressources issue de la loi nº 2003-239 du 18 mars 2003 qui a créé l'article 421-2-3 du Code pénal est, comme l'infraction d'association de malfaiteurs terroristes, une infraction autonome, mais rattachée à celle du droit commun. Elle a ses racines à l'ancien article 450-2-1[490] du Code pénal, dont elle est le décalque.

---

489 « Si les juridictions cèdent parfois à la tentation de présumer l'intention criminelle à partir de l'appartenance d'un individu à un groupement terroriste, c'est que, fondamentalement, il importe peu que tel individu ait eu la volonté de participer à une activité terroriste : par son appartenance il a manifesté son acceptation du risque tenant à être associé à une activité terroriste. Par son appartenance, il a accepté de soutenir l'activité terroriste réelle ou potentielle du groupement : il doit en assumer la responsabilité. Tel semble être le véritable fondement de la répression de l'appartenance ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 316/317.)

490 Article 421-2-3 : « Le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

Comme toutes les autres infractions de terrorisme, elle fait référence à son élément moral, par l'utilisation de la formule « l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2 ».

Dans ce cas, la relation avec le contexte terroriste s'établit par des relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la pratique d'actes de terrorisme.

Mais il y a une particularité : l'élément moral du délit est présumé. La loi établit une présomption simple de connaissance de l'origine frauduleuse des ressources, par l'auteur. Dans cette espèce de recel présumé par la proximité avec des criminels, c'est au prévenu de faire la preuve de l'origine licite de ses ressources. C'est-à-dire que l'intention de profiter du produit du terrorisme est présumée[491]. En droit commun il y a plusieurs exemples de présomptions du même ordre[492].

Enfin, la loi présume, à partir du fait matériel de ne pas pouvoir justifier ses ressources tout en étant en relations habituelles avec des terroristes, la connaissance et l'intention d'adhérer ou au moins de bénéficier en quelque sorte du projet de l'entreprise terroriste. Et la constitutionalité de cette présomption a déjà été confirmée[493].

## § 4. L'incitation au terrorisme – article 421-2-4

**101.** Les faits incriminés par l'article 421-2-4[494] du Code pénal, sont appelés par une partie de la doctrine *incitation* et par une autre *recrutement* ; il s'agit d'adresser à une personne des offres ou de 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

Ancien article 450-2-1 : « Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant aux activités visées l'article 450-1, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

491 « En réalité coexistent deux présomptions : dans un premier temps, on présume que le train de vie est alimenté par des fonds d'origine frauduleuse ; dans un second temps, on présume la connaissance de cette origine frauduleuse, et donc l'intention de commettre l'infraction ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 186)

492 Par exemple, le fait de vivre avec une prostituée, dans des bonnes conditions, sans avoir aucune activité rémunérée.

493 Amélie ANDRÉ, « Quelques précisions sur le délit de non-justification de ressources », *op. cit.*

494 Article 421-2-4 du Code pénal : « 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 prévue 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 ».

terroriste ou qu'elle commette un des actes de terrorisme (la peine encourue est de dix ans d'emprisonnement).

Le but de l'auteur est d'amener une nouvelle personne à l'association de malfaiteurs terroristes ou d'inciter quelqu'un à pratiquer un acte de terrorisme. Le but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur est toujours présent, par référence aux articles 421-2-1 et 421-1 et 421-2 du Code pénal.

Comme presque tout acte de terrorisme, l'incitation ou le recrutement, ont un élément moral complexe, composé à la fois de la volonté générale de s'insérer dans le contexte terroriste et de la volonté particulière à grossir les filières de terroristes.

## § 5. La provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme

**102.** Prévu à l'article 421-2-5[495] du Code pénal, le délit de provocation au terrorisme et d'apologie du terrorisme comporte un élément moral avec une structure complexe. Par référence aux actes de terrorisme, l'intention d'insérer son action dans le contexte terroriste, et de manière médiate, le but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, sont présents. En outre s'ajoute l'intention de provoquer quelqu'un à commettre des actes de terrorisme ou à faire l'apologie des actes qui ont été déjà commis.

L'apologie doit être faite à un nombre indéterminé de personnes et l'auteur doit être conscient de cette circonstance. Normalement, l'intention de troubler l'ordre public peut être déduite de l'intention de provoquer directement quelqu'un à commettre un acte de terrorisme ou de faire l'apologie du terrorisme[496].

Plusieurs exemples des condamnations ont été cités par la doctrine[497], mais l'exemple d'un humoriste qui a été condamné, après avoir posté sur un réseau social le message : « ce

---

495 Article 421-2-5 du Code pénal : « Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ».

496 « En l'absence d'ambiguïté du propos, une présomption de mauvaise foi pourra être retenue comme en matière de diffamation ou d'injure, car toute personne normalement constituée qui justifie un acte de terrorisme a nécessairement la conscience et la volonté d'en faire l'apologie ». (Emmanuel DREYER, « Apologie publique de certaines infractions », *op. cit.*, p. 80)

497 *Cf.* Frédéric GRAS, « Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie de terrorisme », *LEGICOM*, s.d., n° 57, pp. 57- 67.

soir, je me sens Charlie Coulibaly »[498], semble être la plus commenté de tous. Il révèle la présomption de la volonté de faire l'apologie d'un acte de terrorisme par la référence au terroriste Coulibaly. On peut citer aussi cette affaire jugée le 25 août 2017 retenant le délit à la charge d'une personne qui à l'occasion d'un anniversaire du drame du Charile Hebdo portait une pancarte sur laquelle figuraient d'un côté une louange aux victimes et de l'autre une louange aux terroristes, ce qui le mettaient sur un pied d'égalité[499].

C'est d'ailleurs ce type de structure complexe de l'élément moral et la simplification faite par la jurisprudence qui permet l'anticipation de la répression au premier moment du stade préparatoire d'un acte de terrorisme violent.

## Conclusion du Chapitre I

**103.** Finalement, toute infraction terroriste a un élément moral complexe, fait du but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et d'un deuxième but qui doit animer l'auteur, celui appartenant à l'infraction de droit commun ou celui prévu par référence aux *actes de terrorisme*. La seule infraction dont le but est unique est l'association de malfaiteurs terroristes.

L'élément moral est, en soi, complexe aussi, car l'entreprise apparaît comme une sorte de cadre du but. Ainsi, il y a des infractions de terrorisme dont l'élément moral est composé de trois parties : un cadre et deux buts.

Cette construction de l'élément moral permet l'instauration d'une distance entre la violence que la loi veut éviter et le fait puni par la loi. Il s'agit d'une technique d'anticipation de la répression. Le trouble à l'ordre public appartient à un contexte qui doit être envisagé par l'auteur, mais parfois seulement de manière indirecte et présumée par les juges.

---

498 V. TGI Paris, 18 mars 2015, nº 15012000640, Juris-Data nº 2015-005323 ; JCP 2015. Actu. 363, obs. Mbongo, cité par Dreyer (« Apologie publique de certaines infractions », *op. cit.*, p. 40), semble être la plus commentée de toutes

499 COUR DE CASSATION, « Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 25 avril 2017, 16-83.331, Publié au bulletin » [en ligne], 25 avril 2017, [consulté le 4 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034548172&fastReqId=955191944&fastPos=18.

Les présomptions de l'intention, faites par les juges à partir de l'élément matériel, réduisent les exigences de l'élément moral, dans la mesure où, du but immédiat, on présume la présence du but médiat, celui de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.

Enfin, nous pensons, comme M. Pradel et M. Danti-Juan[500], que la complexité de l'élément moral révèle que l'infraction de terrorisme est toujours composée par un dol général de commettre un acte et un dol spécial de le faire « en relation avec une entreprise ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Le dol spécial de l'auteur est en communion avec le dol de l'entreprise, quand elle est collective, mais il anime aussi l'auteur de l'infraction, à notre avis.

C'est là dans le dol spécial que réside tout élément de spécificité terroriste : la volonté de répandre la terreur.

500 « Pourtant le Conseil Constitutionnel affirme l'exigence d'un dol spécial à cause de la référence à l'entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler l'ordre public. La lettre de la loi semble plaider plutôt en faveur de l'existence d'un dol spécial à côté du dol général ». (Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 1238).

# Chapitre II

# L'élément moral dans la législation brésilienne

**104.** Comme en droit français, la spécificité terroriste est l'élément moral et il est prévu expressément par l'article 2ème, *caput,* de la Loi 13.260, du 16 mars 2016[501] et par référence au terrorisme, dans l'article 3ème, par le biais de l'expression *terroriste*[502], dans l'article 5ème, par le biais de l'expression *terrorisme*[503], et dans son § 1er, par l'expression *actes de terrorisme*[504], et dans l'article 6ème [505], par le biais de l'expression *crimes prévus dans cette loi.*

---

501 Article 2ème, *caput*, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública ».* (« Le terrorisme consiste en la pratique par un ou plusieurs individus des actes prévus dans cet article, par raisons de xénophobie, discrimination ou préjugé de race, couleur, ethnie et religion, quand ils sont commis avec la finalité de provoquer la terreur sociale ou généralisée, en exposant au danger la personne, le patrimoine, la paix publique ou la sécurité publique ». [traduction libre])

502 Article 3ème de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista ».* (« Promouvoir, constituer, intégrer ou aider, personnellement ou par l'intermède d'un tiers, l'organisation terroriste ». [traduction libre])

503 Article 5ème, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito ».* (« Réaliser des actes préparatoires de terrorisme avec la finalité manifeste de consommer un tel délit ». [traduction libre])

504 Article 5ème, § 1er, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo : I* – […] » (« Encoure les mêmes peines l'agent qui, avec le but de pratiquer actes de terrorisme : I – […] » [traduction libre])

505 Article 6ème de la loi 13.260, du 16 mars 2016 :

« *Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta lei.* […]

« *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção do ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta lei* ».

Traduction libre :

« Recevoir, fournir, offrir, obtenir, garder, maintenir en dépôt, solliciter, investir, de n'importe quelle manière, directe ou indirecte, des ressources, actives, biens, droits, valeurs ou services de n'importe quelle nature, pour la planification, la préparation ou l'exécution des crimes prévus dans cette loi.

« Peine – réclusion, de quinze à trente ans.

« Paragraphe unique. Encoure la même peine celui qui offre ou reçoit, obtient, garde, maintient en dépôt, sollicite, investit, ou par n'importe quel moyen contribue à l'obtention de fond, de bien ou de ressource financière, avec la finalité de financer, totalement ou partiellement, une personne, un groupe de personnes,

Il y a une infraction de base qui est l'article 2ème de la loi 13.260, du 16 mars 2016, où le législateur a ajouté à une liste d'actions, présentes aussi parmi les crimes de droit commun, des mobiles spéciaux et un but spécial.

Ces deux éléments spéciaux à côté du dol général consistant dans la volonté de commettre les actions, forment l'élément moral des infractions de terrorisme. C'est-à-dire que l'élément moral de l'incrimination de terrorisme est composé outre la volonté de commettre l'acte, d'une volonté associée à un mobile discriminatoire dans le but de répandre la terreur.

Les deux éléments spéciaux du dol sont présents expressément ou par référence dans toutes les incriminations, parce qu'il est l'essence de la définition de terrorisme.

C'est pour cette raison que nous pensons que toutes les infractions définies dans la Loi 13.260, du 16 mars 2016 constituent des infractions de terrorisme, de sorte que les procédures spéciales pour le terrorisme s'appliquent à toutes ces incriminations. La doctrine brésilienne est déjà partagée sur cet aspect : une partie pense que seuls les actes prévus à l'article 2ème constituent des actes de terrorisme[506] ; un autre courant défend que toutes les infractions prévues par la loi 13.260 du 16 mars 2016 constituent des infractions de terrorisme[507].

---

une association, entité, organisation criminelle qui ait comme activité principale ou secondaire, même de nature éventuelle, la pratique des crimes prévus dans cette loi ».

506 « *Neste horizonte, conclui-se que o art. 2º é o responsável por buscar tipificar o terrorismo, crime equiparado a hediondo. Os demais delitos da lei não tipificam o terrorismo, mas condutas a ele relacionadas (e, por isso, não são equiparados a hediondos). Nesta relação, é mantida a autonomia de cada tipo penal, mas que encontra na vigência e validade do art. 2º um pressuposto abstrato para a sua aplicação, por exemplo: para que reste caracterizado o crime de integrar uma organização terrorista, exige-se que esta esteja voltada para a prática do art. 2º, § 1º (art. 3º c/c art. 19) ;* […] » (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 162) (« Dans cet horizon, on conclut que l'article 2ème sert à la recherche de l'incrimination du terrorisme, crime assimilé à un crime odieux. Les autres délits de la loi n'incriminent pas le terrorisme, mais les conduites en relation avec lui (et, pour cela, ne sont pas comparables aux crimes odieux). Dans cette relation, l'autonomie de chaque infraction pénale est maintenue, mais elle trouve dans l'existence et la validité de l'article 2ème, une condition abstraite pour son application, par exemple : pour que le crime d'intégrer une organisation terroriste soit caractérisé, on exige qu'elle soit vouée à la pratique de l'article 2ème, § 1er (article 3ème combiné avec l'article 19) ; […] » [traduction libre])

507 « *Percebam que a lei em comento, como um todo, regulamenta o art. 5º, XLIII, da CF/88 (art. 1º). Diferentemente da lei 12.850/13, que define a organização criminosa e outras infrações assessórias, a lei 13.260/16 regulamenta o terrorismo em todos os tipos, sem admitir que as figuras típicas seguintes ao art. 2º sejam rotuladas como meramente coadjuvantes. Trata-se de verdadeira lei de regência e como tal cria um sistema de prevenção e repressão ao terrorismo (anti-terror). Dentro desse espírito, a expressão terrorismo anunciada na Carta Maior está impregnada em todas as figuras criminosas da lei 13.260/16. Não sem razão o art. 17, comentado mais adiante, manda aplicar os consectários da lei 8072/90 aos crimes previstos nesta lei (não se limitando ao crime plurinuclear do art. 2º) ».* (*Id.*, p. 172) (« Apercevez-vous que la loi ci-commentée, comme un tout, réglemente l'article 5ème, XLIII, de la CF/88 (art. 1er). Différemment de la loi 12.850/13, qui définit l'organisation criminelle et d'autres infractions accessoires, la loi 13.260/16 réglemente le terrorisme dans toutes les incriminations, sans admettre que les figures typiques, venant juste après l'article 2ème, soient

Le mécanisme de faire référence *au terrorisme* ressemble beaucoup au mécanisme utilisé par la législation française, de sorte que les considérations faites à ce propos des incriminations de droit français sont valables pour le droit brésilien[508].

Toutefois, en droit brésilien, il y a un autre élément, qui sert à donner des contours plus exacts à l'élément moral de l'infraction. Ce sont des mobiles spéciaux qui excluent le dol. Ils sont prévus à l'article 2ème, § 2ème, de la loi 13.260 du 16 mars 2016[509].

À côté de la liste de mobiles qui doivent intégrer l'élément moral de l'infraction, il y a une liste de mobiles qui ne peuvent pas être présents pour que l'action puisse être qualifiée de terroriste.

Nous allons étudier dans les deux Sections qui composent ce Chapitre II, les buts terroristes prévus par la loi et les cas d'exclusion de buts terroristes – des limites à l'application de la loi.

## Section I. Le but terroriste prévu par la loi

**105.** C'est l'article 2ème, *caput,* de la Loi 13.260, du 16 mars 2016, qui contient la définition du terrorisme. Le dol est structuré par un mobile spécial[510] et par son but[511], les deux devant être présents à la fois, pour caractériser *l'intention terroriste*.

Il n'y a pas de cadre pour le mobile, comme dans la définition française, mais l'association de deux éléments composant le dol, doivent être présents à la fois, et seront

considérées comme simple coadjuvants. Il s'agit d'une vraie loi de régence anti-terreur qui comme telle crée un système de prévention et de répression du terrorisme ». [traduction libre])

508 *Cf.* Titre II, Chapitre I, Section II.

509 Article 2ème, § 2ème, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « *O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei* ». (« Ce qui est dit dans cet article ne s'applique pas à la conduite individuelle ou collective de personnes en manifestations politiques, mouvements sociaux, syndicaux, religieux, de classe ou de catégorie professionnelle, dirigés par des finalités sociales ou revendicatives, visant à contester, critiquer, protester ou appuyer, ayant comme objectif de défendre des droits, des garanties et des libertés constitutionnelles, sans préjudice de la *typification pénale* contenue dans la loi ». [traduction libre])

510 « […] par raisons de xénophobie, discrimination ou préjugé de race, couleur, ethnie et religion […] »

511 « […] quand ils sont commis avec la finalité de provoquer la terreur sociale ou généralisée […] »

analysés dans les deux paragraphes qui suivent. Un premier, consacré aux mobiles et un deuxième, destiné au but[512].

## § 1. Le mobile terroriste

**106.** Selon l'article 2ème, *caput,* de la Loi 13.260, du 16 mars 2016, la pratique d'un des actes prévus, en raison de xénophobie, discrimination ou préjugé de race, couleur, ethnie et religion, commis avec un but spécifique, constituent des actes de terrorisme.

En droit brésilien, un acte n'est pas défini comme terroriste s'il n'est motivé par une des discriminations prévues[513].

---

512 « […]l'intention est définie de manière objective : elle est le fait de vouloir un acte (que l'on sait être interdit) et elle n'est rien d'autre. Elle est donc conçue abstraitement et s'oppose ainsi aux *mobiles* ou sentiments particuliers inspirant l'acte : cupidité, vengeance, jalousie, pitié, amour (par. ex., dans l'homicide d'un grand malade), haine de la société ou désir de la changer (par ex., dans la destruction de moyens de transports mécaniques pour contraindre les gens à se déplacer à pied ou dans la lacération d'un tableau représentant un homme d'État dont la politique serait mauvaise) […] Le mobile est donc le pourquoi de l'action, la raison qui pousse l'agent. Le mobile est en somme l'arrière-plan psychologique de l'intention ». (Jean PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 404) ; ou « *Nem sempre é fácil diferenciar os motivos das finalidades (ou objetivos) do agente. A motivação do ato é aquela circunstância subjetiva que faz nascer a vontade. No caso específico da Lei 13.260/16, que faz referência a razões de xenofobia, poderíamos citar como exemplo o descontentamento de alguém com o crescente número de imigrantes em seu país, motivo que o levaria a praticar determinado ato terrorista. Por objetivo ou finalidade, por sua vez, se compreende o resultado pretendido. Ou seja, enquanto a motivação impulsiona o agente à prática delituosa ("De onde?"), a finalidade o atrai ("Para onde?"). Valendo-se do mesmo exemplo acima citado, ter-se-ia como finalidade do atentado terrorista a provocação de um sentimento de terror social ou generalizado, de modo a constranger o Estado a modificar sua política de tratamento em relação à entrada de estrangeiros em território nacional ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 896) (« Il n'est pas toujours facile de différencier les *motifs* des finalités (ou objectifs) de l'agent. La motivation de l'acte est celle circonstance subjective qui fait, naître la volonté. Dans le cas spécifique de la loi 13.260 du 16 mars 2016, qui fait référence à des raisons de xénophobie, nous pourrions citer comme exemple le mécontentement de quelqu'un avec la croissance du numéro d'immigrants dans son pays, motif que l'amènerait à pratiquer un acte terroriste. Par objectif ou finalité, à son tour, on comprend le résultat prétendu. C'est-à-dire, tandis que la motivation pousse l'agent à la pratique délictueuse ("D'où ?"), la finalité l'attire ("Vers où ?"). En utilisant le même exemple ci-dessus cité, on aurait comme finalité de l'attentat terroriste la provocation d'un sentiment de terreur sociale ou généralisée, de façon à contraindre l'État à modifier sa politique de traitement en relation à l'entrée d'étrangers dans le territoire national ». [traduction libre])

513 « *Afinal, o conceito de terrorismo é uma combinação de dois elementos : um elemento objetivo, dado que remete para uma lista de condutas criminosas graves, como definidos no nosso Código Penal e na Legislação Criminal Especial ; e um elemento subjetivo, porquanto estes atos só são considerados infrações terroristas, à luz da legislação brasileira, se forem cometidos com um motivo e uma intenção específicos ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 895) (« En fin de compte, le concept de terrorisme est une combinaison de deux éléments : un élément objectif, lors qu'il renvoie à une liste de conduites criminelles graves, comme ceux définis dans notre Code pénal et dans la législation pénale spéciale ; et un élément moral, parce que ces actes ne sont considérés comme des infractions terroristes, à la lumière de la législation brésilienne, que s'ils sont commis avec un motif et une intention spécifiques ». [traduction libre]).

Selon la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[514] :

> L'expression *discrimination raciale* vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique[515].

Ainsi, la définition englobe toutes les discriminations prévues par la loi brésilienne sauf, la discrimination religieuse[516].

Récemment, une loi au Brésil a défini la discrimination raciale ou ethnico-raciale comme « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence basée sur la race, la couleur, la descendance ou origine nationale ou ethnique qui ait pour objet d'annuler ou de restreindre la reconnaissance, le bénéfice ou l'exercice, en égalité de conditions, de droits humains et de libertés fondamentales dans les champs politique, économique, social, culturel ou dans tout autre champ de la vie publique ou privée » [traduction libre][517].

À l'origine de la discrimination, on trouve le préjugé. Il est une opinion formée de manière anticipée et négative sur quelque chose. Selon Guilherme de Souza Nucci[518] le « préjugé est l'opinion formée sur quelque chose ou quelqu'un, sans précaution, de manière hâtée, donc sans d'autres détails ou données sur l'objet de l'analyse, en amenant à des

514 Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965

515 Article I[er], alinéa 1, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965.

516 « Une question difficile actuellement en débat aux Nations Unies concerne l'interdiction de l'incitation à la haine religieuse, avec, en contre-champ, la demande (controversée) faite par certains États d'étendre ce principe d'interdiction à la « diffamation de religion », voire de criminaliser le discours qualifié de « diffamatoire ». Cette question échappe *a priori* à la compétence du Comité (*PSN* contre *Danemark,* Communication 36/2006 irrecevabilité *rationae materiae*), même si ce dernier a parfois exercé son contrôle dans des situations où des phénomènes de discrimination raciale et religieuse apparaissent imbriqués ». (Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, *op. cit.*, p. 210)

517 « *Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada ».* – Loi n° 12.288 du 20 juillet 2010 (Statut de l'égalité raciale)

518 Guilherme de Souza NUCCI, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 1*, 9ª Edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 10 janvier 2015, p. 269.

jugements précipités, invariablement injustes, capables de provoquer l'aversion contre des personnes ou des situations »[519].

La discrimination suppose une extériorisation tandis que le préjugé appartient à la subjectivité de l'individu. Le préjugé est, on a déjà affirmé, le mobile de la discrimination[520]. Alors, le préjugé tout seul ne peut pas causer aucun préjudice et ne pourrait pas non plus être incriminé[521].

Enfin, en droit brésilien la discrimination poussée par le préjugé, peut être de race, couleur, ethnie ou religion.

Xénophobe signifie « hostile aux étrangers, à tout ce qui vient de l'étranger »[522]. Le mot xénophobie dérive du grec *xenos*, qui signifie étranger et *phóbos* qui signifie peur[523]. Une des possibilités de motivation terroriste au Brésil est la discrimination contre les étrangers. Cette possibilité est difficile à envisager au Brésil, pays formé par plusieurs peuples et nationalités, qui historiquement a accepté des vagues de migrants, provenant de plusieurs parties du monde, comme par exemple des italiens, japonais, libanais ou boliviens.

Un préjugé de race peut être la cause d'un acte de terrorisme au Brésil. La race, malgré les discussions doctrinales, est plutôt considérée par les juristes au Brésil, comme un ensemble

---

519 « *Preconceito é a opinião formada, a respeito de algo ou alguém, sem cautela, de maneira açodada, portanto, sem maiores detalhes ou dados em torno do objeto da análise, levando a julgamentos precipitados, invariavelmente injustos, provocadores de aversão a determinadas pessoas ou situações* ». (*Ibid.*)

520 Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 899.

521 « *Assim, o preconceito trata-se de uma opinião formada e desfavorável, não baseada em dados objetivos. Situa-se na esfera interna do indivíduo e, como não é exteriorizado, não lesionando direitos de terceiros, não é punível. Desse modo, é permitido ao sujeito, em sua consciência, ser avesso a determinadas características alheias, mas é proibido manifestá-las desrespeitando quem as possui. Trata-se de limite à liberdade de expressão, pois o exercício deste direito não abriga ilícito (discriminação). Logo, a lei antiterrorismo, assim como a lei de preconceito (lei 7.716/89), não deveria estampar em seu catálogo criminalizante o "preconceito."* » (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 186) (« Ainsi, le préjugé est une opinion formée défavorable, non basée sur des données objectives. Il se situe dans la sphère interne de l'individu et, comme il n'est pas extériorisé, il n'atteint pas les droits dun tiers, il n'est pas punissable. Ainsi, il est permis à la personne, dans sa conscience, d'être hostile à quelques caractéristiques des autres, mais il est interdit de les manifester en montrant son irrespect envers celui qui les possède. Il s'agit d'une limite à la liberté d'expression, puisque l'exercice de ce droit n'implique pas un acte illicite (discrimination). Donc, la loi antiterrorisme, ne devrait pas imprimer dans son catalogue criminelle le *préjugé*, comme la loi de prejugé (loi 7.716/89) ». [traduction libre])

522 Alain REY (dir.), *Le Robert micro*, *op. cit.*, p. 1433.

523 Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 185.

de personnes liées par des caractéristiques culturelles[524]. L'analyse biologique a amené à la conclusion qu'il n'existe qu'une seule race : la race humaine[525]. Le *Supremo Tribunal Federal* (équivalent du Conseil Constitutionnel en France) s'est déjà prononcé sur la matière[526].

Le préjugé, selon la loi, peut-être aussi sur la couleur de la peau de l'être humain, qui peut être jaune, blanche, noire ou rouge. C'est une discrimination liée à la caractéristique physique d'un groupe d'individus, qui peuvent être ainsi identifiés et ciblés. Le terme *couleur* a été critiqué par la doctrine brésilienne, comme adjectif pour la peau humaine, car il serait plus adéquat pour qualifier des choses[527]. Malgré cette critique, l'emploi de ce critère est fondé sur la réalité sociale, c'est-à-dire que ce type de discrimination a lieu au Brésil, ce qui a justifié son inclusion dans la Loi Antiterrorisme[528].

Le préjugé basé sur l'ethnie, notion liée à des traits culturels d'un groupement des personnes, peut également motiver le terrorisme au Brésil. L'ethnie signifie l'identité d'un peuple. Il s'agit d'un concept anthropologique marqué par le sentiment d'identité entre des individus[529].

---

524 « […] *raça é um termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defende-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecida ».* (Guilherme de Souza NUCCI, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 1*, *op. cit.*, p. 273) (« […] race est un terme malheureux et ambigu, puisque veut dire tantôt un ensemble de personnes avec les mêmes caractères somatiques tantôt un groupe d'individus de même origine ethnique, linguistique ou sociale. Race peut signifier, enfin, un groupe de personnes qui communient dans des idéaux ou des comportements communs, et qui se rassemblent pour les défendre, sans, nécessairement, constituer un ensemble homogène de personnes physiquement semblables ». [traduction libre])

525 Pour cette raison le législateur français a récemment introduit aux articles 225-1 et ss. l'expression *la prétendue race*.

526 « […] *Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela pigmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.* […] » Décision citée par Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, pp. 899- 900. (« […] Race humaine. Subdivision. Inexistence. Avec la définition et l'élaboration de la carte du génome humain, scientifiquement il n'existe pas de distinction entre les hommes, soit en raison de la pigmentation de la peau, le format des yeux, la taille, les poils ou toute autre caractéristique physique, vue que tous se qualifient comme espèce humaine. Il n'y a pas de différences biologiques entre les êtres humains. En essence tous sont égaux. […] » [traduction libre])

527 Christiano Jorge SANTOS, *Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei no. 7,716/89 e aspectos correlatos*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 48.

528 Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 189.

529 « *A* etnia *é tradicionalmente conceituada pela antropologia como um agrupamento humano constituído por vínculos intelectuais, como a cultura ou a língua ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*,

Le préjugé peut être enfin sur la religion. La religion peut être envisagée sous plusieurs aspects : intellectuel, cérémonial, organisationnel, ou émotionnel[530]. La liberté de religion englobe tous ces aspects. Le terrorisme international est aujourd'hui surtout lié à des raisons de religion. Le djihadisme se développe sur un fond d'Islam ou de divergences dans l'Islam[531]. Dans certains cas où les terroristes ont attaqué directement des victimes chrétiennes[532].

Ce qui est important c'est que, hors de ces mobiles il n'existe pas de terrorisme au Brésil. Il n'y a pas de terrorisme pour des raisons de contestation d'un mode de vie, ou d'un système politique[533].

Il semble que le législateur brésilien a voulu incriminer le terrorisme de façon très proche du crime contre l'humanité, mais qu'il n'a pas voulu incriminer le terrorisme comme une technique de lutte contre un système politique ou contre le pouvoir de l'État.

---

p. 900) (« L'ethnie est traditionnellement définie par l'anthropologie comme un groupement humain constitué par des liens intellectuels, comme la culture ou la langue ». [traduction libre])

530 *Ibid.*

531 « L'islamisme est une idéologie qui porte sur les relations entre l'islam et l'État. Qu'il s'agisse des salafistes, des frères musulmans ou de mouvements djihadistes, tous ont pour objectif la prise du pouvoir et l'instauration d'un ordre politique régi par l'islam. Les frères musulmans prônent une république islamique où la charia aurait force de loi avec la présence d'institutions empruntées à l'Occident comme le Parlement. Quant aux djihadistes, dans une même mesure adepte de la charia, ils rejettent l'idée d'une assemblée élue qui légiférait, car l'homme ne peut légiférer à la place de dieux. C'en est fini du temps où les salafistes prônaient une réislamisation préalable de la société avant de passer à la démarche politique, voire à l'action violente : le jihad. L'effort de conversion qui restait pacifique chez les quiétistes, devient *guerre sainte* chez les djihadistes, qu'ils soient d'inspiration *frère musulmans* ou salafistes ». (Michel KORINMAN (dir.), *Daech : menace sur les civilisations*, Collection Outre-terre, Le Bouscat : Paris, L'Esprit du temps ; Académie européenne de géopolitique, 2015, pp. 176- 177)

532 « Le 26 juillet 2016, deux jeunes djihadistes s'introduisaient dans l'église de Saint-Étienne-du-Rouvray par une porte dérobée et assassinaient sauvagement un vieux prêtre, le père Jacques Hamel, qui se préparait à célébrer une Messe matinale devant une petite assemblée de fidèles. L'évènement a bouleversé la France entière. Ce n'était pas le premier acte terroriste qui frappait le pays ; ce n'était pas non plus le plus meurtrier. Mais, dans une nation que l'on dit déchristianisée et sécularisée, le meurtre en a affectée les ressorts profonds ». (François EUVÉ, *Au nom de la religion ? barbarie ou fraternité*, Ivry-sur-Seine, Les Éditions de l'Atelier, 2016, p. 9)

533 « *Especificamente em relação à legislação antiterrorista brasileira, é fato que não há qualquer referência, pelo menos expressa, à finalidade política do ato. Na verdade, o art. 2º,* caput*, da Lei nº 13.260/16, faz menção apenas à* finalidade de provocar terror social ou generalizado. *Ante o silêncio normativo, parece-nos desnecessária uma finalidade política, para fins de tipificação do crime de terrorismo no ordenamento pátrio. Há, pois, um único e especial fim de agir, qual seja, a finalidade de provocar terror social ou generalizado ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 908) (« Spécifiquement, en relation avec la législation brésilienne antiterroriste, il est vrai qu'il n'y a aucune référence, au moins expresse, de la finalité politique de l'acte. En effet, l'article 2éme, *caput,* de la loi 13.260/16, fait mention seulement de la *finalité de provoquer la terreur sociale ou généralisée*. En vue du silence normatif, il ne nous semble pas la nécéssité d'une finalité politique, pour la typification du crime de terrorisme dans l'ordre juridique de la patrie. Il y a, donc, une seule et spéciale fin d'agir, à savoir, la finalité de provoquer la terreur sociale ou généralisée ». [traduction libre])

L'incrimination de génocide a été créée par la loi nº 2.889/56 et consiste en ceci:

> Quiconque, avec l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel pour : a) tuer membres du groupe ; b) causer des blessures graves à l'intégrité physique ou mentale aux membres du groupe ; c) soumettre intentionnellement le groupe à des conditions d'existence capables de causer sa destruction physique totale ou partielle ; d) adopter des mesures destinées à empêcher les naissances dans le sein du groupe ; e) effectuer le transfert forcée d'enfants du groupe à un autre groupe ; […] [traduction libre][534]

Le mobile est le même que celui prévu pour les infractions terroristes, car il s'agit d'une discrimination née d'un préjugé de race, nationalité, ethnie ou religion[535]. La différence entre l'élément moral des deux infractions appartient au but. Dans l'infraction de génocide, le but est de détruire en tout ou en partie un groupe, tandis que l'intention dans les infractions terroristes est de causer la terreur sociale ou généralisée[536]. Il y a une autre différence. Dans le génocide la population est exterminée pour ce qui elle est. Dans le terrorisme, ce n'est pas le cas : elle est visée en tant que population globale au sein de la société.

La preuve de ces mobiles doit être faite dans tous les cas. Nous pensons que la tâche, en matière de terrorisme sera très difficile, parce que la cible de la violence n'est pas toujours un groupe discriminé[537]. Alors, le mobile serait reconnu seulement dans le cas où il serait déclaré par les agresseurs.

---

534 Article 1er, de la Loi nº 2.889/56, qui définit et punit le crime de génocide (en portugais) : « *Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal : a) matar membros do grupo ; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo ; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial ; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo ; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo ;* […] »

535 « *Com o advento da Lei 13.260/16, é possível que haja confusão entre as delimitações de terrorismo e genocídio, já que ambos envolvem questões relacionadas à etnia, raça e religião ».* (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 180) (« Après l'entrée en vigueur de la Loi n° 13.260/16, il est possible qu'il ait confusion entre les délimitations du terrorisme et celle du génocide, si les deux englobent des questions concernant l'ethnie, la race et la religion ». [traduction libre])

536 « *O tipo subjetivo do crime de genocídio do art. 1º da Lei n. 2.889/56 não é formado apenas pelo dolo. A ele deve se somar um especial fim de agir, consubstanciado na* intenção de destruir no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. *Perceba-se que a Lei n. 2.889/56 refere-se exclusivamente a esses grupos. Logo, na eventualidade de as modalidades executórias descritas nas alíneas do art. 1º serem cometidas contra grupos análogos, identificados, por exemplo, por uma orientação política, ideológica ou cultural, não há falar em genocídio ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 284). (« Le type subjectif du crime de génocide de l'article 1er de la loi nº 2.889/56 n'est pas formé seulement par le dol. On doit lui ajouter une fin spéciale d'agir, inscrite dans *l'intention de détruire en tout ou en partie*, *un groupe national, ethnique, racial ou religieux.* Aperçoit-on que la Loi n° 2.889/56 se réfère exclusivement à ces groupes. Donc, dans l'éventualité des modalités exécutoires décrites dans les alinéas de l'article 1er, comme être commises contre des groupes analogues, identifiés, par exemple, par une orientation politique, idéologique ou culturel, on ne peut pas parler de génocide ». [traduction libre])

537 « *Já no terrorismo, ainda que a Lei 13.260/16 elenque entre as razões da conduta o preconceito ou discriminação contra etnia, raça e religião, podendo o ato vitimar a esses grupos, a finalidade específica é a de provocar terror social ou generalizado, ou seja, é causar medo, insegurança e, neste tanto, desafiar governos* […] » (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op.*

Au Brésil, nous pensons que le législateur a voulu laisser liberté aux groupes agissant contre l'État, et n'a protégé contre le terrorisme que les groupes composant le peuple, des groupes qu'on puisse identifier par la nationalité, la race, la couleur, l'ethnie ou la religion. C'est-à-dire et nous trovons regrettable que le peuple brésilien dans son ensemble, comme un des éléments de l'État, ne soit pas protégé contre la violence terroriste.

La lutte armée ou violente, même si elle cause et utilise la terreur contre la population, ne peut être qualifiée de terrorisme, que si une des discriminations est présente. L'essence politique du terrorisme est perdue dans la définition brésilienne. Ce qu'on a qualifié de terrorisme est très limité par rapport à la législation française[538].

À l'évidence, par crainte d'un retour de la dictature, l'idéologie n'a pas considéré l'État comme devant servir à organiser et permettre la vie sociale, mais comme un appareil d'oppression, qu'il faut restreindre. Et cela dans un État démocratique c'est une grave équivoque, qui affaiblit les institutions en les laissant à la merci des agresseurs.

---

*cit.*, pp. 180- 181) (« Déjà dans le terrorisme, même si la loi 13.260/16 énumère entre les raisons de la conduite, le préjugé ou la discrimination contre l'ethnie, la race et la religion, pouvant l'acte atteindre ces groupes, la finalité spécifique est celle de provoquer la terreur sociale ou généralisée, c'est-à-dire, de causer la peur, l'insécurité et, ainsi, défier des gouvernements […] » [traduction libre])

538 « *É neste sentido que as ações violentas comandadas pelas facções criminosas em represália à prática de um ato pelo Estado, v.g., instalação de bloqueadores de celulares nas unidades prisionais, visam, à toda evidência, a subversão da ordem e a fragilização do Estado, ferem sua autonomia e colocam em posição de submissão os poderes e a atividade de Estado constitucionalmente estabelecidos. Nesta esteira, com base nas legislações internacionais, estariam presentes os dois elementos do fenômeno terrorista, estrutural e teleológico, e a aplicação da legislação correlata seria, em tese, possível.*

*Mas não no Brasil, em que o legislador estabeleceu, para além da estrutura e finalidade do ato, motivos específicos da ação terrorista, num autêntico especial fim de agir. Países como a Espanha e a França que foram reiteradas vezes alvo de ataques terroristas não impuseram ao tipo penal do terrorismo a configuração de uma motivação específica, porém o legislador brasileiro resolveu fixa-la. Será que ele agiu bem? Será que essa legislação respeita o modelo estabelecido pela Constituição?* » (Thiago Grazziane GANDRA et Carlos Luiz de Lima NAVES, « Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na lei 13.260/16: a incostitucionalidade do elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional », dans Gabriel HABIB (dir.), *Lei antiterrorismo: Lei 13,260/2016*, Salvador, Editora JusPODIVM, 2017, p. 326) (« C'est dans ce sens que les actions violentes ordonnées par les factions criminelles en représailles à la pratique d'un acte par l'État, *v.g.*, l'installation du blocage de portables dans les prisions, visent, à toute évidence, la subversion de l'ordre et la fragilisation de l'État; elles frappent son autonomie et mettent en position de soumission les pouvoirs et l'activité de l'État constitutionnellement établis. Dans ce sens, basés sur les législations internationales, les deux éléments du phénomène terroriste, structurel et téléologique, seraient présents, et l'application d'une législation propre serait, en théorie, possible.

Mais non pas au Brésil, où le législateur a établi, au-delà de la structure et de la finalité de l'acte, de motifs spécifiques de l'action terroriste, dans une authentique fin spéciale d'agir. Des pays comme l'Espagne et la France, qui ont été à plusieurs reprises la cible d'attaques terroristes, n'ont pas imposé au type pénal du terrorisme la configuration d'une motivation spécifique, mais le législateur brésilien a résolu d'en fixer. Est-ce qu'il a bien agi ? Est-ce que cette législation respecte le modèle établi par la Constitution ? » [traduction libre])

La législation brésilienne a limité la notion de terrorisme aux cas de discriminations. Cette restriction n'existe ni en droit international, ni en droit européen, ni en droit français.

## § 2. Le dol

**107.** Les actes ne reçoivent la qualification de *terroristes* que s'ils sont commis avec la finalité de provoquer la terreur sociale ou généralisée.

Le but de l'auteur est de provoquer la terreur sociale. L'essence de toute définition de terrorisme est le but de causer la terreur et de la répandre dans toute la société. C'est là l'élément de la définition, comme en droit français, capable donner les contours de l'acte de terrorisme[539].

Même les mobiles dont nous avons parlé, une des composantes de l'élément moral, peuvent être confondus avec l'élément moral du crime de génocide, au Brésil, et même aussi avec celui des crimes selon la loi sur les discriminations, Loi nº 7.716 du 5 janvier 1989[540].

Quand nous cherchons une définition du terrorisme qui pourrait être universelle, le noyau dur de la définition reste l'intention de répandre la terreur[541].

Les observations faites sur la terreur en droit français sont valables aussi pour le droit brésilien[542].

---

539 Dans ce sens : « *A previsão no tipo penal de que a conduta do agente tenha a finalidade de provocar terror social ou generalizado evidencia a tentativa do legislador em diferenciar o terrorismo dos crimes comuns, além de buscar seguir a tendência da resolução 49/60 sobre Medidas para a eliminação do Terrorismo Internacional, datado de 1995, da Assembléia Geral da ONU* ». (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, pp. 191- 192) (« La prévision dans le type pénal que la conduite de l'agent ait la finalité de provoquer la terreur sociale ou généralisée est une évidence de la tentative du législateur de différencier le terrorisme des crimes communs, au-delà de sa recherche à suivre la tendance de la Résolution 49/60 sur les mesures pour l'élimination du Terrorisme International, datée de 1995, de l'Assemblée Générale de l'ONU ». [traduction libre])

540 La loi 7.716 du 5 janvier 1989 définit les crimes résultant d'un préjugé sur la race ou la couleur.

541 « *Portanto, ficam patentes quais os três elementos que devem ser considerados essenciais a uma definição de terrorismo : a violência, o aspecto teatral e o propósito de atemorizar a população* ». (Washington Luís de Sousa BONFIM, « Elementos para a definição do crime de terrorismo e a caracterização do terrorismo contemporâneo », dans Gabriel HABIB (dir.), *Lei antiterrorismo: Lei 13,260/2016*, Salvador, Editora JusPODIVM, 2017, p. 363) (« Donc, les trois éléments qui doivent être considérés comme essentiels pour une définition du terrorisme deviennent clairs : la violence, l'aspect théâtral et le but de causer la peur à la population ». [traduction libre]).

542 *Cf.* Titre II, Chapitre I, Section I, § 2ème.

Mais qu'en est-il si la terreur est répandue par un mobile politique, sans être associée à un mobile de discrimination ? L'État peut être atteint par la terreur généralisée, mais alors, la loi sur le terrorisme ne s'appliquera pas !

La manière dont le dol de l'incrimination de terrorisme est construite au Brésil ne permet pas que tous les cas existant dans la réalité soient réprimés par la loi. C'est-à-dire que la protection de la loi est déficitaire, incomplète et que la qualification de terrorisme perd un peu de son essence en droit brésilien.

Nous pouvons citer par exemple le cas de l'assassinat du P-DG de la Régie Renault en France[543], qui ne serait pas incriminé par la législation brésilienne, par faute d'un motif discriminatoire. Nous pensons que même le terrorisme corse, qui visait la libération de la Corse[544] ne serait pas puni au Brésil, car il ne s'agissait pas d'un mobile discriminatoire en raison de la nationalité, mais d'une lutte politique pour l'indépendance, et donc pour le pouvoir dans ce territoire.

En droit brésilien, si l'agent veut répandre la terreur sociale, pour défier le pouvoir de l'État mais sans avoir les mobiles discriminatoires prévus par la loi, son acte ne peut pas être qualifié de terroriste. En doctrine, on a déjà été évoqué l'exemple des organisations criminelles[545].

---

543 « Toujours en 1986, la formation terroriste Action directe assassine le P-DG de la Régie Renault, Georges Besse, au nom de la lutte contre l'impérialisme capitaliste. Les attaques s'opèrent contre des symboles de la puissance de l'État et le grand patronat. C'est donc en tant que représentant d'une entreprise à vocation internationale que Georges Besse est abattu ». (Mario BETTATI, *Le terrorisme*, *op. cit.*, p. 25)

544 « En France, le *terrorisme corse* est le plus virulent. Le 21 août 1975, une vingtaine d'individus occupe la cave Depeille à Aléria et y prend en otages des ouvriers. L'assaut lancé par les forces de l'ordre pour libérer les lieux se solde par des morts et des blessés. Quelques mois plus tard, dans le sillage de ces événements est créé, dans la nuit du 4 mai ou 5 mai 1976, le FLNC (Front de libération nationale corse). Ce mouvement est à l'origine de plusieurs milliers d'attentats depuis la fondation du FLNC (296 en 1977, 25 en 2009 […]). Ses cibles sont très variées. En peuvent être classées en trois catégories d'inégale importance. Pour chacune d'entre elles on retiendra seulement un échantillon représentatif des milliers de cibles visées. *Le FLNC contre des édifices et équipements publics.* […] *Le FLNC terrorise aussi des particuliers.* […] *Le FLNC contre des personnalités.* […] » (*Id.*, p. 25/27.)

545 « *Neste sentido, extirpar da legislação pátria a motivação específica exigida para o ato de terrorismo seria medida salutar, a fim de vê-la ser aplicada aos fatos que, por sua aleatoriedade, violência e finalidade mais se assemelham aos atentados terroristas, nos moldes da definição colhidas nas mais diversas legislações internacionais.*

« *Não é admissível que facções criminosas, insatisfeitas com as diretrizes e ações tomadas pelos responsáveis pelo sistema prisional possam subverter a ordem, insurgindo-se contra os poderes do Estado, criando o clima de medo e insegurança e assim pretendendo que o poder público pratique ou deixe de praticar determinado ato. Ações legítimas do Estado, ligadas à efetiva fiscalização do sistema prisional, não podem servir de motivação para movimentos violentos de ataque ao Estado, em verdadeira guerra. Não é possível que os ordenadores e executores deste tipo de ataque tenham suas condutas adequadas tipicamente em tipos penais comuns,*

Enfin, nous pouvons dire que l'essence du terrorisme est mitigée par le mobile spécial de discrimination exigé par la loi brésilienne. Et s'il y a de terrorisme motivé par autre chose que la discrimination, il s'agit d'un terrorisme qui ne sera pas puni au Brésil.

## Section II. Les cas d'exclusion de buts terroristes – des limites à l'application de la loi

**108.** Le législateur brésilien a créé à côté d'une liste de conduites qui sont susceptibles de recevoir la qualification terroriste, une liste de conduites que ne peuvent pas recevoir une telle qualification. C'est une liste négative.

Mais cette liste est plutôt liée à l'élément moral de l'agent de la conduite que à la conduite elle-même. C'est-à-dire qu'il s'agit d'une liste de mobiles qui ne peuvent pas être qualifiés au Brésil de *terroristes*.

Ces mobiles ne peuvent pas être considérés comme terroristes, même avec la présence des autres éléments du dol – les mobiles et le but spéciaux dont nous avons parlé. Ces sont des cas d'exclusion de buts terroristes. En droit brésilien on les a déjà qualifiés de *cas d'exclusion de la typicité*[546].

*sem o condão de efetivamente dissuadir o comportamento ».* (Thiago Grazziane GANDRA et Carlos Luiz de Lima NAVES, « Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na lei 13.260/16: a incostitucionalidade do elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional », *op. cit.*, pp. 335- 336) (« Dans ce sens, extirper de la législation de la patrie la motivation spécifique exigée pour l'acte de terrorisme serait une mesure salutaire, afin de la voir appliquée aux faits qui, par leur caractéristique aléatoire, violente et par leur finalité ressemblent le plus aux attentats terroristes, selon les modes de définition insérés dans les législations internationales le plus diversifiées.

« Il ne peut être admis que des factions criminelles, insatisfaites des directions et des actions pratiquées par les responsables du système des prisons, puissent subvertir l'ordre, en s'insurgeant contre les pouvoirs de l'État, en créant un climat de peur et d'insécurité et en prétendant ainsi obliger le pouvoir public à pratiquer ou non un acte déterminé. Les actions légitimes de l'État, liées à la fiscalisation effective du système des prisons, ne peuvent pas servir de motivation à des mouvements violents d'attaque contre l'État, dans une vraie guerre. Il n'est pas possible d'accepter que les ordonnateurs et les exécuteurs de ce type d'attaque soient incriminés simplement de crimes communs, sans la possibilité effective de les dissuader de ce comportement ». [traduction libre])

546 « *Nesta perspectiva, a natureza jurídica deste art. 2º, § 2º se aproxima mais de uma excludente de tipicidade, diante da ausência de dolo orientado à pratica de algum dos atos de terrorismo,* […] » (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 231) (« Dans cette perspective, la nature juridique de cet article 2ème, § 2ème, s'approche plus d'une cause qui exclue la typicité, face à l'absence de dol orienté à la pratique de quelques actes de terrorisme, […] » [traduction libre])

Ces cas d'exclusion de la qualification terroriste ont la même structure que les incriminations terroristes : des actes, associés à un contexte et à un but particulier, sauf que ces caractéristiques au lieu de qualifier une action de terrorisme servent à empêcher une telle qualification.

Dans un premier paragraphe nous allons analyser le contexte et dans un deuxième temps le but de l'exclusion de la qualification de terrorisme.

## § 1. Le contexte

**109.** L'article 2ème, § 2ème, prévoit que les dispositions de l'article 2ème, ne s'appliquent pas à la conduite individuelle ou collective de personnes « à l'occasion de manifestations politiques, mouvements sociaux, syndicaux, religieux, de classes ou catégories professionnelles, dirigés par des finalités sociales ou revendicatives », comme contexte premier de l'exclusion.

Auparavant, il faut remarquer que la conduite peut être individuelle ou collective, mais le contexte est toujours collectif, parce qu'il s'agit de mouvements. Ces manifestations politiques et ces mouvements doivent avoir des finalités sociales ou revendicatives.

Une manifestation politique collective suppose un groupe de personnes en mouvement, ayant une action, pour atteindre un but politique. Les mouvements sociaux, syndicaux, religieux, de classe ou catégorie professionnelle supposent eux aussi une action collective, pour atteindre un but appartenant à cette catégorie. Quelquefois, ces mouvements ont des objectifs contraires à ceux exercés par l'État[547].

---

547 « *Na verdade, mais do que os movimentos coletivos de grupo, os movimentos sociais não pretendem ser efêmeros, não reivindicam e buscam uma mudança pontual. De forma geral, são movimentos que buscam impor mudanças nas normas, nas funções e nos processos de destinação dos recursos, que pretendem influenciar nas modalidades de acesso à participação política e de mudança das relações de força, podendo até pretender a subversão da ordem social e transformação do modo de produção e das relações de classe ».* (Bobbio, Matteucci et Pasquino, 1998, *cité par* Thiago Grazziane GANDRA et Carlos Luiz de Lima NAVES, « Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na lei 13.260/16: a incostitucionalidade do elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional », *op. cit.*, p. 318) (« En vérité, au-delà de mouvements collectifs de groupe, les mouvements sociaux n'entendent pas être éphémères, ne revendiquent et ne cherchent pas une modification ponctuelle. De manière générale, ils cherchent à imposer des changements de règles, de fonctions et de destination des ressources, qui prétendent influencer les modalités d'accès à la participation politique et au changement des relations de force, pouvant même prétendre à la subversion de l'ordre social et la transformation des moyens de production et des relations de classe ». [traduction libre])

Alors, le contexte est collectif et requiert un mouvement, qui vise à contester, critiquer, protester ou appuyer une cause politique, sociale, religieuse ou professionnelle.

Ces manifestations incluent parfois des actes de violence[548] et pour cette raison pourraient être confondues avec des actions terroristes. Mais malgré la violence et la peur qu'ils peuvent causer à la population, ces manifestations et le terrorisme ont des buts différents, ce qui les distingue[549].

## § 2. Le but

**110.** Les actions appartenant à ces mouvements ne constitueront pas des actes de terrorisme dès lors qu'elles sont pratiquées avec l'objectif de défendre des droits, des garanties et des libertés constitutionnelles.

La clé de l'exclusion du dol est l'intention de défendre ces droits, garanties et libertés constitutionnelles. Le fait de contester, de critiquer, de protester constitue un droit, mais des limites sont à respecter et même si les limites ne sont pas respectées, la qualification des actes ne sera pas celle de terrorisme.

C'est-à-dire que, dans le contexte d'une manifestation politique ou mouvement social, si un individu ou un groupe est en train de répandre la terreur, pour défendre des droits garantis par la Constitution, il ne peut pas être qualifié de terroriste. Ces actions ne peuvent pas être qualifiées de terroristes, selon la lettre de la loi.

---

548 « *Mesmo que não desejado, não é incomum que manifestações populares terminem em confrontos, depredações, pessoas feridas e mortes. Se, por um lado, tais manifestações sociais fazem parte do jogo democrático, por outro, não raras vezes elas extrapolam os limites toleráveis. Porém, só por isso, não poderiam ser tratadas como atos de terrorismo por lhes faltarem os elementos estruturais básicos do fenômeno terrorista, notadamente, o discurso do terror ».* (*Id.*, p. 316) (« Même si on ne le veut pas, il est commun que des manifestations populaires finissent en confrontations, déprédations, avec des blessés et des morts. Si, d'un côté, de telles manifestations sociales font partie du jeu démocratique, de l'autre, elles dépassent souvent limites tolérables. Cependant, de ce seul fait, elles ne peuvent pas être traitées comme des actes de terrorisme, parce qu'il leur manque les éléments structurels basiques du phénomène terroriste, notamment, le discours de la terreur ». [traduction libre])

549 « *Com efeito, por mais que manifestações esporádicas causem certo temor à população, não é este o objetivo precípuo do grupo manifestante. Pelo contrário. Geralmente, os protestos sociais têm interesse em angariar a simpatia da sociedade como um todo, contribuindo, assim, para conferir ainda mais legitimidade a suas reivindicações políticas ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 917) (« En effet, même si des manifestations sporadiques causent une certaine peur à la population, ce n'est pas l'objectif premier du groupe manifestant. Au contraire. Normalement, les protestations sociales ont intérêt à obtenir la sympathie de la société en général, en contribuant, ainsi, à conférer encore plus de légitimité à leurs revendications politiques ». [traduction libre]).

Toute la discussion tournera autour de la présence d'un droit constitutionnel en jeu, parce que les groupes terroristes ont toujours une position politique ou religieuse particulière et se disent défenseurs des droits. C'est toujours une question de point de vue.

En France, une telle disposition n'existe pas, mais les mouvements sociaux ne sont pas qualifiés de *terroristes*, même si parfois ils utilisent quelques actions violentes. Il y a une différence fondamentale entre *le terrorisme* et les mouvements sociaux.

Les mouvements sociaux font partie de la société qu'ils reconnaissent comme la sienne. Ils veulent des modifications, c'est sûr, mais pas la chute de toute organisation, de tout gouvernement[550]. *À contrario*, le terroriste ne respecte pas l'État et ses règles, il veut substituer aux règles ou au régime en vigueur, le sien.

C'est en raison de cette caractéristique qu'on peut dire que ces mouvements cherchent à défendre des droits garantis par la Constitution, ils la reconnaissent et lui sont soumis.

Au Brésil, on a voulu sauvegarder cette différence pour empêcher une éventuelle interprétation de l'action d'un mouvement social comme *terroriste*. Et malgré la presence des cas d'exclusion du dol terroriste, des organismes internationaux et des organisations de droits humains ont critiqué cette loi[551].

---

550 « *Ao contrário do fenômeno terrorista, a finalidade dos movimentos sociais está protegida pelo Estado democrático de Direito, em que a dialética e a liberdade de pensamento e a manifestação são características primordiais e protegidas constitucionalmente* ». (Thiago Grazziane GANDRA et Carlos Luiz de Lima NAVES, « Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na lei 13.260/16: a incostitucionalidade do elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional », *op. cit.*, p. 318) (« Au contraire du phénomène terroriste, la finalité des mouvements sociaux est protégée par l'État démocratique de droit, en lequel la dialectique, la liberté de pensée et le droit à manifester sont des caractéristiques primordiales et protégées constitutionnellement ». [traduction libre]).

551 « *Todavia, esta solução (adotada por outros países receosos com a definição genérica de atos terroristas, segundo informa o Fundo Monetário Internacional), não parece suficiente aos olhos da Anistia Internacional, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos na América do Sul e de organizações sociais, as quais argumentam que, dada a amplitude e vagueza da lei, mesmo diante deste § 2º movimentos e manifestações sociais estão expostos ao risco de terem suas ações tratadas como terrorismo* ». (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 227) (« Toutefois, cette solution (adoptée par d'autres pays craignant la définition générique d'actes terroristes, comme l'indique le Fond Monétaire International), ne semble pas suffisante aux yeux d'Amnistie International, du Haut-commissariat des Nations unies pour les droits humains dans l'Amérique du Sud et des organisations sociales, lesquelles soutiennent que, en vertu de l'ampleur et de l'imprécision de la loi, même face à ce § 2ème les mouvements et manifestations sociales sont exposés au risque de voir ces actions qualifiées de terrorisme ». [traduction libre])

Une partie de la doctrine a considéré que les cas d'exclusion sont valables seulement pour les actes prévus à l'article 2ème, en raison de l'utilisation de l'expression *dans cet article*[552]. Nous pensons différemment. En effet, les cas d'exclusion sont liés au dol, appartenant à toute infraction de terrorisme. Le dol est l'élément d'unité des infractions de terrorisme, de sorte que nous pensons que les cas d'exclusion du dol doivent s'étendre aussi aux infractions de terrorisme par référence, prévues dans les autres articles de la loi 13.260 du 16 mars 2016.

Le dispositif n'était pas nécessaire, quand il s'agit vraiment de la défense des droits prévus par la Constitution. Mais, il faut y veiller, car il peut dans le futur être invoqué par des mouvements, qui cachent leur vrai objectif de substituer l'ordre politique, et d'annihiler l'ordre de l'État. Le problème sera toujours d'interprétation, comme nous l'avons dit.

Si d'un côté le dispositif augmente les garanties des mouvements sociaux, d'autre part il laisse la voie plus ouverte à des organisations terroristes qui se travestissent en mouvements sociaux. Réduire trop les pouvoirs de l'État contre ses agresseurs engendre le péril de subir sa suppression.

Et ici, nous pouvons évoquer que s'il n'y a pas d'État, il n'y a pas de droit pénal et s'il n'y a pas de droit pénal il y a soit le désordre généralisé, soit la force sans droits pour la défense. La réponse pénale est la plus protectrice pour le citoyen[553].

## Conclusion du Chapitre II

**111.** L'élément moral des infractions de terrorisme au Brésil est bien complexe. Il est composé d'un dol général de commettre un acte prévu par la loi, d'un mobile spécial et d'un but spécial. Les trois doivent être présents à la fois, pour la caractérisation du dol terroriste. Mais, ces contours sont encore tracés par des cas d'exclusion du dol.

---

552 « *Da leitura do diploma, extrai-se que a causa excludente do § 2º do art. 2º não é aplicável a todos os tipos penais da Lei Antiterrorismo, mas tão somente ao crime de terrorismo, previsto no art. 2º* ». (*Id.*, p. 229) (« De la lecture du diplôme, on extrait que la cause excluant du § 2ème, de l'article 2ème n'est pas applicable à tous les types pénaux de la Loi Antiterrorisme, mais seulement au crime de terrorisme, prévu à l'article 2ème ». [traduction libre])

553 « Incontestablement, la diversification des réponses violentes au phénomène terroriste a pour effet que la réponse pénale n'est ni l'unique source de la violence étatique qui s'élève contre le terrorisme, ni l'*Ultima ratio*. Mais cette diversification signe-t-elle pour autant l'échec de la contribution du droit pénal à la lutte contre le terrorisme qui rendrait inutile une étude sur le sujet ? Plusieurs raisons imposent une réponse négative, qui témoigne de l'intérêt actuel d'une étude du droit pénal anti-terroriste. On peut le résumer ainsi : face à tous ces dispositifs extra pénaux, la réponse pénale est la plus protectrice, donc la plus admissible dans une démocratie. Elle doit donc être privilégiée et améliorée ». (Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal*, *op. cit.*, p. 6)

Les cas d'exclusion du dol ne constituent pas la vraie limitation de l'élément moral des infractions de terrorisme au Brésil. Ces cas, de toute façon, ne sont pas considérés comme du terrorisme dans une interprétation correcte du vrai sens du terrorisme.

La limitation de l'élément moral existe en vérité parce que les mobiles du terrorisme au Brésil sont limités aux cas des discriminations. C'est là, la vraie restriction de la loi. La doctrine au Brésil a déjà remarqué que :

> […] même si cela se produisait et que le magistrat considérait que la conduite ne contient pas de tels propos ou ne vise pas de tel objectif, pour recevoir la qualification pénale de l'article 2ème l'agent devrait avoir eu pour mobile des raisons de xénophobie, de discrimination ou préjugé de race, couleur, ethnie et religion. Et il n'est pas facile de recontrer un exemple qui cadre avec cette supposition : les exemples présentés jusqu'à maintenant indiquent des buts politiques, comme celui des actions du *mouvement sans-terre*, exemple les portails d'écoles enfoncés avec violence contre le personnel de sécurité pour obtenir partiellement le contrôle de l'école, ce qui ne cadre pas avec les raisons exigées par le *caput* de l'article 2ème de la loi Antiterrorisme [traduction libre][554].

La loi, avec cette restriction, a délibérément laissé en dehors de son domaine le terrorisme à cause de raisons politiques de lutte pour le pouvoir, qui existent dans la réalité. Il semble qu'ailleurs la plupart des législations incriminent le terrorisme pour des raisons politiques, justement parce qu'il s'agit d'un cas très commun dans la réalité historique ou actuelle[555]. Les mouvements anarchistes du XIXème siècle en France par exemple ne pourraient

---

554 « […] *mesmo que isso ocorresse e que este magistrado interpretasse que a conduta não possui tais propósitos ou tal objetivo, para que houvesse subsunção ao tipo penal do art. 2º, o agente teria de atuar por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor etnia e religião. E não é fácil encontrar um exemplo que se encaixe nesta suposição: os até então apresentados indicam fins políticos, como ocupações do movimento sem-terra 173, forçada de portões de escola com empurrão a seguranças para obter o controle parcial desta 174, o que não se amolda às razões exigida pelo caput do art. 2º da Lei Antiterrorismo* ». (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, pp. 228- 229)

555 « De manière générale, l'ensemble des définitions proposées par les autorités nationales ou internationales retiennent essentiellement deux facteurs intentionnels particuliers de l'action terroriste : l'intention de coercition exercée à l'égard d'un État (gouvernement, corps politique etc., mais aussi assimilation des organisations gouvernementales internationales, voire d'autres institutions) ou l'intimidation du public ou d'une partie de celui-ci, parfois également la déstabilisation de structures institutionnelles (étatiques ou d'organisations internationales). En outre, certaines législations précisent encore cette intention terroriste en ajoutant que l'acte terroriste doit avoir été perpétré dans l'intention d'exprimer une idée à caractère politique, religieux ou idéologique. Cette exigence est inspirée de la législation anglaise, et est retenue par des nombreuses législations des pays du Commonwealth – Australie, Canada, Nouvelle-Zélande – mais également en dehors du Commonwealth, comme en Argentine, en Israël, ou encore en Afrique du Sud qui ajoute d'ailleurs l'objectif philosophique aux buts politique, religieux et idéologique, étendant par là encore l'élément intentionnel ». (Ludovic HENNEBEL et Damien VANDERMEERSCH (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Collection Magna Carta, Bruxelles, Bruylant, 3 novembre 2009, pp. 40- 42)

pas être considérés comme terroristes au Brésil, même s'ils sont ainsi qualifiés par les historiens et juristes[556].

Nous pensons qu'au Brésil il n'y a pas eu une véritable volonté de créer une loi contre le terrorisme, mais plutôt celle de créer une loi contre les discriminations et les crimes contre l'humanité. La combinaison des limitations du mobile et des cas d'exclusion du dol a écarté la possibilité de la punition des actes de terrorisme pour des raisons politiques, quand la plupart des définitions du terrorisme reconnaissent sa nature essentiellement politique[557]. C'est une contradiction de la loi brésilienne où l'on voit ainsi le législateur brésilien accepter l'utilisation d'un terrorisme s'il est seulement à des politiques. C'est bien regrettable !

La loi, sans doute lacunaire surtout quant à élément moral, peut être utile parce qu'elle permet au Brésil d'intégrer la grande lutte contre le terrorisme international, aujourd'hui plutôt manifesté par l'EI.

556 « Le terrorisme anarchiste du XIX^e siècle présente des caractéristiques fort particulières. Il s'agit d'abord d'un terrorisme individuel qui ne bénéficie pas, ou très peu, de moyens logistiques (financement, entraînement …). Il n'y a pas eu de réseaux capables de « penser » une stratégie de terreur à un niveau national ou international. Chaque terroriste agissait en fonction d'émotions qui lui étaient propres. Telle condamnation d'un mouvement ouvrier pouvait déclencher chez l'un le passage à l'acte, et nullement chez un autre qui sera plutôt sensible à la vengeance d'un camarade. Ensuite, le recours à la "propagande par le fait" a été réellement international ». (Gérard CHALIAND et Arnaud BLIN (dir.), *Histoire du terrorisme*, *op. cit.*, p. 174) ; « Car dans les années 1890 déferle une véritable vague terroriste – une vague et une vogue : une vague que se manifeste par des publications, des discours, des complots (ou des rumeurs de complots), des attentats visant des personnalités ou bien l'homme de la rue ; une vogue, la construction d'un ennemi intérieur, d'un mal social prospérant sur des peurs anciennes (le monde ouvrier, la « classe dangereuse », le crime et les bas-fonds) et des idéologies nouvelles, comme l'anarchisme. Les grandes villes – à commencer par Paris – voient naître une criminalité inédite. Aux marges de la ville, dans ses bas-fonds, les « apaches » se répandent : le terrorisme anarchiste semble former le versant politique de cet inframonde du crime ». (Gilles FERRAGU, *Histoire du terrorisme*, *op. cit.*).

# Conclusion du Titre II

**112.** La vraie différence entre la définition du terrorisme en droit français et en droit brésilien existe par rapport à l'élément moral de l'infraction. La loi française est beaucoup plus générique et ample. Elle touche toute intention politique, économique, religieuse de troubler l'ordre public par l'emploi de la terreur. La loi brésilienne ne s'applique qu'aux intentions discriminatoires.

En droit français, l'élément matériel de l'infraction est très spécifique, très détaillé. Cependant l'élément moral contient une formule ouverte. La formule est inversée en droit brésilien : l'élément matériel contient des formules ouvertes, tandis que l'élément moral contient plusieurs restrictions.

Ainsi, le législateur français a conçu une définition large et en même temps respectueuse du principe de la légalité. En revanche, le législateur brésilien a conçu une définition plus restreinte du terrorisme, qui touche par certains points le principe de la légalité, et dont le défaut le plus grave est d'exclure de la qualification terroriste les motivations politiques, mais c'est l'essence du phénomène. À notre avis, la loi brésilienne ne contient pas une vraie définition du terrorisme, comme il est défini en droit international et en droit français.

Nous ne voyons pas en France d'exemples de l'utilisation de la loi anti-terroriste pour réprimer des mouvements sociaux. Le Brésil, par peur d'une telle utilisation inappropriée de la loi, a créé avec trente années de retard une loi lacunaire.

# Conclusion de la Partie I

**113.** Finalement, les éléments de l'infraction de terrorisme en droit français et en droit brésilien n'ont pas le même contenu. En ce qui concerne l'élément matériel : la liste de comportements constituant des actes de terrorisme en France est plus extensive que la liste brésilienne. En outre, la loi française est plus précise, plus détaillée et donc, plus conforme au principe de la légalité, que la loi brésilienne. En revanche, l'élément moral dans la définition française de terrorisme est plus général que celui de la définition brésilienne. Ce dernier est restreint aux mobiles discriminatoires. Nous arrivons, donc, à une première conclusion : la définition française de terrorisme est beaucoup plus large qu'au Brésil.

Nous avons observé tout au long de cette première partie que la technique législative utilisée par le législateur français confère plus de précision à la description des faits incriminés par la loi que celle utilisée par le législateur brésilien. La loi brésilienne contient des descriptions parfois très ouvertes et génériques qui atteignent le principe de légalité. Le cas le plus emblematique est celui d'une incrimination générale des actes préparatoires de terrorisme. De là on tire une deuxième conclusion : le dispositif antiterroriste français est plus respectueux du principe de légalité que le dispositif brésilien.

Enfin, plusieurs techniques ont été employées pour anticiper la répression du terrorisme, dans les deux législations. Aujourd'hui, la plupart des incriminations concerne des actes préparatoires. Cette anticipation n'est pas nouvelle, mais elle a quand même évolué : quelques actes se situent proches du stade de la cogitation de l'infraction, la moindre exteriorisation d'une intention terroriste est incriminée.

Nous pensons que l'anticipation de la répression, présente dans les deux législations depuis longtemps, comme nous l'avons vu, ne constitue pas un mal en soi[558]. En revanche,

[558] Dans les sens du texte l'observation de M. Massé pendant le colloque organisé les 9 et 10 février 2017, à l'Université de Lille 2 : « Le devellopement d'infractions préventives, non lésionnaires n'est pas vraiment nouveau et ne me paraît pas contestable en soi. Le législateur reste maître du périmètre de la matière et, face au terrorisme, on ne saurait guère lui contester la nécessité d'un recours au droit pénal. Mais, là ou le bât blesse, c'est lorsque l'on examine la rédaction et la repression de ces nouvelles infractions. Il faudrait que légalité de l'interdit et proportionalité de la sanction, responsabilité individuelle et en connaissance de cause, procédure garantiste et stricte necessité des restrictions de liberté avant jugement … ne soient pas des principes malmenés ». (Michel MASSÉ, « Table ronde conclusive », dans Julie ALIX et Oliver CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme: implications juridiques*, Paris, Dalloz, 2017, p. 277).

on ne peut pas admettre l'utilisation de formules trop génériques, adoptées par la loi brésilienne, en fonction de l'application du principe de la légalité stricte. Un comportement bien précis doit être décrit par le dispositif incriminateur, ce qui n'est pas le cas de l'incrimination générique d'actes préparatoires de terrorisme.

D'autre part, la conformité au principe de proportionnalité dépend de l'analyse de la peine encourue pour chaque infraction. Non moins importante est l'analyse des procédures spéciales applicables aux infractions de terrorisme, telles que définies par la Loi. Une deuxième partie a été conçue pour les traiter.

# Partie II

# L'étude comparée franco-brésilienne des régimes applicables en matière de terrorisme

**114.** Le terrorisme a été défini en droit pénal français et brésilien. Cette incrimination implique la mise en place de procédures spéciales dans chaque pays. Notre étude vise à découvrir en quoi les procédures appliquées en matière de terrorisme sont spéciales, en relation avec le droit commun de chaque pays, et quelles sont les principales ressemblances et différences d'un droit en relation avec l'autre. Sont-elles des procédures plus restrictives des droits que les procédures communes ? Respectent-elles les principes de légalité et de proportionnalité ?

L'existence d'incriminations de terrorisme et de procédures spéciales dans les deux droits atteste la necessité de punir sévèrement ces infractions. Notre étude est complétée par la comparaison des sanctions appliquées aux infractions de terrorisme en droit français et en droit brésilien. Les peines, sont-elles les mêmes dans les deux droits ? Et les régimes d'exécution de peines, ont-ils de particularités par rapport au droit commun ? Sont-ils semblables dans les deux droits ?

Visant à analyser le droit pénal antiterroriste dans son ensemble et à vérifier la présence des caractéristiques d'un droit pénal de l'ennemi en matière de peines, comme en matière de procédure, nous avons partagé cette deuxième partie, en deux titres : le Titre I concernant la procédure et le Titre II, les sanctions.

# Titre I

# La procédure

**115.** Généralement la procédure est très spécifique pour chaque pays. Cette affirmation est valable pour les procédures pénales brésilienne et française. Des différences importantes concernant l'ensemble de la procédure pénale des deux pays seront l'objet de remarques.

La première remarque concerne les principes régissant *l'instruction*[559] : au Brésil le principe du contradictoire est établit par la Constitution Fédérale[560]. En France, l'instruction garde des caractéristiques inquisitoires, même si la législation récente a relativisé un peu l'incidence du dit principe[561]. Le système brésilien a suivi le modèle du droit anglo-saxon, opposé au système français[562].

Le juge d'instruction existe en droit français depuis 1808, mais ses origines remontent à l'Ancien Régime, dans la figure du lieutenant criminel (Ordonnance de Louis XIV, de 1670)[563]. Son rôle est lié à un régime inquisitoire de recherche de la preuve[564]. Il est une création du

559 On qualifie d*'instruction*, au Brésil, soit l'audience dans la procédure commune, soit la première phase de la procédure du Jury, comme en France, sauf que c'est toujours au Ministère Public de rechercher la preuve.

560 Article 5ème, LV, et 129, I, de la Constitution Fédérale.

561 « Dans le système inquisitoire romano-germanique 1º) Lors de la phase préparatoire, le juge – plus précisément, le juge d'instruction, cette figure emblématique du système inquisitoire – a un rôle très actif encore qu'il faille distinguer historiquement et schématiquement deux phases, correspondant à deux variantes du système inquisitoire. Au cours de la variante I (XIXe siècle et première moitié du XXe siècle), existe un juge d'instruction compétent pour procéder en principe en toute indépendance aux investigations. Cette conception prévaut toujours en Belgique, France, en Espagne ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, pp. 290- 291).

562 « Ces crimes donnent lieu à une phase préparatoire dite *instrução criminal* assez originale, de modèle plutôt accusatoire, mais avec des pouvoirs considérables accordés à un juge qui est cependant tout sauf un juge d'instruction. » (*Id.*, p. 489).

563 Jean PRADEL, *Le juge d'instruction*, Paris, Dalloz, 1996, p. 2.

564 « L'instruction préparatoire peut, comme la phase de jugement, être conçue selon deux grands modes que l'on oppose à plaisir en doctrine : le type inquisitoire et le type accusatoire. Ces deux systèmes s'opposent essentiellement sur le rôle respectif des magistrats et des parties […] ». (Jean PRADEL, *L'instruction préparatoire*, 1ère, Paris, Cujas, 1990, p. 17).

droit français et appartient à la magistrature du siège[565]. Il cumule des fonctions juridictionnelles[566] et probatoires[567]. D'autre part, il ne peut pas poursuivre, ni juger[568].

En revanche, la magistrature au Brésil n'est intégrée que par des juges. Les procureurs de la République ne sont pas des magistrats, mais membres du Ministère public. Le Ministère public a un statut propre, d'ailleurs prévu à la Cosntitution Fédérale[569] ; un concours d'entrée séparé de celui de la magistrature et une école propre. Certains auteurs attribuent l'institution du principe du contradictoire à l'article 129, I, de la Constitution Fédérale, qui confère au Ministère Public, l'exclusivité de l'action pénale publique[570].

L'article 156 du Code de procédure pénale établit que la partie qui allègue est chargé d'amener la preuve, tout en laissant faculté au juge, de le faire d'office. Au contraire du juge d'instruction, le juge brésilien ne peut amener la preuve que de manière supléммentaire. La différence est essentielle : le rôle principal du juge d'instruction est la recherche de la preuve ; le rôle principal du juge brésilien est de présider la procédure tout en gardant l'impartialité.

---

565 En France intègrent la magistrature les juges (magistrature du siège) et les procureurs de la République (parquet). Au Brésil, le Ministère Public n'intègre point la magistrature. Il s'agit d'un organe complètement indépendant, avec un statut propre, un concours et une école séparés et même un budget indépendant.

566 Le juge d'instruction exerce son pouvoir juridictionnel par le biais d'ordonnances. « Tout au long de l'instruction, le juge va avoir à prendre position sur un certain nombre des situations où le choix existe : déclarer recevable ou non une constitution de partie civile ; décider ou non une expertise ; prononcer un non-lieu ou une ordonnance de continuation de poursuites, etc ». (Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, 3e ed., Paris, Ellipses, 2017, p. 594). Le même auteur cite plusieurs ordonnances par lesquelles le pouvoir juridictionnel du juge d'instruction se matérialise : ordonnance de clôture, d'incompétence, de refus d'informer, de dessaisissement, de jonction ou de disjonction des procédures ou constatant la prescription de l'action publique ; ordonnances de consignation ; ordonnance de soit-communiqué au parquet ; ordonnances pour limiter la liberté du mise en examen, ordonnance de restitutions. (*Id.*, pp. 595- 596)

567 Les interrogatoires, les auditions de la partie civile et des témoins, les confrontations, les transports sur les lieux, les perquisitions et saisies, les expertises, les écoutes téléphoniques, entre autres.

568 Nous voyons que ses fonctions ont pour origine les principes de la séparation de la poursuite et de l'instruction et de la séparation de l'instruction et du jugement, qui, d'ailleurs, n'existent pas en droit brésilien.

569 Articles 127, 128 et 129 de la Constitution Fédérale.

570 « *Com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal (art. 129, inciso I), restou consolidada a obrigatoriedade de separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro* actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Manual de processo penal: volume único*, 5ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 1209) (« Avec l'adoption du système accusatoire par la Constitution Fédérale (art. 129, I), la séparation des fonctions d'accuser, de défendre et de juger est consolidée et le procès est devenu un vrai *actum trium personarum*, tout en étant informé par le principe du contradictoire ». [traduction libre]).

Une deuxième observation nous semble importante : on peut tracer un parallélisme entre la décision de réception de la *denúncia*[571] et la mise en examen française. Elles représentent l'admission de l'accusation et entrainent les droits de la défense.

Toutefois, des différences importantes doivent être considérées. La mise en examen n'a pas de moment précis, à l'inverse de la réception de la *denúncia*. Le juge d'instruction peut « mettre en examen » une personne qui n'avait pas été mentionnée dans le réquisitoire introductif du parquet, possibilité qui n'existe pas en droit brésilien. Le juge brésilien peut, dans les cas prévus par la loi, rejeter la *denuncia*, tandis que le juge français doit informer.

Le déroulement de l'instance est inséré dans des systèmes différents : inquisitif en France, et accusatoire au Brésil. Ainsi, il obéit à des principes opposés et à un équilibre différent entre les sujets du procès. Le principe de la séparation entre l'instruction et le jugement, existant seulement en France est un exemple clair et important, ainsi que la saisine *in rem* et *in personam* du juge brésilien, dont la saisine est attachée seulement aux faits et aux personnes mentionnés par le parquet.

En droit brésilien la séparation entre les fonctions du parquet et du juge est plus claire, en raison aussi de l'existence de carrières complètement séparées. Nous pouvons mentionner l'impossibilité pour le parquetier de déterminer la plupart des mesures de coercition, mais, en contrepartie, l'impossibilité du juge de modifier l'accusation telle que formulée par le parquet, sauf en ce qui concerne la qualification des faits.

Enfin, sans juge d'instruction, la phase de l'enquête devient très importante au Brésil, une fois que l'accusation, de la façon dont elle sera soumise à jugement, naît de l'enquête. Les possibilités de modification de l'accusation au cours de l'instruction sont plus strictes au Brésil qu'en France, où le juge d'instruction module l'accusation dans son ordonnance de renvoi.

Malgré les différences mentionnées, on notera plusieurs ressemblances entre les procédures en matière de terrorisme, concernant surtout l'utilisation des techniques sécrètes d'investigation et l'existence des règles spéciales pour les privations de liberté avant jugement[572]. Plusieurs lois ont été éditées dans les dernières années en matière procédurale,

---

571 La *denúncia* est la pièce par laquelle le Procureur de la République déclenche l'action pénale.

572 M. Pradel a évoqué, dans la dernière édition de son ouvrage sur la « Procédure pénale » *une sorte de défrancisation rampante* de la procédure pénale française, justement en ce qui concerne la criminalité transnationale organisée. (Jean PRADEL, *Procédure pénale*, s.l., 2017, p. 23).

dans les deux pays, suivant le mouvement d'expansion du droit pénal, et souvent on trouve de ressemblances entre elles. En revanche, les juridictions spécialisées pour le jugement des infractions de terrorisme constituent une particularité française.

Nous allons traiter seulement les aspects spéciaux de la procédure par rapport aux infractions de terrorisme, dans les deux pays, en trois Chapitres : la compétence juridictionnelle, dans le Chapitre I ; au Chapitre II la recherche de la preuve ; et les atteintes à la liberté dans le Chapitre III.

# Chapitre I

# La compétence juridictionnelle

**116.** En droit français, on parle de juridictions d'instruction et de juridictions de jugement. Une telle division n'existe pas en droit brésilien, faute d'un juge d'instruction et grâce à la présence d'un principe selon lequel le juge qui préside à l'instruction doit juger (article 399 § 2 du Code de procédure pénale[573]). Ainsi, en droit français des règles de compétence sont établies en relation avec la phase d'instruction et en relation avec la phase du jugement. En matière de terrorisme, nous évoquerons deux particularités, par rapport au droit commun (Section I).

En revanche, en droit brésilien, on parle de compétence de la Justice fédérale et de compétence de la justice des États. Laquelle est-elle compétente pour le jugement des affaires de terrorisme ? On discute aussi de la compétence du Tribunal du Jury pour le jugement des affaires de terrorisme. Ces deux points font l'objet de la Section II.

## Section I. En France

**117.** La compétence concurrente est une compétence supplémentaire et facultative, de sorte qu'elle s'applique seulement dans les cas de grande complexité, et justifie alors l'intervention d'un magistrat spécialisé[574]. En matière de terrorisme, une compétence concurrente a été établie par la loi (§ 1). Une autre particularité concerne l'existence d'une cour d'assises spéciale, pour le jugement des affaires de terrorisme (§ 2).

### § 1. L'instruction : compétence concurrente

**118.** L'article 706-17 du Code de procédure pénale établit une compétence concurrente, à la compétence pour les infractions de droit commun, pour l'instruction et le jugement des actes

573 « *O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)* ». (« Le juge qui a présidé l'instruction devra preférer la sentence. (Inclus para la Loi nº 11.719, de 2008) ». [traduction libre]).

574 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 199.

de terrorisme[575]. L'alinéa 2 du même article étend cette compétence concurrente aux mineurs. Selon l'alinéa 3 du même article, l'étendue de la juridiction atteint tout le territoire national. Cette compétence a été récemment encore étendue aux divers cas suivants : à quelques infractions commises « par une personne détenue, prévenue, condamnée, recherchée dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen ou réclamée dans le cadre d'une extradition pour des actes de terrorisme incriminés par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal » (alinéa 6 de l'article précité) ; « à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions prévues à l'article 706-25-7 du présent code » (alinéa 4, du même article) ; et « à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises en détention par une personne détenue, prévenue, condamnée, recherchée dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen ou réclamée dans le cadre d'une extradition pour des actes de terrorisme incriminés par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal » (alinéa 5).

L'établissement d'une compétence concurrente suppose des règles pour l'évitement de la compétence de droit commun. Elles sont prévues à l'article 706-18 du Code de procédure pénale. C'est le procureur de la République qui peut requérir le juge d'instruction de se dessaisir au profit de la juridiction d'instruction de Paris. Les parties peuvent alors se manifester et le juge décidera dans un délai de huit jours à un mois. C'est le procureur de la République de province qui adresse le dossier au procureur de la République de Paris.

En revanche, la procédure pour le dessaisissement du juge d'instruction de Paris, en cas d'incompétence, est prévue à l'article 706-19 du Code de procédure pénale et celle de dessaisissement du tribunal correctionnel et du tribunal pour des enfants à l'article 706-20 du Code de procédure pénale.

M. Mayaud, faisant référence à la Circ. no 86.21/F1 du 10 oct. 1986, explique le critère utilisé pour établir la compétence du pôle Parisien, en distinguant trois catégories de terrorisme :

> Le terrorisme mettant en cause des organisations étrangères, le terrorisme imputable à des groupes qui agissent ou sont susceptibles d'agir en tout point du territoire national, et le terrorisme purement local ou régional lorsqu'il est dépourvu de tout lien avec des réseaux nationaux ou étrangers. Bien que chaque affaire doive donner lieu à un examen particulier, et que la gravité ne

[575] Article 706-17, al. 1 : « Pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16, le procureur de la république, le juge d'instruction, le tribunal correctionnel et la cour d'assises de Paris exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43, 52 et 382 ».

> puisse être à elle seule le critère de détermination de la centralisation à Paris, celle-ci est volontiers présentée comme très opportune pour les affaires relevant des deux premières catégories, contrairement à la troisième qui, sauf cas particuliers, n'implique pas une telle mesure[576].

On doit bien préciser que la compétence concurrente n'est pas automatique. Il est cependant question de la rendre telle dans un souci d'efficacité[577].

## § 2. Le jugement : absence de jury populaire

**119.** L'article 706-25 du Code de procédure pénale renvoie le jugement des crimes de terrorisme à une cour d'assises spéciale, prévue par l'article 698-6 du même code.

La cour d'assises, prévue par l'article 698-6, pour les crimes militaires, applicable pour les infractions de terrorisme, n'est pas seulement spécialisée, mais elle est spécialement constituée : elle ne comporte pas de jury, seulement des magistrats professionnels ; elle est composée, lorsqu'elle statue en premier ressort, d'un président et de quatre assesseurs, ou lorsqu'elle statue en appel, de six assesseurs ; et les décisions sont prises à majorité (698-6 et 249, du Code de procédure pénale).

La première loi qui a supprimé le jury populaire pour les affaires de terrorisme date de 1986[578]. Depuis cette date, diverses justifications sont invoquées. La première justification a été le risque d'intimidation des jurés. Un épisode réel a marqué le commencement de l'utilisation de la cour d'assises sans jury : un des membres de l'Action Directe[579] a adressé, pendant le premier jour d'audience, des menaces sérieuses à la cour d'assises. Les menaces ont atteint leur objectif : plusieurs jurés ont démissionné. Des effets rétroactifs ont été attribués à la loi référée, pour permettre l'application de la nouvelle loi à l'affaire en question. Une deuxième justification concerne la possibilité de politisation du jugement, par les jurés.

---

576 Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, paragr. 503.

577 En matière de terrorisme, la compétence est exclusive seule dans le domaine de l'exécution des peines : l'article 706-22-1 établit la compétence exclusive du juge de l'application de peines du tribunal de grande instance de Paris, de tribunal d'application des peines de Paris et de la chambre d'application des peines de la cour d'appel de Paris, pour prendre les décisions concernant les personnes condamnées pour une infraction entrant dans le champ d'application de l'article 706-16, quel que soit le lieu de détention ou de résidence du condamné.

578 Loi n° 86-1020, du 9 septembre 1986.

579 « Mouvement issu de la mouvance des Autonomes, fondé en 1979 par la réunion d'anciens du Groupe d'action revolutionnaire internationale (GARI) et des Noyaux armés pour l'autonomie prolétarienne (NAPAP). […] Le groupe est démantelé en mars 1986 avec l'arrestation de son chef, André Olivier, et de plusieurs de ses complices ». (Alain BAUER et Jean-Louis BRUGUIÈRE, *Les 100 mots du terrorisme*, *op. cit.*, pp. 82- 83).

Dans le cas de terrorisme interne, ayant pour objet une question politique, par exemple, de séparatisme, comme le terrorisme Corse, le citoyen risque de communier aux idéaux terroristes. Une troisième raison est liée à la complexité des affaires qui peuvent durer des mois, inconvénient parfois insurmontable pour les personnes qui ne font pas de la fonction de juge leur métier, de sorte que trouver un juré pour ce type d'affaire devient une tache très difficile, parfois impossible. Une autre encore est le secret des sources de renseignements, qui peut être révélée aux magistrats professionnels, mais pas aux simples citoyens, sous risque de péril pour l'informateur, qui normalement vit à côté des criminels[580].

La suppression du jury pourrait, le cas échéant, nuir à la défense et elle implique une dérogation au principe du juge naturel[581]. D'autre part, il s'agit d'une juridiction de droit commun. Une partie de la doctrine la considère comme une *juridiction commune d'exception*[582].

## Section II. Au Brésil

**120.** Au Brésil, une première question est pertinente en matière de terrorisme : le jugement des affaires de terrorisme est-il de la compétence du Tribunal du Jury, considérant que le Jury est compétent uniquement pour *les crimes de sang* ? (§ 1)

Une deuxième question existant en doctrine sera évoquée : est-ce que la loi qui établit la compétence de la justice fédérale pour le jugement des affaires de terrorisme est constitutionnelle ? (§ 2)

---

580 Ruy Miguel PEREIRA, « Juger le terrorisme avec ou sans jury ? Étude de la place du jury populaire dans les procès pour terrorisme en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis », *RSC*, 11 août 2017, vol. 2017, n° 02, pp. 215- 230.

581 « L'absence de jury affaiblit certaines garanties de l'impartialité du tribunal, comme le droit de récuser des jurés et le principe de division du travail entre le jury et les magistrats professionnels. La seule présence de ces derniers prive l'avocat d'un auditoire hétérogène et susceptible d'être plus réceptif à des arguments extra-juridiques et moins techniques au moment de la plaidoirie. […] la règle prévue pour décider de la culpabilité de l'accusé est parfois également modifiée avec des conséquences au niveau de la présomption d'innocence ». (*Ibid.*)

582 « À la justice politique incarnée dans des organes juridictionnels spécialisés dans les illégalismes oppositionnels s'est ainsi substitué un droit commun d'exception officiellement dépolitisé qui affecte l'ensemble du processus de pénalisation des affaires terroristes, tend à renforcer son pouvoir de contrainte sur les individus et à étendre son champ d'application sous l'effet des multiples lois votées au Parlement ». (Vanessa CODACCIONI, *Justice d'exception : l'État face aux crimes politiques et terroristes*, Paris, CNRS éditions, 2015, p. 304)

## § 1. Le tribunal du jury ou juridiction commune

**121.** Au Brésil, les infractions de terrorisme peuvent être de la compétence du Tribunal du jury, tel que prévu par la Constitution Fédérale (article 5ème, XXXVIII) et par le Code de procédure pénale (article 447 du Code de procédure pénale), ou de la compétence de la juridiction commune.

Le terrorisme ne sera de la compétence du tribunal du jury, que si cette infraction est connexe à un crime de sang[583], lequel est nécessairement de la compétence de cette juridiction.

Le jury est toujours populaire et il ne peut pas être supprimé, sinon par le pouvoir constituante originaire[584]. De même, le juge président, magistrat de carrière, ne vote pas sur la culpabilité. Les conditions pour être juré sont : être citoyen, avoir plus de 18 ans et une bonne réputation (article 436 du Code de procédure pénale).

La seule prévision spéciale concernant la compétence pour le jugement de la criminalité organisée et des actes de terrorisme est celle permettant, au sein de la juridiction commune, la formation d'une collégialité pour juger. La Loi 12.694/2012 a établi que dans les procès dont l'objet est un crime commis par une organisation criminelle, le juge pourra opter pour la formation d'un collège pour la pratique de tout acte procédural, dans le cas d'un risque quant à son intégrité physique (article 1er, § 1er). La loi donne des exemples d'actes et entre autres elle en prévoit la sentence (article 1er, III).

---

583 « […] *em regra, o processamento de qualquer dos crimes supramencionados (arts. 2º, 18, 19, 20 et 21 da LCO) e das infrações penais a eles conexas se dará pelo procedimento ordinário. Excepcionalmente, contudo, se algum desses delitos for cometido em conexão com um crime doloso contra a vida, cuja competência para o julgamento é constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, "d", CR/1988), incidirá na hipótese o art. 78, I, do Código de Processo Penal, que consagra a vis attractiva do júri, reconhecida amplamente em sede jurisprudencial* ». (Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, 3ª Edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Método, 2017, p. 342) ( « […] En règle, la procédure de tout crime mentionné ci-dessus (arts. 2ème, 18, 19, 20 et 21 de la Loi sur le crime organisé) et des infractions connexes sera ordinaire. Exceptionnellement, cependant, dans le cas de la commission d'un de ces délits connexes à un crime intentionnel contre la vie, dont la compétence pour le jugement est constitutionnellement attribuée au Tribunal du jury (art. 5ème, XXXVIII, « d », de la Constitution de la République de 1988), on appliquera, dans cette hypothèse, l'article 78, I, du Code de procédure pénale, qui consacre la *vis attractiva* du jury, reconnue largement par la jurisprudence ». [traduction libre])

584 « *Na medida em que representa a vontade popular, a decisão coletiva dos jurados, chamada de veredicto, é soberana (CF, art. 5º, XXXVIII, "c") »*. (Renato Brasileiro de LIMA, *Manual de processo penal: volume único*, *op. cit.*, p. 1341) (« Dans la mesure où elle représente la volonté populaire, la décision collective des jurés, qualifiée de verdict, est souveraine ». [traduction libre]) Cette garantie constitue une *clausula petrea* et ne peut être modifiée que par le pouvoir constituant originaire.

Cette prévision n'affecte pas la procédure du jury. Dans la procédure commune ordinaire, elle représente une sécurité pour les juges[585], et en même temps pour le justiciable, parce que plusieurs opinions sont à la source de la décision. Cette décision par plusieurs juges est une exception dans la procédure commune ordinaire au Brésil, où la tradition est celle du jugement par juge unique.

## § 2. La justice fédérale ou la justice des États

**122.** Selon l'article 11 de la loi 13.260/16, sur le terrorisme, la compétence juridictionnelle pour les crimes de terrorisme est celle de la Justice fédérale, selon les dispositions à l'alinéa IV de l'article 109, de la Constitution fédérale[586].

L'article référé, IV, dispose que :

> Il est de la compétence des juges fédéraux d'instruire le procès et de juger : […] IV – les crimes politiques et les infractions pénales commis, aux dépens de biens, services ou intérêts de l'Union ou de ses membres administratifs ou d'entreprises publiques, à l'exclusion de contraventions et sauf compétence de la justice militaire et ou de la justice électorale[587].

La doctrine remarque que la loi 13.260/16, ordinaire, ne pourrait pas élargir la compétence de la Justice fédérale fixée par la Constitution fédérale[588]. De ce fait, la conclusion est que l'article 11 de la loi 13.260/16 est contraire à la Constitution.

---

585 « *O II Pacto Republicano de Estado, assinado em 2009, estabeleceu como diretriz a criação de colegiado para julgamento em 1º grau de crimes perpetrados por organizações criminosas, para trazer garantias adicionais aos magistrados, em razão da periculosidade das organizações e de seus membros. Some-se a isso a morte de quatro juízes nos últimos tempos – Leopoldino Marques do Amaral, Antonio José Machado Dias, Alexandre Martins de Castro Filho e Patrícia Acioli. Tem-se aí o pano de fundo que deu origem à Lei nº 12.694/12, que passou a dispor sobre a formação de um juízo colegiado de primeiro grau de jurisdição, formado por 3 (três) juízes para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, cujo objetivo precípuo é o de despersonalizar a figura do juiz singular ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 810) (« Le II Pacte Républicain de l'État, signé en 2009, a établi comme ligne directrice la création d'un collégial pour le jugement en 1er degré de crimes perpétrés par des organisations criminelles, pour amener plus des garanties aux magistrats, en raison de la dangerosité des organisations et de leurs membres. On ajoute à cela la mort de quatre juges dans les derniers temps – Leopoldino Marques do Amaral, Antonio José Machado Dias, Alexandre Martins de Castro Filho e Patrícia Acioli. Voilà la toile de fond, à l'origine de la loi 12.694/12, qui prévoit la formation d'une juridiction collégiale en premier degré, formé par 3 (trois) juges pour le jugement des crimes pratiqués par des organisations criminelles, dont l'objectif principal est de dépersonnaliser la figure du juge singulier ». [traduction libre]).

586 Au Brésil, la Justice fédérale et la Justice des États ont des compétences différentes. La compétence de la Justice fédérale est prévue *numerus clausus* à l'article 109 de la Constitution fédérale. Tout ce qui n'est pas de la compétence fédérale est de la compétence des États.

587 Didier MAUS *et al.* (dir.), *La nouvelle République brésilienne*, *op. cit.*, p. 347.

588 « *Se a competência da Justiça Federal é fixada pela própria Constituição Federal (art. 109), e se os interesses da União também estão previstos expressamente na Magna Carta (v.g., arts.. 20 e 21), somente uma Emenda Constitucional teria o condão de ampliar tal competência e/ou tais interesses.* […] *Logo, não se pode admitir que uma simples lei ordinária outorgue novos*

La compétence pour le jugement des infractions terroristes relève de la Justice des États et du juge du commun. Exceptionnellement, la compétence peut être transférée au Tribunal de Jury[589]. Nous pensons que par principe les infractions de terrorisme ne doivent pas être jugées par le Tribunal du Jury, car le dol du terroriste est de répandre la terreur, non simplement d'exterminer la vie.

## Conclusion du Chapitre I

**123.** En France, où les cas de terrorisme sont nombreux, une juridiction spécialisée a été créée depuis 1986. Et, pour compléter le cadre d'une très grande spécificité, une cour d'assises sans jurés issus de peuple a été adoptée. Au Brésil, des telles dispositions ne sont pas prévues, à notre avis, faute d'un nombre élevé de cas qui justifieraient la création d'une juridiction spécialisée.

*interesses à União de modo a ampliar a competência da Justiça Federal, sob pena de evidente burla à necessidade de Emenda Constitucional* ». (« Si la compétence de la Justice fédérale est fixée par la propre Constitution fédérale (art. 109), et si les intérêts de l'Union sont aussi prévus expressément dans la Magne Carte (ex. arts. 20 et 21), seul un amendement constitutionnel pourrait élargir une telle compétence et/ou de tels intérêts. […] Donc, on ne peut pas admettre qu'une simple loi ordinaire accorde de nouveaux intérêts à l'Union, de sorte à élargir la compétence de la Justice fédérale, sous peine d'évidente fraude à la nécessité d'amendement constitutionnel ». [traduction libre]).

589 La procédure du Jury ne s'applique que pour les affaires de sang au Brésil. L'article 5ème, XXXVIII, « d », de la Constitution Fédérale, institue le principe de la compétence du Tribunal du Jury, pour le jugement de crimes intentionnels contre la vie.

# Chapitre II

# La recherche de la preuve

**124.** Le développement de la criminalité organisée a bouleversé les moyens de recherche de la preuve au fil des années. Les méthodes traditionnelles n'étaient plus adaptées aux nouveaux types de cette criminalité, plus violente, plus technologique, plus planifiée, plus organisée. Les législations ont dû créer de nouvelles possibilités pour les autorités publiques. Ces possibilités correspondent à de nouveaux moyens ou à de nouvelles conditions ajoutées aux moyens traditionnels. Elles impliquent toujours une relativisation des garanties individuelles liées à la liberté d'aller et venir et au secret de la vie privée et pour cette raison doivent être prévues par la loi et obéir à des conditions strictes.

Il ne s'agit pas ici d'exposer tous les moyens de preuve, ni d'approfondir leur analyse, mais de montrer que la recherche de la preuve a beaucoup évolué en matière de criminalité organisée et de terrorisme en France et au Brésil, dans le cadre d'une procédure plus rigoureuse en matière de libertés publiques.

Ont été créés de nouveaux moyens directs de recherche de la preuve et d'anciens moyens renforcés en matière de terrorisme. Les nouveaux moyens sont liés à des techniques et à des technologies plus invasives, comme l'infiltration, traitée à la Section I et les autres méthodes techniques sécrètes, visées à la Section II. Les moyens plus anciens renforcés concernent les perquisitions et les saisies (Section III) et les déclarations (Section IV).

## Section I. L'infiltration

**125.** L'infiltration est l'un des procédés possibles pour la police judiciaire, destiné à l'obtention de preuves. Invasive, complexe et dangereuse pour l'agent infiltré, elle ne s'applique pas à tout type de criminalité, ni en droit français, ni en droit brésilien. On verra successivement la notion d'infiltration, ses fondements légaux et, enfin, ses conditions.

## § 1. La notion

**126.** Le Petit Robert micro définit l'infiltration comme l'action de s'infiltrer. S'infiltrer dans le langage commun a le sens de passer, entrer insensiblement, comme la lumière s'infiltre dans le sous-bois ou comme le saboteur s'est infiltré dans le réseau[590]. L'idée de passer sans être aperçu est consubstantielle à l'infiltration. Son sens juridique est le même.

Selon Guilherme de Souza Nucci :

> L'*infiltration* représente une pénétration, en un lieu ou en une chose, de manière lente, petit à petit, en courant parmi ses méandres. Telle l'infiltration d'eau, qui suit son chemin parmi les fissures d'un toit ou d'un mur, sans être perçue. L'objectif de ce moyen de captation de preuve a le même profil[591].

Selon Denis Chausserie-Laprée, « l'opération d'infiltration consiste pour un officier de police judiciaire à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer pour l'une d'entre elles »[592].

Pour Renato Brasileiro de Lima :

> Intégrant de la structure des organes de police, l'agent infiltré est introduit de façon dissimulée dans une organisation criminelle, tout en agissant comme un de ces membres, en occultant sa vraie identité, avec l'objectif principal d'identifier des sources de preuve et d'obtenir des éléments d'information capables de permettre la désarticulation de l'association référée[593].

Cleber Masson et Vinícius Marçal enseignent que :

> L'infiltration d'agents consiste en un moyen spécial d'obtention de preuve – vraie technique d'investigation criminelle -, par laquelle un (ou plusieurs) agents de police, autorisé par un juge, s'insère, même virtuellement, dans une organisation criminelle, en empruntant la condition de

590 Alain REY (dir.), *Le Robert micro*, *op. cit.*, p. 701.

591 « *A* infiltração *representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros. Tal como a infiltração de água, que segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida, o objetivo deste meio de captação de prova tem idêntico perfil* ». (Guilherme de Souza NUCCI, *Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*, 1ª ed., São Paulo, SP, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75).

592 Denis CHAUSSERIE-LAPRÉE, « Les procédures relatives à la lutte contre la criminalité organisée », dans Jean PRADEL et Jacques DALLEST (dir.), *La criminalité organisée : droit français, droit international et droit comparé*, Droit & professionnels. Droit pénal, Paris, LexisNexis, 2012, p. 193.

593 « *Integrante da estrutura dos órgãos policiais, o agente infiltrado é introduzido dissimuladamente em uma organização criminosa, passando a agir como um dos seus integrantes, ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípuo de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 748).

> membre, avec la finalité d'atteindre des informations sur son fonctionnement et ses membres [traduction libre][594].

Enfin, l'infiltration est un moyen spécial d'obtention de preuve, qui suppose l'insertion d'un agent de police dans une organisation criminelle, pour une période, destinée à la récolte d'informations et de preuves.

## § 2. Les fondements légaux

**127.** L'infiltration n'est pas très nouvelle, car elle a commencé à être utilisée pour faire face à la criminalité organisée qui se développait dans le monde entier à la fin du XX[ème] siècle. Elle est établie en droit international. L'article 20, alinéa 1, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale le 15 novembre 2000, suggère entre autre l'utilisation de la technique de l'infiltration[595].

L'infiltration en droit français a commencé à se dévellopé par la loi du 9 décembre 1991[596]. M. Pradel avait constaté que la loi « autorise des actes qui sont, eux, délictueux puisqu'ils apparaissent comme des cas de complicité du trafic de drogue »[597]. Pourtant, l'infiltration a été consacrée par la loi nº 2004-204 du 09 mars 2004[598]. Une loi de 2007 a permis l'infiltration électronique pour certains délits[599]. Enfin, la loi 2014-1353, du 14 novembre 2014 a consacrée l'infiltration dans les moyens de communication électronique (article 706-87-1 du Code de procédure pénale).

---

594 « *A infiltração de agentes consiste em um meio especial de obtenção de prova – verdadeira técnica de investigação criminal -, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa, ainda que virtualmente, em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros* ». (Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, *op. cit.*, p. 299)

595 « Article 20. Techniques d'enquête spéciales 1. Si les principes fondamentaux de son système juridique national le permettent, chaque État Partie, compte tenu de ses possibilités et conformément aux conditions prescrites dans son droit interne, prend les mesures nécessaires pour permettre le recours approprié aux livraisons surveillées et, lorsqu'il le juge approprié, le recours à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration, par ses autorités compétentes sur son territoire en vue de combattre efficacement la criminalité organisée ».

596 Loi nº 91-1264 du 19 décembre 1991, relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants.

597 Jean PRADEL, « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi (commentaire de la loi n° 91-1264 du 19 déc. 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants) », *Recueil Dalloz*, 3 septembre 1992, vol. 1992, n° 29, p. 229.

598 Loi nº 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II.

599 Loi nº 2007-297 du 5 mars 2007.

Au Brésil, une loi de 1995 instituait déjà de façon générique la possibilité d'infiltration[600]. En 2006, la nouvelle *loi sur les drogues*[601]a prévu l'infiltration pour les crimes concernés. C'est en 2013, que la nouvelle loi sur le crime organisé[602] a institué la possibilité d'infiltration, tout en définissant ses contours pour la première fois en droit brésilien[603].

Quand on parle d'infiltration, on pense toujours aux bandes de trafiquants de stupéfiants, mais elle est également utile pour la recherche d'autres types d'infractions commises dans le cadre de la criminalité organisée. Ainsi, comme en droit international, le droit français et le droit brésilien admettent cette technique d'investigation dans le cas des infractions les plus graves.

## A. En France

**128.** L'infiltration est prévue à l'article 706-81 du Code de procédure pénale[604]. Elle est possible selon les termes de cet article, pour les crimes ou délits entrant dans le champ

600 Loi nº 9.034 du 3 mai 1995, abrogée par la loi nº 12.850/2013.

601 Loi n° 11.343 du 23 août 2006, qui « institue le Système National de Politiques Publiques sur les Drogues – Sisnad ; prévoit des mesures pour la prévention de la consommation indue, l'attention et la réinsertion sociale de consommateurs et d'addicts de drogues ; établit des règles pour la répression de la production non autorisée et du trafic illicite de drogues ; définit des crimes et donne d'autres mesures » [traduction libre]. (Lei 11.343/2006, « *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad ; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas ; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas ; define crimes e dá outras providências* ».)

602 Loi n° 12.850/2013, qui définit l'organisation criminelle et règlemente l'investigation criminelle, les moyens d'obtention de la preuve, les infractions pénales concernées et la procédure criminelle ; modifie le Décret-loi 2.848, du 7 décembre 1940 (Code pénal) ; abroge la loi 9.034, du 3 mai 1995 ; et établie d'autres mesures [traduction libre]. (Lei 12.850/2013, « *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal ; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) ; revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995 ; e dá outras providências* ».)

603 « *Por seu turno, a Lei 12.850/2013 tratou a* infiltração, por policiais, em atividade de investigação *como* meio especial de obtenção de prova *(art. 3º, VII) e, em seus arts. 10 a 14, disciplinou – pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico – o instituto dando-lhe desejáveis contornos procedimentais* […] » (Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, *op. cit.*, p. 300 ) (« À son tour, la Loi 12.850/2013 a traité *l'infiltration, par des policiers en activité d'investigation* comme un *moyen spécial d'obtention de preuve* (art. 3º, VII) et, par ses arts. 10 à 14, a, pour la première fois dans notre ordre juridique, régulé l'institution en lui conférant les contours procéduraux désirés […] » [traduction libre]).

604 Article 706-81 du Code de procédure pénale : « Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction concernant l'un des crimes ou délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 le justifient, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peut autoriser qu'il soit procédé, sous leur contrôle respectif, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par la présente section.

« L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant

d'application des articles 706-73 et 706-73-1. L'article 706-73 contient une longue liste de 18 items de crimes ou délits. Le terrorisme est prévu à alinéa 11°.

L'article 706-81 contient une définition de l'infiltration et l'article 706-82 établit les actes que l'agent infiltré peut pratiquer à l'abri de la loi. Le régime d'application est prévu aux articles 706-81 à 706-87. L'article 706-87-1[605] permet l'infiltration virtuelle.

## B. Au Brésil

**129.** Alors qu'en France, l'infiltration est prévue par une loi du 09 mars 2004[606], au Brésil, le texte de base est une loi du 2 août 2013[607], si l'on excepte la loi de 1995[608], qui était très générique et qui fut peu utilisée.

---

passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.

« L'infiltration fait l'objet d'un rapport rédigé par l'officier de police judiciaire ayant coordonné l'opération, qui comprend les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions et ne mettant pas en danger la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises au sens de l'article 706-82 ».

605 Article 706-87 : « Dans le but de constater les infractions mentionnées aux articles 706-72,706-73 et 706-73-1 et, lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique, et pour en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs, les officiers ou agents de police judiciaire, agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire, peuvent, s'ils sont affectés dans un service spécialisé désigné par arrêté du ministre de l'intérieur et spécialement habilités à cette fin, procéder aux actes suivants sans en être pénalement responsables:

« 1° Participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques ;

« 2° Être en contact par le moyen mentionné au 1° avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ;

« 3° Extraire, acquérir ou conserver par ce moyen les éléments de preuve et les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ;

« 4° Extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites, dans des conditions fixées par décret.

« A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions ».

606 Loi nº 2004-204, du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

607 Loi nº 12.850, du 2 août 2013, qui définit l'organisation criminelle et règlemente l'investigation criminelle, les moyens d'obtention de la preuve, les infractions pénales concernées et la procédure criminelle ; modifie le Décret-loi 2.848, du 7 décembre 1940 (Code pénal) ; abroge la loi 9.034, du 3 mai 1995 ; et établit d'autres providences.

608 La Loi nº 9.034 du 3 mai 1995, réglementait l'utilisation de moyens opérationnels pour la prévention et la répression d'actions pratiquées par des organisations criminelles.

Cette Loi nº 12.850, du 2 août 2013 établit la possibilité d'infiltration par l'article 3º, VII[609]. L'article 10[610] contient sa définition ; le régime est prévu aux articles 10 à 14 de la loi.

L'article 16 de la loi 13.260 du 16 mars 2016 établit expressément que « les dispositions de la loi 12.850 du 2 août 2013 sont applicables à l'investigation, au procès et au jugement des crimes prévus dans cette loi [traduction libre] »[611].

## § 3. Les conditions

**130.** L'article 10 de la loi nº 12.850 du 2 aout 2013, contient les conditions de l'infiltration, dont la définition est plutôt doctrinale.

La définition de l'infiltration est très semblable dans les deux droits, mais les conditions de son utilisation sont différentes. Le droit brésilien, plus générique, confère des pouvoirs plus importants au juge. Les principes de la loyauté et de la proportionnalité sont protégés de manière propre à chaque droit.

Tandis qu'au Brésil une partie de la doctrine discute encore de la constitutionalité de la mesure[612], en France, où le principe de la nullité de l'infraction provoquée, est explicite dans

---

609 « *Artigo 3º, VII : Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:* […] *VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11* ; » (« Article 3, VII : En toute phase de la poursuite pénale, seront permis, sans préjudice d'autres moyens déjà prévus dans la loi, les moyens de preuve suivants : […] VII – l'infiltration, par des policiers en activité d'investigation, dans la forme de l'art. 11 ; » [traduction libre]).

610 « *Artigo 10 : A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites* ». (« Article 10 : L'infiltration d'agents de police en tâches d'investigation, demandée par l'officier de police ou par le Ministère Publique, après manifestation technique de l'officier de police quand elle est sollicitée durant l'enquête policière, sera précédée d'autorisation judiciaire, circonstanciée et confidentielle, qui établira ses limites » [traduction libre]).

611 « *Artigo 16 : Aplicam-se as disposições da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei* ».

612 Cleber Masson et Vinícius Marçal citent plusieurs auteurs contre et pour la constitutionalité de la mesure. La position la plus radicale contre semble être celle de Juarez Cirino dos Santos : « *a figura do agente infiltrado em quadrilhas ou organizações e/ou associações criminosas, como procedimento de investigação e de formação de provas, com a inevitável participação do representante do poder em ações criminosas comuns, infringe o princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade* ». (Juarez Cirino dos SANTOS, « Crime organizado », *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, jan-mar. 2003, n. 42, p. 224, cité par Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, *op. cit.*, p. 301) (« la figure de l'agent infiltré dans des bandes et/ou des associations criminelles, comme procédure d'investigation et de formation de preuves, avec l'inévitable participation du représentant du pouvoir à des actions criminelles communes, porte atteinte au principe éthique qui prohibe l'utilisation par l'État de moyens immoraux pour réduire l'impunité » [traduction libre].) Pour la constitutionalité de

la loi, la doctrine distingue la provocation à la preuve de l'infraction de la provocation à sa commission[613].

Notre intention est d'établir une comparaison sur les éléments essentiels des définitions et des conditions pour l'utilisation de la mesure dans chaque droit.

## A. En droit français

**131.** L'article 706-81 du Code de procédure pénale contient la définition de l'infiltration :

> L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs.

De ces premières précisions nous pouvons tirer les éléments constituants de l'infiltration : 1. Elle est une procédure réservée à la police judiciaire ; 2. sa finalité est de

---

l'institution, Renato Brasileiro de Lima s'est prononcé: « *Os tradicionais meios de obtenção de prova previstos na legislação processual penal têm se mostrado ineficazes para fazer frente à expansão das organizações criminosas, daí porque o Estado precisa se valer de novas técnicas especiais de investigação. Como essas técnicas caracterizam-se pelo emprego do sigilo e da dissimulação, certamente serão tidas como mais agressivas contra os criminosos, porquanto trazem consigo maior restrição não apenas a liberdade de locomoção, mas também a outros direitos fundamentais. Isso, no entanto, não autoriza qualquer conclusão no sentido da sua inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque se trata de procedimento investigatório que demanda prévia autorização judicial. Segundo, porque sua utilização é medida de* ultima ratio *(Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º). Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 749) (« Les moyens traditionnels d'obtention de preuve prévus à la législation processuelle pénale se sont montrés inefficaces pour faire face à l'expansion des organisations criminelles, raison pour laquelle l'État a besoin d'utiliser des nouvelles techniques spéciales d'investigation. Une fois que ces techniques se caractérisent par l'emploi du secret et de la dissimulation, certainement elles seront considérées plus agressives contre les criminels, parce qu'amènent en soi une restriction non seulement à la liberté de locomotion, mais aussi à d'autres droits fondamentaux. Cependant, cela n'autorise pas une conclusion dans le sens de son inconstitutionnalité. Premièrement, parce qu'il s'agit de procédure d'investigation qui demande l'autorisation préalable d'un juge. Deuxièmement, parce que son utilisation n'est admise qu'à titre d'*ultima ratio* (Loi nº 12.850/13, art. 10, § 2º). En conclusion parce que, à la lumière du principe de la proportionnalité, la dangerosité sociale inhérente aux organisations criminelles finit par justifier l'emploi de procédures d'investigation plus invasives, sans lesquelles les organes de l'État ne seraient pas capables de localiser des sources de preuve et de réunir des éléments d'information nécessaires à la poursuite pénale » [traduction libre].)

613 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 419- 420.

surveiller des personnes suspectées de commettre une infraction pénale ; 3. elle implique l'utilisation d'une identité fallacieuse par le policier qui va se faire passer pour un criminel[614].

Parce que le policier s'immisce dans le milieu criminel, il risque de commettre lui aussi des infractions[615]. C'est la raison pour laquelle la loi l'autorise à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre des infractions pénales prévues à l'article 706-82. L'enquêteur bénéficie d'une justification par la permission de la loi. En outre, ce bénéfice peut s'étendre aux personnes réquisitionnées par l'agent pour l'aider. La doctrine considère que la liste d'actes permis aux agents est indicative[616].

Enfin, on tire l'essence du dispositif du fait que « à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions »[617]. L'infiltration est donc destinée à la production de la preuve. Le policier infiltré ne peut pas provoquer la commission d'une infraction, mais seulement apporter la preuve d'infractions déjà commises, et dont il a la conviction qu'elles existent[618].

En vue de sa caractéristique coercitive, l'infiltration doit obéir à des procédés stricts prévus par la loi. D'abord, à peine de nullité, elle doit être autorisée par le procureur de la République ou par le juge d'instruction, qui doivent contrôler son déroulement. L'autorisation doit être écrite et motivée. Elle doit contenir l'exposition des infractions qui la justifient, l'identité de l'officier de police responsable et elle doit fixer la durée de l'opération. L'opération peut durer 4 mois, renouvelable[619].

---

614 « On voit qu'au cœur de la notion d'infiltration, il y a la tromperie puisqu'il y a l'usage d'une identité d'emprunt ». (Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 17e éd., revue et augmentée à jour au 15 juillet 2013, Référence, Paris, Éd. Cujas, 2013, p. 363)

615 « Plus précisément, l'infiltration est l'acte par lequel un enquêteur s'immisce dans une équipe de criminels pour en suivre les agissements et recueillir des éléments de preuve nécessaires à leur mise en cause, parfois en commettant lui-même des infractions ». (*Id.*, p. 362)

616 Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 269.

617 Partie de l'article 706-81 du Code de procédure pénale.

618 « […] la provocation ici est bien plus une provocation à la preuve de l'infraction qu'à sa commission : […] » (Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 363)

619 Article 706-83 du Code de procédure pénale :

« A peine de nullité, l'autorisation donnée en application de l'article 706-81 est délivrée par écrit et doit être spécialement motivée.

« Elle mentionne la ou les infractions qui justifient le recours à cette procédure et l'identité de l'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération.

L'infiltration doit être l'objet d'un rapport élaboré par l'officier de police judiciaire coordinateur, mais sans mettre en danger la sécurité de l'agent infiltré. Les articles 706-84 et 706-85 contiennent des garanties de l'agent infiltré, dont l'identité ne peut pas être révélée.

Il faut remarquer que la personne mise en cause par les déclarations de l'agent infiltré peut demander une confrontation directe avec lui (article 706-86), même si une condamnation ne pourrait pas être fondée sur la seule parole de l'agent infiltré (article 706-87)[620], sauf avec révélation de sa véritable identité (article 706-87, deuxième partie).

Une deuxième modalité de l'infiltration est prévue à l'article 706-87-1 du Code de procédure pénale. C'est une infiltration virtuelle, destinée à faire la preuve du terrorisme parmi d'autres infractions commises par des moyens électroniques. Les conditions ne sont pas les mêmes, car il suffit à l'officier de police judiciaire d'être « affecté dans un service spécialisé désigné par arrêté du ministre de l'intérieur et spécialement habilités à cette fin » pour pratiquer les actes autorisés par la loi. L'article ne mentionne pas la nécessité d'autorisation d'un magistrat.

## B. En droit brésilien

**132.** Lorsque la loi ne définit pas l'infiltration en droit brésilien, les définitions sont élaborées par la doctrine, comme nous l'avons vu. Elles mettent en relief deux éléments : la pénétration subreptice dans une organisation criminelle ; le but d'obtention de preuve. Ce sont les mêmes éléments marqués par la doctrine française.

« Cette autorisation fixe la durée de l'opération d'infiltration, qui ne peut pas excéder quatre mois. L'opération peut être renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée. Le magistrat qui a autorisé l'opération peut, à tout moment, ordonner son interruption avant l'expiration de la durée fixée.

« L'autorisation est versée au dossier de la procédure après achèvement de l'opération d'infiltration ».

620 « Il y a là une limite au principe de la liberté de la preuve en matière pénale, sans doute voulue par égard au principe de la loyauté de la preuve, ce qui peut être perçu comme une entrave à la répression du grand banditisme ». (Wilfrid JEANDIDIER, « Criminalité et délinquance organisées », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, janvier 2017, [consulté le 6 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000391&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN, Chapitre II, Art. 2, § 1)

D'autre part, la loi établit les conditions d'affectation de ce moyen d'investigation. D'abord, comme en France, elle exige que l'agent infiltré soit une autorité de police[621]. Ensuite, il faut une autorisation d'un juge, circonstanciée, motivée et confidentielle, qui établira des limites[622]. En revanche, la loi n'indique pas les délits auxquels s'appliquera la mesure, de sorte que le juge doit fixer ces limites. Les limites sont les crimes qu'il peut et qu'il ne peut pas pratiquer, mais aussi les autres procédures autorisées, comme par exemple des saisies[623]. La durée de l'infiltration est de 6 mois, renouvelable[624]. Enfin, il faut que la procédure soit la seule efficace dans le cas[625]. Il s'agit donc d'une consécration du principe de subsidiarité.

Les articles 11 et 12 de la loi 12.850/2013 traitent de la procédure applicable à l'autorisation d'infiltration. L'article 13 établit la responsabilité pénale de l'agent infiltré dans le cas d'excès commis par lui[626] et l'article 14 établi les droits de l'agent, entre autres, que son identité ne soit pas révélée[627].

**133. Conclusion de la Section I.** Malgré des similitudes dans les deux droits, on aperçoit quelques différences importantes : 1. au Brésil, le procureur de la République n'a pas pouvoir à autoriser l'infiltration ; 2. au Brésil, c'est au juge d'établir les limites de l'infiltration, tandis qu'en France les limites sont fixées par la loi ; 3. au Brésil, il faut faire la preuve que la mesure est le seul moyen possible pour l'obtention de preuves ; 4. Au Brésil, la loi affirme que l'agent peut être puni pour des excès, la loi n'ayant pas tracé de limites à son action. C'est au juge de décider

621 « *Como se trata, a infiltração de agentes, de técnica especial de investigação, devem ser entendidos como* agentes de polícia *apenas as autoridades policiais que tenham atribuição para a apuração de infrações penais* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 750) (« Comme, avec l'infiltration, il s'agit d'une technique spéciale d'investigation il faut comprendre pour *agents de police* seules les autorités de police qui aient attribution pour l'investigation d'infractions pénales » [traduction libre]).

622 Article 10, *caput*, de la loi 12.850/2013.

623 Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 752.

624 Article 10, § 3, de la loi 12.850/2013.

625 Article 10, § 2, de la loi 12.850/2013.

626 « *Artigo 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.*

« *Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa* ».

(« Article 13. L'agent qui ne garde pas, dans son action, la juste proportionnalité avec la finalité de l'investigation, répondra pour les excès pratiqués.

« Paragraphe unique. N'est pas punissable, dans le cadre de l'infiltration, la pratique de crime par l'agent infiltré pendant le cours de l'investigation, quand on ne pourrait pas exiger une autre conduite » [traduction libre]).

627 Article 14, IV, de la loi 12.850/2013.

ce qu'on peut comprendre par excès dans chaque cas. 5. Au Brésil, on admet que l'infiltration peut être virtuelle, même sans prévision légale sur ce sujet. 6. Au Brésil, il n'y a pas de dispositif pour limiter la valeur du témoignage de l'agent infiltré. Pour la doctrine sa parole a la même valeur que celle d'un policier identifié[628].

Enfin, il semble qu'en France l'institution s'est développée et est couronnée de succès[629]. Au Brésil, d'une part, la loi contient des inconvénients pour l'agent infiltré dont les actions seront jugées sans qu'une loi ne définisse exactement ce qui lui est permis ; et, d'autre part, son application semble encore timide d'autant que la doctrine la répute inconstitutionnelle[630].

---

628 « *Se nos processos criminais ordinários tem valia a oitiva em juízo dos policiais que atuaram na fase investigatória, com muito mais razão terá valor probatório o testemunho do policial infiltrado que atuou autorizado pelo Poder Judiciário e foi permanentemente controlado pelo Ministério Público e pela autoridade policial. E não poderia ser diferente, haja vista que, muito provavelmente ninguém além do agente infiltrado encontra-se mais capacitado a apontar a composição da organização criminosa investigada, sua estruturação, seu nicho de atuação, a forma como se concretiza a divisão de tarefas entre seus membros, o modus operandi etc. Por haver participado de maneira encoberta da organização criminosa, está o policial devidamente habilitado a revelar detalhes que talvez jamais seriam conhecidos em sua inteireza* ». (Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, *op. cit.*, p. 322) (« Si dans les procès criminels *ordinaires* est valable, devant le juge, le témoignage, des policiers qui ont eu une participation dans la phase d'investigations, avec beaucoup plus de raison, aura valeur de preuve le témoignage du policier infiltré qui a travaillé, étant autorisé par le pouvoir Judiciaire et ayant été tout le temps contrôlé par le Ministère Public et par l'autorité policière. Et il ne peut en être autrement, vue que très probablement personne d'autre que l'agent infiltré n'ait plus de capacité à révéler la composition de l'organisation criminelle investiguée, sa structuration, son champ d'actuation, la forme sous laquelle est distribuée la division des tâches entre ses membres, le *modus operandi* etc. Pour avoir participé de manière dissimulée à l'organisation criminelle, le policier est légitimement habilité à révéler des détails qui peut-être ne seraient jamais été connus entièrement » [traduction libre]).

629 « Depuis 2004, les opérations d'infiltration se sont développées et ont été couronnées de succès en matière de criminalité organisée et, notamment, dans le démantèlement de trafics internationaux de stupéfiants. Pour des raisons évidentes de confidentialité, ces opérations et l'action du service qui les met en œuvre ne peuvent pas être quantifiées. Il convient cependant de souligner l'extrême professionnalisme des agents de ce service et la confiance réciproque réelle entre eux et les juges d'instruction spécialisés dans la lutte contre la criminalité organisée qui s'est instaurée et ne peut perdurer justement qu'en raison de la spécialisation de ces derniers ». (Jean PRADEL et Jacques DALLEST (dir.), *La criminalité organisée*, *op. cit.*, p. 194)

630 « *A infiltração policial é, por certo, uma dessas novas técnicas especiais de investigação voltadas para o enfrentamento da criminalidade organizada. Usada em conformidade com o vetor da proporcionalidade e de acordo com o* due process of law*, a medida (compatível com o garantismo penal), agora devidamente regulamentada pela legislação, haverá de ser utilizada com mais eficácia e frequência* ». (Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, *op. cit.*, p. 303) (« L'infiltration policière est, certainement, une de ces nouvelles techniques spéciales d'investigation orientées vers l'affrontement de la criminalité organisée. Utilisée en conformité avec le principe de la proportionnalité et en accord avec le *due process of law,* la mesure (compatible avec le garantisme pénal), maintenant dument règlementée par la législation, devra être utilisée avec plus d'efficacité et de fréquence ». [traduction libre]).

## Section II. Les autres méthodes techniques secrètes

**134.** La création d'appareils pour la communication humaine à distance, comme le télégraphe, puis le téléphone, enfin les ordinateurs, ont augmenté les possibilités de communication, mais aussi ont entrainé des nouvelles possibilités d'interception des communications. Plusieurs techniques ont été développées pour permettre aux pouvoirs publics, secrètement, c'est-à-dire, sans que les interlocuteurs en aient connaissance, d'intercepter les communications de tiers, en certains cas et sous certaines conditions.

### § 1. L'évolution législative

**135.** Les écoutes téléphoniques sont une institution utilisée depuis la seconde moitié du XX$^{ème}$ siècle en France et quelques années plus tard, au Brésil. Ont changé au fil du temps, les conditions exigées pour leur utilisation et l'extension de la même possibilité d'interception aux communications électroniques ou télématiques. Lesdites conditions très souples au début, parce que non prévues par la loi, sont devenues plus nombreuses dans les années 1990, pour se réassouplir dans les années 2010. Cette courbe est valable pour les deux droits. La raison de ces modifications est la relation entre l'utilisation de méthodes techniques sécrètes et le droit au secret de la vie privée, assuré dans l'article 8, de la Convention EDH[631] et à l'article 5$^{ème}$, XII, de la Constitution Fédérale brésilienne[632].

Nous allons analyser, ci-après, cette évolution, d'abord en droit français (A) et ensuite en droit brésilien (B).

---

631 Convention européenne des droits de l'homme, Rome, 4. XI. 1950, article 8 : « Droit au respect de la vie privée et familiale 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

632 Article 5$^{ème}$, XII de la Constitution Fédérale : « le secret de la correspondance, des communications télégraphiques, des données et des communications téléphoniques est inviolable sauf, par mandat judiciaire, dans les hypothèses et selon les formes que la loi établit aux fins d'investigation criminelle ou d'instruction d'une procédure pénale » [traduction dans Didier MAUS *et al.* (dir.), *La nouvelle République brésilienne*, *op. cit.*, p. 283].

En portugais : *« é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual* »

## A. En France

**136.** La CEDH a condamné la France en raison de l'utilisation des écoutes téléphoniques sans loi les définissant, par arrêts en date du 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/France*[633]. Avant cette importante décision, la jurisprudence admettait l'utilisation des écoutes téléphoniques fondée sur l'article 81 du Code de procédure pénale, qui permettait au juge d'instruction de faire tous actes d'instruction qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité, ce qui incluait l'écoute téléphonique, moyen de preuve sans lequel les affaires de trafic de stupéfiants seraient difficilement mises en évidence[634].

Stimulé par la décision de la CEDH, du 24 avril 1990, le législateur français, le 10 juillet 1991, a créé l'institution des écoutes téléphoniques (articles 100 à 100-7 du CPP) Elles étaient limitées à l'instruction préparatoire.

Cette loi a été modifiée par la loi du 9 mars 2004[635], qui a élargi la possibilité de son utilisation aux enquêtes préliminaires concernant la criminalité organisée (article 706-95 du CPP).

Mais, l'évolution de la technologie a poussé le législateur à en profiter comme moyen de preuve. La loi du 14 mars 2011 (LOPPSI2)[636] a permis la capture des images et des documents qui sont sur l'écran d'un ordinateur, après autorisation du juge d'instruction (articles 706-102-1 à 706-102-9). Il s'agit d'une évolution des écoutes téléphoniques vers la captation des données informatiques.

La succession d'attentats, l'évolution de techniques de communication par internet et son importante utilisation par les terroristes, ont déterminé l'apparition des nouvelles lois : la loi du 14 mars 2011 a été modifiée, par les lois du 13 novembre 2014[637] et du 3 juin 2016[638].

---

633 CEDH, « Affaire Huvig c. France » [en ligne], 24 avril 1990, [consulté le 5 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62184

634 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 424.

635 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

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

637 Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme

638 Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

Si la loi du 14 mars 2011 ne permettait pas la perquisition à distance, ces nouvelles lois ont institué la recherche des données techniques de connexion (articles 706-95-4, I et 5, I, du CPP, et l'interception des correspondances émises ou reçues par le terminal identifié, par l'utilisation du système *IMSI catchers*, article 706-95-4, II et 706-95-5, II) ; la consultation et saisie de correspondances stockées (article 704-95-1 et 2) ; et l'interception d'un flux de correspondances (article 706-95). Les conditions imposées par la loi ont été profondément modifiées aussi, comme par exemple la possibilité d'application pendant l'enquête préliminaire, sous ordonnance du juge des libertés et de la détention et dans quelques cas spécifiques sur ordre du procureur de la République.

Dans le présent paragraphe nous voulions à peine donner une idée de l'évolution historique de l'utilisation des méthodes techniques sécrètes, qui dans les dernières années ont été bouleversées surtout pour voir leur application très élargie, en fonction non seulement de l'évolution de la technologie, mais aussi de la nécessité de leur application dans la lutte contre le terrorisme, les criminels profitant d'une technologie dès son invention, car ils ne suivent aucune règle ni légale, ni morale.

## B. Au Brésil

**137.** Au Brésil, les *interceptions téléphoniques*, nom utilisé en France pour les écoutes téléphoniques, étaient pratiquées depuis les années 1960 et fondées sur le Code brésilien de télécommunications (Loi nº 4.117/62), qui prévoyait à l'article 57, II, alinéa « e », que la connaissance du juge compétent, du contenu par lui requis, ne constituait pas une violation de télécommunication[639].

Puis, le droit au secret des communications téléphoniques a été garanti par la Constitution Fédérale, á l'article 5º, XII, qui a permis que les écoutes prévues par la loi, ne soient autorisées que par un juge et à fin d'investigation criminelle ou d'instruction procédurale.

C'est seulement en 1996 que le législateur a créé la loi nº 9.296/96[640], en vigueur jusqu'à nos jours, connue comme loi sur « l'interception téléphonique ». Il faut rappeler que l'article

639 Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, pp. 361- 362.

640 Loi nº 9.296 du 24 juillet 1996, règle la partie finale de l'alinéa XII, de l'article 5ème, de la Constitution Fédérale

1er, paragraphe unique de la loi prévoyait déjà son incidence par rapport au « flux de communications dans les systèmes informatique et télématique »[641].

Ensuite, la loi 12.850, du 2 aout 2013[642], a créé en ce qui concerne la criminalité organisée la possibilité de la « captation environnementale des signaux électromagnétiques, optiques ou acoustiques », à l'article 3º, II et a étendu l'incidence de la loi nº 9.296/96 à la criminalité organisée, à l'article 3º, V[643].

Au Brésil, la loi nouvelle a élargi le domaine d'application des interceptions plutôt par rapport aux nouvelles possibilités techniques qu'en fonction de la phase de la procédure où l'on peut l'utiliser, ou en relation à l'autorité compétente pour l'ordonner.

## § 2. Aujourd'hui

**138.** Aujourd'hui, en raison des nouvelles technologies et du développement de la criminalité organisée et du terrorisme, les législateurs français et brésilien ont élargi les domaines de l'utilisation des moyens techniques secrets. Ils englobent les écoutes téléphoniques

641 Article 1er de la Loi n° 9.296/96 : « L'interception de communications téléphoniques, de toute nature, pour constituer la preuve en investigation criminelle et en instruction procédurale pénale, observera le dit dans cette Loi et dépendra d'un ordre du juge compétent pour l'action principale, sous secret de justice. Paragraphe unique. Les dispositions de cette Loi sont applicables à l'interception du flux de communications en systèmes informatique et télématique » [traduction libre].

En portugais : *« A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ».*

642 « *Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013, define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal ; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) ; revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995 ; e dá outras providências ».* (« Loi nº 12.850 du 2 août 2013, définit organisation criminelle et dispose sur l'investigation criminelle, les moyens d'obtention de preuve, les infractions pénales afférentes et la procédure criminelle ; modifie le Décret-loi nº 2.848 du 7 décembre 1940 (Code pénal) ; abroge la loi nº 9.034 du 3 mai 1995 ; et donne autres mesures » [traduction libre]).

643 Article 3º, II et V, de la loi 9.296/96 : « En toute phase de la persécution pénale, seront permis, sans préjudice d'autres moyens déjà prévus par la loi, les moyens suivants d'obtention de preuve : […] II – la captation environnementale de signaux électromagnétiques, optiques ou acoustiques ; […] V – interception de communications téléphoniques et télématiques, dans les termes de la législation spécifique ; […] » [traduction libre].

En portugais : « *Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova :* […] *II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos ;* […] *V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica ;* […] ».

traditionnelles, les sonorisations (écoutes environnementales), et aussi la captation de données informatiques, y inclus le système *IMSI catchers* et la géolocalisation.

Il faut d'emblée résoudre le problème lié à la terminologie employée en France et au Brésil. Au Brésil, la doctrine distingue l'interception téléphonique de l'écoute téléphonique. « L'interception est la capture de la communication téléphonique par un tiers, sans qu'aucun des communicateurs en aient connaissance [traduction libre] »[644]. En revanche, « l'écoute téléphonique est la captation de la communication téléphonique par un tiers, l'un des communicateurs en ayant connaissance, à l'insu de l'autre [traduction libre] »[645].

En France, on utilise les deux termes comme synonymes. M. Pradel en réponse à la question de savoir ce qu'il faut entendre par *interception de conversations téléphoniques*, a observé qu' « un arrêt antérieur à la loi de 1991, avait considéré que *les écoutes téléphoniques se définissent comme une technique consistant à interposer, au moyen d'une dérivation sur la ligne d'un abonné, un procédé magnétique d'enregistrement de conversations* ». Et après il conclut « qu'on peut dire qu'intercepter des conversations téléphoniques, c'est les « prendre au passage », c'est les recueillir pendant qu'elles se déroulent, et c'est le faire par un procédé technique »[646]. Point de distinction entre écoutes et interceptions. Aujourd'hui la nouvelle terminologie désigne les écoutes téléphoniques comme *interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*[647].

D'autre part, la doctrine distingue la sonorisation, appelée *interception environnementale* au Brésil, dans les deux pays. Au Brésil : « l'interception environnementale est la captation subreptice d'une communication dans son propre environnement, par un tiers, à l'insu des communicateurs. […] Dans le cas de l'interception environnementale la communication n'est pas téléphonique [traduction libre] »[648]. En France : la sonorisation proprement dite est

644 « *Interceptação telefônica (ou interceptação em sentido estrito): consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem conhecimento de nenhum dos comunicadores.* […] » (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 317).

645 « *Escuta telefônica : é a captação da comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro.* […] » (*Ibid.*)

646 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 427- 428.

647 Jacques BUISSON, « Enquête préliminaire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, octobre 2006, Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000124&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN, Chapitre 2, Section 2, Art. 1, § 2

648 En portugais : « *Interceptação ambiental : é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores.* […] *no caso da interceptação ambiental, a comunicação não é telefônica ».* Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 317.

l'enregistrement des propos tenus à titre privé ou confidentiel dans les lieux ou véhicules privés ou publics[649].

Dans les deux pays, la captation d'images et la sonorisation sont possibles. Au Brésil, l'article 3º, II, de la loi 12.850/13 est clair quand il dispose sur « la captation environnementale des signaux électromagnétiques, *optiques* ou acoustiques ». Le Code de procédure pénale français est clair aussi, car il se réfère à la captation des paroles ou de l'image d'une ou plusieurs personnes (article 706-96-1 du CPP). La géolocalisation existe dans les deux droits, mais au Brésil la prévision ne concerne que la traite des êtres humains. Dans les autres cas, elle est fondée sur la loi d'interception téléphonique.

Dans l'état actuel de choses, les deux législations se ressemblent, mais la législation française est comme toujours plus spécifique, dans le cas surtout qui concerne la géolocalisation et le système *IMSI catchers*. Il n'y a pas de prévision pour ce dernier cas dans la législation brésilienne.

Les conditions d'application de chaque dispositif par rapport aux infractions de terrorisme seront analysées ensuite, dans les alinéas 1, 2, 3, 4 et 5.

## A. Les interceptions téléphoniques

**139.** En principe, l'interception téléphonique, en France, était seulement du ressort du juge d'instruction (article 100 du CPP[650]). Mais la loi du 9 mars 2004 en a étendu la possibilité à la phase de l'enquête, pour les infractions de criminalité organisée listées à l'article 706-73 du CPP (article 706-95 CPP). Dans ce cas, la compétence appartient au juge des libertés et de la détention.

649 Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 304.

650 Article 100 du CPP : « En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.

« La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours ».

Au Brésil, toute interception téléphonique est possible pendant l'investigation criminelle ou pendant l'instruction procédurale[651], mais le juge compétent sera toujours celui compétent pour l'action principale (article 1er de la loi 9.296/96)[652]. Cela ne change pas ni en matière de criminalité organisée, ni en matière de terrorisme (article 3ème, V, de la loi 12.850/13).

S'agissant des crimes de droit commun, le juge d'instruction peut prescrire l'interception téléphonique pour les délits ou crimes punis de plus de deux ans d'emprisonnement. Il le peut aussi évidement pour les faits de terrorisme.

---

651 *L'investigation criminelle* peut exister, selon la doctrine et la jurisprudence brésilienne, hors de l'enquête policière, comme par exemple une investigation menée par le Ministère Public, et s'étend jusqu'au déclenchement de l'action pénale. L'*instruction procédurale* est la phase procédurale destinée à la recherche de la preuve, qui s'étend, en droit brésilien, de la *denúncia* (équivalent du réquisitoire introductif d'instance) jusqu'à la fin de *l'instruction* (l'instruction au Brésil, où il n'y a pas de juge d'instruction, obéit à des principes différents de la procédure française). « *Como é sabido, hoje o inquérito policial já não é mais considerado a única forma de investigação criminal (CPP, art. 4º, parágrafo único), sendo extremamente comum que o Ministério Público e Comissões Parlamentares de Inquérito, além de outros órgãos , desempenhem importante mister na apuração de infrações penais e de sua autoria. Portanto a interceptação telefônica para fins de investigação criminal pode ser efetivada independentemente da prévia instauração de inquérito policial, pois nada impede que investigação diversa preceda esse procedimento. A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurado o processo penal* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 330). Dans ce sens : (« On sait qu'aujourd'hui l'enquête policière n'est plus considérée comme la seule manière d'investigation criminelle (CPP, art. 4ème, paragraphe unique) ; il est extrêmement commun que le Ministère Public et la Commission Parlementaire d'enquête, entre autres organes, jouent un rôle important pour la détermination de la responsabilité pénale pour des infractions. L'interception téléphonique, donc, à des fins d'investigation criminelle peut être menée indépendamment d'une préalable instauration d'enquête policière, parce que rien n'empêche qu'une autre investigation ne précède cette procédure. La mesure peut être déterminée pour l'investigation criminelle (même avant, donc, que soit formellement instaurée l'enquête) et pour l'instruction criminelle, après l'instauration du procès pénal ». [traduction libre])

652 Malgré la lettre de la loi, la doctrine et la jurisprudence, d'ailleurs appliquées dans la pratique, suivent une autre orientation. « *deve-se dirigir o pedido ao magistrado, que, pelas normas de organização judiciária, for competente para fiscalizar o andamento do inquérito policial, determinando as medidas jurisdicionais urgentes.* […] *STJ: "1. Tem-se, no art. 1.º da Lei n.º 9.296/96, que '(a) interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.' Tal regra não impede, entretanto, o deferimento de autorização de referida diligência por Juízo diverso daquele que veio a julgar a ação penal, quando concedida ainda no curso das investigações criminais. Precedentes." (HC 103.917/RJ 2008/0075635-3, 5ª Turma, Rel. Laurita Vaz, DJ 16.12.2010) ;* » (Guilherme de Souza NUCCI, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 1*, *op. cit.*, p. 510) (« on doit adresser la demande au magistrat, qui, selon les règles d'organisation judiciaire, est compétent pour contrôler le déroulement de l'enquête policière, déterminant les mesures urgentes. […] STJ (Équivalent de la Cour de Cassation) : "1. Il est précisé, à l'art. 1er de la Loi nº 9.296/96, que l'interception de communications téléphoniques, de toute nature, pour parvenir à la preuve en investigation criminelle et en instruction procédurale pénale, observera le disposé dans cette Loi et dépendra de l'ordre du juge compétent pour l'action principale, sous, le secret de justice.' Une telle règle n'empêche pas, cependant, l'accord de l'autorisation de ladite ordonnance par un juge différent de celui qui a jugé l'action pénale, quand elle a été accordée pendant le cours des investigations criminelles. Précédents." (HC 103.917/RJ 2008/0075635-3, 5ª Turma, Rel. Laurita Vaz, DJ 16.12.2010) ; » [traduction libre])

La durée de l'écoute déterminée par le juge d'instruction est de quatre mois, renouvelable à plusieurs reprises, sans que la durée totale de l'interception puisse excéder un an ou, s'il s'agit d'une infraction prévue aux articles 706-73 et 706-73-1, deux ans (article 100-2).

Pendant l'enquête, pour les infractions prévues aux articles 706-73 et 706-73-1, l'écoute est admise, mais sa durée est réduite à un mois, renouvelable une seule fois (article 706-95).

En droit brésilien, l'interception téléphonique s'applique à tout crime dont la peine encourue est la réclusion criminelle (article 2º, III, de la loi 9.296/96), sans aucune distinction pour la criminalité organisée ou pour le terrorisme. En droit brésilien, la loi prévoit une durée de 15 jours, renouvelable pour 15 jours pour toute interception téléphonique (article 5º, de la Loi 9.296/96), mais dans la pratique la jurisprudence admet des prorogations illimitées[653].

Dans les deux droits, il existe comme condition de l'interception, le principe de la nécessité ou de l'indispensabilité, exprimée dans la législation française par l'expression « si les nécessités […] l'exigent » et en droit brésilien par l'interdiction de son utilisation quand « la preuve peut se faire par d'autres moyens disponibles » (article 2º, II de la loi 9.296/96).

653 « *embora o artigo 5º estabeleça o prazo máximo de quinze dias, prorrogável por igual tempo, constituindo autêntica ilogicidade na colheita da prova, uma vez que nunca se sabe, ao certo, quanto tempo pode levar uma interceptação, até que produza os efeitos almejados, a jurisprudência praticamente sepultou essa limitação. Intercepta-se a comunicação telefônica enquanto for útil à colheita da prova.* […] *Na jurisprudência: STF: "Este Tribunal firmou o entendimento de que 'as decisões que autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento' (HC 92.020/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa). O Plenário desta Corte já decidiu que 'é possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da Lei 9.296/96 (HC 83.515/RS, rel. Min. Nelson Jobim)* ». (*Id.*, p. 520) (« quoique l'article 5ème établisse le délai maximal de quinze jours, renouvelable pour le même temps, constituant un authentique manque de logique dans la collecte de la preuve, car on ne sait jamais, exactement, combien de temps l'interception peut prendre, jusqu'à elle ait produit les effets prétendus, la jurisprudence a quasi enseveli cette limitation. On intercepte la communication téléphonique autant qu'elle sera utile à l'obtention de la preuve. […] Dans la jurisprudence : STF (équivalent du Conseil Constitutionnel : "Ce Tribunal a entendu que 'les décisions qu'autorisent la prorogation de l'interception téléphonique sans ajouter des nouveaux motifs indiquent que cette prorogation a été autorisée sur le même fondement exposé à la première décision qui a concédé la surveillance' (HC 92.020/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa). Le Plénier de cette Cour a déjà décidé que 'la prorogation est possible pour la même durée de l'autorisation pour l'interception téléphonique, même si elle se répete, spécialement quand le fait complexe exige une investigation différente et continue. Il n'y a pas, alors d'infraction à l'art. 5ème, *caput*, de la Loi 9.296/96 (HC 83.515/RS, rel. Min. Nelson Jobim)" ». [traduction libre])

## B. La consultation et la saisie de correspondances stockées

**140.** La possibilité de consultation et de saisie de correspondances stockées dans un système informatique est prévue à l'article 706-95-1 du CPP[654], introduit par la loi du 3 juin 2016, en ce qui concerne l'enquête, et à l'article 706-95-2 du CPP, relatif à l'instruction. Il s'agit de correspondances stockées par la voie de communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique, c'est-à-dire accéder aux e-mails stockés.

Dans le cas où l'on découvre d'autres infractions que celles visées dans l'autorisation du juge, la loi prévoit expressément que cela ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes (article 706-95-3, al. 3, du CPP)[655].

## *C.* L'*IMSI catchers*

**141.** Comme nous avons dit, une prévision spécifique pour l'utilisation d'un *IMSI catchers* n'existe qu'en droit français. Toutefois, en droit brésilien, à notre avis, elle peut être utilisée, sur la base de l'article 1[er], paragraphe unique, de la Loi 9.296/96, qui contient une prévision générique pour l'interception du flux de communications en système d'informatique et de télématique.

En droit français, elle a été instituée par la loi nº 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, qui a créé l'article L.851-6 du Code de sécurité intérieure.

> À l'occasion de la discussion du projet de loi relatif au renseignement, l'*IMSI catcher* a été défini *comme une antenne relais mobile factice qui se substitue, dans un périmètre donné, aux antennes relais des opérateurs permettant ainsi aux services (spécialisés de renseignement) de disposer des informations sur les terminaux qui s'y sont connectés* (Sénat, Rapp. nº 460, 20 mai 2015, Ph. Bas., p. 83)[656].

---

654 Article 706-95-1 du CPP : « Si les nécessités de l'enquête relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée l'accès, à distance et à l'insu de la personne visée, aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique. Les données auxquelles il a été permis d'accéder peuvent être saisies et enregistrées ou copiées sur tout support ».

655 Pascal DOURNEAU-JOSETTE, « Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications électroniques », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, juillet 2016, Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000386&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN, Section 2, article 1, § 1

656 Haritini MATSOPOULOU, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée : À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 20 juin 2016, n° 25, p. 1224.

La loi nº 2016-731 du 3 juin 2016, qui a créé les articles 706-95-4 à 706-95-10 du CPP, a étendu la possibilité d'utilisation de cette technique en cas d'enquête et d'information judiciaire. Elle permet d'identifier l'appareil et le numéro d'abonnement de son utilisateur, ainsi que la localisation d'un équipement terminal. Les durées changent selon qu'il s'agisse de l'enquête ou de l'information. Pendant l'enquête, l'autorisation est délivrée pour une durée maximale d'un mois, renouvelable une fois dans les mêmes conditions (article 706-95-4, I). En cas d'information, l'autorisation est délivrée pour une durée maximale de deux mois, renouvelable dans les mêmes conditions, sans que la durée totale ne puisse excéder six mois (article 706-95-5, I, du CPP). En outre, l'autorité judiciaire peut autoriser les interceptions des correspondances émises ou reçues par un équipement terminal identifié, pour une durée de 48 heures, renouvelable une fois (articles 706-95-4, II et 706-95-5, II, du CPP).

## D. La sonorisation et la captation d'images

**142.** En droit brésilien comme en droit français, la sonorisation ou « interception environnementale », comme elle est appelée au Brésil, et la captation d'images, sont autorisées par la loi en matière de criminalité organisée. Ces techniques, depuis leur création, ont été rendues possibles exclusivement en matière de criminalité organisée.

En France, elles ont été créées par la loi 2004-204, du 09 mars 2004, et sont prévues à l'article 706-96 du Code de procédure pénale, modifié par plusieurs lois successives, et la dernière fois, par la loi 2016-731, du 3 juin 2016. Au Brésil, elles ont été créées par la loi 12.850/13 et sont prévues à l'article 3°, II, de cette loi.

En France, la loi nº 2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II, a restreint ces procédés à la phase de l'instruction[657]. La loi nº 2016-731 du 3 juin 2016, a étendu la sonorisation et la captation d'images au cas des enquêtes[658]. Dans le premier cas les procédés sont autorisés par

657 Article 706-96 du CPP, selon la loi du 9 mars 2014 : « Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. […] »

658 Article 706-96 du CPP, après la loi du 3 juin 2016 : « Si les nécessités de l'enquête relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser les officiers et agents de police judiciaire

le juge d'instruction et dans le deuxième par le juge des libertés et de la détention. La durée des mesures a été modifiée aussi : pendant l'enquête, elle peut durer un mois, renouvelable une fois et au cours de l'instruction l'autorisation est donnée pour deux mois, renouvelables, jusqu'à la limite de deux ans, au total (article 706-98 du CPP).

Il faut remarquer que « depuis l'adoption de la loi nº 2015-912 du 24 juillet 2015, relative au renseignement, les services spécialisés de renseignement peuvent faire usage d'une telle technique dans le cadre de leurs missions préventives, conformément aux conditions prévues aux articles L.853-1 et L.853-3 du Code de sécurité intérieure »[659]. C'est-à-dire que ces mesures peuvent être autorisées par une autorité administrative.

Au Brésil, la doctrine distingue trois situations : la captation de conversation entre tiers dans un lieu public, dispensée d'une autorisation judiciaire ; la captation de conversations protégées par le secret, entre tiers, dans un lieu public, cas où il faut aussi une autorisation du juge ; et la captation de la conversation entre tiers dans un lieu privé, cas où il faut une autorisation judiciaire. La vie privée est protégée par l'article 5º, XI de la Constitution Fédérale, de sorte qu'une captation ne sera licite qu'en matière de criminalité organisée, après autorisation judiciaire[660]. La loi ne précise ni la durée, ni la procédure pour ces nouveaux

---

à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux. […] »

659 Haritini MATSOPOULOU, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée : À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *op. cit.*, p. 1224.

660 *« Se a interceptação ambiental em locais públicos é considerada válida pela doutrina e pela jurisprudência, o mesmo não se pode dizer em relação a uma interceptação ambiental efetuada no interior de domicílio. Nessa hipótese, além de violar o direito à intimidade, seja no tocante ao direito ao segredo, seja em relação ao direito de reserva, haverá evidente afronta à inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Todavia, em se tratando de procedimento investigatório relativo a crimes praticados por associações e organizações criminosas, havendo prévia e fundamentada autorização judicial, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental será considerada prova lícita, nos exatos termos do art. 3º, II, da Lei 12.850/13. Se não houver prévia ordem escrita da autoridade judicial competente, a licitude da prova deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 695) (« Si l'interception environnementale en locaux publics est considérée valide par la doctrine et par la jurisprudence, on ne pas dire de même quant à une interception environnementale effectuée à l'intérieur du domicile. Dans cette hypothèse, il y aura, au-delà d'une violation du droit à l'intimité, soit en relation au secret, soit en relation au droit de réserve, une offense évidente à l'inviolabilité domiciliaire prévue à l'art. 5º, XI, de la Constitution Fédérale. Toutefois, s'agissant de procédure d'investigation relative aux crimes pratiqués par des associations et organisations criminelles, avec autorisation judiciaire antérieure et motivée, tout et n'importe quel enregistrement et interception environnementale sera considéré comme une preuve licite, dans les termes exacts de l'art. 3º, II, de la Loi 12.850/13. Sans ordre écrite antérieure par l'autorité judiciaire compétente, la licéité de la preuve doit être analysée à la lumière du principe de proportionnalité ». [traduction libre])

procédés. Ainsi, soit la jurisprudence règlera la matière, soit on appliquera la loi des interceptions téléphoniques.

## E. La géolocalisation

**143.** La géolocalisation est connue des deux droits. Au Brésil, elle est dans la plupart des cas autorisée en même temps que l'interception téléphonique, car elle n'était pas traitée séparément. Une loi de 2016[661] a prévu la possibilité de géolocalisation avec autorisation judicaire, pour les cas de traite des êtres humains (article 13-B du CPP)[662].

La géolocalisation en France a été insérée dans le Code de procédure pénale par la loi du 28 mars 2014[663] (articles 230-32 à 230-44 du CPP) et l'autorisation peut être délivrée soit par le procureur de la République, soit par le juge de libertés et de la détention et soit par le juge d'instruction. La durée change selon l'autorité qui délivre l'autorisation (article 230-33 du CPP). L'autorisation délivrée par le procureur de la République peut durer 15 jours, à la fin desquels le juge de libertés et de la détention peut délivrer une nouvelle autorisation pour un mois, renouvelable (article 230-33, 1º, du CPP). L'autorisation par le juge d'instruction peut atteindre une durée maximale de quatre mois, renouvelable (article 230-33, 2º, du CPP).

---

661 Lei 13.344 de 6 de outubro de 2016, « *Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas ; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) ; e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) ».* (Loi n° 13.344 du 6 octobre 2016, « dispose sur la prévention et la répression de la traite nationale et internationale de personnes et sur les mesures d'aide aux victimes ; modifie la loi nº 6.815 du 19 aout 1980, le Decret-Loi nº 3.689 du 3 octobre 1941 (Code de procédure pénale), et le Decret-loi nº 2.848 du 7 décembre 1940 (Code pénal) ; et abroge les dispositifs du Decret-Loi nº 2.848 du 7 décembre 1940 (Code pénal) [traduction libre] ».)

662 « *Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.*

« *§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência ».*

(« Article 13 -B du Code de procédure pénale : « S'il est nécessaire pour la prévention et la répression des crimes en relation à la traite des êtres humains, le membre du Ministère Public ou l'autorité de police pourront réquisitionner, ayant autorisation judiciaire, les entreprises prestataires de service de télécommunications et de télématique pour qu'elles mettent à disposition immédiatement les moyens techniques corrects – comme signaux, informations et autres – qui permettent la localisation de la victime ou des suspects du délit en cours.

« § 1º Pour les effets de cet article, signal signifie positionnement de la station de couverture, sectorisation et intensité de radiofréquence ». [traduction libre])

663 Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation

La loi française est beaucoup plus précise que la loi brésilienne, dans ce domaine. En France « la géolocalisation a pour but de localiser soit un objet, en lui-même, soit une personne au moyen d'un objet qu'elle détient ou dont elle se sert ou s'est servie [comme un véhicule, par exemple]. Elle permet aussi de suivre les déplacements de cette personne ce qui est inévitable mais n'est pas dit »[664]. Au Brésil, la géolocalisation s'utilise seulement pour la localisation des personnes. La règlementation, étant pauvre, ne spécifie pas les types d'objets qui peuvent être cherchés, mais seulement les moyens comme *signaux, informations et autres*.

## Section III. Les perquisitions et les saisies

**144.** Les perquisitions et les saisies existent en droit français comme en droit brésilien, sauf qu'en droit brésilien il n'y a pas de différence qu'il s'agisse de la criminalité commune ou qu'il s'agisse du crime organisé : les règles sont les mêmes. En France c'est différent puisqu'il il y a des règles spéciales pour les perquisitions et les saisies concernant la criminalité organisée.

En outre, en France, dans le cas des infractions de terrorisme, il y a eu, pendant la période de l'état d'urgence, la possibilité de perquisitions administratives. Les perquisitions ont été rejudiciarisées par une loi, très récente, du 31 octobre 2017[665], qui a attribué au juge de libertés et de la détention la compétence pour autoriser les perquisitions, maintenant nommées *visites*.

Au Brésil, en matière de terrorisme, la perquisition n'est possible qu'en cas de flagrance ou sur ordre d'un juge.

Les notions, les conditions et la compétence de l'autorité administrative pour perquisitions et saisies qui ont existé en France, sont sans équivalent au Brésil, en matière de terrorisme, et feront objet de trois paragraphes successifs.

### § 1. Les notions

**145.** En France, la doctrine et la jurisprudence considèrent que « la perquisition n'est pas la simple présence de l'enquêteur sur les lieux. Elle suppose une intrusion, une pénétration dans les lieux en vue de la recherche d'objets relatifs aux faits poursuivis »[666]. Un exemple a attiré

664 Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 308.

665 Loi nº 2017-1510, du 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

666 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 374.

notre attention, celui de l'enquêteur qui est entré dans un lieu clos où il a saisi un objet, sans que la jurisprudence ait considéré son acte comme une perquisition, par une interprétation trop légère du dispositif[667].

Au Brésil, c'est la Constitution Fédérale qui garantit l'inviolabilité de la maison, à l'article 5ème, XI : « Le domicile est l'asile inviolable de l'individu ; nul ne peut y pénétrer sans le consentement de son occupant, sauf en cas de flagrant délit ou de désastre, ou pour prêter secours, ou, de jour, par mandat judiciaire »[668]. Ainsi, le seul fait d'entrer dans le domicile de quelqu'un hors des hypothèses légales constitue déjà une irrégularité.

Les saisies sont, en droit français comme en droit brésilien, un moyen d'obtenir et de préserver la preuve ou les droits[669]. La saisie se situe temporellement entre la perquisition et la confiscation. Elle a gagné en intérêt dans le cas de la criminalité financière organisée, où « elle tend avant tout à priver le délinquant présumé du produit de son infraction, de ses avoirs obtenus frauduleusement »[670]. Des règles spéciales ont été créées en droit français[671]. La saisie peut durer un certain temps, jusqu'à la décision sur la confiscation, de sorte qu'il faut penser à la conservation des biens. En matière de criminalité organisée, le droit français prévoit aussi des mesures conservatoires (article 706-166) et, en matière de terrorisme, le droit brésilien contient des mesures destinées à assurer le maintien des biens et de leur valeur (articles 12 à 15 de la loi 13.260 du 16 mars 2016).

---

667 COUR DE CASSATION, « Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 12 février 2008, 07-87.753, Publié au bulletin » [en ligne], 12 février 2008, [consulté le 5 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018233012&fastReqId=1126445111&fastPos=4 et Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 374.

668 Didier MAUS *et al.* (dir.), *La nouvelle République brésilienne*, *op. cit.*, p. 283 (« *A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial* ».)

669 La doctrine en France distingue « la saisie de trois sortes de pièces : celles utiles à la manifestation de la vérité (seules véritables pièces à conviction), celles dont la divulgation pourrait nuire à l'instruction […] et, enfin, les biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation ». (Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 313)

La doctrine brésilienne défini la saisie « comme mesure d'assurance par laquelle on enlève quelque chose de quelqu'un ou de quelque lieu, ayant la finalité de production de preuve ou préservation de droits » [traduction libre].

En portugais : « Apreensão *é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos* ». (Guilherme de Souza NUCCI, *Código de processo penal comentado*, 10ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 545)

670 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 389.

671 Les saisies spéciales ont été créées par la loi du 9 juillet 2010 en France, concernant la criminalité organisée (articles 706-141 à 706-165 du Code de procédure pénale).

## § 2. Les conditions

**146.** En France comme au Brésil, il faut distinguer les investigations en flagrance des investigations au cours d'une enquête préliminaire. L'état de flagrance autorise dans les deux pays, l'O.P.J.[672] à entrer dans les lieux privés, où sont *des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés » pour y faire des perquisitions* (article 56 du Code de procédure pénale français)[673].

Il faut remarquer qu'en France les perquisitions nocturnes concernant la criminalité commune ne peuvent avoir lieu que dans certains cas exceptionnels : en cas de réclamation ou d'acceptation du chef de maison ; dans les lieux où tout le monde est admis indistinctement, tels que les cafés, cabarets, boutiques et autres ; dans les maisons où on donne à jouer habituellement les jeux de hasard ; dans les établissements de prostitution (article 706-35)[674]. Toutefois, pour la criminalité organisée, notamment la criminalité terroriste, les perquisitions nocturnes sont possibles, avec autorisation du juge compétent (articles 706-89, 706-90, et 706-91 du Code de procédure pénale).

Au Brésil, la seule exception autorisant les perquisitions nocturnes est le flagrant délit, hypothèse prévue par la Constitution Fédérale. Dans ce cas, une autorisation du juge n'est pas requise.

---

672 L'officier de police judiciaire en France est l'autorité de police civile, dont l'équivalent au Brésil est le *Delegado de Polícia*.

673 Au Brésil, la loi détermine l'expédition d'un mandat du juge pour que la perquisition puisse être accomplie (article 241 du Code de procédure pénale) et c'est la doctrine et la jurisprudence qu'admettent la perquisition sans mandat dans le cas de délit flagrant, d'ailleurs, parce que cette hypothèse est prévue à l'article 5ème, XI de la Constitution Fédérale : « *Desnecessidade de mandado em caso de flagrante : é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar em casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso do tráfico de entorpecentes, na modalidade ter em depósito ou trazer consigo, pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível* ». (« Il y a dispense de mandat en cas de flagrant délit : il est indiscutable que l'occurrence d'un délit à l'intérieur du domicile autorise son invasion, à n'importe quelle heure du jour ou de la nuit, même sans un mandat, ce qui d'ailleurs, ne peut être logiquement exigé. Ainsi, la police peut pénetrer dans la maison d'un tiers pour intervenir à l'occasion d'un flagrant délit, pour capturer l'agent et sauver, s'il y a lieu, la victime. Dans le cas de crimes permanents (ceux dont la consommation se prolonge dans le temps), comme c'est le cas du trafic de stupéfiants, avec la modalité *avoir en dépôt* ou *amener avec soi*, le policier peut pénétrer au domicile et effectuer la détention pertinente ». [traduction libre])

674 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 377.

En France comme au Brésil, hors du cas de flagrant délit, ou de l'autorisation préalable de la personne concernée, dans le cadre judiciaire, seul le juge peut autoriser une perquisition, pendant l'enquête préliminaire ou pendant l'instruction[675].

Il existe depuis 2004 des règles spéciales concernant la criminalité organisée en France. Les perquisitions sont possibles de nuit[676] ; elles sont possibles en tous lieux en cas d'enquête de flagrance et sauf dans le domicile en enquête préliminaire[677] ; elles sont possibles en tous lieux en cours d'instruction, mais pour les locaux d'habitation il faut un délit flagrant, un risque de disparition de preuves ou de personnes appartenant à une organisation criminelle[678] ; elles supposent toujours l'ordre et le contrôle d'un juge[679].

## § 3. Les perquisitions administratives

**147.** Après les attentats de novembre 2015[680], à Paris, le gouvernement a fait adopter la loi nº 2015-1501 du 20 novembre 2015 sur *l'état d'urgence*. Elle a prorogé l'état d'urgence pour trois mois et lui ont succédé d'autres lois, pendant presque deux années, jusqu'à la dernière édition, le 6 juillet 2017, après la promesse du Président de la République de lever l'état d'urgence à l'automne[681]. Finalement, très récemment, l'état d'urgence n'a pas été prorogé et

675 Article 76 du Code de procédure pénale français et article 241 du Code de procédure pénale brésilien

676 Articles 706-89 à 706-91 du Code de procédure pénale

677 Articles 706-89 et 706-90 du Code de procédure pénale

678 Article 706-91 du Code de procédure pénale

679 Article 706-91 du Code de procédure pénale

680 « 13 novembre 2015 : carnage au Bataclan et sur des terrasses de l'Est parisien

« La France est frappée par les pires attaques terroristes de son histoire, avec, pour la première fois dans ce pays, des actions kamikazes. Les attentats sont perpétrés à Paris dans la salle de concerts du Bataclan, contre plusieurs bars et restaurants du cœur de la capitale, et près du Stade de France, à Saint-Denis. Cent trente personnes, notamment des jeunes, sont tuées et plus de 350 sont blessées. L'EI revendique les attaques ». (LE MONDE, « Les principaux attentats en France depuis 2012 », *Le Monde.fr* [en ligne], 15 juillet 2016, [consulté le 22 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/07/15/les-principaux-attentats-en-france-depuis-2012_4970357_3224.html

681 « Une sixième et probable dernière prorogation. L'état d'urgence, adopté au lendemain des attentats du 13-novembre 2015, a été prolongé ce jeudi 6 juillet par l'Assemblée nationale jusqu'au 1er novembre. Il s'agit du premier texte voté par les députés nouvellement élus. Il l'a été à une très large majorité (137 voix contre 13) […] Cependant dans les prochaines semaines, le gouvernement doit mettre la dernière touche à une nouvelle loi antiterroriste qui sera adoptée d'ici à la fin de l'automne. Elle doit permettre de mettre dans le droit commun la majorité des dispositions contenues dans l'état d'urgence. "Je rétablirai les libertés des Français en levant l'état d'urgence à l'automne, parce que ces libertés sont la condition de l'existence d'une démocratie forte", a fait valoir lundi Emmanuel Macron devant le Parlement réuni en Congrès […] ». (Alexandre BOUDET, « L'état d'urgence prolongé une dernière fois avant sa probable levée en novembre », *Le Huffington Post* [en ligne], 6 juillet 2017, [consulté le 22 septembre 2017]. Disponible à l'adresse :

la loi nº 2017-1510, du 30 octobre 2017 règlemente la matière, en juridictionnalisant les perquisitions, desormais qualifiées de *visites*. Notre objectif n'est pas de discuter la nécessité ou la constitutionalité de l'état d'urgence, maintenant supprimé, mais d'observer que la loi avait instauré la possibilité des perquisitions administratives, à côté des perquisitions judiciaires.

L'article 4 de la loi nº 2015-1501 du 20 novembre 2015, modifiait l'article 11 de la loi 55-385 du 3 avril 1955, et autorisait le ministre de l'intérieur et les préfets à ordonner des perquisitions en tout lieu, de jour et de nuit[682], sous certaines conditions et règles : l'autorité administrative devrait avoir *des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ; la décision ordonnant une perquisition précise le lieu et le moment de la perquisition ; le procureur de la République territorialement compétent est informé sans délai de cette décision ; la perquisition est conduite en présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent ; elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins*.

http://www.huffingtonpost.fr/2017/07/06/letat-durgence-prolonge-une-derniere-fois-avant-sa-probable-le_a_23019142/)

682 L'article 4 de la loi nº 2015-1501 du 20 novembre 2015, modifiant l'article 11 de la loi 55-385 du 3 avril 1955 : « Art. 11. - I. - Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse, conférer aux autorités administratives mentionnées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

« La décision ordonnant une perquisition précise le lieu et le moment de la perquisition. Le procureur de la République territorialement compétent est informé sans délai de cette décision. La perquisition est conduite en présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent. Elle ne peut se dérouler qu'en présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux témoins.

« Il peut être accédé, par un système informatique ou un équipement terminal présent sur les lieux où se déroule la perquisition, à des données stockées dans ledit système ou équipement ou dans un autre système informatique ou équipement terminal, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial. Les données auxquelles il aura été possible d'accéder dans les conditions prévues au présent article peuvent être copiées sur tout support.

« La perquisition donne lieu à l'établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au procureur de la République.

« Lorsqu'une infraction est constatée, l'officier de police judiciaire en dresse procès-verbal, procède à toute saisie utile et en informe sans délai le procureur de la République.

« Le présent I n'est applicable que dans les zones fixées par le décret prévu à l'article 2.

« II. - Le ministre de l'intérieur peut prendre toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ».

Les perquisitions administratives se distinguaient des perquisitions judiciaires, parce qu'elles ne supposaient pas une infraction préalable ou en cours ; au contraire, leur objectif était la prévention, de sorte qu'elles pouvaient s'effectuer à la seule suspicion de menace pour l'ordre public, dans le lieu. Il parait qu'après une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation[683], la seule suspicion constituait la principale différence entre les perquisitions administratives et les judiciaires ; d'autre part cette décision exige dorénavant le contrôle judiciaire des perquisitions administratives[684].

Enfin, la nécessité d'autorisation du juge constitue la seule différence des conditions pour les *visites*, prévues par la nouvelle loi. En effet, ces *visites* sont possibles pour la seule prévention et la formule utilisée par la loi est presque la même que celle utilisée par la loi sur l'État d'urgence :

> Sur saisine motivée du représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, du préfet de police, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris peut, par une ordonnance écrite et motivée et après avis du procureur de la République de Paris, autoriser la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent, *aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser* qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes[685].

La possibilité de perquisitions administratives a été très critiquée par une partie de la doctrine qui craignait leur persistance hors de l'état d'urgence[686]. Le point le plus critiqué, à

---

683 Arrêt n° 5795 du 13 décembre 2016 (16-84.794) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2016:CR05792 (COUR DE CASSATION, « Arrêt n° 5795 du 13 décembre 2016 (16-84.794) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2016:CR05792 » [en ligne], s.d., [consulté le 22 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/5795_13_35668.html)

684 « […] on a pu se demander s'il fallait aller plus loin en supprimant carrément les perquisitions administratives au motif que les perquisitions judiciaires suffiraient à remplir la mission de celles-là. Une telle simplification est, à première vue, séduisante. Mais elle aurait pour effet probable de priver la justice de certains renseignements car la perquisition administrative peut être mise en œuvre hors présence certaine d'une infraction puisqu'elle peut se fonder seulement "sur des raisons sérieuses de penser que le lieu de perquisition est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publique" […] » (Jean PRADEL, « Les perquisitions administratives ou la chambre criminelle de la Cour de cassation contre tous », *Recueil Dalloz*, 2 février 2017, vol. 2017, n° 05, p. 275)

685 Article L.229-1, du code de sécurité intérieure selon la rédaction attribuée par l'article 4°, de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017.

686 « Au regard de la jurisprudence européenne, l'article 11 de la loi sur l'état d'urgence n'offre pas de garanties suffisantes. Le but préventif ou répressif des perquisitions n'est pas clairement établi et surtout, le juge

savoir, la possibilité de perquisition sans autorisation d'un juge, est déjà résolu. Toutefois, il reste la possibilité de visite pour la seule prévention des actes de terrorisme, hors le cas d'une investigation pour une infraction déjà commise.

Au Brésil, les perquisitions ne sont possibles que dans le cadre d'une investigation d'une infraction. La loi pénale n'a pas autorisé de perquisitions dont le fondement soit « la prévention généralisée d'une infraction de terrorisme ».

## Section IV. La collaboration des repentis et des témoins

**148.** Avant tout, il faut distinguer entre le *repenti* ou collaborateur de la justice et le témoin : le premier est une personne ayant participé à l'infraction, tandis que le deuxième peut, à la limite, avoir assisté à l'infraction[687]. La personne ayant participé à l'infraction n'est pas obligée de dire la vérité, ni de collaborer, mais si elle choisit cette voie, des récompenses sont prévues par la loi. Le témoin, par contre, est obligé de dire la vérité[688]. En cette matière, le droit français et le droit brésilien ont une très forte ressemblance.

Alors que les sujets de la procédure pénale brésilienne sont le juge, le Ministère Public, l'accusé et parfois *l'assistant de l'accusation*[689], depuis une loi du 15 juin 2000, le droit français connait un sujet avec des caractéristiques hybrides. Il n'est pas une partie, mais il se rapproche du mis en examen[690].

judiciaire n'intervient pas. Seul un contrôle *a posteriori* par le juge administratif est possible, ce qui ne semble pas suffisant. Un contrôle *a priori* est indispensable. La loi sur l'état d'urgence confère des pouvoirs exorbitants au ministre de l'intérieur et aux préfets. La tendance bien connue du provisoire à devenir définitif rend la situation encore plus préoccupante. Un projet de loi destiné à renforcer la lutte contre le terrorisme est en cours de discussion devant le Parlement ». (Catherine HAGUENAU-MOIZARD, « La législation sur l'état d'urgence - une perspective comparative », *Recueil Dalloz*, 24 mars 2016, vol. 2016, n° 12, p. 665)

687 M. Pradel distingue le témoin véritable (personne étrangère à l'infraction) du *repenti*, personne ayant participé à l'infraction. (Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 478)

688 « Les déclarations de la personne poursuivie s'opposent catégoriquement aux déclarations des témoins en raison du fait que les témoins ont l'obligation de collaborer à la justice alors qu'il n'en est rien pour la personne poursuivie ». (Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 324)

689 L'assistant de l'accusation est la victime ou une personne proche de la victime, en cas de mort ou d'incapacité de celle-là, mais il n'a pas les mêmes droits de la partie civile en France.

690 La personne mise en examen est l'ancien inculpé du droit français et se rapproche de l'accusé en droit brésilien. La décision de mise en examen génère des droits à la personne visée, comme la *réception de la denúncia* en droit brésilien. Par la *denúncia* est déclenchée l'action pénale publique.

Les articles 113-1 à 113-7 du code de procédure pénale traitent du témoin assisté, espèce de stade intermédiaire entre le simple témoin et le mis en examen. Il s'agit d'une personne contre laquelle il existe de simples suspicions, des indices non encore graves ou concordants. Mais, le témoin assisté a quelques droits de défense, comme par exemple le droit à un avocat (articles 113-3 du Code de procédure pénale) et le droit de ne pas prêter de serment (article 113-7 du Code de procédure pénale).

L'interrogatoire est l'acte propre du suspect, pendant l'enquête, ou du témoin assisté et de la personne mise en examen, pendant l'instruction préliminaire, et de l'accusé pendant l'instruction définitive[691]. L'interrogatoire est un moyen de défense et pour cette raison obéit à des règles qui lui sont spéciales. La personne interrogée ne prête pas de serment, car elle peut mentir et modifier à sa guise son système de défense[692]. Elle a de plus le droit au silence, qui ne peut pas être interprété défavorablement par le juge.

Pour leur part, les témoins ont trois obligations : comparaître, prêter serment et déposer. Cela veut dire que les témoins ont l'obligation de dire la vérité, sous peine de commettre le délit de faux témoignage et que, sous réserve du secret professionnel, ils ne peuvent pas garder le silence.

Le témoignage étant une preuve très importante, un système de protection des témoins a été développé surtout en ce qui concerne la criminalité organisée. Dans ce domaine de la preuve orale, les personnes repenties ayant participé à une infraction, au-delà de leur protection, auront droit à une réduction, voire à une exemption de peine[693]. Ce système appelé de *système des repentis* en droit français et de *colaboração premiada* en droit brésilien existait depuis plusieurs années en France et au Brésil, mais il a été amélioré et étendu par une loi de 2004[694] en France et par la dernière loi sur la criminalité organisée au Brésil[695].

---

691 Selon le droit français. En droit brésilien, toute personne visée dans une *denúncia*, déjà acceptée par le juge, est qualifié d'accusée. L'interrogatoire au Brésil est, donc, l'acte propre de l'accusé.

692 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 415.

693 « Les législateurs ayant tellement besoin des repentis pour que la lutte contre la criminalité organisée soit efficace, il ne suffit pas de faire miroiter à ceux-ci des peines réduites, voire une absence de peine. Il faut encore les protéger des éventuelles agressions causées par la fureur des coauteurs s'étant sentis trahis. C'est pourquoi beaucoup de législations prévoient des mesures de protection consistant pour l'essentiel dans une dissimulation d'identité ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 721)

694 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

695 Loi n° 12.850 du 2 aout 2013, sur les organisations criminelles

Compte tenu de leur importance pour l'obtention de la preuve en matière de terrorisme et de leur spécificité par rapport au droit commun, tant en droit français qu'en droit brésilien, nous avons réservé l'alinéa A aux repentis et le B à la protection des témoins.

## § 1. Les repentis et *colaboração premiada* (collaboration récompensée)

**149.** Non tenus de collaborer à l'administration de la preuve, le suspect et le mis en examen peuvent, toutefois, s'ils ont participé à l'infraction, dénoncer les faits à l'autorité administrative ou judiciaire, moyennant une diminution ou même une exemption de la peine. Ce système, dit de *repentis* (les fameux *pentiti* du droit italien) existe de longue date dans notre droit[696].

En droit brésilien, la doctrine définit la *colaboração premiada* de manière très semblable :

> Par la voie de cette institution, le coauteur ou participant, visant l'obtention d'un avantage (la réduction de la peine, le pardon judiciaire, l'exécution de la peine en régime différencié etc.), coopère avec les organes responsables de la poursuite criminelle en fournissant des informations privilégiées et efficaces quant à l'identité des sujets du crime et à la matérialité des infractions pénales commises par eux, au-delà d'autres conséquences prévues par la loi [traduction libre][697].

### A. En France – les repentis

**150.** L'article 132-78 du Code pénal français, créé par la loi du 9 mars 2004[698], contient la prévision du *repenti*. Il s'applique à l'infraction principale ou aux infractions connexes. Il s'agit d'un avertissement, donné aux autorités, par la personne qui a essayé de commettre ou qui a commis un délit. Trois degrés de bénéfices sont possibles : l'exemption de peine, pour l'agent dont l'information permet que l'infraction soit évitée ; la diminution de la peine pour l'agent

---

696 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 367.

697 « *Por meio desse instituto, o coautor ou partícipe, visando a obtenção de algum prêmio (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos responsáveis pela persecução criminal fornecendo informações privilegiadas e eficazes quanto à identidade dos sujeitos do crime e à materialidade das infrações penais por eles cometidas, além de outras consecuções previstas em lei* ». (Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, *op. cit.*, p. 121)

698 Article 132-78 du Code pénal : « La personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices.

« Dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices.

« Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables lorsque la personne a permis soit d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices.

« Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions du présent article ».

dont l'information permet aux autorités de faire cesser une infraction en cours ou d'éviter ses dommages ; l'identification de complices. En tous cas, l'information ne suffit pas à elle seule à la condamnation de quelqu'un pour les faits en question.

Selon le texte de l'article, le système des repentis ne s'applique que dans les cas prévus par la loi. C'est à l'article 706-63-1 du Code de procédure pénale que nous rencontrons une référence aux repentis, par rapport à leur possibilité de recevoir une protection spéciale et même d'utiliser une identité d'emprunt. Ainsi, en droit français, ce système des repentis ne s'applique qu'aux infractions concernant la criminalité organisée, prévues à l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

## B. Au Brésil – *colaboração premiada* (collaboration récompensée)

**151.** Plusieurs lois au Brésil ont prévu la possibilité de *colaboração premiada*[699]. La plus large est sans aucun doute la loi sur la criminalité organisée (Loi 12.850, du 2 août 2013), qui, selon la doctrine, n'a pas abrogé les lois spécifiques qui prévoient l'utilisation de la même mesure, mais qui peut être utilisée pour tous crimes commis par la criminalité organisée et doit être utilisée en tout cas de *collaboration* en ce qui concerne la procédure applicable[700].

---

699 La *colaboração premiada* est prévue dans les lois suivantes : Loi nº 8072/90 (loi des crimes odieux, article 8ème) ; article 159, § 4º, du Code pénal (crime d'extorsion par la voie de séquestration ; loi nº 8.137/90 (loi des crimes contre l'ordre tributaire, économique et les relations de consommation, article 16) ; loi nº 7.492/1986 (crimes contre le système financier national, article 25) ; loi nº 9.034/95 (abrogée par la loi nº 12.850/13, article 6ème) ; loi nº 9.613/1998 (crimes de blanchiment de biens, droits et valeurs, article 1er ) ; loi nº 9.807/1999 (sur les programmes spéciaux de protection aux victimes et aux témoins menacés, aussi bien que sur la protection des accusés ou condamnés qui aient volontairement prêté une collaboration effective à l'investigation policière et au procès criminel, article 13) ; loi nº 11.343/2006 (loi de drogues, article 41) ; loi nº 12.529/2011 (Structure le système brésilien de défense de la concurrence, dispose sur la prévention et la répression aux infractions contre l'ordre économique, article 87) ; loi nº 12.846/2013 (loi anticorruption, articles 16 et 17). (Cleber MASSON et Vinícius MARÇAL, *Crime Organizado*, *op. cit.*, pp. 133- 137)

700 « *Renato Brasileiro de Lima professa que mesmo para os crimes que contam com regramento específico acerca do assunto (v.g., extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas), conforme esboçado no quadro comparativo acima, "não há fundamento razoável para se lhes negar a concessão dos benefícios previstos pela Lei nº 12.850/13, sob pena de esvaziamento da eficácia da colaboração premiada. Ora, se o agente souber que eventual prêmio legal ficará restrito ao crime de organização criminosa, dificilmente terá interesse em celebrar o acordo de colaboração premiada.* […]" *É a orientação que perfilhamos. Noutro vértice, parece-nos de todo conveniente que, em qualquer caso, seja aplicada a sistemática (diálogo das fontes) inaugurada pela Lei 12.850/2013, nos seus arts. 4º a 7º, até porque este foi o único diploma normativo que delineou um procedimento para a corporificação do acordo de colaboração premiada, razão pela qual temos a LCO como uma espécie de* lei geral procedimental *».* (*Id.*, pp. 140- 141) (« Renato Brasileiro de Lima professe que, même pour les crimes traités par un règlement spécifique sur le sujet (par exemple extorsion par voie de séquestration, trafic de drogues), répertorié dans le tableau comparatif ci-dessus, "il n'y a pas de fondement raisonnable pour les nier la concession des bénéfices prévus par la loi 12.850/13, sous peine de saper l'efficacité de la *colaboração premiada.* Or, si l'agent savait qu'un éventuel bénéfice légal sera restreint au crime d'organisation criminelle, il aurait difficillement intérêt à conclure l'accord de *colaboração premiada.* […]" C'est l'orientation que nous chosissons. Sous un autre angle, il nous semble qu'il

La loi applicable en matière de terrorisme est la loi 12.850/13 sur la criminalité organisée, à laquelle renvoie l'article 16 de la loi 13.260 du 16 mars 2016, sur le terrorisme[701].

L'utilisation de la *colaboração premiada* est prévue à l'article 3ème, I, de la loi 12.850/13 dont le régime est précisé aux articles 4ème à 7ème de la même loi. La loi brésilienne prévoit trois types de bénéfices : le pardon judiciaire ; la réduction de la peine jusqu'à 2/3 (deux tiers) ou la substitution de la peine privative de liberté par une peine restrictive de droits, pour la personne qui a collaboré effectivement et volontairement à l'investigation et au procès criminel, si cette collaboration a produit un des résultats prévus. Les résultats sont : l'identification des coauteurs et des participants de l'organisation criminelle et des infractions pénales qu'ils ont commises ; la révélation de la structure hiérarchique et de la division de tâches de l'organisation criminelle ; la prévention d'infractions pénales liées à l'activité de l'organisation criminelle ; la récupération totale ou partielle du produit ou du profit des infractions pénales pratiquées par l'organisation criminelle ; la localisation d'éventuelle victime en préservant son intégrité physique (article 4ème, *caput*, de la Loi 12.850/13). Le § 5ème du même article permet encore, pour le condamné qui collabore avec la justice, sous les mêmes règles, une réduction de peine jusqu'à moitié ou l'amélioration de son régime, même en l'absence des conditions légales.

L'article 4ème prévoit en détail, en 15 paragraphes, tout le régime de la *colaboração premiada*. Nous apercevons, dans ce cas, une loi beaucoup plus spécifique que la loi française. D'ailleurs, c'est un sujet qui se développe beaucoup au Brésil, surtout parce qu'il devient très utilisé dans une affaire de corruption connue comme *opération Lava Jato*, où plusieurs cadres d'entreprises et des hommes politiques, pour voir leurs peines diminuées, sont en train de collaborer avec la Justice, en révélant les entrailles de la plus grosse affaire de corruption de l'histoire du Brésil[702]. C'est là, peut-être, la raison du développement d'une large doctrine sur la matière.

---

convient, en tout cas, d'appliquer la systématique (confrontation des sources) inaugurée par la Loi 12.850/2013, aux articles 4ème à 7ème, notamment parce que c'est le seul diplôme normatif qui a institué une procédure pour la constitution de l'accord de *colaboração premiada*, raison qui fait de la LCO une espèce de *loi générale procédurale ».* [traduction libre])

701 Article 16 de la loi 13.260 du 16 mars 2016 : « On applique les dispositions de la Loi nº 12.850, du 2 août 2013, pour l'investigation, le procès et le jugement des crimes prévus dans cette Loi ». [traduction libre] (*« Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei ».*)

702 « *A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia* ». (MINISTÉRIO PUBLICO

Au Brésil comme en France la seule déclaration du collaborateur n'est pas suffisante pour la condamnation des autres accusés[703]. Ainsi, pour avoir droit au bénéfice d'exemption ou de diminution de peine, le collaborateur doit indiquer d'autres pistes que les autorités puissent suivre pour clarifier les faits.

Les droits liés à la sécurité du collaborateur sont prévus à l'article 5ème, de la loi 12.850/13. Ce sont : l'utilisation des mesures de protection prévues par la législation spécifique[704] ; voir préservé le nom, la qualification, son image et d'autres informations ; être conduit, dans la phase judiciaire, séparément des autres coauteurs et complices ; participer aux audiences sans contact visuel avec les autres accusés ; n'avoir pas son identité révélée par les moyens de communication, ni être photographié ou filmé, sans son autorisation préalable par écrit ; accomplir sa peine en établissement pénal différent des autres accusés ou condamnés.

Enfin, au Brésil la protection du collaborateur est traitée par la même loi de protection que les témoins, même s'il y a des mesures spécifiques pour les collaborateurs emprisonnés et au cours de l'instruction (article 15, *caput* et 19-A de la loi 9.807/99).

## § 2. La protection des témoins

**152.** En raison du développement de la criminalité organisée, les manières d'obtention de la preuve ont dû être adaptées. Cela est valable aussi en ce qui concerne le témoignage. De fait, en principe, les témoins hors des cadres policiers sont des personnes appartenant à la communauté où les faits se sont déroulés. Ce sont des personnes exposées à la menace et

FEDERAL, « Entenda o caso — Caso Lava Jato » [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.mpf.mp.br/, http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso) (« L'opération *Lava Jato* est la plus grande investigation de corruption et blanchiment d'argent que le Brésil ait déjà eu. On estime que le volume de ressources dévieés des coffres de la *Petrobras,* la plus grande entreprise de l'État du pays, soit de l'ordre de milliards de *reais.* On y ajoute l'expression économique et politique des suspects de participation au schéma de corruption qui implique la compagnie ». [traduction libre])

703 « *Evidentemente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador em detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite a prolação de um decreto condenatório baseado única e exclusivamente na colaboração premiada ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 702) (« Evidemment, cette collaboration doit dépasser la simple déclaration du collaborateur au détriment des autres accusés, puisque n'est pas admissible l'émission d'un décret condamnatoire basé uniquement et exclusivement sur la *colaboração premiada ».* [traduction libre])

704 La législation spécifique qui existe sur la matière est la Loi n° 9.807/99, sur la protection des accusés, victimes et témoins. La loi prévoit plusieurs mesures, entre autres la modification du nom et prénom de l'individu, qui peut être étendue à ces ascendants, descendants et dépendants, avec qui il est en relations habituellement. (*Id.*, p. 725)

même à la violence des criminels appartenant à l'organisation du suspect. En général, par peur, ces personnes se cachent, même si elles n'appuient pas le crime ou les criminels. Le seul moyen d'obtention des témoignages dans ces cas est de garantir la protection des témoins ou leur anonymat, ou les deux à la fois.

Plusieurs lois ont été éditées en France et au Brésil, afin de tenir secret, soit la qualification du témoin - le moyen le plus léger de protection, soit son identité, et aussi de lui garantir une protection physique. L'anonymat du témoin est toujours opposé aux droits de la défense, car il est très difficile à l'accusé de se défendre, s'il ne sait pas d'où vient l'accusation. Pour cette raison, l'anonymat du témoin ne s'applique qu'à des infractions très graves, comme élément subsidiaire et sous des règles strictes[705].

## A. En France

**153.** Le législateur français du 13 novembre 2001[706] a créé des règles pour le témoignage anonyme, en insérant les articles 706-58 et suivants au Code de procédure pénale, modifié par la loi du 9 septembre 2002[707]. Il y a quelques conditions pour l'utilisation du témoignage anonyme. D'abord que le crime ou délit soit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement ; ensuite que l'audition risque de créer pour le témoin ou sa famille ou ses proches un grave

---

705 « Pourtant la preuve pouvant parfois être rapportée seulement par appel aux témoins anonymes, la CEDH en est venue à admettre que des témoignages anonymes puissent fonder une condamnation. Mais elle l'a fait à des strictes conditions : le témoignage anonyme n'est qu'un élément de preuve subsidiaire ; il faut que le témoin ait été interrogé par un juge connaissant son identité ; il faut que la défense ait pu interroger le témoin, fût-ce par le moyen d'un système garantissant l'anonymat. Certains arrêts de la CEDH insistent aussi sur la gravité de l'infraction et sur l'indispensabilité de recourir à de tels témoins ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 392).

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

707 Article 706-58 du CPP : « En cas de procédure portant sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, lorsque l'audition d'une personne visée à l'article 706-57 est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches, le juge des libertés et de la détention, saisi par requête motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction, peut, par décision motivée, autoriser que les déclarations de cette personne soient recueillies sans que son identité apparaisse dans le dossier de la procédure. Cette décision n'est pas susceptible de recours, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 706-60. Le juge des libertés et de la détention peut décider de procéder lui-même à l'audition du témoin.

« La décision du juge des libertés et de la détention, qui ne fait pas apparaître l'identité de la personne, est jointe au procès-verbal d'audition du témoin, sur lequel ne figure pas la signature de l'intéressé. L'identité et l'adresse de la personne sont inscrites dans un autre procès-verbal signé par l'intéressé, qui est versé dans un dossier distinct du dossier de la procédure, dans lequel figure également la requête prévue à l'alinéa précédent. L'identité et l'adresse de la personne sont inscrites sur un registre coté et paraphé, qui est ouvert à cet effet au tribunal de grande instance ».

danger pour leur vie ou leur intégrité physique ; enfin, que le juge ait accès aux données du témoin. La loi garantit encore, au mis en examen, le droit de demander de se confronter au témoin sans connaître son identité ou le voir[708] ; la faculté pour le juge de suspendre le témoignage dans le cas où la connaissance de l'identité soit indispensable à l'exercice de la défense[709].

Il faut mentionner encore l'article 706-57 du Code de procédure pénale, créé aussi par la loi du 15 novembre 2001, qui confère aux témoins le droit de refuser de décliner leur adresse. Le témoin doit alors donner comme adresse celle de la brigade de gendarmerie ou du commissariat de police.

Enfin, nous pouvons citer l'article 706-24 du Code de procédure pénale qui confère aux officiers et agents de police judiciaire, affectés dans les services de police judiciaire spécialement chargés de la lutte contre le terrorisme, une possibilité de déposer, en étant identifiable uniquement par un numéro d'immatriculation administrative.

## B. Au Brésil

**154.** Avant la loi 9.807/99[710], la première protection des témoins et des victimes existante était le droit de témoigner sans la présence de l'accusé dans la salle d'audience, la défense étant assurée par la présence de l'avocat de la défense, droit maintenu à l'article 217 du Code de procédure pénale[711].

---

708 Article 706-61 du CPP.

709 Article 706-60 du CPP.

710 Loi nº 9.807 du 13 juillet 1999, *« estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o programa federal de Assistência a Vítimas e a testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal ».* (« établit des normes pour l'organisation et le maintien de programmes spéciaux de protection aux victimes et aux témoins menacés ; institue le Programme Fédéral d'Assistance aux Victimes et aux Témoins Menacés et dispose pour la protection des accusés ou condamnés qui auront volontairement prêté une collaboration effective à l'investigation policière et au procès criminel ». [traduction libre]).

711 Article 217 du CPP : « *Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por vídeo conferencia e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor ».* (« Si le juge vérifiait que la présence de l'accusé pourra causer une humiliation, une peur, ou une contrainte sérieuse au témoin ou à la personne offensée, de manière à causer un préjudice à la vérité du témoignage, il fera l'audition par vidéo-conférence et, seulement devant l'impossibilité de le faire, il déterminera que l'accusé se retire, continuant l'audition avec la présence de son défenseur ». [traduction libre]).

La loi 9.807/99 a créé un programme spécial de protection des témoins et des victimes[712], applicable à tout crime ou délit, et a établi, à l'article 7ème, plusieurs formes de protection : sécurité à la résidence, incluant le contrôle de télécommunications ; escorte et sécurité pendant les déplacements de la résidence, même du lieu de travail ou pour prêter déposition ; transfert de résidence ou accommodation provisoire en un local compatible avec la protection ; préservation de l'identité, de l'image et des données personnelles ; aide financière mensuelle pour assurer les dépenses nécessaires à la subsistance individuelle ou familiale, au cas où la personne protégée ne puisse pas travailler régulièrement ou n'aie pas de rente ; suspension temporaire des activités fonctionnelles, sans préjudice des rémunérations ou avantages correspondants, dans le cas du serviteur publique ou militaire ; appui et assistance sociale, médicale et psychologique ; secret en relation aux actes pratiqués en raison de la protection accordée ; appui de l'organe pour l'exécution du programme pour l'accomplissement des obligations civiles et administratives qui exigent la comparution personnelle. La loi permet encore le changement définitif du nom et prénom (article 9ème).

Dans l'État de São Paulo, la magistrature a créé une autre manière simple de protection des témoins : la possibilité, pour la victime et les témoins, de demander au juge de ne pas inscrire au dossier leurs qualités[713]. Elle est prévue seulement pour les crimes plus graves listées dans la loi nº 7.960/89[714]. Le cas échéant, ces données seront enlevées du dossier et seront gardées sous le pouvoir du greffier directeur, accessibles seulement au juge, au *parquet*, et à l'avocat de l'accusé. Cette mesure est très utilisée dans la pratique, parce qu'elle est simple et efficace. Les juges autorisent aussi parfois la suppression du nom et du prénom du témoin, ce qui n'est admis que par une partie de la jurisprudence.

Le programme de protection est très large et effectif, mais il ne peut pas être très appliqué, parce qu'il suppose toute une structure parfois difficile à maintenir. Il est réservé, alors, aux cas les plus graves.

La protection des données personnelles et de l'adresse est plus facile à mettre en place, mais en droit brésilien, faute de prévision légale, elles sont accessibles aux avocats, ce qui n'est

712 Le Décret 3.518 du 20 juin 2000 contient les règles du programme au niveau de la Fédération et à l'État de São Paulo, elles sont dans la loi 10.354 du 25 août 1999, règlementée par le décret 44.214 du 30 août 1999. (Guilherme de Souza NUCCI, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 1*, *op. cit.*, p. 666).

713 *Provimento* 32/2000 de la *Corregedoria Geral da Justiça*.

714 Loi n° 7.960 du 21 décembre 1989, dispose sur la *prison temporaire*.

pas très rassurant pour les témoins. En France l'anonymat concerne aussi la défense, ce qui est accepté par la CEDH. Le législateur brésilien pourrait s'inspirer du système français, pour améliorer encore son système de protection des victimes et des témoins, en faisant de l'anonymat du témoin et du collaborateur, un vrai anonymat.

## Conclusion du Chapitre II

**155.** La France et le Brésil, pour faire face à la criminalité organisée, dont le terrorisme est le visage le plus menaçant, ont développé une législation procédurale spéciale pour permettre l'utilisation des nouvelles techniques de recherche de preuve, mais aussi pour élargir les pouvoirs des autorités judiciaires qui travaillent pendant l'enquête, voire en outre en France, des autorités administratives.

Nous apercevons un équilibre entre les législations : il y existe des moyens équivalents. À côté des petites différences de méthode législative, la différence la plus importante à notre avis concernait les règles propres à l'état d'urgence en France[715], sans équivalent au Brésil. Nous l'avons vu, ce sont des règles plus sévères, où les garanties individuelles, réduites à la limite de l'acceptable au regard de la CEDH, représentaient un transfert de pouvoir vers les autorités administratives.

C'est-à-dire que les mesures de coercition avaient dépassé le domaine du droit pénal, situation qui a duré presque deux années, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 30 octobre 2017. Un tel mouvement n'existe pas encore dans la législation brésilienne. La culture juridique brésilienne, même face à une criminalité organisée grandissante, donne plus d'importance à la garantie des droits individuels qu'au combat contre la criminalité.

715 Le délai de l'état d'urgence a expiré et les mesures de protection de la société sont prévues par la loi nº 2017-1510, du 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Cette loi a institué à nouveau la nécessité d'autorisation du juge pour les perquisitions, dorénavant qualifiées de *visites*.

# Chapitre III

# Les atteintes à la liberté

**156.** Les moyens indirects de recherche de la preuve sont les privations de liberté, avant le jugement. En soi, ils ne peuvent pas être considérés comme des moyens de preuve. Toutefois, depuis les débuts de la civilisation, la privation de liberté a été utilisée comme manière de coercition, pour l'obtention d'un aveu ou d'informations sur l'auteur ou la matérialité d'un délit.

Si la privation de liberté d'un suspect peut être déterminée pour faciliter la recherche de la preuve ou pour assurer l'instruction du procès, il ne s'agit pas du seul fondement des privations de liberté avant jugement.

Dans les paragraphes suivants, nous allons remarquer que cette fonction originelle de la privation de liberté avant jugement continue à exister, mais ne constitue pas le seul fondement des privations de liberté avant jugement.

Nous allons traiter séparément deux types de privation de liberté avant jugement, existant dans les deux droits : la garde à vue et son correspondant brésilien, la *prison*[716] *temporaire* (§1) et la détention provisoire et son correspondant brésilien, la *prison préventive* (§2).

Si ces deux types de privation de liberté avant jugement peuvent avoir la finalité de faciliter la recherche de la preuve, le premier a principalement cette fonction, évidemment parce qu'il peut avoir lieu au début des investigations, basé sur une simple suspicion. Dans le deuxième cas, la suspicion est devenue un indice plus fort que la personne placée en détention provisoire soit l'auteur de l'infraction. Ainsi, le principal fondement de la privation de liberté

716 La nomenclature brésilienne est différente de la française et le mot prison en portugais a un double sens ; il signifie à la fois l'établissement pénitentiaire (comme en français) et la détention de quelqu'un. La doctrine définit le mot *prison* : *« Prisão é a privação de liberdade de locomoção decretada através de ordem escrita da autoridade competente ou em consequência do flagrante »*. (Rogério Sanches CUNHA et Ronaldo Batista PINTO, *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por atigos*, Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 735) (« La p*rison* est la privation de la liberté d'aller et venir déterminée par un ordre écrit de l'autorité compétente ou en conséquence d'un flagrant délit». [traduction libre]).

devient la protection de la société, la prévention de nouvelles infractions, mais il peut être aussi l'intérêt de la recherche de la preuve, comme nous verrons en détails dorénavant.

Nous analyserons aussi les conditions, les délais, le droit à un avocat, quelles sont les autorités compétentes pour déterminer chaque type de privation de liberté, dans les deux pays et les spécificités en relation avec les infractions de terrorisme. L'évolution des deux législations a diminué les différences, mais il en reste encore quelques-unes qui nous semblent fondamentales.

## Section I. La garde à vue et la *prisão temporária* (prison temporaire)

**157.** En France, avant le Code de procédure pénale, la garde à vue n'existait pas et la possibilité d'arrestation et de privation de liberté plus prolongée, pendant l'enquête, sans mandat, existait avec plus ou moins de restrictions, selon la période historique. Selon la doctrine, la loi du 8 décembre 1897, qui autorisait l'avocat à accompagner les interrogatoires pendant l'instruction préparatoire, est la raison d'une nouvelle pratique : l'enquête officieuse pour l'obtention des aveux[717].

C'est le Code de procédure pénale, en 1958, qui règlemente pour la première fois la garde à vue. Dans cette première version, la garde à vue était une prérogative de la police, dont les pouvoirs avaient été définis. Seulement en 1993, les lois nº 93-2, du 4 janvier et 93-1013, du 24 août, ont garanti quelques droits à la personne gardée à vue, comme la présence d'un avocat[718].

Le changement a été très important : désormais il faut une suspicion pour mettre quelqu'un en garde à vue, c'est-à-dire, des indices qu'il ait pratiqué un crime ou délit ; les prorogations étaient subordonnées dorénavant à la présentation du gardé à vue ; plusieurs droits ont été attribués au gardé à vue, comme celui d'avoir un entretien avec un avocat, de voir un médecin, de garder le silence ou d'aviser sa famille.

717 Jacques LEROY, *La garde à vue après la réforme*, Actualité, Paris, Lexis Nexis, 2011, pp. 2- 3.

718 *Id.*, pp. 3- 4.

Plusieurs lois ont été adoptées sur ce sujet[719], jusqu'à la réforme de l'institution, par la loi nº 2011-392 du 14 avril 2011. Nous pouvons citer d'autres modifications amenées par les lois nº 2014-535 du 27 mai 2014 et 2016-731 du 3 juin 2016.

Cette privation de liberté, pendant l'enquête, hors des cas de flagrance, existe aussi au Brésil. Elle a été réglementée par une loi de 1989[720] qui l'a baptisée *prisão temporária* (*prison temporaire*). Cette loi est apparue juste après la Constitution Fédérale de 1988 et représente une grande avancée par rapport à la situation antérieure. Auparavant, au Brésil, les autorités de police pouvaient arrêter des personnes qui n'étaient pas suspectes d'avoir pratiqué une infraction. Cette modalité était qualifiée de *prison pour verifications*[721]. Les principaux apports de la loi de 1989 ont été la limitation de la mesure à quelques infractions graves ; l'exigence d'une situation de suspicion sur la personne objet de la mesure ; l'exigence d'un mandat judiciaire, sauf en cas de flagrance ; la fixation d'un délai. Elle a été modifiée par plusieurs lois, modifiant soit le délai, soit la liste d'infractions. La modification la plus importante a été opérée par la loi *sur les crimes odieux*[722].

719 Loi nº 2000-516 du 15 juin 2000, nº 2002-307 du 4 mars 2002, nº 2002-1138 du 9 septembre 2002, nº 2003-239 du 18 mars 2003, nº 2004-204 du 9 mars 2004, nº 2006-64 du 23 janvier 2006, et nº 2007-291 du 5 mars 2007.

720 *Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária.* (« Loi 7.960 du 21 décembre 1989, dispose sur la *prison temporaire* ». [traduction libre]).

721 « […] *o principal objetivo da prisão temporária foi o de pôr fim à famigerada prisão para averiguações, que consiste no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir a vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando manifesto abuso de autoridade ».* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 840) (« […] le principal objectif de la *prison temporaire* a été celui de mettre fin à la infâme *prison pour des verifications*, qui consiste en l'enlèvement de personnes par les organes d'investigation pour évaluer leur liaison à une infraction, ou pour mener des investigations sur leur vie antérieure, indépendamment d'une situation de flagrance ou d'une autorisation judiciaire préalable. Cette *prison pour vérification* est absolument illégale, caractérisant un manifeste abus d'autorité ». [traduction libre]).

722 *Lei 8072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.* (« Loi 8072 du 25 juillet 1990. Dispose sur les crimes odieux, dans les termes de l'article 5ème, XLIII, de la Constitution Fédérale, et détermine d'autres providences ». [traduction libre]).

Il faut remarquer qu'au Brésil, après la Constitution de 1988, toute privation de liberté doit obéir à quelques principes, déclarés à l'article 5ème, LIV[723], LXI[724], LXII[725], LXIII,[726] LXIV[727], LXV[728], LXVI[729]. Ainsi, la loi sur la *prison temporaire*, considérée comme étant en accord avec la Constitution par le *Superior Tribunal de Justiça* (l'équivalent de la Cour de Cassation)[730], était nécessaire pour permettre la privation de liberté du suspect au cours des investigations.

Nous allons ensuite analyser la définition, les conditions, les délais et le droit à un avocat d'abord pour la garde à vue (§ 1) puis au sujet de la *prison temporaire* (§ 2), toujours en comparant les deux mesures dans les deux droits et en mettant en relief, le cas échéant, les règles spéciales pour les infractions de terrorisme.

## § 1. En France – la garde à vue

**158.** La garde à vue a été définie par la loi nº 2011-392 du 14 avril 2011, dans le nouvel l'article 62-2 du Code de procédure pénale :

---

723 *Artigo 5º, inciso LIV : « Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal »* (« Nul ne peut être privé de liberté sans que la procédure légale ait été respectée ».) (Didier MAUS *et al.* (dir.), *La nouvelle République brésilienne*, *op. cit.*, p. 287).

724 *Artigo 5º, inciso LXI : « ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei »* (« Nul ne peut être arrêté, hors le cas de flagrant délit, sans un ordre écrit et motivé de l'autorité judiciaire compétente, sauf dans le cas d'infractions militaires ou de crimes proprement militaires, tels que définis par loi ».) (*Ibid.*).

725 *Artigo 5º, inciso LXII: « a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juízo competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada »* (« toute arrestation est notifiée, ainsi que le lieu de détention, au juge compétent et à la famille de l'intéressé ou à la personne qu'il a désignée ».) (*Ibid.*).

726 *Artigo 5º, inciso LXIII: « o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado »* (« toute personne arrêtée est informée de ses droits et notamment de celui de garder le silence; l'assistance de sa famille et d'un avocat lui est garantie ».) (*Ibid.*).

727 *Artigo 5º, inciso LXIV: « o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial ».* (« la personne arrêtée a le droit de connaître l'identité des responsables de son arrestation et de son interrogatoire ».) (*Ibid.*).

728 *Artigo 5º, inciso LXV : « a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária »* (« En cas d'arrestation illégale, l'autorité judiciaire ordonne immédiatement la mise en liberté ») (*Ibid.*).

729 *Artigo 5º, inciso LXVI : « ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória »* (« nul ne peut être emprisonné lorsque la loi permet la liberté provisoire, avec ou sans caution ».) (*Ibid.*).

730 « *A prisão ad cautelam, fulcrada na lei, não entra em choque com o disposto no art. 5º, inc. LVII, da Carta Magna » (STJ, 5ª T., RHC 6497, Rel. Félix Fischer, j. 5.8.1997,* DJU*, 8.9.1997, p. 42530). Assim, também STJ, 5ª T., Rel. Gilson Dipp, RHC 9.888, j. 19.9.2000,* DJU*, 23.10.2000, p.148 ; STJ, 6ª. T., RHC 10.302, Rel. Hamilton Carvalhido, j. 26.9.2000,* DJU*, 19.2.2001, p. 241 ».* (Edilson Mougenot BONFIM, *Curso de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 46, note 32.). (« La *prison ad cautelam* [de précaution], fondée sur la loi, n'entre pas en conflit avec le disposé à l'art. 5ème , LVII, de la Carte Magne […]» [traduction libre]).

> La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs.

La première caractéristique de la garde à vue est d'être une mesure de police judiciaire sous contrôle de l'autorité judiciaire. En France seul l'O.P.J. a compétence pour décider de mettre une personne en garde à vue[731]. Deux conséquences de cette affirmation : la garde à vue est un acte restreint à l'enquête préliminaire[732] et c'est un acte de police judiciaire, mais non pas administrative[733].

---

731 « La seule autorité compétente est l'O.P.J., agissant *sous le contrôle de l'autorité judiciaire* (art.62-2 al. 1 CPP). Le procureur de la République ne saurait être compétent puisqu'il assure le contrôle de la mesure. La règle est la même pour le juge, qu'il s'agisse du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction si une information est ouverte ». (Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 493) ; ou encore « La loi nº 99-515 du 23 juin 1999 a abrogé les dispositions de l'article 72 du Code de procédure pénale qui reconnaissait au juge d'instruction le droit d'accomplir « tous actes de police judiciaire » en cas d'enquête de flagrance. La question du recours à la garde à vue ne se pose donc plus. Dans cette hypothèse, en revanche, la question se pose pour le juge d'instruction commis rogatoirement. Peut-il décider une garde à vue ? Nous ne le pensons pas. Un magistrat délégué n'a pas plus de pouvoirs que le délégant. Or l'information ouverte, celui-ci n'a pas le pouvoir de garder à vue et aucune disposition légale, spéciale, n'attribue au délégué un tel pouvoir, à l'instar de ce que prévoit l'article 154 du Code de procédure pénale pour l'officier de police judiciaire ». (Jacques LEROY, *La garde à vue après la réforme*, *op. cit.*, p. 39) ; enfin, « La décision de placement en garde à vue est prise par un officier de police judiciaire, soit spontanément, soit sur ordre du procureur de la République. La disposition selon laquelle un officier de police judiciaire peut décider de la garde à vue se comprend si elle signifie que la décision ne peut être prise que par le plus élevé en grade des policiers. Mais elle a induit une autre interprétation selon laquelle le placement en garde à vue serait une prérogative policière, d'où l'on a tiré une conséquence erronée, dans le cadre de l'exécution des commissions rogatoires du juge d'instruction. Un policier agissant sur commission rogatoire d'un juge d'instruction est, en effet, autorisé à placer la personne qu'il entend en garde à vue ce qui est théoriquement incohérent et pratiquement regrettable. Le fondement de la commission rogatoire étant une délégation de compétence du magistrat au policier, le premier ne devrait pouvoir logiquement déléguer au second les pouvoirs qu'il possède lui-même[…] » (Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 492).

732 La possibilité de garde à vue pendant l'instruction préparatoire a été très critiquée par la doctrine. *Cf.* note 689 et dans le même sens : « Quant à la garde à vue au cours de l'instruction préparatoire, l'article 154, alinéa 1 du Code de procédure pénale en autorise le recours par l'officier de police judiciaire, chargé de l'exécution d'une commission rogatoire et non par le juge d'instruction qui ne dispose pas de ce moyen de coercition. […] La commission rogatoire est une délégation de pouvoirs ; le juge d'instruction ne peut octroyer à autrui des prérogatives qu'il n'a pas lui-même ». ( Jacques LEROY, *La garde à vue après la réforme*, *op. cit.*).

733 « Contrairement à l'acte de police judiciaire en liaison avec une infraction déterminée, l'acte de police administrative tend à assurer le maintien de l'ordre public en préservant les troubles qui pourraient l'attendre, à défaut, en y mettant en terme : police de la circulation, contrôle et vérification d'identité, expulsion et reconduite à la frontière de ressortissants étrangers. Pour la bonne fin de l'opération engagée, les autorités de police sont parfois amenées à priver momentanément de leur liberté certaines personnes. Il s'agira dans ce cas de rétention et non de garde à vue, exclusivement rattachée à une enquête (Cass. 1re civ., 25 nov. 2009 : *JurisData* nº 2009-050499) ». (*Id.*, p. 20.).

La deuxième caractéristique concerne la personne qui peut être objet de la mesure : seulement le suspect d'avoir commis un crime ou délit puni d'une peine d'emprisonnement. Cela exclut les témoins, ou une garde à vue pour des vérifications ou pour des délits qui ne sont pas punis d'une peine d'emprisonnement.

Enfin, la garde à vue implique le maintien de la personne à disposition des enquêteurs : voilà la finalité de la mesure, qui garde encore son essence de moyen de preuve indirect. L'article 62-2 précise que la mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs listés[734].

Avant d'être soumise au contrôle judiciaire, la garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République, jusqu'à 48 heures. C'est lui qui décide au bout de 24 heures si la garde à vue sera maintenue, ou le cas échéant, prolongée (article 62-3)[735].

L'article 63 du Code de procédure pénale, modifié par la loi nº 2014-535 du 27 mai 2014, renforce le principe selon lequel seul l'officier de police judiciaire peut placer une personne en garde à vue, mais cet article annonce aussi le rôle du procureur de la République qui peut enjoindre l'officier de police à cette fin.

Le juge des libertés et de la détention assure le contrôle de la garde à vue après la 48ème heure et pour différer la présence de l'avocat au-delà de la douzième heure, jusqu'à la vingt-quatrième heure, dans le cas d'infractions punies d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans (article 63-4-2).

734 Les objectifs listés sont : permettre les investigations impliquant la présence de la personne ; garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République ; empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi qu'à leur proches ; empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.

735 Article 62-3 du Code de procédure pénale : « La garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République, sans préjudice des prérogatives du juge des libertés et de la détention prévues aux articles 63-4-2 et 706-88 à 706-88-2 en matière de prolongation de la mesure au-delà de la quarante-huitième heure et de report de l'intervention de l'avocat.

« Le procureur de la République apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre.

« Il assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue.

« Il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ».

C'est-à-dire que la loi a laissé le suspect entre les mains des enquêteurs, sous contrôle des magistrats du *parquet*, mais loin du contrôle du juge, pendant au moins le délai de 48 heures. Au Brésil, un tel pouvoir aux membres du *parquet*, même s'il était utile, s'avère impossible : les membres du *parquet* ne sont pas des magistrats, vu que la magistrature et le ministère public sont des organes complètement indépendants.

La garde à vue peut être déterminée pour un délai de 24 heures, par l'O.P.J., pour n'importe quelle infraction à laquelle elle s'applique (articles 63, II et 706-88 du CPP). Mais elle peut être prolongée pour un nouveau délai de 24 heures, dans le cas de crimes et de délits communs puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République. Dans le cas des infractions concernant la criminalité organisée, la garde à vue peut faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune. Elles peuvent être autorisées sous décision motivée du procureur de la République, du juge des libertés et de la détention et du juge d'instruction (article 706-88, alinéas 1 et 2). Enfin, dans le cas d'un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement, le juge de libertés peut ordonner une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois (article 706-88-1).

Quant aux droits du gardé à vue, des lois successives ont garanti une participation de plus en plus importante de l'avocat, sauf quelques exceptions concernant les délits plus graves. La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions, au cours desquelles il peut prendre des notes (article 63-4-2 du Code de procédure pénale). Cependant, dans des cas exceptionnels, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention, selon le cas, peuvent différer la présence de l'avocat aux auditions et son accès ou procès-verbaux de l'audition (article 63-4-2 du Code de procédure pénale), à savoir le procureur pendant douze heures, puis le juge pendant vingt-quatre heures. Il est ainsi dans le cas des infractions concernant la criminalité organisée (article 706-73) et par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation de preuves soit pour prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne, l'intervention de l'avocat peut même être différée pendant une durée de quarante-huit heures ; et dans les cas de terrorisme, la personne peut, à l'expiration de la quatre-vingt-seizième heure, s'entretenir avec son avocat (article 706-88-1, al. 2 CPP).

En conclusion, pour une infraction de droit commun, la garde à vue atteint un délai maximal de deux jours ; pour une infraction concernant la criminalité organisée le délai atteint quatre jours et pour une infraction de terrorisme le délai maximal est de six jours. De plus, pour les terroristes, le cas échéant, l'intervention de l'avocat peut être différée. Nous apercevons que le terrorisme atteint le sommet d'une pyramide de dangerosité, raison pour laquelle le législateur a accru la réponse de l'État en ce qui le concerne.

Ces règles concernant un délai de garde à vue plus étendu et la possibilité de différer l'intervention de l'avocat peuvent être justifiées, en France, par l'interprétation du principe de proportionnalité. En effet, elles sont des mesures rigoureuses mais nécessaires parfois pour éviter d'autres attentats, parfois pour obtenir des informations précieuses sur l'identité ou la localisation des co-auteurs. Ce sont des mesures en accord avec le but préventif du législateur par rapport aux infractions de terrorisme. L'utilisation de la loi pénale comme instrument de prévention, à notre avis, est justifiée, justement, par le danger et la violence que les infractions de terrorisme peuvent engendrer. Entre le droit individuel et le droit de la collectivité, en ce cas, il faut privilégier cette dernière, sous peine d'une vraie destruction du tissu social.

## § 2. Au Brésil – la prison temporaire

**159.** La prison temporaire a été créée par la loi 7.960/89, qui n'apporte aucune définition, mais seulement précise le régime de ce type de privation de la liberté avant jugement, qualifié au Brésil de *prison de précaution*, *carcer ad custodiam*[736].

Ainsi, la prison temporaire est définie comme « une espèce de prison de précaution décrétée par l'autorité judiciaire compétente, pour un délai préétabli, applicable exclusivement pendant la phase préliminaire d'investigations quand la privation de la liberté d'aller et venir est indispensable pour l'identification des sources de preuve et l'obtention d'éléments d'information quant à l'auteur et à la matérialité des infractions pénales mentionnées à l'art. 1er, III, de la loi nº 7.960/89, et des crimes odieux et assimilés (loi nº 8.072/90, art. 2º,§ 4º), permettant la *persecutio criminis in judicio* (poursuite criminnelle judiciaire)» [traduction libre][737].

736 Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 837.

737 « […] espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente durante a fase preliminar de investigações quando a privação da liberdade

Cette mesure, exceptionnelle en droit brésilien, n'est applicable que pendant l'enquête préliminaire[738]. Elle est toujours déterminée par le juge compétent pour le contrôle de l'enquête. Ce juge, en droit brésilien, peut être l'équivalent du juge des libertés et de la détention français, ou tout simplement le juge compétent pour l'instruction et le jugement du procès criminel principal (c'est une question d'organisation judiciaire, règlementée par les États).

Le procureur de la République au Brésil n'a jamais le pouvoir de déterminer une mesure coercitive ou de privation de liberté, car il n'est pas un juge[739]. Il doit cependant se manifester, pour donner son avis ou pour requérir du juge de ce type de mesures.

Dans le cas de la *prison temporaire*, l'autorité de police présente sa demande d'application de la mesure, au juge, le procureur de la République donne alors son avis et le juge décide ; mais le procureur de la République peut aussi demander directement au juge, qui va en décider (article 2ème de la Loi 7.960/89)[740].

---

de locomoção do indivíduo for indispensável para a identificação de fontes de prova e obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio* ». (*Id.*, p. 841).

738 La loi est claire quand elle dispose que la prison temporaire est applicable « quand elle est indispensable aux investigations de l'enquête policière » (article 1er, I, de la Loi nº 7.960/89 [traduction libre]). En portugais : « *I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial* ».

739 « […] *quanto à natureza do órgão ministerial, apesar de parte minoritária da doutrina considerar que o Ministério Público funciona como um quarto poder, não estando subordinado a qualquer dos três que compõe a divisão clássica dos poderes estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário -, prevalece o entendimento de que, no Brasil, o Parquet está vinculado ao Poder Executivo, embora não haja qualquer subordinação nessa relação, visto que o Ministério Público goza de autonomia funcional, administrativa e financeira (CF, art. 127, §§ 2º e 3º)* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Manual de processo penal: volume único*, *op. cit.*, p. 1222) (« […] en ce qui concerne la nature de l'organe ministériel, malgré l'opinion d'une partie minoritaire de la doctrine, qui considère que le Ministère Public fonctionne comme un quatrième pouvoir, non subordonné à aucun des trois pouvoirs qui composent la division classique des pouvoirs de l'État – Exécutif, Législatif et Judiciaire -, l'entendement majoritaire est celui selon lequel, au Brésil, le Parquet est lié au Pouvoir Exécutif, même s'il n'y a aucune subordination dans cette relation, vue que le Ministère Public bénéficie d'autonomie fonctionnelle, administrative et financière (CF, art. 127, §§ 2º e 3º) ». [traduction libre]).

740 Loi nº 7.960/89, article 2ème : « La *prison temporaire* sera décrétée par le juge, après la représentation de l'autorité policière ou à la requête du Ministère Public, pour une durée de 5 (cinq) jours, renouvelable d'autant en cas de nécessité extrême et prouvée. […] » [traduction libre]. En portugais : « *A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.* […] ».

La *prison temporaire* s'applique seulement aux crimes répertoriés dans la liste prévue à l'article 1er, III, de la Loi 7.960/89[741] et pour les crimes prévus par la *loi des crimes odieux*[742], par

741 Article 1er, III, de la Loi n° 7.960/89 : « La prison temporaire s'applique : […] III – pour une raison importante, en accord avec n'importe quel moyen de preuve admis dans la législation pénale, que la personne impliquée est l'auteur ou la complice d'un des crimes suivants : a) homicide volontaire (art. 121, *caput*, et son § 2ème ) ; b) séquestration ou emprisonnement domiciliaire (art. 148, *caput*, et ses §§ 1er et 2ème ) ; c) vol (art. 157, *caput*, et ses §§ 1er, 2ème, et 3ème) ; d) extorsion (art. 158, *caput*, et ses §§ 1er et 2ème ) ; e) extorsion par le moyen d'une séquestration (art. 159, *caput*, et ses §§ 1er, 2ème et 3ème ) ; f) viol (art. 213, *caput*, combiné à l'art. 223, *caput*, et paragraphe unique) ; h) l'enlèvement violent (art. 219, et combiné à l'art. 223, *caput*, et paragraphe unique) ; i) épidémie avec résultat mortel (art. 267, § 1er ) ; j) empoisonnement de l'eau potable ou de substance alimentaire ou médicinale provoquant la mort (art. 270, *caput*, combiné à l'art. 285) ; l) bande de criminels (article 288), tous du Code pénal ; m) génocide (arts. 1er, 2ème, et 3ème de la Loi nº 2.889, du 1er octobre 1956), dans toutes ses formes typiques ; n) trafic de drogues (art. 12 de la Loi n° 6.368, de 21 octobre 1976) ; o) crimes contre le système financier (Loi nº 7.492, du 16 juin 1986) ; p) crimes prévus dans la Loi de terrorisme (inclus par la Loi nº 13.260/16) ». [traduction libre] En portugais : « *Caberá prisão temporária : quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes : a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º ) ; b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º ) ; c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º, e 3º) ; d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º ) ; e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º ) ; f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único) ; h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, et parágrafo único) ; i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º ) ; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285) ; l) bando (artigo 288), todos do Código penal ; m) genocídio (arts. 1º, 2º , e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas ; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21 outubro de 1976) ; o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986) ; p) crimes previstos na Lei de terrorismo (incluído pela Lei nº 13.260/16)* ».

742 Article 1er de la Loi n° 8.072/90 : « Sont considérés *odieux* consommés ou tentés les crimes suivants, tous *typifiés* par le décret-loi nº 2.848, du 7 décembre 1940, instituant le Code pénal : (Rédaction donnée par la Loi nº 8.930, de 1994) (*cf.* Loi nº 7.210, de 1984)

« I – homicide volontaire (art. 121, *caput*), quand il est pratiqué en activité typique d'un groupe d'extermination, même s'il est commis par un seul agent ; et homicide volontaire qualifié (art. 121, § 2ème, I, II, III, IV, V, VI, VII) ; (Rédaction donnée par la Loi n° 13.142/15) ;

« I – A – lésion corporelle de nature gravissime (art. 129, § 2ème) et lésion corporelle suivie de mort (art. 129, § 3ème ), quand elles sont pratiquées contre l'autorité ou son agent indiqués aux arts. 142 et 144 de la Constitution Fédérale, appartenant au système de prisons et de la Force Nationale de Sécurité Publique, dans l'exercice de leur fonction ou à cause d'elle, ou contre leur conjoint, compagnon, ou parent consanguin jusqu'au troisième dégré, en raison de cette condition ; (Inclus par la Loi nº 13.142/15) ;

« II – vol suivi de mort (art. 157, § 3ème, in fine) ; (alinéa inclus par la Loi nº 8.930, de 1994) ;

« III – extorsion aggravée par la mort (art. 158, § 2ème), (alinéa inclus par la Loi nº 8.930, de 1994) ;

« IV - extorsion au moyen d'une séquestration et dans sa forme aggravée (art 159, *caput*, et §§ 1er , 2ème et 3ème) ; (alinéa inclus par la Loi nº 8.930, de 1994) ;

« V – viol (art. 213, *caput* et §§ 1er et 2ème ) ; (Rédaction donnée par la Loi nº 12.015, de 2009) ;

« VI – viol de personne vulnérable (art. 217-A, *caput* et §§ 1er, 2ème, 3ème et 4ème ) ; (rédaction donnée par la Loi nº 12.015, de 2009) ;

« VII – épidémie entraînant la mort (art. 267, § 1er ), (alinéa inclus par la Loi nº 8.930, de 1994) ;

« VII – A – alinéa inclus par la Loi nº 9.695, de 1998, suprimmé par Veto ;

« VII – B – toute falsification, corruption, adultération de produit destiné à des fins thérapeutiques ou médicales (art. 273, *caput* et § 1er, § 1er -A et § 1er – B, avec la rédaction conférée par la Loi nº 9.677, du 2 juillet 1998). (alinéa inclus par la Loi nº 9.695, de 1998) ;

l'application de l'article 2º, § 4º de la Loi 8.072/90[743]. Les crimes odieux sont prévus à l'article 2ème, *caput*, de la Loi nº 8.072/90 et le terrorisme leur est assimilé par le même article. De plus, pour renforcer cette idée, la loi 13.260/16, à l'article 17, prévoit que les dispositions de la Loi 8.072/90 sur les crimes odieux s'appliquent aussi aux crimes prévus dans cette loi[744] ; et, à l'article 18, la loi inclut dans la liste des crimes passibles de *prison temporaire*, les crimes prévus par la loi 13.260/16. Ainsi, la *prison temporaire* peut être utilisée pour des infractions prévues

« VIII – encouragement à la prostitution ou à d'autres formes d'exploitation sexuelle d'enfant ou d'adolescent ou de personne vulnérable (art. 218-B, *caput*, et §§ 1er et 2ème) ; (Alinéa inclus par la Loi nº 12.978, de 2014).

« Paragraphe unique. On considère aussi *odieux* le crime de génocide prévu aux arts. 1er, 2ème et 3ème de la Loi nº 2.889, du 1er octobre 1956, qu'il soit tenté ou consommé. (Paragraphe unique inclus par la Loi nº 8.930, de 1994) ». [traduction libre].

En portugais : « *Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984) I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII) ; (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015) I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição ; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015) ; II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine) ; (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994) ; III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º) ; (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994) ; IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º) ; (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994) ; V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º) ; (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) ; VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º) ; (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) ; VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994) ; VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998) ; VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998) ; VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)* ».

743 Loi nº 8.072/90 : « Art. 2ème. Les crimes odieux, la pratique de la torture, le trafic illicite de stupéfiants et des drogues assimilées et le terrorisme ne sont pas susceptibles de : I – amnistie et grâce ; II – cautionnement. […] § 4ème La *prison temporaire*, à propos de laquelle dispose la Loi nº 7.960, du 21 décembre 1989, dans les crimes prévus dans cet article, aura une durée de 30 (trente) jours, renouvelable d'autant en cas de nécessité extrême et prouvée. (Inclus par la Loi nº 11.464, de 2007) » [traduction libre]. En portugais : « *Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança.* […] *§ 4o A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)* ».

744 Loi nº 13.260/16, « Art. 17. On applique les dispositions de la Loi nº 8.072, du 25 juillet 1990, aux crimes prévus dans cette Loi » [traduction libre]. En portugais : « *Art. 17. Aplicam-se as disposições da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei* ».

par la loi 13.260/16 (terrorisme, organisation terroriste, préparation du terrorisme et financement du terrorisme) [745].

Les conditions pour la détermination de la *prison temporaire*, prévues à l'article 1er, de la Loi 7.960/89, sont les mêmes pour les crimes communs et pour les crimes odieux, sauf quant à la durée. Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaires les conditions sont : l'une de celles prévues à l'article 1er, I et II[746] et celle qui est prévue à l'article 1er, III, de la Loi 7.960/89[747].

C'est-à-dire que, au Brésil comme en France, la *prison temporaire* ne s'applique qu'en cas de suspicion que la personne ait participé, à une infraction criminelle, listée au même article ou dans la Loi des crimes odieux. Les nécessités de l'enquête sont toujours une des conditions de la *prison temporaire*[748]. À notre avis, l'essence de la mesure est la finalité de la recherche des preuves, existante dans les deux droits.

---

745 Pour nous toutes ces infractions font partie du terrorisme, mais une partie de la doctrine préfère faire la distinction, comme nous l'avons déjà exposé, *cf.* (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 961).

746 Loi nº 7.960/89 : « Article 1er – La *prison temporaire* est applicable : I – quand elle est indispensable pour les investigations de l'enquête ; II – quand la personne soupçonnée n'a pas de résidence fixe ou n'a pas fourni les éléments nécessaires à l'éclaircissement de son identité ; III - dans le cas d'une raison importante, en accord avec tout moyen de preuve admis dans la législation pénale, si la personne impliquée est l'auteur ou le complice d'un des crimes suivants : […] » (*cf.* note 742) [traduction libre] En portugais : « *Caberá prisão temporária : I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial ; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade ; III - Caberá prisão temporária : quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes :* […] ».

747 Dans le sens du texte : « […] *muito se discute a respeito dos requisitos para a decretação da prisão temporária. Seriam os incisos I, II e III, do art. 1º, desta Lei, cumulativos ou alternativos? Se forem considerados cumulativos, a prisão temporária praticamente desaparece do cenário processual, pois se tornaria muito difícil localizar uma situação em que alguém cometa um dos delitos descritos no inciso III, além de ser imprescindível para a investigação e não possua, o suspeito, residência fixa ou elementos para estabelecer sua identidade. Por outro lado, se forem considerados alternativos, tornar-se-ia banal a decretação da prisão temporária. Nem uma solução nem outra se afiguram razoáveis. Por isso, concordamos com a doutrina que procura, como sempre, consertar os equívocos legislativos e fixa, como parâmetro, a reunião do inciso III com o inciso I ou com o inciso II.* […] » (Guilherme de Souza NUCCI, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 2*, *op. cit.*, p. 748) (« […] on discute beaucoup à propos des conditions du décret de la *prison temporaire*. Les alinéas I, II, et III, de l'art. 1er, de cette Loi, seraient-ils cumulatifs ou alternatifs ? S'ils étaient considérés cumulatifs, la *prison temporaire* disparaitrait presque de la scène procédurale, car il deviendrait trop difficile de localiser une situation dans laquelle quelqu'un commet l'un des délits décrits à l'alinéa III, à moins d'être indispensable pour l'investigation et si le suspect ne possède pas de résidence fixe ou d'éléments pour établir son identité. D'autre part, s'ils étaient considérés comme alternatifs, le décret de la *prison temporaire* deviendrait banal. Aucune de ces solutions n'est raisonnable. Par conséquent, on est d'accord avec la doctrine qui cherche, comme toujours, à lever les ambigüités législatives. Elle fixe, comme paramètre, la réunion de l'alinéa III à l'alinéa I ou I à l'alinéa II. […]» [traduction libre]).

748 Dans le sens du texte : « *Por culpa da péssima sistemática dessa lei, a melhor interpretação é a seguinte: Os incisos devem ser interpretados em conjunto, de modo que só pode haver prisão de alguém suspeito de ser o autor partícipe de algum daqueles crimes (cujo rol é taxativo), e quando imprescindível para a investigação. Logo, deve estar sempre presente o inciso III. Da mesma forma,*

La *prison temporaire* peut être autorisée pour le délai maximum de 5 jours renouvelable une fois, dans le cas de crimes communs (article 1er de la Loi 7.960/89). Pour les crimes odieux et assimilés, le délai maximum, renouvelable une fois, est de 30 jours[749]. Ainsi, la durée maximale de la *prison temporaire* pour les infractions de terrorisme est de 60 jours !

D'autre part, la personne détenue a droit à un avocat immédiatement et pendant toute la durée de la mesure. L'avocat peut accompagner les auditions et avoir accès au dossier dans son intégralité, sauf pour les mesures sécrètes, comme les interceptions téléphoniques. Il peut demander des copies de l'intégralité du dossier, exceptées les mesures sécrètes[750]. Selon l'article 7ème, XIV, de la Loi 8.906 du 4 juillet 1994, l'avocat a l'accès à tout dossier d'investigation de toute nature et le droit d'avoir des copies ou de prendre des notes[751].

Selon l'article 306, § 1er du Code de procédure pénale, inséré par la Loi nº 11.449/07, l'autorité policière non seulement doit communiquer à la Défense publique, dans un délai de 24 heures, l'arrestation de toute personne si elle ne décline pas le nom de son avocat, ainsi que les copies de toutes les auditions déjà effectuées.

Enfin, comme nous avions déjà précisé, seulement le juge peut placer quelqu'un en *prison temporaire*.

**160. Conclusion de la Section I.** La définition et la fonction de la garde à vue et de la *prison temporaire* sont très semblables. Cependant, leur régime est différent, dans les deux droits, en

---

*a necessidade da prisão está estampada no inciso I, de modo que a tal "imprescindibilidade para as investigações" não pode faltar. Contudo, tanto o inciso I como o inciso III, de forma isolada, não justificam a prisão temporária, somente quando combinados.* […] » (Aury LOPES JR., *Prisões cautelares*, 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 182) (« Par faute d'une mauvaise rédaction de cette loi, la meilleure interprétation est la suivante : les alinéas doivent être interprétés conjointement, de manière que seule une personne soupçonnée d'être l'auteur ou le complice d'un des crimes (dont la liste est exhaustive) peut être arrêtée, et seulement si la mesure est indispensable pour l'investigation. Donc, l'alinéa III doit toujours être présent. De même, la nécessité de la *prison* est prévue à l'alinéa I, de sorte que l'indispensabilité pour les investigations ne peut pas manquer. Toutefois, tant l'alinéa I comme l'alinéa III, de manière isolée, ne peuvent justifier la *prison temporaire,* sauf s'ils sont cumulés ». [traduction libre]).

749 Article 2ème, § 4ème, de la Loi n° 8.072/90. *Cf.* note 735.

750 Ces droits découlent directement de la Constitution Fédérale, article 5ème, LXIII, *cf.* note 719.

751 Loi n° 8.906 du 4 juillet 1994, article 7ème: « *São direitos do advogado :* […] *XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital ; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016) »* (« Ce sont les droits de l'avocat : […] XIV – d'examiner, même sans mandat, le dossier correspondant à un flagrant délit et à des investigations de toute nature, terminées ou en cours, même s'il est dans les mains de toute autorité, et il est autorisé à copier des pièces et à prendre des notes, par un moyen physique ou digital ; (rédaction conférée par la Loi nº 13.245, de 2016) ». [traduction libre]).

ce qui concerne l'autorité compétente pour la déterminer, leur durée et le droit à l'intervention d'un avocat. Or, la garde à vue est applicable à toute infraction punie d'une peine d'emprisonnement, mais la *prison temporaire* n'est applicable que dans les cas prévus par la loi (article 1er, III, de la Loi 7.960/89).

Malgré les remarques de la CEDH, la législation française est sévère à l'égard du terroriste gardé à vue. Au contraire, au Brésil, à la sortie d'un régime militaire dictatorial, la Constitution a entendu créer un système où les droits de la défense sont très importants : toute privation de liberté est soumise immédiatement au contrôle d'un juge et implique le droit à un avocat, dès son commencement.

Toutefois, la durée de la *prison temporaire* dépasse dix fois la durée de la garde à vue. Cette différence peut s'expliquer par la précision nécessaire à la *denúncia* (équivalent du réquisitoire introductif d'instance), par laquelle le juge sera saisi *in rem* et *in personam*. Normalement, au Brésil, où il n'y a pas de juge d'instruction, l'investigation est faite seulement pendant l'enquête.

## Section II. La détention provisoire et la prison préventive

**161.** La détention provisoire en France et son équivalent au Brésil, *la prison préventive*, ont été largement traitées par la doctrine des deux pays, elles ont des définitions que se ressemblent, à cause de leurs caractéristiques communes, cependant nous indiquerons quand même quelques différences.

Globalement, la détention provisoire et la prison préventive sont définies comme l'incarcération de « l'accusé » au cours de la procédure, c'est-à-dire, après l'enquête et avant la condamnation définitive.

La doctrine française fait référence à deux siècles de réformes sur la détention provisoire, qui apparemment n'ont pas encore terminée[752]. On a cité de 22 lois[753], qui se sont succédées

752 Spécialement *cf.* Jacques CAPDEVIELLE et Philippe ROBERT (dir.), *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire: deux siècles de débats*, Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1992.

753 « En 1989, époque où cet auteur faisait cette remarque, il dénombrait 17 lois ; à ce jour nous atteignons le chiffre de 22 ce qui place la détention provisoire en tête "des institutions mobiles, voir frénétiques de notre procédure pénale" ». (Sandrine GUIBERT, *La détention provisoire au cours de l'instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme*, Thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier I, 15 décembre 1997, p. 8).

d'autres, la dernière date de 2016[754]. Au Brésil, c'est la Constitution Fédérale de 1988 qui a établi les principes fondamentaux en la matière[755]. Toutefois, le système du Code de procédure pénale n'a changé qu'avec une loi de 2011[756]. Le Brésil et la France ont fait un mouvement presque simultané d'innovation législative ayant pour but de transformer la détention provisoire en exception. Les conditions pour le placement en détention provisoire et en *prison préventive* sont très proches aujourd'hui dans les deux législations, comme les durées indéterminées et les mises en liberté. D'autre part, nous trouvons des différences par rapport aux autorités compétentes. Le système français, sera traité au § 1 et ensuite nous traiterons des règles brésiliennes, au § 2.

## § 1. En France – la détention provisoire

**162.** En France, c'est la doctrine qui établit la définition de la détention provisoire, puisque la loi ne la définit pas. Presque tous les auteurs considèrent que la détention provisoire concerne toute privation de liberté d'une « personne pénalement poursuivie tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'un jugement passé en force de chose jugée, c'est-à-dire, éventuellement, jusqu'à la décision survenue après un second renvoi après cassation et cela sans aucune solution de continuité »[757]. La position de la doctrine française est différente de celle de la CEDH, parce que cette dernière ne considère en détention provisoire qu'une personne n'ayant pas été condamnée en première instance[758].

Depuis la loi nº 2000-516, du 15 juin 2000, c'est le juge des libertés et de la détention qui est compétent pour le placement en détention provisoire de la personne mise en examen (article 137-1 du Code de procédure pénale)[759]. Il est curieux que le juge d'instruction, malgré

754 Loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice de XXIe siècle.

755 *Cf.* note 723 à 729.

756 Loi nº 12.403, du 4 mai 2011, « *Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências* ». (« Modifie des dispositives du Décret-loi 3.689, du 3 octobre 1941 – Code de procédure pénale, relatifs à la *prison procédurale*, caution, liberté provisoire, autres mesures de prévention, et donne autres providences ». [traduction libre])

757 Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 556.

758 « Certes, la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales fait s'arrêter la détention provisoire à la décision de condamnation de première instance ». (Christian GUÉRY, *Detention provisoire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 1)

759 Article 317-1 du Code de procédure pénale : « La détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le juge des libertés et de la détention. Les demandes de mise en liberté lui sont également soumises.

sa condition de juge et sa compétence pour la recherche de preuves, ait perdu son pouvoir de placement en détention provisoire. Il doit donc saisir le juge des libertés et de la détention qui, lui, est compétent pour décider la mise en détention.

Un principe très intéressant et opposé au droit brésilien est celui selon lequel le juge qui a décidé la détention provisoire ne peut pas statuer sur le fond, sous peine de nullité[760].

D'autre part, la chambre de l'instruction[761] a le pouvoir de placement en détention provisoire, selon la lettre de l'article 201 du CPP[762].

Mesure exceptionnelle par définition, alors que la liberté est la règle, le placement en détention provisoire dépend de certaines conditions. La première condition concerne la peine encourue ; elle ne s'applique que dans le cas d'une peine criminelle, ou d'une peine correctionnelle égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement et jamais à une peine contraventionnelle (article 143-1 du CPP). Et, selon le même article, elle s'applique dans le

« Lorsque le juge des libertés et de la détention statue à l'issue d'un débat contradictoire, il est assisté d'un greffier. Il peut alors faire application de l'article 93.

« Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu.

« Hors le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 137-4, il est saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction, qui lui transmet le dossier de la procédure accompagné des réquisitions du procureur de la République. Lorsque le juge des libertés et de la détention doit statuer en application de l'article 145, le juge d'instruction peut indiquer dans son ordonnance si la publicité de ce débat lui paraît devoir être écartée au regard d'une ou plusieurs des raisons mentionnées au sixième alinéa de cet article ».

760 « Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu (C. pr. pén., art. 137-Crim. 23 sept. 2010, no 10-81.245, Bull. crim. no 140 ; D. 2011. 124, obs. Lazerges-Cousquer) ». (Christian GUÉRY, « Détention provisoire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, juin 2013, l. 54, Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000359&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN).

761 La chambre d'instruction est l'équivalent des *câmaras* du *Tribunal de Justiça de São Paulo*, c'est-à-dire, qu'il s'agit de la seconde instance. (article 191 du CPP français : « Chaque cour d'appel comprend au moins une chambre de l'instruction. […] »).

762 Article 201 du CPP : « La chambre de l'instruction peut, dans tous les cas, à la demande du procureur général, d'une des parties ou même d'office, ordonner tout acte d'information complémentaire qu'elle juge utile.

« Elle peut également, dans tous les cas, le ministère public entendu, prononcer d'office la mise en liberté de la personne mise en examen.

« Elle peut ordonner le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire de la personne mise en examen. En cas d'urgence, le président de la chambre de l'instruction ou le conseiller désigné par lui peut décerner mandat d'amener, d'arrêt ou de recherche. Il peut également ordonner l'incarcération provisoire de la personne pendant une durée déterminée qui ne peut en aucun cas excéder quatre jours ouvrables jusqu'à la réunion de la chambre de l'instruction ».

cas où le mis en examen se soustrait aux obligations du contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique.

De plus, la détention provisoire doit constituer le seul moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs listés par l'article 144 du CPP Ils sont liés à la preuve (1º, 2º et 3º), à la personne mise en examen (4º et 5º) et à la prévention pénale (6º et 7º)[763].

Enfin, l'article 144-1 établit le principe d'une durée non chiffrée. Le critère utilisé est celui de la *raisonnabilité*, qui sera mesurée d'après la gravité des faits et la complexité des infractions[764]. Toutefois, des durées maxima sont prévues.

En matière de terrorisme, la durée maximale de la détention provisoire, pour les affaires criminelles, est de 4 ans (article 145-2, alinéa 2 du CPP). Cette durée peut être prolongé par la chambre de l'instruction pour quatre mois, renouvelable une fois pour la même durée, « lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité » (article 145-2, alinéa 3 du CPP).

Des dispositions spéciales concernent les mineurs : la durée totale de détention provisoire est portée à deux ans pour l'instruction du délit mentionné à l'article 421-2-1 du code pénal. La durée totale de détention provisoire est portée à trois ans pour l'instruction des crimes prévus au 1° de l'article 421-1 et aux articles 421-5 et 421-6 du code pénal (article 706-24-4 du Code de procédure pénale).

---

763 Article 144 du CPP : « La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique :1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ; 4° Protéger la personne mise en examen ; 5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ; 6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ; 7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle ».

764 Article 144-1 du CPP : « La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité.

« Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies ».

Des délais sont propres au terrorisme, également en matière correctionnelle : la durée de détention provisoire ne peut excéder six mois pour l'instruction des délits prévus aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal. A titre exceptionnel, elle peut être prolongée pour une durée qui ne peut excéder six mois. Cette décision peut être renouvelée, la durée totale de la détention ne pouvant excéder deux ans. Cette durée est portée à trois ans pour l'instruction du délit d'association de malfaiteurs terroristes. Le dernier alinéa de l'article 145-1 du présent code (prolongation de quatre mois en cas de nécessité d'investigation et de risque pour la sécurité des personnes et des biens) est applicable. Le délai de huit mois prévu au premier alinéa de l'article 145-3 (« nécessité d'indications particulières qui justifient en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure ») est porté à un an (article 706-24-3, du Code de procédure pénale).

Le juge d'instruction ne peut plus placer en détention provisoire. Par contre, il peut décider la mise en liberté du mis en examen, même d'office. Mais, au cas où il décide de ne pas libérer le mis en examen, il doit transmettre le dossier au juge des libertés et de la détention, qui va statuer (article 147 du CPP).

## § 2. Au Brésil – la prison préventive

**163.** La loi ne définit pas la *prison préventive*, mais, en se fondant sur les dispositifs qui la règlementent, la doctrine précise son concept, en la considérant toujours comme une modalité de la *prison de précaution*[765].

765 Citons la définition de Renato Brasileiro de Lima : « *Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319)* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Manual de processo penal: volume único*, *op. cit.*, p. 956) (« Il s'agit d'une espèce de *prison de précaution* décrétée par l'autorité judiciaire compétente, par la voie d'une représentation de l'autorité de police ou d'une demande du Ministère Public, de la partie civile, ou de l'assistant, en toute phase des investigations ou du procès criminel (dans cette hypothèse, elle peut aussi être décrétée d'office par le magistrat), toutes les fois que les conditions légales sont présentes (CPP, art. 313) et que les motifs listés à l'article 312 du CPP ont lieu, et tant que les mesures de précaution autres que la *prison* se révèlent inadéquates ou insuffisantes (CPP, 319) ». [traduction libre]). Selon Guilherme de Souza Nucci : *« A prisão cautelar, por excelência, é a preventiva, cujos requisitos encontram-se enumerados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ninguém deverá ser preso ou mantido no cárcere, se não estiverem presentes os referidos elementos ».* (Guilherme de Souza NUCCI, *Prisão e liberdade : as reformas processuais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 61) (« La *prison de précaution*, par excellence, est la *préventive*, dont les conditions se trouvent énumérés à l'article 312 du Code de procédure pénale. Personne ne devra être arrêtée ou maintenue incarcérée, si les éléments référés ne sont pas présents ». [traduction libre]).

Elle peut avoir lieu pendant l'investigation préliminaire ou pendant le procès pénal. L'autorité compétente pour placer quelqu'un en *prison préventive* est toujours un juge. Au cours du procès pénal, le juge peut agir d'office, mais pendant la phase d'investigations, il dépend d'une demande du Ministère Public ou de l'assistant ou d'une représentation de l'autorité judiciaire (article 311 du Code de procédure pénale).

La loi brésilienne ne fixe pas le délai de la *prison préventive* : le délai sera décidé par le juge, dans la mesure du raisonnable. D'ailleurs, la Convention Américaine des droits humains[766] ne fixe pas non plus de délai, mais se réfère à un critère raisonnable (article 7, alinéa 5).

La jurisprudence avait adopté le délai de 81 jours pour la fin de l'instruction procédurale, pour les accusés en détention provisoire. Mais, sous l'influence de la Convention Américaine déjà évoquée, le législateur a approuvé un amendement constitutionnel n. 45/2004, qui a établi à l'article 5ème, LXXVIII de la Constitution Fédérale, une disposition fixant comme critère la règle d'une durée raisonnable du procès[767].

Aujourd'hui la jurisprudence est encore en train d'adopter des critères pour une durée raisonnable du procès. La doctrine cite trois causes *d'excès de délai* considérées par la jurisprudence : le retard procédural en raison des diligences suscitées exclusivement par l'accusation ; le retard procédural dû à l'inertie du pouvoir judiciaire, en outrage au droit à un délai raisonnable du procès ; le retard procédural, incompatible avec le principe du délai raisonnable, mis en évidence par tout excès abusif, déraisonnable, disproportionné[768].

Les conditions de la *prison préventive* sont prévues à l'article 312 du Code de procédure pénale[769]. Les deux conditions obligatoires sont : la preuve de l'existence de l'infraction et

---

766 Convention Américaine des droits humains, connue comme « Pacte de Saint José da Costa Rica », adoptée par L'organisation des États Américains, en São José da Costa Rica, le 22 novembre 1969, entrée en vigueur dans la sphère internationale le 18 juillet 1978, selon le paragraphe deuxième de son article 74 ; transposée par le décret 678, de 6 novembre 1992, au droit interne brésilien.

767 Article 5ème, LXXVIII, de la Constitution Fédérale : « *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação* » (« À tous sont assurés, dans les sphères judiciaire et administrative, la durée raisonnable du procès et les moyens pour garantir la célérité de son déroulement ». [traduction libre]).

768 Renato Brasileiro de LIMA, *Manual de processo penal: volume único*, *op. cit.*, p. 988.

769 Article 312 du Code de Procédure pénale : « *A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria* ». (« La *prison préventive* pourra être décrétée comme garantie de l'ordre publique, de l'ordre économique, par convenance de l'instruction criminelle, ou pour assurer

l'indice suffisante que la personne placée en *prison préventive*, en soit l'auteur. Les quatre conditions alternatives sont : la nécessité de la mesure pour la garantie de l'ordre public, pour la garantie de l'ordre économique, pour la garantie de l'application de la loi et pour les convenances de l'instruction criminelle. Une possibilité supplémentaire d'application de la *prison préventive* surgit quand l'auteur de l'infraction n'accomplit pas l'une des mesures de précaution appliquées par le juge (article 312, paragraphe unique du Code de procédure pénale)[770].

L'article 313 du Code de procédure pénale prévoit les infractions passibles de *prison préventive* : toutes les infractions intentionnelles punies d'une peine privative de liberté maximale[771] supérieure à 4 (quatre) ans ; dans le cas de récidive, si l'infraction antérieure était intentionnelle ; si l'infraction entraîne une violence domestique ou familière contre une femme, un enfant, un adolescent, une personne âgée, malade ou déficiente, ou pour garantir l'exécution des mesures de précaution urgentes. Le paragraphe unique permet le recours à la *prison préventive* dans le cas de l'existence d'un doute sur l'identité civile de la personne ou quand la personne ne fournit pas les éléments suffisants pour la clarifier[772]. Cette règle est valable pour toutes les infractions et pour le terrorisme, sans distinction.

---

l'application de la loi pénale, quand il y a une preuve de l'existence du crime et un indice suffisant de l'identité de son auteur ». [traduction libre]).

770 Article 312, paragraphe unique, du Code de procédure pénale : « *A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)* ». (« La *prison préventive* pourra aussi être décrétée en cas de violation d'une des obligations imposées dans d'autres mesures de précaution (art. 282, § 4º) ». [traduction libre]).

771 La loi pénale brésilienne établit toujours une fourchette entre les peines comme punition, c'est-à-dire une peine minimale et une peine maximale, et des critères pour que le juge puisse la fixer, toujours en respectant les paramètres de la peine prévue.

772 Article 313 du Code de Procédure pénale : « *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva : I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ; II – se tiver condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do* caput *do art. 64 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal ; III – se co crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência ; IV – (revogado.) ».* (« Dans les termes de l'article 312 de ce Code, sera admise le décret de la *prison préventive* : I – dans les crimes intentionnels punis d'une peine privative de liberté maximale supérieure à 4 (quatre) ans ; II – s'il a été condamné pour un autre crime intentionnel, par une sentence définitive, sous réserve du disposé à l'article 64, *caput*, I, du Décret-loi nº 2.848, du 7 décembre 1940 – Code pénal ; III – si le crime implique une violence domestique ou familiale contre la femme, un enfant, un adolescent, une personne âgée, malade ou déficiente, pour garantir l'exécution des mesures protectives urgentes ; IV – (abrogé.) ». [traduction libre]).

Le juge compétent pour déterminer la *prison préventive* est aussi compétent pour la mise en liberté, dans le cas où elle n'est plus nécessaire. Les juges de la Cour d'appel ont compétence soit pour déterminer le placement en *prison préventive*, soit pour la mise en liberté, dans le cas de recours de parties pour cette finalité spécifique ou dans le cas d'un jugement en deuxième instance[773].

**164. Conclusion de la Section II.** La détention provisoire et *la prison préventive* obéissent à des conditions très proches. En France les conditions sont plus détaillées qu'au Brésil, comme tout l'ensemble de la législation, mais le fond des conditions est le même. Ainsi, les définitions ne changent pas beaucoup d'une législation à l'autre. Les délais obéissent aux mêmes critères et ne sont pas fixés par la loi, suivant les principes internationaux. L'autorité compétente est toujours un juge, malgré les procédures différentes adoptées par les deux pays.

Pour l'essentiel, la détention provisoire et la *prison préventive* sont des équivalentes. La liberté est l'une des bases des droits humains, de façon que les règles de base établies en droit international inspirent la législation de tous les pays démocratiques comme la France et le Brésil, ce qui explique cette ressemblance. Toutefois, leur application peut être différente dans les deux pays, selon l'interprétation des juges et de la doctrine.

Aujourd'hui, le Brésil, où les garanties de la liberté proviennent de la Constitution Fédérale, le *garantisme pénal*[774] semble avoir des effets, malgré les taux très élevés de criminalité violente[775]. Ainsi, il n'y a pas de délai spécial ni d'autres dérogations, en ce qui concerne la

---

773 Au Brésil, la Cour d'appel n'est pas compétente pour instruire quelque affaire, sauf quand elle siège en *compétence originaire*, de manière que la procédure devant la Cour est seulement de jugement.

774 Le *garantisme pénal* est une théorie de limitation du pouvoir punitif de l'État, crée par l'italien Luigi Ferrajoli (Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *op. cit.*).

775 « *O Brasil registrou mais mortes violentas de 2011 a 2015 do que a Síria, país em guerra, em igual período. Os dados, divulgados hoje (28), são do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Foram 278.839 ocorrências de homicídio doloso, latrocínio, lesão corporal seguida de morte e mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil, de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, frente a 256.124 mortes violentas na Síria, entre março de 2011 a dezembro de 2015, de acordo com o Observatório de Direitos Humanos da Síria ».* (EBC - AGÊNCIA BRASIL, « Brasil tem mais mortes violentas do que a Síria em guerra, mostra anuário », *Agência Brasil - Últimas notícias do Brasil e do mundo* [en ligne], 28 octobre 2016, [consulté le 24 novembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/brasil-tem-mais-mortes-violentas-do-que-siria-em-guerra-mostra) (« Le Brésil a enregistré plus de morts violentes de 2011 à 2015 que la Syrie, pays en guerre, dans une période équivalente. Les données, divulguées aujourd'hui (28), sont de l'Annuaire brésilien de sécurité publique, du Forum brésilien de sécurité publique. Ils ont été 278.839 occurrences d'homicides intentionnels, de vols suivis de mort, de blessures suivies de mort, et des morts dues à l'intervention policière au Brésil, de janvier de 2011 à décembre de 2015 ; face à 256.124 morts violentes en Syrie, entre mars de 2011 à décembre 2015, selon l'Observatoire de droits humains de la Syrie ». [traduction libre]).

détention provisoire de terroristes. Par contre, en France, comme nous l'avons vu, des délais spéciaux de détention provisoire sont prévus en matière de terrorisme.

## Conclusion du Chapitre III

**165.** Les mesures de privation de liberté se ressemblent dans les deux droits. Nous remarquons que les règles spéciales en matière de terrorisme concernent plutôt la garde à vue et la prison temporaire. En matière de terrorisme il faut agir tôt pour augmenter la vitesse et les possibilités d'investigation, afin d'éviter les attentats. Cela révèle le caractère préventif des dispositifs. Nous pourrions parler d'un *droit procédural de la dangérosité*.

# Conclusion du Titre I

**166.** Une procédure spéciale est appliquée en matière de terrorisme, impliquant souvent des restrictions pour la liberté des personnes. D'abord, une juridiction spéciale et un jury professionnel ont été établis en France. Au Brésil, des mesures équivalentes ne sont pas encore prévues. Ensuite, des nouveaux moyens sécrets de recherche de preuve ont été conçus. Dans cet aspect, les deux droits se rapprochent beaucoup. Enfin, des dispositions spéciales concernant les privations de liberté avant jugement existent dans les deux droits, en matière de terrorisme. Cet ensemble de mesures constitue un système spécial de prévention applicable soit en matière de terrorisme soit en matière de la criminalité organisée et du terrorisme. Les législateurs ont privilegié la sécurité publique et non pas les libertés individuelles. En est-il de même pour les sanctions ?

# Titre II

# Les sanctions

**167.** L'étude des sanctions appliquées aux infractions de terrorisme en France et au Brésil à côté de l'étude de leur définition nous permet une vision de l'ensemble de la répression pénale. Des peines parfois très élevées sont encourues dans les deux pays, y compris pour des infractions consistant en des agissements préparatoires.

Et, il ne s'agit pas seulement du quantum des peines encourues, mais aussi de la manière particulière dont elles seront exécutées. Dans les deux droits, nous apercevons des règles spéciales concernant l'exécution de la peine. Nous verrons, dans quelle mesure les droits ont abandonné la perspective de resocialisation du *terroriste* au profit de la sécurité publique.

Les systèmes de sanctions français et brésilien se rapprochent, mais on peut observer quelques dissonances entre les types de sanctions et leur exécution.

Le Chapitre I dédié à la diversité de sanctions permettra d'établir la comparaison entre les types de sanction encourues en matière de terrorisme, dans les deux pays, mais aussi leur sévérité.

Le Chapitre II est consacré aux régimes de sanctions, appliquées aux infractions de terrorisme. Les règles sur l'exécution de la peine varient aussi, selon le pays, malgré l'existence d'institutions équivalentes comme la libération conditionnelle. Des institutions comme la grâce, l'amnistie ou la prescription trouvent leurs équivalents en droit français et en droit brésilien.

# Chapitre I

# La diversité des sanctions

**168.** Au fil de l'histoire, plusieurs types de sanctions ont été appliqués. De nos jours, quelques-unes ont été abolies, en France comme au Brésil : on pourrait citer les châtiments corporels (le fouet, par exemple), la peine de mort, le bannissement.

Les atteintes à la liberté subsistent, mais varient en durée. En France la privation de liberté à perpétuité est encore admise, tandis qu'au Brésil la limite maximum de la privation de liberté est de trente ans : une fois complétée la période de 30 années d'emprisonnement de façon continue, tout condamné a le droit à la liberté, même si la condamnation dépasse les 30 années[776]. Le dépassement des 30 ans s'explique par le cumul de peines, consacré par l'article 69 du Code pénal brésilien.

Les atteintes au patrimoine sont très utilisées, dans les deux pays, comme la confiscation et l'amende.

Nous devons évoquer aussi les *mesures de sûreté*, comme par exemple le fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions terroristes (articles 706-25-3 à 706-25-14 du Code de procédure pénale), créé par la loi française du renseignement[777]. Le fichier judiciaire n'est pas vraiment une sanction, mais une mesure de prévention. Il est applicable aux personnes condamnées pour presque tout acte de terrorisme – on n'exclue que les infractions prévues aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 - (article 726-52-4) et il est qualifié par la loi de *mesure de sûreté* (article 706-25-7). La doctrine conclut « qu'il ne s'agit alors ni d'une peine ni d'une sanction punitive mais bien d'un outil de prévention ayant pour but d'empêcher la récidive »[778]. On remarque, cependant, que plusieurs obligations sont imposées à la personne inscrite au fichier.

---

776 Article 75 du Code pénal : « *O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos ».* (« Le temps d'exécution des peines privatives de liberté ne peut pas être supérieur à 30 (trente) ans ». [traduction libre])

777 Loi nº 2015-912 du 24 juillet 2015.

778 Delphine THOMAS-TAILLANDIER, « Le nouveau fichier national des auteurs d'infractions terroristes », *AJ Pénal*, 16 novembre 2015, vol. 2015, n° 11, pp. 523- 525.

Ainsi, nous pensons que l'inscription au fichier contient un aspect punitif, dans la mesure où il implique ces obligations imposées à la personne condamnée.

Le cumul des sanctions pénales pour une seule infraction est possible en France et au Brésil ; ainsi, les peines peuvent être classifiées en principales, complémentaires et accessoires[779]. Au Brésil, cette classification a été abolie lors de la réforme de 1984 (elle était prévue à l'article 28 du Code pénal)[780].

Une dernière remarque : la législation brésilienne n'a pas adopté la responsabilité pénale de la personne morale, de sorte qu'il n'existe pas de sanctions pénales encourues pour les personnes morales.

---

779 « Moins idéologique et plus technique est la classification des peines en peines principales (qui se suffisent à elles-mêmes et qui peuvent donc être prononcées seules), peines complémentaires (qui ne peuvent exister que si une peine principale a été prononcée) et peines accessoires (qui, sans même être prononcées par le juge, s'appliquent systématiquement). Beaucoup de droits connaissent cette trilogie. […] Il est vrai que le Code pénal français de 1994 supprime le concept de peine accessoire pour les infractions qu'il prévoit : en effet, "aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée" (art. 132-17 CP) » (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 587). Mais, quelques peines accessoires ont subsisté dans la législation et le Conseil Constitutionnel s'est déjà prononcé sur cette matière (Décision nº 2010-6/7 QPC, du 11 juin 2010). Par exemple, l'article L. 7 du code électoral, qui contenait une peine accessoire consistant en la suspension du droit d'être inscrit sur la liste électorale, pour cinq ans, a été déclaré contraire à la Constitution, en raison de porter atteinte au principe d'individualisation des peines, qui exige que la peine soit prononcée expressément par le juge, en tenant compte de circonstances propres à chaque espèce. (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 », *op. cit.*) Nous pouvons citer une autre décision du Conseil Constitutionnel plus récente (Décision nº 2014-696 DC, du 7 août 2014), qui a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 49, le paragraphe VII de l'article 55, les mots « et 49 » figurant au paragraphe II de l'article 54 et les mots « les I à IV de l'article 49 » figurant au paragraphe I de l'article 55, de la loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, parce que « ces peines sont appliquées automatiquement dès lors qu'est prononcée une peine d'amende ou une sanction pécuniaire prévue par ces dispositions sans que le juge ou l'autorité compétente ne les prononce en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce ». (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017 », *op. cit.*)

780 Magalhães Noronha, avant la reforme, expliquait que : « *Divide nosso estatuto as penas em* principais *e* acessórias. *As primeiras compreendem a reclusão, a detenção e a multa (art. 28). Quanto às segundas, são a perda de função pública, a interdição de direito e a publicação da sentença, consoante o art. 67. Não são essas, entretanto, as únicas penas da legislação pátria. Na Lei de Contravenções, p. ex., encontramos, além da multa, a prisão simples como pena principal (art. 5º), sendo acessórias as interdições de direitos e a publicação da sentença ».* (Edgard Magalhães NORONHA, *Direito penal*, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 218). (« Notre statut divise les peines en *principales* et *accessoires*. Les premières englobent la réclusion, la détention et l'amende (art. 28). Les deuxièmes sont la perte de fonction publique, l'interdiction des droits et la publication de la sentence, selon l'art. 67. Cependant, elles ne sont pas les seules peines prévues dans la législation de la patrie. Dans la Loi des Contraventions, par exemple, on rencontre, au-delà de la peine d'amende, la prison simple, comme peine principale (art. 5ème), étant accessoires les interdictions des droits et la publication de la sentence ». [traduction libre])

Le terrorisme étant considéré comme l'un des crimes les plus graves et, de nos jours, en France, le principal danger pour la sécurité et la paix sociale, il est puni plus sévèrement que les infractions de droit commun. En France, deux systèmes existent : celui dans lequel la peine est prévue par l'incrimination et celui dans lequel la peine se trouve notée dans un autre texte. Au Brésil, les infractions sont toutes autonomes et les peines sont très sévères en comparaison à des infractions de droit commun.

Une première Section est consacrée à l'analyse des peines principales et une deuxième à l'analyse des peines complémentaires.

## Section I. Les peines principales

**169.** D'une manière générale, les peines principales, en France, sont prévues dans l'incrimination et, selon leur gravité, elles sont : criminelles, correctionnelles et contraventionnelles. En matière criminelle elles sont : la réclusion/détention, l'amende, et, pour les personnes morales, les peines prévues à l'article 131-39 du Code pénal, entre autres, la confiscation[781] ; en matière correctionnelle, nous pourrions citer : l'emprisonnement, la contrainte pénale, l'amende, le travail d'intérêt général, et, entre autres, les peines de l'article 131-6 du Code pénal ; enfin, en matière contraventionnelle : l'amende, les peines de l'article 131-14 du Code pénal.

Au Brésil, les peines sont de trois types : *privatives de liberté*, *restrictives de droits* et *peine d'amende* (article 32 du Code pénal)[782].

On verra qu'en matière de terrorisme seules certaines peines sont encourues.

---

781 « Dans le silence de textes – qui prennent habituellement soin de de désigner formellement les peines complémentaires -, on considérera plutôt les peines de l'article 131-39 du Code pénal comme des peines principales ». (Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, 2e édition, Manuel, Paris, LexisNexis, 2015, p. 59).

782 « *As penas privativas de liberdade são apenas punitivas, as penas restritivas de direitos são preferencialmente substitutivas, as penas de multa podem ser punitivas, substitutivas e até mesmo cumulativas* ». (Paulo César BUSATO, *Direito penal. [1]*, *op. cit.*, p. 833) (« Les peines privatives de liberté sont seulement punitives, les peines restrictives de droits sont de préférence substitutives, les peines d'amende peuvent être punitives, substitutives et même cumulatives ». [traduction libre]).

## § 1. La peine privative de liberté

**170.** La peine privative de liberté en France est déterminée selon le *système de plafond* tandis que le Brésil utilise le *système de la fourchette*[783]. En France, les infractions sont classées, selon leur gravité, en crimes, délits et contraventions (article 111-1 du Code pénal), et, « de fait, les peines sont criminelles, correctionnelles ou contraventionnelles, selon l'appartenance de l'infraction à l'une ou l'autre de ces catégories »[784] ; les peines criminelles sont prévues à l'article 131-1 du Code pénal, les peines correctionnelles, à l'article 131-4 du Code pénal et il n'y a pas de privation de liberté encourue pour les contraventions pénales. Au Brésil, les peines privatives de liberté sont : la réclusion criminelle, la détention et la prison simple (pour les contraventions pénales).

En matière de terrorisme, en France, pour les infractions définies par la *méthode du renvoi* (article 421-1 du Code pénal), l'article 421-3 établit de nouvelles peines, plus sévères, que celles prévues pour les infractions de droit commun qui ont servi de base à la création de l'infraction de terrorisme :

> Le maximum de la peine privative de liberté encourue pour les infractions mentionnées à l'article 421-1 est relevé ainsi qu'il suit lorsque ces infractions constituent des actes de terrorisme : 1° Il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ; 2° Il est porté à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ; 3° Il est porté à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ; 4° Il est porté à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement ; 5° Il est porté à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ; 6° Il est porté à sept ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement ; 7° Il est porté au double lorsque l'infraction est punie d'un emprisonnement de trois ans au plus.

Par ailleurs il faudrait noter que cette échelle de peines aggravées n'est pas propre au terrorisme : nous trouvons exactement la même échelle, dans les articles 132-76 et 132-77 du Code pénal, instituée par la Loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017. Il s'agit des circonstances aggravantes incidentes pour tout crime ou délit commis dans un contexte de *racisme* (article 132-76) et de *sexisme* (article 132-77). Un contexte spécial qui, dans le cas du terrorisme, confère aux infractions de droit commun la qualification de *terrorisme*, fonctionne dans le cas de racisme et de sexisme comme une circonstance aggravante. Toutefois, l'effet sur la peine

783 Le système de la *fourchette* consiste en la prévision à la fois d'un maximum et d'un minimum de peine, tandis que la prévision seulement d'un maximum est caractéristique du système français du plafond. Ce dernier confère au juge une grande liberté pour individualiser la peine.

784 Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 5e édition mise à jour, Droit fondamental. Classiques, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, p. 595.

encourue est le même, c'est-à-dire que l'effet de la présence d'un contexte et d'un but terroristes est comparable à celui d'une circonstance aggravante.

En France, les infractions autonomes sont aussi sévèrement punies :

| **Qualifications (articles du CP)** | **Peines privatives de liberté (articles du CP)** |
|---|---|
| Le terrorisme écologique (421-2) | Vingt ans de réclusion criminelle (421-4, al. 1) |
| L'association de malfaiteurs terroristes (421-2-1) | Dix ans d'emprisonnement (421-5, al. 1 et al. 4) |
| Le financement du terrorisme (421-2-2) | |
| La préparation d'un acte de terrorisme (421-2-6) | |
| La non justification de ressources tout en étant en relation avec de terroristes (421-2-3) | Sept ans d'emprisonnement (421-2-3) |
| Le recrutement au terrorisme (421-2-4) | Dix ans d'emprisonnement (421-2-4) |
| Le recrutement d'un mineur au terrorisme (421-2-4-1) | 15 ans de réclusion criminelle (421-2-4-1) |
| La provocation et apologie au terrorisme (421-2-5) | Cinq ans d'emprisonnement (421-2-5) |
| La reproduction de données faisant d'apologie du terrorisme pour entraver l'arrêt d'un service de communication au public (421-2-5-1) | Cinq ans d'emprisonnement (421-2-5-1) |
| La consultation habituelle des sites provoquant au terrorisme ou faisant apologie du terrorisme (421-2-5-2) | Deux ans d'emprisonnement (421-2-5-2) |

Au Brésil, les infractions de terrorisme sont toutes autonomes et les peines encourues sont sévères par rapport aux peines de droit commun[785].

| **Qualification (articles de la Loi 13.260, du 16 mars 2016)** | **Peines privatives de liberté** |
|---|---|
| Les infractions prévues à l'article 2ème, § 1er, I, IV et V | Douze à trente ans de réclusion criminelle, qui peuvent se cumuler avec les sanctions encourues pour la violence ou la menace pratiquées |
| La participation en organisation terroriste (3ème) | Cinq à huit ans |
| La réalisation des actes préparatoires de terrorisme (5ème) | La peine pour l'infraction consommée, diminuée d'un quart à la moitié |

785 Au Brésil, le taux maximum de la peine est 30 ans de réclusion criminelle.

| Qualification (articles de la Loi 13.260, du 16 mars 2016) | Peines privatives de liberté |
|---|---|
| Le recrutement et l'entrainement au terrorisme (5ème, § 1er) | |
| Dans le cas du § 1er, quand la conduite n'implique pas en entraînement ou voyage à l'étranger (5ème, § 2ème) | La peine pour l'infraction consommée, diminuée de la moitié à deux tiers |
| La réception et le financement du terrorisme (6ème et son paragraphe unique) | Quinze à trente ans de réclusion criminelle |

Cela dit, tous ces chiffres font l'objet d'une individualisation par l'effet de circonstances soit aggravantes soit atténuantes.

## A. Les circonstances aggravantes

**171.** *En France*, des circonstances aggravantes sont prévues dans la partie spéciale du Code pénal, et impliquent l'augmentation des peines. Elles sont liées à plusieurs faits :

- *A l'usage délictueux d'un moyen de communication spécifique (service en ligne)* : les peines de l'article 421-2-5, appliquées pour la pratique du délit d'apologie au terrorisme, sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100.000 € d'amende, selon l'alinéa 2 du même article ;

- *Aux conséquences de l'infraction* : le crime de terrorisme écologique (article 421-2) sera puni de la réclusion criminelle à perpétuité, lorsqu'il a entraîné la mort d'une ou plusieurs personnes (article 421-4, alinéa 2) ;

- *Au rôle de l'agent (direction d'un groupement)* : le fait de diriger ou d'organiser le groupement ou l'entente défini à l'article 421-2-1 est puni de trente ans de réclusion criminelle, au lieu de dix ans d'emprisonnement encourus pour la simple participation (article 421-5, alinéa 2)[786].

Les peines pour la participation à un groupement ou à l'entente, définie à l'article 421-2-1, sont portées à trente ans de réclusion criminelle et les circonstances aggravantes sont liées à diverses causes :

786 Insérée parmi les circonstances aggravantes, la direction d'un groupement révèle un autre comportement de l'agent, de sorte qu'on pourrait considérer qu'il ne s'agit pas d'une circonstance aggravante, mais d'une nouvelle incrimination.

- *À l'objectif recherché par l'agent* : lorsque l'entente ou l'organisation a pour objet la préparation d'un ou plusieurs crimes d'atteinte aux personnes visées au 1° de l'article 421-1 (les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du code pénal) ;

- *À l'exposition de la vie humaine à un danger* : lorsque l'entente ou l'organisation a pour objet la préparation : soit d'une ou plusieurs destructions par substances explosives ou incendiaires visées au 2° de l'article 421-1 et devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ; soit de l'acte de terrorisme défini à l'article 421-2 (terrorisme écologique) lorsqu'il est susceptible d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ;

Enfin, un certain rôle de l'agent implique une augmentation de la peine déjà aggravée : le fait de diriger ou d'organiser un tel groupement terroriste ou une telle entente est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 500 000 euros d'amende[787].

*Au Brésil*, les circonstances aggravantes sont liées au résultat de l'infraction : quand de l'infraction il résulte une lésion corporelle grave, la peine encourue est augmentée d'un tiers ; dans le cas de mort comme résultat, la peine encourue est augmentée de la moitié (article 7ème).

Comme en France on réprime plus sévèrement les actes de violence entraînant un danger pour la vie et plus encore les actes entraînant effectivement la mort d'une personne.

## B. Les atténuations de la réponse pénale liées à la collaboration

**172.** Des atténuations de la réponse pénale sont prévues en droit français, concernant spécialement les actes de terrorisme, dans la partie spéciale du code pénal. Elles intègrent le système des repentis (1). En droit brésilien, des mesures équivalentes sont prévues à la loi nº 12.850/13, concernant la criminalité organisée, applicable aux actes de terrorisme[788]. Une cause de diminution de peine et une cause d'irresponsabilité pénale sont prévues pour les collaborateurs de justice (articles 5ème, § 2ème, et 10, de la Loi nº 13.260/2016)[789] (2).

787 *Cf.* la note précédente.

788 Elles ont été analysées dans la Partie II, Titre I, Chapitre II, Section IV, § 1er, B.

789 Au Brésil, elles sont qualifiées comme causes de diminution de peine. La classification comme circonstance atténuante est utilisée seulement pour celles prévues dans la partie générale du Code pénal (article 65). Le

## 1. En droit français – le système des repentis

**173.** Ce système institue une réduction, voire une exemption de peine, mais il ne signifie pas un recul de la sévérité de la loi. Au contraire, c'est pour faire face à la criminalité organisée et dangereuse, qu'il a été institué, dans la mesure où il permet d'éviter l'action de groupes criminels ou de faciliter l'obtention de preuve, en offrant des avantages aux membres qui aident la police ou la justice[790].

En droit français, un cas d'exemption de peine (article 422-1 du Code pénal) et un cas de réduction de peine (article 422-2 du Code pénal) sont prévus, pour ces repentis, spécialement en matière de terrorisme[791].

L'exemption de peine est prévue à l'article 422-1 du Code pénal. Elle est applicable à tout acte de terrorisme, sans distinction. Ses conditions sont, à la fois, l'existence d'une tentative d'acte de terrorisme et cette collaboration offrant deux effets : empêcher la réalisation de l'acte et identifier les autres auteurs.

Si la collaboration n'empêche pas l'accomplissement de l'acte, mais quelques effets, comme la mort d'une ou plusieurs personnes ou une infirmité permanente, ou la continuation de l'action des criminels, la réduction de peine est prévue à l'article 422-2 du Code pénal. Elle implique la réduction de la peine à la moitié et de la peine perpétuelle à 20 ans de réclusion. Comme dans le cas d'exemption, cette collaboration doit aussi permettre l'identification des autres auteurs.

Deux questions se posent, à propos des articles 422-1 et 422-2 : d'abord, est-ce que le juge *doit* ou *peut* diminuer ou supprimer la peine ? Ensuite, est-il est libre de choisir entre les deux bénéfices ? Nous pensons, qu'une fois prouvée l'effectivité de la collaboration, le juge doit[792] réduire ou supprimer la peine, en choisissant le bénéfice le plus adapté, selon le cas.

---

calcul de la peine est fait en trois étapes et les causes de diminution et d'atténuation sont considérées d'après ces étapes distinctes, ce qui change leur effet sur la peine finale.

790 « Pour "casser" certains groupes criminels, les législateurs offrent des avantages aux membres qui se dissocieraient (*dissociati* en italien) de leurs compagnons ou qui allant plus loin, se retourneraient contre eux pour aider la police et/ou la justice. Dans ce dernier cas, on parle de repentis, appelés *pentiti* en Italie ou *Crown Witnesses* (témoin de la Couronne) en *common law* ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 719)

791 Le thème a déjà été abordé à la Partie II, Titre I, Chapitre II, Section IV, § 1, A. Ici nous traiterons des dispositifs spécifiques pour le terrorisme.

792 À ce propos, la doctrine française a déjà observé que : « De même, les principes d'intime conviction et d'individualisation de la peine se voient entamés comme l'a souligné la Commission nationale consultative

L'article n'établit pas une possibilité, mais une atténuation. Le juge est libre d'apprécier la preuve des faits impliquant la diminution ou la suppression de la peine (articles 353, 427, 536 du Code de procédure pénale), mais « il faut considérer que le système de *l'intime conviction* n'est point synonyme d'arbitraire »[793]. Il doit justifier sa décision sur l'octroi ou non de l'atténuation.

## 2. En droit brésilien

**174.** Le système des repentis existe en droit brésilien pour toute la criminalité organisée et a déjà été analysé au Titre I de la Partie en cours[794]. Sur ce sujet, des dispositions spécifiques pour les infractions terroristes n'existent pas. D'autre part, en matière de terrorisme, une nouvelle modalité de désistement volontaire a été créée (article 10, de la loi nº 13.260/2016)[795].

Elle permet l'application du désistement volontaire[796] à l'infraction de réalisation d'actes préparatoires de terrorisme, prévue à l'article 5ème de la Loi 13.260/2016. C'est-à-dire, qu'elle permet le désistement avant le commencement d'exécution, tandis que le désistement

---

des droits de l'Homme dans son avis du 27 mars 2003 ». (Gildas ROUSSEL, « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ Pénal*, 17 octobre 2005, vol. 2005, n° 10, pp. 363- 364). En outre, la doctrine brésilienne considère que : « *Comprovada a eficácia objetiva das informações prestadas pelo agente, a aplicação do prêmio legal inerente à respectiva colaboração premiada é medida que se impõe.* […] *Na verdade, a discricionariedade que o magistrado possui diz respeito apenas à opção por um dos benefícios legais, a ser escolhido de acordo com o grau de participação do colaborador no crime, a gravidade do delito, a magnitude da lesão causada, a relevância das informações por ele prestadas e as consequências decorrentes do crime* ». (Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 715) (« Étant prouvée l'efficacité objective des informations fournies par l'agent, l'application de la prime légale inhérente à sa collaboration est la mesure qui s'impose. […] En vérité, la marge discrétionnaire que le magistrat possède concerne seule l'option parmi l'un des bénéfices légaux, de choisir selon le dégré de participation du collaborateur au crime, la gravité du délit, la magnitude de la lésion causée, l'importance des informations fournies par lui et les conséquences du crime ». [traduction libre])

793 Jean PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 876.

794 Chapitre II, Section IV, § 1, B.

795 Article 10 de la loi nº 13.260/2016 : « *Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do artigo 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal* ». (« Même avant le commencement de l'exécution du crime de terrorisme, dans l'hypothèse de l'article 5ème de cette Loi, on applique les dispositions de l'article 15 du Décret-loi nº 2.848, du 7 septembre 1940 – Code pénal ». [traduction libre])

796 « Une grande différence de nature sépare l'irresponsabilité pénale liée à un désistement volontaire et l'exemption de peine associée à une dénonciation utile. Alors que la responsabilité n'existe pas en cas de désistement, elle persiste, au contraire, dans l'hypothèse de la dénonciation, sous réserve de l'impunité destinée à en tempérer les effets. L'article 422-2 perdrait d'ailleurs tout intérêt à réserver une telle impunité là où le désistement aurait déjà fait son œuvre. Aussi, s'il y a toujours place pour l'éventualité d'un désistement, il est essentiel qu'il ne soit pas le fait de la dénonciation elle-même. C'est peut-être ce qui a fait dire aux auteurs de la circulaire d'application des dispositions de 1986 que l'exemption de peine ne pouvait bénéficier en pratique qu'au complice d'une tentative punissable ». (Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, p. 435).

volontaire classique de l'article 15 du Code pénal[797] suppose le commencement de l'exécution. C'est une innovation. « La caractéristique essentielle du désistement anticipé est la cessation du processus de préparation. […] Le nucleus du désistement est une abstention »[798].

En outre, une cause de réduction de peine est prévue à l'article 5ème, § 2[799]. Elle consiste à une réduction, entre la moitié et les deux tiers, si le recrutement ou l'entraînement prévus au § 1er, n'impliquent pas un voyage à l'étranger de la personne recrutée. La raison de la différence est nette : l'internationalisation du terrorisme pour le recrutement et l'entraînement révèlent une organisation plus sophistiquée et dangereuse[800].

Dans ce cas, nous pensons que le juge n'a pas non plus le choix d'appliquer ou non la réduction. Une fois prouvée la circonstance prévue dans la règle, la réduction est de rigueur[801].

## § 2. Les amendes

**175.** L'amende est une peine classique, bien utilisé en France comme au Brésil. En matière de terrorisme, toutefois, on notera, qu'au Brésil, elle est l'exception. Au contraire, en France, elle est très utilisée, du moins dans les textes.

Au Brésil le Code pénal a adopté la technique *du jour amende*[802]. Elle peut varier de 10 à 360 jours-amende, selon l'article 49 du Code pénal. La France a adopté un système différent : celui de l'amende globale, par lequel le législateur fixe le maximum de la peine[803]. Toutefois,

---

797 Article 15 du Code pénal : « *O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados* ». (« L'agent qui, se désiste de poursuivre à l'exécution ou empêche la production du résultat, ne répond que pour les actes déjà pratiqués ». [traduction libre]).

798 En portugais : « *A característica essencial da desistência antecipada é a cessação do processo de preparação.* […] *O núcleo central da desistência reside numa abstenção* ». (Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 261).

799 Article 5ème, § 2º, de la loi 13.260/2016 : « *Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços* ». (« Dans les hypothèses du § 1er, quand la conduite n'implique pas un entraînement ou un voyage vers un pays distinct de celui de sa résidence ou nationalité, la peine sera celle du délit consommé, diminuée de la moitié à deux tiers ». [traduction libre]).

800 Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 243.

801 *Cf.* commentaire sur le repenti en France et note 791.

802 « […] la somme due par le condamné est le produit d'un chiffre représentant la gravité de l'infraction ainsi que la culpabilité de son auteur et d'un autre chiffre représentant la situation financière de celui-ci. En somme, l'amende, au lieu d'être évaluée en unités monétaires, est fixée en jours évalués par rapport au revenu quotidien du condamné ». (Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 605).

803 *Id.*, p. 603/604.

c'est à l'article incriminateur que le *quantum* de l'amende est prévu, sans que la loi n'ait déterminé aucun maximum[804].

En matière de terrorisme, au Brésil, l'amende est prévue seulement pour l'infraction d'organisation terroriste (article 3ème, de la Loi 13.260/2016). L'article ne fixe pas la quantité de jours-amende, qui pourra varier selon l'article 49 du Code pénal de 10 à 360 jours-amende[805].

En France l'amende est prévue pour chaque infraction de terrorisme :

| **Qualifications (articles du CP)** | **Amende (articles du CP)** |
|---|---|
| Le terrorisme écologique (421-2) | € 350.000 (421-4, al. 1) |
| Le terrorisme écologique, lorsque cet acte a entraîné la mort d'une ou plusieurs personnes (421-2) | € 750.000 (421-4, al. 2) |
| L'association de malfaiteurs terroristes (421-2-1) | € 225.000 (421-5, al. 1) |
| Le financement du terrorisme (421-2-2) | |
| Le fait de diriger ou d'organiser le groupement ou l'entente (421-2-1) | € 500.000 (421-5, al. 2) |
| La non justification de ressources tout en étant en relation avec de terroristes (421-2-3) | € 100.000 (421-2-3) |
| Le recrutement au terrorisme (421-2-4) | € 150.000 (421-2-4) |
| Le recrutement d'un mineur sous son autorité au terrorisme (421-2-4-1) | € 225.000 (421-2-4-1) |
| La provocation et apologie au terrorisme (421-2-5) | € 75.000 (421-2-5, al. 1) |
| Les faits d'apologie ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne (article 421-2-5) | € 100.000 (421-2-5, al. 2) |
| La reproduction de données faisant d'apologie du terrorisme pour entraver l'arrêt d'un service de communication au public (421-2-5-1) | € 75.000 (421-2-5-1) |
| Les actes préparatoires (421-2-6) | € 150.000 (421-5, al. 4) |
| La participation à une association de malfaiteurs terroristes dont le but soit inscrit à l'article 421-6 | € 450.000 (421-6, al. 1) |

804 Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 58.

805 Débora de Souza de ALMEIDA *et al.*, *Terrorismo*, *op. cit.*, p. 234.

| Qualifications (articles du CP) | Amende (articles du CP) |
|---|---|
| Le fait de diriger un tel groupement ou une telle entente (421-6, al. 2) | € 500.000 (421-6, al. 2) |

Toutefois, en France, dès que l'emprisonnement est prévu - ce qui est le cas pour les faits de terrorisme – le juge peut prononcer, à titre d'alternative, les jours-amende : article 131-5 du Code pénal.

Les amendes sont beaucoup plus importantes en France, où à chaque infraction de terrorisme correspond une amende. Les valeurs sont très élevées, même pour les délits. Et, surtout, le produit des amendes est affecté au fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, selon l'article 422-7 du Code pénal.

## Section II. Les peines complémentaires

**176.** En matière de terrorisme, plusieurs peines complémentaires sont prévues par la législation française, sans équivalent au Brésil. Les peines prévues par la législation française existent en droit brésilien, mais comme alternatives à la peine principale.

Prévues à l'article 422-3, du Code pénal, en France, les peines complémentaires encourues par les coupables d'actes de terrorisme sont : 1. l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ; 2. l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit, pour les crimes prévus par les 1° à 4° de l'article 421-3, l'article 421-4, le deuxième alinéa de l'article 421-5 et l'article 421-6, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale ; 3. l'interdiction de séjour, suivant les modalités prévues par l'article 131-31. 4. Spécifique pour les étrangers, l'interdiction du territoire français est prévue à l'article 422-4 du Code pénal.

La confiscation des biens, « en tout ou partie » est prévue comme peine complémentaire pour les personnes physiques ou morales condamnées pour actes de terrorisme (article 422-6

du Code pénal), en France. Au Brésil, elle existe soit comme peine alternative à la privation de liberté, soit comme effet de la condamnation.

Nous traiterons les interdictions au paragraphe premier suivi de la confiscation de biens au paragraphe deuxième.

## § 1. Les interdictions

**177.** *En France*, *l'interdiction des droits civiques, civils et de famille*, suivant les modalités prévues par l'article 131-26, est encourue par les personnes physiques coupables d'actes de terrorisme. Selon l'article 131-26 du Code pénal, l'interdiction peut porter sur : le droit de vote ; l'éligibilité ; le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ; le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ; le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille ayant été entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants. En matière de terrorisme la loi établit des délais spéciaux : le maximum de la durée de l'interdiction est porté à quinze ans en cas de crime et à dix ans en cas de délit (art. 422-3, 1º, Code pénal).

*L'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale* dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise est normalement de cinq ans (article 131-27, du Code pénal), son maximum étant porté à dix ans, pour les infractions de terrorisme (article 422-3, 2º, du Code pénal).

Est également prévue, *l'interdiction*, pour les crimes prévus par les 1° à 4° de l'article 421-3, l'article 421-4, le deuxième alinéa de l'article 421-5 et l'article 421-6, *d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale*. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement (article 422-3, 2º, du Code pénal).

*L'interdiction de séjour*, suivant les modalités prévues par l'article 131-31 : comporte la défense de paraître dans certains lieux déterminés par la juridiction. Elle comporte, en outre, des mesures de surveillance et d'assistance. Toutefois, dans le cas d'actes de terrorisme, le maximum de la durée de l'interdiction est porté à quinze ans en cas de crime et à dix ans en cas de délit (article 422-3, 3º, du Code pénal).

Enfin, *l'interdiction du territoire français* est prononcée par la juridiction de jugement dans les conditions prévues à l'article 131-30, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable de l'une des infractions définies au présent titre (article 422-4 du Code pénal).

*En droit brésilien*, certaines interdictions équivalentes à celles connues en France, sont prévues à la partie générale du Code pénal, comme « effets de la condamnation » (article 92, du Code pénal)[806], mais elles ne sont pas toutes applicables aux infractions de terrorisme. La doctrine pense que le juge peut appliquer, en matière de terrorisme, la perte de la fonction publique ou d'un mandat électoral, quand la peine encourue est supérieure à 4 ans (article 92, I, « b») ou l'incapacité pour l'exercice du pouvoir parental, de tutelle, de curatelle, pour les crimes intentionnels, commis contre la personne sous son autorité (article 92, II).

D'autres peines sont prévues dans la partie générale du Code pénal, mais en tant que peines alternatives à l'emprisonnement (article 43 du Code pénal) : la prohibition d'exercer un poste, une fonction ou activité publique, et un mandat électoral ; la prohibition d'exercer une profession ou activité ou un office qui dépendent d'une habilitation spéciale, de licence ou d'autorisation des pouvoirs publics ; la prohibition de fréquenter certains lieux publics.

## § 2. La confiscation de biens

**178.** La confiscation de biens est prévue dans les deux législations. En France, on a déjà dit qu'elle « est une peine complexe dans la mesure où elle se présente sous des jours multiples »[807].

---

806 La doctrine brésilienne voit une différence entre l'effet de la condamnation et la peine.: « *Embora o objetivo de qualquer ação penal, uma vez deflagrada, somente possa ser o advento da imposição de uma pena ou medida de segurança, existem outros efeitos para além desse objetivo central, que são decorrentes de uma eventual condenação. Estes aparecem regulados no Código Penal, no Capítulo VI de sua parte geral, nos arts. 91 e 92* ». (Paulo César BUSATO, *Direito penal. [1]*, *op. cit.*, p. 998) (« Malgré l'objectif de toute action pénale, une fois déclenchée, elle ne peut qu'être l'imposition d'une peine ou d'une mesure de sûreté, il existe autres effets au-delà de cet objectif central, provenant d'une éventuelle condamnation ». [traduction libre])

En droit français, cet effet automatique de l'infraction est considéré comme une peine accessoire. Dans ce cas, la doctrine brésilienne distingue ce que la doctrine française ne distingue pas : les peines accessoires des effets de la condamnation.

807 Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 100.

*En droit français*, elle est prévue de façon générale à l'article 131-21, du Code pénal[808]. On notera que l'alinéa 1 de l'article mentionné, la qualifie de « peine complémentaire, dans les cas prévus par la loi ou le règlement » ou de peine accessoire – encourue de plein droit - pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse. D'autre part, elle « est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non la propriété du condamné (alinéa 7 du même article) » ; dans ce cas elle est considérée comme une mesure de sûreté[809].

---

808 Article 131-21 du Code pénal : « La peine complémentaire de confiscation est encourue dans les cas prévus par la loi ou le règlement. Elle est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse.

« La confiscation porte sur tous les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition.

« Elle porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. Si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit.

« La confiscation peut en outre porter sur tout bien meuble ou immeuble défini par la loi ou le règlement qui réprime l'infraction.

« S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine.

« Lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut aussi porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis.

« La confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non la propriété du condamné.

« La peine complémentaire de confiscation s'applique dans les mêmes conditions à tous les droits incorporels, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis.

« La confiscation peut être ordonnée en valeur. La confiscation en valeur peut être exécutée sur tous biens, quelle qu'en soit la nature, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition. Pour le recouvrement de la somme représentative de la valeur de la chose confisquée, les dispositions relatives à la contrainte judiciaire sont applicables.

« La chose confisquée est, sauf disposition particulière prévoyant sa destruction ou son attribution, dévolue à l'Etat, mais elle demeure grevée, à concurrence de sa valeur, des droits réels licitement constitués au profit de tiers.

« Lorsque la chose confisquée est un véhicule qui n'a pas été saisi ou mis en fourrière au cours de la procédure, le condamné doit, sur l'injonction qui lui en est faite par le ministère public, remettre ce véhicule au service ou à l'organisme chargé de sa destruction ou de son aliénation ».

809 Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 101.

En matière de terrorisme, elle est prévue en tant que peine complémentaire (article 422-6, du Code pénal)[810]. Son domaine, pour les personnes coupables d'actes de terrorisme, peut s'étendre à tout ou partie de biens leur appartenant ou dont elles ont la libre disposition, sous réserve des droits du tiers de bonne foi. Mais, elle peut aussi être prononcée à titre de peine principale, en application de l'article 131-11 du code pénal, cas dans lequel « cette sanction se veut dans le prolongement des dispositions par ailleurs relatives au financement du terrorisme, et à la volonté d'atteindre ce qui peut en être le résultat en termes de propriété mal acquise »[811]. Il faut remarquer que l'article 131-11 ne concerne que les délits. Donc la confiscation ne peut être substituée à une peine sanctionnant un crime terroriste.

*En droit brésilien*, la confiscation existe, soit en tant que peine alternative[812] (article 43, II, du Code pénal), soit en tant qu'effet générique de la condamnation (article 91, II, « a » et « b » et § 1er, du Code pénal).

La peine de confiscation en tant que peine alternative « consiste en la perte de biens ou valeurs appartenant aux condamnés, en faveur du Fond Pénitentiaire National ». Son montant maximal est le plus élevé entre l'équivalent du préjudice causé et l'équivalent du produit obtenu par l'agent ou par un tiers, en conséquence de la pratique du crime[813]. Elle peut être appliquée directement ou peut se substituer à la peine privative de liberté, mais elles ne peuvent pas se cumuler.

---

810 Article 422-6 du Code pénal : « Les personnes physiques ou morales reconnues coupables d'actes de terrorisme encourent également la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens leur appartenant ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont elles ont la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis ».

811 Yves MAYAUD, « Terrorisme », *op. cit.*, paragr. 429.

812 Selon la doctrine brésilienne, « *as penas alternativas constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição da pena privativa de liberdade. Ao contrário das medidas alternativas, constituem verdadeiras penas, as quais impedem a privação de liberdade. Compreendem a pena de multa e as penas restritivas de direitos* ». (Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, *Direito penal*, *op. cit.*, p. 659). (« Les peines alternatives constituent toutes les options de sanctions possibles offertes par la législation pénale pour éviter l'imposition de la peine privative de liberté. Contrairement aux mesures alternatives, elles constituent des vraies peines, lesquelles empêchent la privation de liberté. Elles sont la peine d'amende et les peines restrictives de droits ». [traduction libre])

813 *Id.*, p. 674.

La confiscation en tant qu'effet générique de la condamnation n'est pas une peine[814]. Elle est « la perte[815] en faveur de l'Union, sous réserve du droit de la victime et du droit du tiers de bonne foi, d'instruments du crime, lorsqu'il s'agit des choses dont la fabrication, vente, utilisation, port ou détention, constitue un fait illicite, et du produit du crime ou de n'importe quel bien ou valeur qui constitue un profit perçu par l'agent par la pratique du fait criminel, exactement comme prévu à l'article 91, II, « a » et « b » du Code pénal, en rappelant aussi que la perte de biens ou de valeurs, équivalant au produit ou au profit du crime pourra être décrétée quand ceux-ci n'ont pas étés trouvés ou quand ils sont à l'étranger (CP, art. 91, § 1er, inclu par la loi nº 12.694/12) »[816].

Avant la Loi 12.694/12, qui a créé un § 1er, à l'article 91, du Code pénal, la confiscation comme effet de la condamnation était possible seulement pour les choses d'origine illicite. Toutefois, la loi référée a prévu la confiscation de biens ou valeurs équivalant au produit ou profit de l'infraction, quand ces biens n'ont pas été trouvés ou se trouvent à l'étranger. En France, on parle de confiscation par équivalent.

En matière de terrorisme, ces dispositions génériques ne changent pas. D'autre part, des mesures de caution des biens et des valeurs, comme par exemple l'aliénation anticipée des biens, sont prévues (articles 12 à 15 de la loi nº 13.260/2016).

---

814 « *Não devemos confundir a perda de bens e valores, prevista como pena alternativa pela nova legislação, com o confisco dos bens que constituírem instrumento, produto e proveito do crime (*instrumenta *e* producta sceleris *– CP, art. 91, II, a e b). Enquanto a perda de bens e valores é pena principal, o confisco configura mero efeito secundário extrapenal da condenação. Além disso, a nova pena atinge bens e valores de natureza e origem ilícitas, o que não ocorre com o confisco* ». (*Ibid.*) (« On ne doit pas confondre la perte de biens et de valeurs, prévue comme peine alternative par la nouvelle législation, avec la confiscation des biens qui constituent l'instrument, le produit et le profit du crime (*instrumenta* e *producta sceleris* – CP, art. 91, II, a e b). Tandis que la perte de biens et de valeurs est une peine principale, la confiscation constitue un simple effet secondaire non pénal de la condamnation. En outre, la nouvelle peine atteint les biens et les valeurs de nature et d'origine illicite, à la différence de *la confiscation* prévue à l'article 91, II, a et b du Code pénal ». [traduction libre]).

815 « *Embora o termo confisco tenha se consagrado nas leis e na normativa internacional, nosso legislador preferiu denominá-lo de "perda de bens". […] O vocábulo* perda*, porém, é inadequado, pois os bens que são confiscados não se perdem, em qualquer dos significados desse verbo. Ademais, o termo* confisco*, além de estar incorporado na esfera jurídica e ser facilmente entendido por leigos, possui equivalência direta em várias línguas, v.g.* confisca *(italiano),* confiscation *(inglês e francês) e* comisso *(espanhol), o que facilita o seu entendimento fora do Brasil* ». (Ana Flávia MESSA et José Reinaldo Guimarães CARNEIRO (dir.), *Crime organizado*, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 467) (« Malgré que le mot confiscation ait été consacré dans les lois et dans les règles internationales, notre législateur a préféré la qualifier de « perte de biens ». […] Le mot « perte », cependant, est inadéquat, car les biens qui sont confisqués ne se perdent pas, sous aucun des sens de ce verbe. En outre, le mot *confisco,* en plus d'être incorporé au vocabulaire juridique et d'être facilement compris par les laïcs, il possède une équivalence directe en plusieurs langues, v.g. *confisca* (italien), *confiscation* (anglais et français) et *comisso* (espagnol), ce qui facilite sa compréhension en dehors du Brésil ». [traduction libre]).

816 Renato Brasileiro de LIMA, *Legislação criminal especial comentada : volume único*, *op. cit.*, p. 631.

## Conclusion du Chapitre I

**179.** Nous appercevons l'existence d'une varieté des peines dans les deux droits, en matière de terrorisme, mais avec une prédominance des peines privatives de liberté. On peut remarquer aussi l'importance conférée aux peines patrimoiniales.

Les infractions les plus graves sont punies très sévèrement en France, où la peine perpétuelle est encourue. Au Brésil, on ne connaît pas la peine perpétuelle, de sorte que la loi antiterroriste a prévu des peines de temps prolongés et obéissant aux principes constitutionnels.

# Chapitre II

# Le régime des sanctions

**180.** Le régime des sanctions change dans les deux législations en fonction de l'infraction : en droit brésilien on notera un ensemble de règles applicables aux crimes odieux et assimilés y compris les actes de terrorisme et en droit français des règles spécialement conçues pour les infractions de terrorisme.

L'étude peut être partagé en deux :

Section I – L'exécution des sanctions ;

Section II – l'extinction des sanctions.

## Section I. L'exécution des sanctions

**181.** Il faut remarquer que les régimes d'exécution des peines propres aux infractions de terrorisme contribuent beaucoup à l'augmentation du temps d'incarcération dans les deux pays. Toutefois, cette augmentation est régie de manières différentes dans chaque pays. L'étude de la période de sûreté (§ 1), des règles de progression de régime (§ 2) et de la libération conditionnelle (§ 3) dans les deux pays, permettra de vérifier la mise en place des règles spéciales et plus sévères pour les terroristes.

### § 1. La période de sûreté

**182.** La période de sûreté est une mesure qui empêche les aménagements de la peine, comme : la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle (article 720-2 du Code de procédure pénale). Elle est fixée par la juridiction de jugement. Cependant les réductions de peines sont distinctes de la période de sûreté et sont donc toujours applicables.

Réglementée par les articles 132-23, 221-3 et 221-4 du Code pénal et 720-2 à 720-5 du Code de procédure pénale, elle est considérée par la jurisprudence comme une modalité d'exécution de la peine[817].

Pour quelques infractions, entre autres celles de terrorisme, punies de dix ans d'emprisonnement au moins (article 421-7 du Code pénal)[818], elle existe de plein droit ; c'est-à-dire que le juge n'a pas à indiquer que la peine est assortie d'une période de sûreté (articles 132-23, alinéas 1 et 2)[819]. Ses conditions sont : la prévision de son incidence par l'article incriminateur ; une peine prononcée non assortie du sursis ; une peine prononcée dont la durée est égale ou supérieure à dix ans. Sa durée est fixée aussi par la loi : la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une peine perpétuelle, 18 ans. Mais ces délais peuvent être changés, de manière justifiée, par la juridiction de jugement ; dans les cas d'infractions de terrorisme mentionnés : la période de sûreté peut être portée à 30 ans ou, s'il s'agit d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité, la cour d'assises peut décider qu'aucune des mesures énumérées au même article 132-23 ne pourra être accordée au condamné (cela indique une mesure de sûreté perpétuelle).

Selon l'article 421-7 du Code pénal, « les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes ainsi qu'aux délits punis de dix ans d'emprisonnement prévus au présent chapitre. Toutefois, lorsque le crime prévu au présent chapitre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité, la cour d'assises peut, par décision

---

817 « L'insertion, dans le code, des dispositions relatives à la période de sûreté, dans un chapitre consacré au régime des peines, tend à analyser celle-ci davantage comme une modalité d'exécution de peine, ce que la jurisprudence a confirmé après maintes hésitations ». (Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 266)

818 Article 421-7 du Code pénal : « Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes ainsi qu'aux délits punis de dix ans d'emprisonnement prévus au présent chapitre. Toutefois, lorsque le crime prévu au présent chapitre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité, la cour d'assises peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées au même article 132-23 ne pourra être accordée au condamné. En cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce ».

819 Article 132-23, alinéas 1 et 2 : « En cas de condamnation à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, prononcée pour les infractions spécialement prévues par la loi, le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle.

« La durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, de dix-huit ans. La cour d'assises ou le tribunal peut toutefois, par décision spéciale, soit porter ces durées jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit décider de réduire ces durées ».

spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées au même article 132-23 ne pourra être accordée au condamné. En cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce ».

De plus, il faut ajouter qu'il a fallu attendre la loi du 3 juin 2016 pour que cette période de sûreté perpétuelle soit applicable en matière de crime terroriste alors qu'elle a été créée en 1994 pour le meurtre et assassinat de mineurs de 15 ans précédés ou accompagnés d'un viol, de torture ou d'actes de barbarie et étendue en 2011 aux assassinats commis sur certains agents publics (article 221-3 du Code pénal)[820].

Pour les autres infractions, la période de sûreté est décidée par la juridiction de jugement, lorsqu'elle prononce une peine privative de liberté d'une durée supérieure à cinq ans, non assortie du sursis. La durée de cette période de sûreté ne peut excéder les deux tiers de la peine prononcée ou vingt-deux ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité (article 132-23, alinéa 3)[821].

L'aménagement de la période de sûreté est possible sur décision du tribunal d'application de peines, soit pour réduire sa durée, soit pour la supprimer (article 712-7 du CPP). Dans le cas d'infractions pour lesquelles la mesure de sûreté a été portée à 30 ans ou à perpétuité, cet aménagement devient plus difficile : « la procédure ne pourra être initiée qu'après que la personne condamnée aura subi une incarcération d'une durée au moins égale à 30 ans » ; des conditions de fond sont exigées : « la manifestation par le condamné de gages sérieux de réadaptation sociale » ; « constitue désormais un obstacle à la réduction de la période de la sûreté le fait qu'elle puisse être susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public ». En outre, des avis (des victimes et d'une commission de cinq magistrats) et des expertises (d'un collège de trois experts médicaux) sont prévus (article 720-5 du Code de procédure pénale)[822].

---

820 Michel DANTI-JUAN, « Période de sûreté perpétuelle de l'article 221-3 du Code Pénal et CEDH, 13 novembre 2014, Bodein c/ France », *op. cit.*, p. 159.

821 « Le domaine d'application de la période de sûreté décidée est donc défini par une lecture *a contrario* du domaine d'application de la période de sûreté de plein droit ». (Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 279)

822 Pierrette PONCELA, « Peines et prisons : la régression », *RSC*, 7 novembre 2016, vol. 2016, n° 03, pp. 565- 576.

La discussion sur l'existence et la conventionnalité d'une perpétuité réelle, face à l'article 3 de la Convention EDH[823], est à l'ordre du jour, en France. Le système français a été validé par la Cour de Strasbourg, dans l'affaire *Bodein* :

> Le requérant avait été condamné en 2007 à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté perpétuelle [...] la Cour retient qu'il existe en droit Français une possibilité de réexamen judiciaire de la situation de la personne condamné au terme d'une période de trente ans (article 720-4 CPP) à l'issue de laquelle, en cas de décision favorable, elle peut recouvrer la possibilité de solliciter un aménagement de peine. Elle relève également que la période de temps passée en détention provisoire s'imputant sur le délai trentenaire, c'est en réalité au terme de 26 années après le prononcé de la peine que la possibilité ainsi offerte au requérant pourra bénéficier du dit réexamen, en sorte que la Cour conclut que la possibilité ainsi offerte au requérant rend sa peine compressible et subséquemment conforme à l'article 3 de la Convention européenne[824].

Nous voyons que dans certains cas, après trente ans d'incarcération, une lourde procédure pour l'aménagement de la période de sûreté peut être initiée. Il y a-t-il une vraie possibilité ou espérance de liberté[825] ?

La période de sûreté n'existe pas en droit brésilien, où l'on parle plutôt de régime de peine. S'agissant du régime fermé, le placement à l'extérieur et les permissions de sortir ne sont pas possibles. Mais, même pour les infractions les plus graves, les crimes odieux, la progression de régime et la libération conditionnelle sont possibles, après une période

---

823 « Il convient de préciser que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, une *perpétuité réelle* n'est licite que si une perspective de libération existe (CEDH 12 févr. 2008, req. n° 21906/04 , *Kafkaris c/ Chypre*. - CEDH 9 juill. 2013, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni [GC]*, req. n° 66069/09 , 130/10 et 3896/10, *Vinter c/ Royaume-Uni* ». (Martine HERZOG-EVANS, « Peine : Exécution », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], Dalloz, juillet 2016, Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000231&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN, ch. 2, sec. 1, art. 1).

824 Michel DANTI-JUAN, « Période de sûreté perpétuelle de l'article 221-3 du Code Pénal et CEDH, 13 novembre 2014, Bodein c/ France », *op. cit.*, p. 159.

825 Non, répond une partie de la doctrine : « Le paradoxe de cette nouvelle procédure de l'article 730-2-1 du code de procédure pénale est qu'elle semble moins lourde, toute proportion gardée, que celle relative à la réduction ou cessation de la période de sûreté. Mais combien auront franchi l'obstacle, combien auront survécu ! » (Pierrette PONCELA, « Peines et prisons : la régression », *op. cit.*) Oui, ont déjà répondu la Cour de cassation et la Cour Européenne de droits de l'homme. Pour cette dernière, dans l'affaire *Bodein* comme nous l'avons vu, « ce réexamen, qui a pour but de se prononcer sur la dangerosité du condamné et de prendre en compte son évolution au cours de l'exécution de la peine, ne laisse pas d'incertitude sur l'existence d'une « perspective d'élargissement » dès le prononcée de la condamnation ». (Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 275). D'autre part, deux ans plus tard, dans l'affaire *Murray c. Pays-Bas*, du 26 avril 2016, la Cour a décidé de la responsabilité de l'État, qui « subordonne la libération du détenu à des conditions, mais qui prive l'intéressé des moyens d'y satisfaire ». CEDH, « Affaire Murray c. Pays-Bas » [en ligne], 26 avril 2016, [consulté le 8 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":["FRE"],"appno":["10511/10"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER"],"itemid":["001-162615"]}

d'incarcération, prévue par la loi. Nous traiterons de ces deux possibilités, aux paragraphes qui suivent.

## § 2. La *progression* du régime

**183.** Il est intéressant de chercher, s'il existe un système *d'ouverture* progressive de l'incarcération, pour les infractions de terrorisme. En droit français, on observe que, pour presque toutes infractions terroristes (sauf les infractions prévues aux articles 421-2-5 et 421-2-5-2 du Code pénal), l'exclusion du bénéfice de plusieurs mesures a été mise en place, comme la semi-liberté et le placement à l'extérieur : l'article 723-1 du code de procédure pénale a été complété par un alinéa posant leur inapplicabilité[826]. En outre, ces bénéfices ne sont possibles que pour les peines inférieures ou égales à deux ans. En droit brésilien, la *progression* de régime est possible, à côté de la libération conditionnelle.

Selon l'article 33 du Code pénal, la peine de réclusion peut être exécutée en régime fermé, semi-ouvert (équivalent de la semi-liberté) et ouvert (en liberté surveillée) et la peine de détention peut être exécutée en régime semi-ouvert et en régime ouvert. Selon le § 2ème du même article, quand la peine encourue est supérieure à huit ans de réclusion, elle doit être exécutée en régime fermé, au début ; quand la peine encourue est supérieure à quatre ans et inférieure à huit ans, elle peut être exécutée en régime semi-ouvert dès le début ; et, quand la peine encourue est inférieure à quatre ans, elle peut être exécutée, depuis le début, en régime semi-ouvert.

La progression d'un régime à un autre moins rigoureux suit les dispositions de l'article 112 de la Loi brésilienne d'exécution pénale[827] :

> La peine privative de liberté sera exécutée de manière progressive, avec le transfert du condamné à un régime moins rigoureux, devant être déterminé par le juge, quand le prisonnier aura accompli au moins un sixième de la peine au régime plus rigoureux précédant, lorsqu'il a un bon comportement, le juge informé par le directeur de l'établissement, tout en respectant les règles qui prohibent la progression [traduction libre][828].

826 Pierrette PONCELA, « Peines et prisons : la régression », *op. cit.*

827 Loi nº 7.210, 11 juillet 1984.

828 « *A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão* ».

La progression se fait du régime fermé au régime semi-ouvert (semi-liberté) et du régime semi-ouvert au régime ouvert[829].

En matière de crimes odieux, auxquels le terrorisme est assimilé, par la loi des crimes odieux[830], la progression était primitivement prohibée, car l'article 2º, § 1er, instituait le régime fermé pour l'intégralité de la peine. Toutefois, cet article avait été jugé inconstitutionnel, par le *Supremo Tribunal Federal* (équivalent du Conseil Constitutionnel en France)[831]. Donc, désormais, le régime progressif peut s'appliquer aux terroristes. D'ailleurs, la Loi nº 11.464 du 28 mars 2007, a modifié l'article 2ème, de la Loi 8.072/90, de sorte qu'aujourd'hui la progression est possible, sous condition de l'accomplissement des deux cinquièmes de la peine pour les condamnés non récidivistes et des trois cinquièmes pour les condamnés récidivistes[832 et 833].

---

829 « *A progressão, porém, deve ser efetuada por etapas, já que, nas penas de longa duração, a realidade ensina que se deve agir com prudência para não permitir que o condenado salte do regime fechado para o aberto. Por essa razão a lei vigente torna obrigatória a passagem pelo regime intermediário (semi-aberto).* […] *Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 491 : "É inadmissível a chamada progressão* per saltum *de regime prisional"* ». (Júlio Fabbrini MIRABETE et Renato Nascimento FABBRINI, *Execução penal*, 13ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, SP, Gen, Atlas, 2017, p. 413) (« La progression, toutefois, doit être effectuée par étapes, car par expérience avec les peines de longue durée, la réalité enseigne qu'on doit agir avec prudence pour ne pas permettre que le condamné saute du régime fermé vers le régime ouvert. Par cette raison la loi en vigueur oblige le passage par le régime intermédiaire (semi-ouvert). Dans ce sens, le *Superior Tribunal de Justiça* a édité la règle 491 : *La progression de régime per saltum n'est pas admise* ». [traduction libre])

830 L'article 2ème, *caput,* de la Loi n° 8.072 du 25 juillet de 1990, qui règlemente les crimes odieux, en obéissance à l'article 5ème, XLIII, de la Constitution Fédérale, et détermine d'autres mesures : « *Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insucetíveis de :* […] » (« Les crimes odieux, la pratique de la torture, le trafic illicite de stupéfiants et le terrorisme ne sont pas susceptibles de : […] » [traduction libre]).

831 HC 82.959, fev. 2006. (Antonio Lopes MONTEIRO, *Crimes hediondos : texto, comentários e aspectos polêmicos*, 10ª ed. rev. e atual. de acordo com as Leis nº 13.142 e 13.104, de 2005, e nº 12.978/2014, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 233)

832 Article 2ème, § 2ème de la Loi nº 8.072/90 : « *§ 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)* » (« La progression de régime, dans le cas de personnes condamnées pour les crimes prévus dans cet article, est possible après l'exécution de 2/5 de la peine, si le condamné est non-récidiviste, et de 3/5, si le condamné est un récidiviste. (Rédaction attribuée par la Loi nº 11.464, de 2007) » [traduction libre])

833 « *Recentes decisões do STJ e do STF foram também proferidas reconhecendo a inconstitucionalidade da norma contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, que prevê a obrigatoriedade da fixação do regime inicial fechado para os crimes hediondos ou equiparados. A exemplo do que já haviam decidido a respeito do regime integral fechado, as cortes superiores têm entendido que a fixação do regime inicial fechado em razão exclusivamente da natureza hedionda da infração viola o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF)* […] ». (Júlio Fabbrini MIRABETE et Renato Nascimento FABBRINI, *Execução penal*, *op. cit.*, p. 353) (« Des décisions récentes du STJ et du STF ont été aussi proférées reconnaissant le vice de constitutionnalité de la règle contenue dans l'article 2ème, § 1er, de la Loi nº 8.072/1990, qui prévoit la fixation obligatoire du régime initial fermé pour les crimes odieux ou assimilés. À l'exemple de ce qui avait déjà été décidé en relation au régime intégral fermé, les Cours supérieures ont entendu que la

En guise de conclusion : en droit français, un passage par un régime intermédiaire (de semi-liberté, ou un placement à l'extérieur), en matière de terrorisme, n'est possible que pour les infractions de provocation et apologie du terrorisme et de consultation habituelle des sites faisant apologie du terrorisme (article 723-1, alinéa 3). Dans tout autre cas, la peine doit être exécutée en régime fermé, jusqu'à la libération conditionnelle. En outre, le régime intermédiaire n'est possible que pour les peines inférieures ou égales à deux ans (article 723-1, alinéa 1).

En droit brésilien, en matière de terrorisme et de crimes odieux, la peine inférieure à huit ans, peut s'exécuter en régime *semi-ouvert* dès le commencement. La progression du régime est possible, dans le délai de deux cinquièmes pour les condamnés non-récidivistes et de trois cinquièmes pour les condamnés récidivistes. On rappele qu'au Brésil la peine la plus élevée est de trente ans. Dans l'hypothèse de la peine la plus rigoureuse, en régime fermé, le condamné a droit à demander la progression au régime semi-ouvert après seulement douze ans d'incarcération.

## § 3. La libération conditionnelle

**184.** La libération conditionnelle est définie de la même manière, en France et au Brésil, comme : « […] l'institution par laquelle on octroie la liberté anticipée au condamné, face à l'existence des conditions et subordonnée à des exigences déterminées, durant le reste de la peine qu'il devait accomplir »[834]. L'institution, d'origine française, a été adoptée par plusieurs de très nombreux pays[835].

Elle est prévue même pour les peines perpétuelles et représente un espoir de liberté pour le condamné. Toutefois, on doit rappeler qu'en droit français, pour les infractions de terrorisme punies d'une peine égale ou supérieure à dix ans d'emprisonnement, par l'application de l'article 132-23 du Code pénal, la libération conditionnelle ne peut être demandée qu'à la fin de la période sûreté.

---

fixation du régime initial fermé en raison exclusivement de la nature odieuse de l'infraction enfreint le principe de l'individualisation de la peine (article 5ème, XLVI, de la CF) […] » [traduction libre])

834 « […] *é o instituto pelo qual se concede a liberdade antecipada ao condenado, frente à existência de pressupostos e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena que deveria cumprir* ». (*Id.*, p. 66).

835 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 679/680.

Dans les autres cas « la libération conditionnelle peut être accordée lorsque la durée de la peine accomplie par le condamné est au moins égale à la durée de la peine lui restant à subir. Le temps d'épreuve[836] ne peut excéder quinze années ou, si le condamné est en état de récidive légale, vingt années ». (Article 729, alinéa 3, du Code de procédure pénale)[837].

« Pour les condamnés à la réclusion à perpétuité, le temps d'épreuve est de dix-huit années ; il est de vingt-deux années si le condamné est en état de récidive légale » (article 729, alinéa 4, du Code de procédure pénale). Toutefois, l'allongement ou la réduction du temps d'épreuve sont prévus par la loi (article 132-23 du Code pénal et 729-1 du Code de procédure pénale).

La loi nº 2016-731, du 3 juin 2016 a créé l'article 730-2-1, qui établit un régime spécial concernant les infractions de terrorisme, sauf pour celles prévues aux articles 421-2-5 et 421-2-5-2 du Code pénal. Ces règles concernent plusieurs conditions :

- *La juridiction* : « la libération conditionnelle ne peut être accordée, que par le tribunal de l'application des peines, quelle que soit la durée de la peine de détention restant à exécuter » ;

- *L'exigence d'une vérification de dangerosité* : « la libération conditionnelle ne peut être accordée, qu'après avis d'une commission chargée de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne condamnée » ;

- Une *condition liée à la sécurité publique* : « le tribunal de l'application des peines peut s'opposer à la libération conditionnelle si cette libération est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public » ; et, enfin,

- *L'exigence d'une surveillance électronique* : « lorsque la libération conditionnelle n'est pas assortie d'un placement sous surveillance électronique mobile, elle ne peut être accordée qu'après l'exécution, à titre probatoire, d'une mesure de semi-liberté, de

836 Le *temps d'épreuve* ou la *période d'épreuve* ont des sens opposés en droit français et en droit brésilien. En droit français, c'est la période d'incarcération ; en droit brésilien, la période après la libération et avant la fin de la peine.

837 « La durée de la peine à prendre en considération pour le calcul du temps d'épreuve est celle de la peine prononcée amputée des diverses remises de peine ayant pu être accordées au condamné au jour où celui-ci dépose sa demande de libération conditionnelle. C'est en effet à cet instant qu'il convient de se placer pour comparer la durée de la peine accomplie à la durée de la peine restant à subir ». (Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 520)

placement à l'extérieur ou de placement sous surveillance électronique pendant une période d'un an à trois ans. Cette mesure ne peut être exécutée avant la fin du temps d'épreuve prévu à l'article 729 » du code de procédure pénale.

Au Brésil, la libération conditionnelle est prévue à l'article 83 du Code pénal et à l'article 131 de la Loi d'exécution pénale. Elle s'applique à toute peine privative de liberté égale supérieure à deux ans et à tous régimes de peine (fermé, semi-ouvert ou ouvert). Il ne suppose pas une progression de régime antérieure.

Pour les infractions de terrorisme, ainsi que pour les autres crimes odieux, la loi fixe la période d'épreuve aux deux tiers de la peine (article 83, V, du Code pénal)[838]. Les récidivistes spécifiques de crimes odieux n'ont pas droit à ce bénéfice[839]. La commission d'une faute disciplinaire n'atteint pas le temps d'épreuve[840].

Une autre condition objective est requise : la réparation du dommage à la victime, sauf impossibilité (article 83, IV, du Code pénal).

A ces conditions objectives, s'ajoutent des conditions subjectives : un comportement satisfaisant[841] , une bonne exécution du travail qui lui a été attribué, pendant l'exécution de la peine, une aptitude pour assurer sa propre subsistance (article 83, III, du Code pénal) et, enfin, pour les condamnés pour une infraction intentionnelle, commise par le moyen d'une violence ou grave menace contre la personne, la constatation des conditions indiquant qu'il ne commettra pas d'autres infractions (article 83, paragraphe unique, du Code pénal). Dans ce dernier cas, l'examen criminologique (sorte d'expertise composée d'un examen psychiatrique, psychologique et social), n'est pas nécessaire, mais il est possible.

---

838 Inséré par l'article 5ème de la Loi nº 8.072/90 et altéré par la loi nº 13.344, du 6 octobre 2016.

839 « *A* contrario sensu *do inciso V do art. 83 do Código penal, o condenado que for reincidente específico em crimes desta natureza não tem o direito ao benefício* ». (Júlio Fabbrini MIRABETE et Renato Nascimento FABBRINI, *Execução penal*, *op. cit.*, p. 618) (« À *contrario sensu* de l'alinéa V de l'article 83 du Code pénal, le condamné récidiviste en crimes de cette nature n'a pas de droit au bénéfice ». [traduction libre])

840 « *Nesse sentido, é firme a orientação adotada no STJ, que se condensou na edição da Súmula 441 : "A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional"* ». (*Id.*, p. 619) (« En ce sens, l'orientation adoptée par le STJ, qui s'est résumée dans le règlement 441 est ferme : *La faute grave n'interrompt pas le délai pour l'obtention de la libération conditionnelle* ». [traduction libre])

841 « *O comportamento satisfatório é um índice importante de adaptação social que há de ser verificado de atos positivos do sentenciado, não bastando a simples abstenção de faltas disciplinares ; deflui da boa convivência do sentenciado com os companheiros de prisão, da aplicação nos estudos, do intercâmbio com a família* ». (*Id.*, p. 627)

Ainsi, le délai maximal d'incarcération avant la libération conditionnelle pour une infraction de terrorisme punie de la peine maximale est de 20 années, tandis qu'en France on sait que ce délai peut durer beaucoup plus, en raison de la période de sûreté. En revanche, au Brésil, peut être cité un cas où la libération conditionnelle est interdite : celui du récidiviste spécifique dans la pratique des crimes odieux. Mais, rappelons qu'au Brésil il n'y a pas de peine perpétuelle et que la progression de régime est toujours possible, de sorte que la possibilité de libération avant la fin de la peine est bien réelle, même pour les infractions les plus graves.

Nous observons, qu'en France, une expertise est nécessaire pour évaluer la dangerosité du condamné alors qu'au Brésil elle est possible, mais non pas obligatoire[842]. Au Brésil, les règles spéciales concernant les crimes odieux et le terrorisme concernent seulement la durée de la période d'épreuve.

**185. Conclusion de la Section I**. L'existence d'une période de sûreté perpétuelle, avant l'obtention du droit à demander la libération conditionnelle peut allonger beaucoup l'incarcération et atteindre la limite de l'acceptable pour la CEDH[843]. Ce type de sévérité est

842 « *Pode o juiz determinar a realização do exame, sempre que o entender necessário em face das peculiaridades do caso, desde que assim decida fundamentadamente. Nesse sentido, aliás, é teor da Súmula 439 do STJ* ». (*Id.*, p. 629) (« Le juge peut décider de réaliser l'examen, toutes les fois qu'il l'entend nécessaire, face aux particularités du cas, si cela s'avère justifié ». [traduction libre]).

843 Dans l'affaire *Bodein c. France,* du 13 novembre 2014, la Cour a observé que : « […] le délai de trente ans prévu à l'article 720-4 du code de procédure pénale se situe au-delà de la *tendance en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle* (*ibidem*). Toutefois, cette disposition prévoit que le relèvement de la période de sûreté en cause pourra être accordé si *le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans*. Ce libellé implique que la privation de liberté subie à compter du mandat de dépôt (paragraphe 8 ci-dessus) soit comptabilisée dans la durée d'incarcération et que cette date, soit le 1er juillet 2004, soit considérée comme le point de départ de la période de sûreté perpétuelle. Il s'agit de l'application, mutatis mutandis, du principe édicté par l'article 716-4 du code de procédure pénale (paragraphe 23 ci-dessus) selon lequel la détention provisoire subie au cours de la procédure est déduite de la peine privative de liberté prononcée. La Cour observe à cet égard qu'il n'est pas contesté par les parties que c'est donc en 2034, soit vingt-six ans après le prononcé de la peine perpétuelle par la cour d'assises le 2 octobre 2008, que le requérant pourra saisir le juge de l'application des peines d'une demande de relèvement de la décision spéciale de la cour d'assises de ne lui octroyer aucun aménagement de peine (paragraphe 49 ci-dessus) et se voir accorder, le cas échéant, une libération conditionnelle. Au regard de la marge d'appréciation des États en matière de justice criminelle et de détermination des peines, la Cour conclut que cette possibilité de réexamen de la réclusion à perpétuité est suffisante pour considérer que la peine prononcée contre le requérant est compressible aux fins de l'article 3 de la Convention ». (CEDH, « Affaire Bodein c. France » [en ligne], 13 novembre 2014, [consulté le 8 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-147880"]}) Deux ans plus tard, dans l'affaire *Murray c. Pays-Bas*, du 26 avril 2016, la Cour a décidé de la responsabilité de l'État, qui « subordonne la libération du détenu à des conditions, mais il prive l'intéressé des moyens d'y satisfaire ». (CEDH, « Affaire Murray c. Pays-Bas », *op. cit.*)

méconnu en droit brésilien, où la Constitution Fédérale limite le législateur pénal[844]. Néanmoins, la loi brésilienne contient des dispositions spéciales destinées à retarder la mise en liberté des terroristes ou empêcher une mise en liberté trop anticipée. C'est un système plus sévère par rapport à celui accordé aux crimes communs, mais très léger par rapport au système français.

## Section II. L'extinction des sanctions

### § 1. La grâce

**186.** La grâce est définie en droit français comme « une *faveur* en vertu de laquelle un individu reconnu coupable et définitivement condamné se trouve soustrait, en tout ou en partie, à l'application de la sanction »[845]. Au Brésil, deux mots correspondent à la grâce française : *graça* et *indulto*. En doctrine, on distingue la *graça* de l'*indulto* : la première est individuelle et demandée, tandis que le deuxième est collectif et octroyé d'office[846]. La *graça* brésilienne correspond à la grâce française, mais parfois elle est qualifiée d'*indulto* individuel. La grâce collective existait en France, mais elle a été abolie par la Loi nº 2008-724 du 23 juillet 2008[847].

*En France*, la grâce est prévue à l'article 17 de la Constitution du 4 octobre 1958 : elle relève de la compétence du Président de la République et peut être accordée à titre individuel. Le Code pénal traite la grâce aux articles 133-1, 133-7 et 133-8.

La grâce est applicable aux condamnés de manière définitive. La demande peut être faite par plusieurs personnes, y compris par le condamné, lui-même. Le président de la République prend sa décision qui n'est soumise à aucun type de contrôle. Elle peut être totale ou partielle. On parle de commutation de peine dans le cas où elle implique la transformation de la sévérité de la peine[848]. Elle s'appelle grâce amnistiante quand le Président de la République décide seulement quels sont les condamnés qui seront atteints par l'amnistie[849]. La grâce ne concerne pas la période de sûreté. Enfin, la grâce n'efface pas les effets de la condamnation.

---

844 L'article 5ème, XLVII, « b », de la Constitution Fédérale brésilienne prohibe la peine perpétuelle.

845 Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2015, p. 659/660.

846 Júlio Fabbrini MIRABETE et Renato Nascimento FABBRINI, *Execução penal*, *op. cit.*, p. 906.

847 Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 375.

848 Au Brésil, ce qu'on a nommé de *comutação* est un *indulto* (collectif ou individuel) partiel.

849 Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 377.

La grâce est possible pour les condamnés pour une infraction de terrorisme (article 421-7 du Code pénal, *in fine*) : « […] En cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce ».

*Au Brésil*, la grâce est prévue à l'article 188 de la Loi d'exécution pénale[850], mais les condamnés pour une infraction de terrorisme n'ont pas droit à son bénéfice (article 2ème, I, de la loi des crimes odieux)[851]. Cette interdiction a pour fondement l'article 5ème, XLIII, de la Constitution Fédérale[852].

## § 2. L'amnistie

**187.** L'amnistie est l'oubli de l'infraction, voulu par le législateur. Elle remonte à la Grèce ancienne et existe un peu partout dans le monde, en France comme au Brésil[853]. La finalité de l'amnistie est différente de la finalité de la grâce. L'amnistie est un instrument de pacification sociale, d'intérêt collectif. Elle concerne des faits ou des personnes[854] et annule tous les effets de la condamnation et du crime.

---

850 Normalement, à chaque année, au Brésil, le Président de la République édite un Décret d'*indulto*, à la fête de Noël, avec les conditions pour la concession de l'*indulto* et de la commutation. Chaque condamné fait sa demande selon son droit. Cela implique la mise en liberté, tous les ans, des milliers de condamnés, pour la pratique de crimes graves comme le vol à main armé, qui ont accompli parfois seulement un tiers de la peine. La peine normalement appliquée aux condamnés pour ce type d'infraction, au Brésil est de 5 ans et 4 mois de réclusion criminelle. C'est-à-dire que, tous les ans, les condamnés pour une infraction de vol, étant incarcérés depuis environs deux ans, recouvrent la liberté, au préjudice de la sécurité publique. Nous pouvons citer comme exemple, l'*indulto* décidé à l'article 1er, I, du Décret nº 8.615, du 23 décembre 2015, publié au D.O.U. du 24 décembre 2015.

851 Article 2ème, I, de la Loi nº 8.072/90 : « *Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de : I – anistia, graça e indulto* ; […] ». (« Les crimes odieux, la pratique de la torture et le trafic illicite de stupéfiants et drogues assimilées et le terrorisme ne sont pas susceptibles de : I – l'amnistie, la grâce et la grâce collective ». [traduction libre])

852 Article 5ème, XLIII, de la Constitution Fédérale : « *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los se omitirem ;* » (« la loi considère comme infractions insusceptibles de caution, de grâce ou d'aministie : la pratique de la torture, le trafic illicite de stupéfiants et des drogues similaires, le terrorisme et les actes définis comme crimes odieux, en répondront ceux qui les ont ordonnés, ceux qui les ont commis et quiconque s'est abstenu alors qu'il aurait pu les empêcher ». (Didier MAUS *et al.* (dir.), *La nouvelle République brésilienne*, *op. cit.*, p. 286)

853 Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 703.

854 Monsieur Pradel affirme la qualité « tantôt réelle (visant l'infraction), tantôt personnelle (profitant à telle personne) de l'amnistie. (*Ibid.*); Mais concernant l'amnistie dans la législation brésilienne, on observe que : « *A anistia extingue todos os efeitos penais decorrentes da prática do crime, referindo-se porém a* fatos *e não a* pessoas*, embora possa exigir condições subjetivas para ser aplicada* ». (Júlio Fabbrini MIRABETE et Renato Nascimento FABBRINI, *Execução penal*, *op. cit.*, p. 902) (« L'amnistie éteint tous les effets pénaux de la pratique du crime, cependant en

*En droit français*, elle est prévue par l'article 34, alinéa 5 de la constitution de 1958 et par l'article 133-9 du Code pénal. La dernière loi d'amnistie a été la Loi nº 2002-1062 du 6 août 2002. Il faudrait noter que souvent les Lois d'amnistie excluaient du bénéfice de l'amnistie les actes de terrorisme, comme, par exemple, en décide l'article 14, 1º, de la Loi nº 2002-1062 du 6 août 2002. Toutefois, cela n'empêche que, dans le futur, une Loi pourrait prévoir l'amnistie pour de tels actes.

En revanche, *en droit brésilien*, l'amnistie[855], prévue par l'article 48, III de la Constitution Fédérale, est interdite pour les infractions de terrorisme, ainsi que pour les crimes odieux et pour le trafic illicite de stupéfiants et pour la pratique de la torture, par l'article 5ème, XLIII, de la Constitution Fédérale[856]. Elle est octroyée par une Loi, émanant du Congrès National, mais c'est au pouvoir judiciaire de décider en quels cas elle est applicable.

## § 3. La prescription

**188.** La doctrine brésilienne enseigne qu'il s'agit d'une institution ancienne, apparue à Rome, pendant le gouvernement du premier Empereur César Auguste, avec la la *Lex Julia de adulteriis* et qu'en France la prescription existait depuis 1642 (Décret du parlement de Paris, du 29 avril 1642), tandis qu'au Brésil elle date de l'entrée en vigueur du Code pénal de 1832[857].

Elle implique la « perte pour l'État du *droit-pouvoir-devoir* de punir, perte due au non-exercice de la prétention punitive (intérêt d'appliquer la peine) ou de la prétention exécutoire (intérêt de l'exécuter) pendant un certain temps »[858] [traduction libre]. Deux sortes de prescriptions existent : celle de l'action publique et celle de l'exécution de la peine. Cela dit, cette dernière est la seule prescription de la peine qu'il convient d'examiner ici.

---

se référant à *des faits* et non pas à *des personnes*, malgré la possibilité d'exigence des conditions subjectives pour son application ». [traduction libre]).

855 La loi nº 6.683/79, nommée de « loi d'amnistie » a été jugée constitutionnelle par le STF (équivalent du Conseil Constitutionnel) – APF 153-DF, j. en 29-04-2010, D*Je* de 6-8-2010). Cette amnistie a été bilatérale et par cette action on voulait annuler ses effets pour les faits commis par les agents de l'État contre ceux qui luttaient contre l'État d'exception. Júlio Fabbrini MIRABETE et Renato Nascimento FABBRINI, *Execução penal*, *op. cit.*, pp. 904- 905.

856 *Cf.* note 846.

857 Christiano Jorge SANTOS, *Prescrição penal e imprescritibilidade*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, pp. 34- 35.

858 « *Perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não-exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo* ». (Edilson Mougenot BONFIM et Fernando CAPEZ, *Direito penal*, *op. cit.*, p. 851)

*En droit brésilien*, elle est prévue aux articles 107, IV et 109 à 118 du Code pénal. L'article 109 contient une échelle de prescription, selon les peines encourues à l'article incriminateur. Le délai maximal est de 20 années, applicables aux peines supérieures à douze années et le délai minimal est de 3 années, applicables aux peines inférieures à une année. Aucune exception ou modification faite concernant les infractions de terrorisme.

*En droit français*, les délais pour la prescription sont établis aux articles 133-2 (crimes), 133-3 (délits) et 133-4 (contravention). Pour un crime commun, le délai est de vingt-ans ; toutefois, il est porté à trente ans pour les infractions de terrorisme (article 133-2, alinéa 2). Le délai de six années pour la prescription des délits, est porté à vingt-ans dans le cas des délits de terrorisme, lorsqu'ils sont punis de dix ans d'emprisonnement (article 133-3, alinéa 2) ; enfin, les peines pour une contravention se prescrivent en trois années (article 133-4). On observe que : le délai pour la prescription des crimes de terrorisme en France est dix ans plus élevés qu'au Brésil.

Dernière observation : en France, le délai pour la prescription commence à compter, en principe, du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

En France, les délais pour la prescription des crimes et des délits de terrorisme sont spéciaux par rapport au droit commun. Au Brésil, ce sont les institutions de la grâce et de l'amnistie qui sont interdites en matière de terrorisme.

**189. Conclusion de la Section II.** La Constitution brésilienne a interdit des bénéfices, comme la grâce et l'amnistie, pour les terroristes, afin de garantir l'incarcération des personnes considérées comme très dangereuses. *A contrario,* en France, ces bénéfices sont admis, du moins en principe, même pour les infractions de terrorisme. Mais, en France la prescription est acquise dans un délai plus long qu'au Brésil.

## Conclusion du Chapitre II

**190.** Nous voyons que la combinaison des peines sévères et de régimes d'exécution restrictifs des droits du condamné existe dans les deux pays. Néanmoins, en France la peine peut s'identifier presque à la perpétuité réelle alors qu'au Brésil elle est de trente ans au maximum[859].

[859] Nous pouvons citer, comme exemple de problème causé par cette interdiction d'une peine perpétuelle au Brésil, le cas de *Cesare Battisti* : terroriste italien, intégrant du Parti communiste, condamné en Italie à une

C'est une différence considérable : elle démontre que le Brésil est éloigné de l'adoption d'un droit pénal d'extrême sévérité, comme celui mis en place en France.

peine perpétuelle pour des crimes commis aux années 1970, fugitif d'un établissement pénitentiaire en France, a été arrêté au Brésil. L'Italie a demandé son extradition, qui a été niée par le Président de la République « Lula » et par le *Supremo Tribunal Federal* du Brésil. Un des arguments a été que la loi brésilienne n'admettait ni le jugement sans la présence de l'accusé, ni la peine perpétuelle, ce qui constituait des obstacles à l'extradition. Il faut mentionner que le Procureur Général de la République était d'accord avec l'extradition, conditionnée à la réduction de sa peine à trente ans. Mais, le gouvernement brésilien a conféré à Batisti le statut de réfugié et a nié l'extradition. (CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA, « Cesare Battisti (1954) », *Wikipédia, l'encyclopédie libre* [en ligne], Wikipédia, 20 novembre 2017, [consulté le 8 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare_Battisti_(1954)&oldid=142780844)

# Conclusion du Titre II

**191.** La diversité des sanctions est caractéristique des deux droits : les types des peines encourues sont presque les mêmes, les variations entre un droit et l'autre concernant plutôt le *quantum* de la peine et la possibilité d'aménagement.

Les peines encorues en droit français sont plus élévées qu'en droit brésilien. La possibilité d'aménagement de la peine est très restricte en droit français en matière de terrorisme. En droit brésilien, on note aussi des restrictions d'aménagement de peine par rapport aux infractions de droit commun. En droit brésilien, la grâce et l'amnistie sont interdites en matière de terrorisme, ce qui n'existe pas en France.

Nous notons l'existence des dispositions spéciales pour les infractions de terrorisme dans les deux droits, soit pour augmenter les peines, soit pour appliquer un régime plus sévère d'exécution des peines.

# Conclusion de la Partie II

**192.** Plusieurs règles procédurales spéciales existent dans les deux pays concernant la criminalité organisée et la criminaité terroriste. Elles contiennent la relativisation du droit à la liberté avant jugement visant non seulement à retirer préventivement le supposé criminnel dangereux du milieu social, mais aussi à donner aux autorités l'opportunité de procéder à son interrogatoire durant la période d'incarcération. Les droits conférés à ce suspect incarcéré subissent des restrictions pour le terroriste, seulement en France.

Les règles spéciales concernent aussi le droit au sécret de la vie privée : la permission d'utiliser les nouvelles technologies à des fins d'investigation est une nouveauté en droit français et en droit brésilien. Dans ce domaine, les institutions se rapprochent beaucoup.

D'autre part, l'ensemble des sanctions et du régime des sanctions en matière de terrorisme révèle un droit très répressif, qui vise plutôt l'aneantissement du condamné que sa ressocialisation dans les deux pays.

Ces règles spéciales ont été controlés par les Hautes Cours de Justice Nationales et Internationales et subsistent.

Nous notons qu'en matière de terrorisme, un droit pénal et procédural pénal très sévère existe dans les deux pays, mais qu'il trouve plus des limites dans la législation brésilienne. D'autre part, il est sous la constante vigilance du pouvoir judiciaire et malgré son expansion il ne perd pas sa qualité.

# Conclusion générale

**193.** L'évolution du terrorisme dans les trente dernières années a provoqué la réaction de la communauté internationale et celle des États. En droit interne, il en est résulté l'incrimination de différentes formes de terrorisme et l'adoption d'une procédure spéciale. La France a adopté la première définition de terrorisme en 1986, tandis que le Brésil, même face à une obligation insérée dans la Constitution Fédérale de 1988, a attendu 30 années pour le faire.

En France, ces premières infractions de terrorisme, très graves, avérées, se montraient insuffisantes pour la répression des criminels suicidaires, prêts à mourir pour leur cause. Logiquement, l'incrimination de l'acte de terrorisme n'a pas d'effet sur la personne qui ne craint pas la mort. L'anticipation de la répression était nécessaire pour garantir l'efficacité du droit pénal[860]. Punir des comportements tels que participer à une association de malfaiteurs ou maintenir un dépôt d'armes semblait une manière d'arrêter l'action des terroristes, avant qu'ils puissent passer à l'acte violent.

Les attentats de 2001 ont révélé au monde la capacité d'organisation et les ressources qu'avaient les organisations terroristes. Il fallait toucher à leur financement.

Ensuite, les terroristes ont beaucoup utilisé la propagande, pour attirer des nouveaux adeptes pour leur lutte : il fallait donc incriminer l'apologie en soi, mais aussi l'utilisation de l'internet à de telles fins. Les criminels ont trouvé des moyens pour contourner le blocage de sites internet effectué par l'État : ce comportement a donc également été incriminé. La tâche de contrôler tous les sites internet est colossale, de sorte qu'il semblait plus efficace d'incriminer la personne qui visite le site. Dans un intervalle de cinq ans (de 2012 à 2017) plusieurs lois ont été édités en France incriminant les dits comportements.

Il s'agit de comportements parfois très éloignés du résultat de la violence terroriste, sans aucun résultat matériel, mais considérés très dangereux, qui constituent des étapes de la préparation d'un acte de violence terroriste ou de structuration de leur organisation criminelle.

860 Cette idée a été évoqué par M. Michel Massé, au colloque intitulé *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme : implications juridiques*, qui a eu lieu à l'Université de Lille 2, le 9-10 février 2017 (Michel MASSÉ, « Table ronde conclusive », *op. cit.*).

L'expansion de la législation antiterroriste française est en cours : la dernière loi date du 30 octobre 2017 et contient encore une nouvelle incrimination[861]. Les techniques d'anticipation de la répression plutôt classiques, comme la création de délits formels, ont donné leur place à l'incrimination de façon autonome, d'actes préparatoires. Aujourd'hui la plupart des actes de terrorisme se situent avant le début de l'exécution d'un attentat.

En France, la répression anticipée est largement adoptée en matière de terrorisme. Elle existait déjà en relation avec la criminalité organisée, mais elle est insérée dans quelques incriminations très spécifiques en matière de terrorisme. On pourrait même envisager une *anticipation spéciale de la répression* en matière de terrorisme, concernant les infractions analysées à la Section II du Titre I, de la première partie.

Cette affirmation est applicable à la Loi 13.260/2016 sur le terrorisme au Brésil, toutefois deux remarques sont nécessaires ; d'abord la définition du terrorisme est très limitée par un élément moral qui exclut de la qualification terroriste toutes infractions ayant une motivation politique. Nous pensons à une définition vide, comme un ballon sans gaz, éloignée de la réalité, on pourrait dire presque *fantaisiste*, comme les discours d'un gouverneur populiste. Ensuite, les infractions et l'anticipation ont été conçues en utilisant des formules ouvertes et très génériques, de sorte que nous ne savons pas encore, faute d'expérience, si la loi sera considérée conforme à la Constitution de la République, par le *Supremo Tribunal Federal*. Ce mouvement spécial d'anticipation de la répression n'a pas encore été mis à l'épreuve au Brésil, ni analysé à la lumière du principe de la légalité.

Les peines encourues pour les infractions de terrorisme sont très sévères, dans les deux droits. D'abord, le *quantum* de la peine est élevé. En droit français, le fait de commettre une infraction de droit commun dans un contexte et avec un but, qualifiés de terroristes, entraîne l'augmentation de la peine. En outre, des infractions sans correspondant en droit commun, contiennent des peines importantes, surtout si on considère qu'elles ne dépendent pas d'un résultat matériel pour leur consommation. Nous pouvons affirmer, qu'en droit brésilien, les peines sont plus sévères que les peines encourues pour les infractions de droit commun,

861 Article 421-2-4-1 du Code pénal : « Le fait, par une personne ayant autorité sur un mineur, de faire participer ce mineur à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 est puni de quinze ans de réclusion criminelle et de 225 000 € d'amende ».

surtout si on considère que les infractions de terrorisme sont formelles. Ensuite, dans les deux droits la direction d'une organisation criminelle implique l'augmentation de la peine encourue.

Toutefois, deux remarques sont nécessaires. La peine perpétuelle est prohibée en droit brésilien et il s'agit d'une garantie constitutionnelle. En revanche, le droit brésilien adopte le système de la fourchette, en imposant aux juges une limite minimale, qui n'existe plus en France. C'est-à-dire, qu'en matière de terrorisme, en droit français, les peines varient d'un jour à la perpétuité tandis qu'au Brésil cet intervalle s'étend de cinq à trente ans. Le système des peines brésilien est plus *tempéré* que le système français. Dans ce dernier, l'équilibre, la juste mesure doit être trouvée par le juge.

Le régime d'exécution des peines semble répondre à la même logique dans les deux pays. En droit brésilien, les critères objectifs, comme la partie de la peine déjà exécutée, ont une prépondérance sur les critères subjectifs – il suffit de dire qu'un examen criminologique n'est plus obligatoire pour aucun bénéfice, tandis qu'en France, une analyse des conditions de dangerosité du condamné est obligatoire, surtout en matière de terrorisme. Dans le cas d'une peine perpétuelle accompagnée d'une mesure de sûreté perpétuelle, on pourrait dire que la dangerosité est présumée jusqu'à trente ans d'incarcération, de sorte qu'avant ce délai le condamné n'a pas le droit de se soumettre à un examen pour vérifier si ses conditions personnelles ont changé. Ce délai correspond à la durée maximale de la peine au Brésil, où la fin de la peine, accordée de manière objective en fonction du temps d'incarcération uniquement, correspond au droit à la liberté. Le système de peines français permet l'exclusion radicale du terroriste pour presque toute sa vie, ce qui est contraire à la Constitution de la République brésilienne.

C'est en matière de procédure pénale qu'on aperçoit le plus grand rapprochement entre les deux droits, en matière de terrorisme, en fonction de la mise en place des nouvelles techniques secrètes d'investigation et des règles spéciales en matière de garde à vue. Il s'agit de procédures dérogatoires atteignant les droits à la liberté et au secret de la vie privée. On a déjà parlé d'une *nouvelle surveillance pénale*[862], liée à la nouvelle finalité préventive du droit pénal. D'autres modifications s'annoncent pour un futur proche : elles concernent la création d'un

862 Pascal BEAUVAIS, « La nouvelle surveillance pénale », dans Julie ALIX *et al.* (dir.), *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 259- 273.

*parquet national antiterroriste pour investiguer et poursuivre les infractions de terrorisme* détaché du parquet de Paris[863].

Nous voyons, donc, que les caractéristiques du droit pénal de l'ennemi[864] se manifestent en droit français comme en droit brésilien, mais, en matière de peines et de procédure pénale, la sévérité est plus limitée par la Constitution Fédérale brésilienne que par la CEDH.

En revanche, à notre avis, les formules ouvertes utilisées par le législateur brésilien touchent le principe de légalité, surtout en ce qui concerne l'incrimination générique d'actes préparatoires, car aucun comportement n'est décrit, de sorte que l'on peut englober tout comportement. Mais cela ne confère pas au citoyen, destinataire de la Loi, la notion exacte de ce qui est permis ou interdit par la Loi. On entre dans le domaine de l'arbitraire. La description du comportement interdit par la loi est essentielle, au risque d'attacher l'incrimination à des personnes et non pas à des actes.

D'autre part, à notre avis, les peines sévères imposées aux actes de terrorisme, même s'il s'agit d'actes préparatoires, sans aucun résultat matériel, n'atteint pas le principe de proportionnalité. Nous pensons que le résultat envisagé par les terroristes a été déjà atteint, parce que la société, après la pratique de plusieurs attentats, est en état d'alerte, une peur diffuse ayant été répandue. À chaque nouvel attentat, le trouble à l'ordre public augmente, c'est-à-dire que les effets de la terreur peuvent s'accumuler. Et, la seule sortie d'un tel état est celle d'éviter d'autres évènements. La répression anticipée est nécessaire.

En outre, la sévérité des peines est justifiée par le danger que la mise en liberté d'un terroriste pourrait entraîner, mais aussi par le trouble à l'ordre public qu'une telle liberté

863 « Lors de son annonce, la ministre de la Justice a ainsi rappelé que Paris a une « compétence territoriale qui induit nécessairement une activité lourde, compte tenu de l'importance du ressort territorial parisien » et de ses très nombreuses « compétences particulières ». De quoi poser la question de « savoir si la charge que représente la réponse pénale au terrorisme ne nécessite pas aujourd'hui de mettre en place une organisation nationale distincte ». Et d'insister : « Avec la création d'un parquet national antiterroriste, le parquet de Paris se verrait ainsi dégagé de ce contentieux lourd et spécifique, ce qui lui rendrait toutes ses capacités de gestion des autres contentieux sensibles. Il serait ainsi plus efficace et plus visible. Le PNAT aurait quant à lui toute la disponibilité pour recentrer son activité sur cette mission essentielle ». (Paule GONZALÈS, « La Chancellerie crée un parquet national antiterroriste autonome », *LE FIGARO.fr* [en ligne], 18 décembre 2017, [consulté le 21 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/12/18/01016-20171218ARTFIG00144-la-garde-des-sceaux-annonce-la-creation-d-un-parquet-national-antiterroriste-autonome.php).

864 La prédominance d'incriminations d'actes préparatoires ; l'imposition de peines et de régime d'exécution de peines très sévères visant plutôt l'anéantissement du condamné que sa resocialisation ; l'utilisation de procédures dérogatoires dans la recherche de la preuve et malmenant la liberté du suspect.

pourrait causer en soi. Comment peuvent se sentir les victimes, les témoins et toutes les personnes constituant de potentielles victimes face à la libération précoce d'un terroriste ?

Toutefois, les peines peuvent être sévères, mais non inhumaines. Cela, à notre avis, exclut la peine de mort, la torture, les traitements dégradants, l'esclavage, enfin, les droits considérés non dérogeables par la CEDH. De même, il est très important que la condamnation soit le résultat d'une procédure équitable, où les droits de la défense soient réels et non seulement formels, menée devant une juridiction impartiale.

Le poids des attentats est, finalement, celui de la menace réelle contre les valeurs et le mode de vie d'une société, jusqu'à présent libre. Comment faire face à ces individus qui sont capables de sacrifier leurs vies, ayant comme but la fin d'une société libre ? À notre avis, c'est en appliquant un droit sévère, mais qui garde les limites de la légalité, en incriminant des comportements de manière précise et en garantissant une procédure équitable.

Dans ce sens, nous pensons que le droit brésilien pourrait s'inspirer du droit français, pour adopter une définition plus précise du terrorisme. La modification de l'élément moral de l'infraction brésilienne en excluant sa restriction aux mobiles politiques est essentielle. En outre, l'incrimination d'actes préparatoires imprécis ne peut pas subsister.

D'autre part, le droit français pourrait s'inspirer du droit brésilien pour bien marquer les limites infranchissables par cette expansion du droit pénal. Autrement, comme l'a bien averti la doctrine française, c'est le droit pénal lui-même qui risque de perdre son âme.

# Bibliographie

## Traités et manuels généraux et dictionaires

### En français


ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel et PELLET, Alain (dir.). Droit international pénal. 2. éd., révisée. Paris : Pedone, 2012. ISBN 978-2-233-00658-5.

BONIS-GARÇON, Evelyne et PELTIER, Virginie. Droit de la peine. 2e édition. Manuel. Paris : LexisNexis, 2015. ISBN 978-2-7110-2109-3.

BOULOC, Bernard. Droit pénal général. Paris : Dalloz, 2015. ISBN 978-2-247-15229-2.

CORNU, Gerard. Vocabulaire juridique. Paris : Presses Universitaires de France, 1987. ISBN 978-2-13-049289-4.

LAMBERT, Louis. Traité de droit pénal spécial : étude théorique et pratique des incriminations fondamentales. Paris : Police-revue, 1968.

LEPAGE, Agathe et MATSOPOULOU, Haritini. Droit pénal spécial. Paris : Presses Universitaires de France, 1 juillet 2015. ISBN 978-2-13-056712-7.

MARCHADIER, Fabien. « Terrorisme », dans ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël et al. (dir.), Dictionnaire des droits de l'homme. 1re edition. Paris : Quadrige/PUF, octobre 2008, pp. 919-922. ISBN 978-2-13-057024-0.

MAYAUD, Yves. Droit pénal général. 5e édition mise à jour. Droit fondamental. Classiques. Paris : Presses Universitaires de France, 2015. ISBN 978-2-13-065196-3.

MAYAUD, Yves. Droit pénal général. 3e édition. Collection Droit fondamental Droit classiques. Paris : Presses universitaires de France, 2010. ISBN 978-2-13-057540-5.

PRADEL, Jean. Procédure pénale. s.l., 2017. ISBN 978-2-254-18404-0.

PRADEL, Jean. Droit pénal comparé. 4e édition. Précis. Paris : Dalloz, 2016. ISBN 978-2-247-13021-4.

PRADEL, Jean. Procédure pénale. 17e éd., revue et augmentée à jour au 15 juillet 2013. Référence. Paris : Éd. Cujas, 2013. ISBN 978-2-254-13413-7.

PRADEL, Jean. Droit pénal général. 18e éd., revue et augmentée au 10 juillet 2010. Référence. Paris : Cujas, 2010. ISBN 978-2-254-10409-3.

PRADEL, Jean et DANTI-JUAN, Michel. Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires. s.l., 2017. ISBN 978-2-254-17405-8.

PRADEL, Jean et DANTI-JUAN, Michel. Droit pénal spécial. 6e édition. Paris : Cujas, 12 septembre 2014. ISBN 978-2-254-14410-5.

PRADEL, Jean et DANTI-JUAN, Michel. Droit pénal spécial. 5e éd. Paris : Cujas, 6 septembre 2010. ISBN 978-2-254-10411-6.

RASSAT, Michèle-Laure. Procédure pénale. 3e ed. Paris : Ellipses, 2017. ISBN 978-2-340-01842-6.

RENOUT, Harald W. Droit pénal général : DEUG droit. Paris : Centre de publications universitaires, 1997. ISBN 978-2-911377-12-9.

REY, Alain (dir.). Le Robert micro : dictionnaire d'apprentissage de la langue française. Nouvelle éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1998. ISBN 978-2-85036-530-0.

REY-DEBOVE, Josette et REY, Alain. Le nouveau Petit Robert de la langue française 2008 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2007. ISBN 978-2-84902-321-1.

ROBERT, Jacques-Henri. Droit pénal général. 4e éd. mise à jour. Thémis. Paris : Presses universitaires de France, 1999. ISBN 978-2-13-050008-7.

ROBERT, Jacques-Henri. Droit pénal général. 3e éd. mise à jour. Paris : Presses Universitaires de France, 1998. ISBN 978-2-13-049248-1.

STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges et BOULOC, Bernard. Droit pénal général. 20e éd. Précis Droit Privé. Paris : Dalloz, 2007. ISBN 978-2-247-07148-7.

VÉRON, Michel. Droit pénal spécial. 15e éd. Paris : Sirey, 15 juillet 2015. ISBN 978-2-247-13764-0.

## En portugais

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. São Paulo : Saraiva, 2006. ISBN 85-02-05733-2.

BONFIM, Edilson Mougenot et CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo : Saraiva, 2004. ISBN 978-85-02-04356-5.

BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral, tomo II. 3ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: Parte geral. 2ª edição. São Paulo : Ed. Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9576-4.

CUNHA, Rogério Sanches et PINTO, Ronaldo Batista. Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por atigos. Salvador : JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1587-6.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III. 14a ed. rev. ampl. e atual. até 1o de janeiro de 2017-eBook Kindle. Niterói : Editora Impetus, de fevereiro de 2017.

GRECO, Rogério. Código penal: comentado. 5ª ed. rev. ampl. e atual. até 1o de janeiro de 2011. Niterói : Impetus, 2011. ISBN 978-85-7626-480-4.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada : volume único. 5ª ed. rev, atual. e ampl. Salvador : JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1288-2.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador : JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1289-9.

MIRABETE, Júlio Fabbrini et FABBRINI, Renato Nascimento. Execução penal. 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo, SP : Gen, Atlas, 2017. ISBN 978-85-970084-6-3.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. 12ª edição. São Paulo : Saraiva, 1975.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 2. 9ª Edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro : Forense, 2016. ISBN 978-85-309-5667-7.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Volume 1. 9ª Edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro : Forense, 10 janvier 2015. ISBN 978-85-309-6253-1.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-3896-4.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito penal : (parte geral) : estrutura do crime. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Livraria e Editora Universidade de Direito, 2000. ISBN 8575450359.

SMANIO, Gianpaolo Poggio et FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Introdução ao Direito Penal. Criminologia, Princípios e Cidadania. 4ª edição. s.l. : Atlas, 24 novembre 2015. ISBN 978-85-970031-0-9.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo I : teoria do delito. 2ª edição. Rio de Janeiro : Revan, octobre 2010. ISBN 978-85-7106-401-0.

### En autres langues

ASÚA, Luis Jiménez de. La ley y el delito: principios de derecho penal. 5ª ed. Buenos Aires : Editorial Sudamericana, mai 1967.

## Études particulières

### En français

ALIX, Julie. « La prévention pénale du terrorisme devant le Conseil constitutionnel », AJ Pénal. 16 mai 2017, vol. 2017, n° 05, p. 237.

ALIX, Julie. « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », dans ALIX, Julie et al. (dir.), Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage. Paris : Dalloz, 2016, pp. 423-440. ISBN 978-2-247-15964-2.

ALIX, Julie. « La répression de l'incitation au terrorisme », Gazette du Palais. 24 février 2015, n° 055, p.11.

ALIX, Julie. « Réprimer la participation au terrorisme », RSC. 23 février 2015, vol. 2014, n° 04, pp.849-866.

ALIX, Julie. « L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale anti-terroriste en France », dans SAULNIER-CASSIA, Emmanuelle (dir.), La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union Européenne. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, pp. 343-360. ISBN 978-2-275-04347-0.

ALIX, Julie. Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes. Nouvelle bibliothèque de thèses. Paris : Dalloz, 2010. ISBN 978-2-247-08817-1.

BAUER, Alain et BRUGUIÈRE, Jean-Louis. Les 100 mots du terrorisme. Paris : Diffusion Cairn.info, 2010. ISBN 978-2-13-057950-2.

BEAUVAIS, Pascal. « La nouvelle surveillance pénale », dans ALIX, Julie et al. (dir.), Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage. Paris : Dalloz, 2016, pp. 259-273. ISBN 978-2-247-15964-2.

BELLOIR, Philippe. « Le blocage et le déréférencement administratifs des sites internet faisant l'apologie ou provoquant au terrorisme », Gazette du Palais. 24 février 2015, n° 055, p. 19.

BETTATI, Mario. Le terrorisme : les voies de la coopération internationale. Paris : Odile Jacob, 2013. ISBN 978-2-7381-2954-3.

BRENGARTH, Vincent. « L'apologie et la provocation au terrorisme dans le Code pénal : Étude critique et premier bilan », La Semaine Juridique - Edition Générale. 21 septembre 2015, n° 39, pp.1688-1692.

CAHN, Oliver. « « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre ». Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », Archives de politique criminelle. 2016, n° 38, pp.89-121.

CAPDEVIELLE, Jacques et ROBERT, Philippe (dir.). Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire: deux siècles de débats. Collection Logiques juridiques. Paris : L'Harmattan, 1992. ISBN 978-2-7384-1076-4.

CAPDEVIELLE, Jérôme Lasserre. « Le droit pénal de l'environnement : un droit encore à l'apparence redoutable et à l'efficacité douteuse », dans NÉRAC-CROISIER, Roselyne (dir.), Sauvegarde de l'environnement et droit pénal. Collection Sciences criminelles. Paris : L'Harmattan, 2005, pp. 13-71. ISBN 978-2-7475-9905-4.

CARTIER, Marie Elisabeth. « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », RSC. 15 juin 1995, vol. 1995, n° 02, p. 225.

CATELAN, Nicolas. « Lutte contre le terrorisme », RSC. 6 août 2015, vol. 2015, n° 02, p. 425.

CATELAN, Nicolas et PERRIER, Jean-Baptiste. « L'entreprise individuelle terroriste et les axiomes du Conseil constitutionnel », Recueil Dalloz. 8 juin 2017, n° 20, p. 1180.

CHALIAND, Gérard et BLIN, Arnaud (dir.). Histoire du terrorisme : de l'Antiquité à Daech. Paris : Fayard, 2015. ISBN 978-2-213-68730-8.

CHAUSSERIE-LAPRÉE, Denis. « Les procédures relatives à la lutte contre la criminalité organisée », dans PRADEL, Jean et DALLEST, Jacques (dir.), La criminalité organisée : droit français, droit international et droit comparé. Droit & professionnels. Droit pénal. Paris : LexisNexis, 2012, pp.167-247. ISBN 978-2-7110-1682-2.

CODACCIONI, Vanessa. Justice d'exception : l'État face aux crimes politiques et terroristes. Paris : CNRS éditions, 2015. ISBN 978-2-271-08598-6.

CONDE, Francisco Muñoz. « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », RSC. 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 19-30.

DAGUZAN, Jean-François. Terrorisme(s) : abrégé d'une violence qui dure. Carré des sciences. Paris : CNRS, 2006. ISBN 978-2-271-06419-6.

DANTI-JUAN, Michel. « Période de sûreté perpétuelle de l'article 221-3 du Code Pénal et CEDH, 13 novembre 2014, Bodein c/ France », Revue pénitentiaire et de droit pénal. mars 2015, vol. 2015, n° 1, pp. 159-163.

DANTI-JUAN, Michel. « Quelques remarques sur les principales mesures de droit pénal spécial issues de la Loi no 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », Revue pénitentiaire et de droit pénal. mars 2015, vol. 2015, n° 01, pp. 141-148.

DASSA, David. « Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ? », Gazette du Palais. 24 février 2015, n° 055, p. 8.

DELMAS-MARTY, Mireille. « Vers une justice pénale prédictive », dans ALIX, Julie et al. (dir.), Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage. Paris : Dalloz, 2016, pp. 57-65. ISBN 978-2-247-15964-2.

DELMAS-MARTY, Mireille. « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », RSC. 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 59-68.

DELMAS-MARTY, Mireille et LAURENS, Henry. Terrorismes : histoire et droit. Paris : CNRS, 2013. ISBN 978-2-271-07962-6.

DESPORTES, Frédéric et LE GUNEHEC, Francis. Droit pénal général. 15e édition. Paris : Economica, 1 septembre 2008. ISBN 978-2-7178-5598-2.

DEZEUZE, Éric. « La refonte de la répression des abus de marché : Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 », La Semaine Juridique - Edition Générale. 18 juillet 2016, n° 29, pp. 1450-1452.

EUVÉ, François. Au nom de la religion ? barbarie ou fraternité. Ivry-sur-Seine : Les Éditions de l'Atelier, 2016. ISBN 978-2-7082-4516-7.

FERRAGU, Gilles. Histoire du terrorisme. Paris : Perrin, 2014. ISBN 978-2-262-03346-0.

FROMONT, Michel et al. (dir.). Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées. Bruxelles : Bruylant, 2012. ISBN 978-2-8027-3577-9.

GIACOPELLI, Muriel. « Chronique législative : textes parus au journal officiel du 1er janvier 2006 au 30 juin 2006 », Revue pénitentiaire et de droit pénal. setembre 2006, vol. 2006, n° 3, pp. 667-696.

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève. « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », RSC. 15 mars 2010, vol. 2010, n° 01, pp. 69-80.

GODEBERGE, Céline et DAOUD, Emmanuel. « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », AJ Pénal. 11 décembre 2014, vol. 2014, n° 12, pp. 563-566.

GOZZI, Marie-Hélène. « Sécurité et lutte contre le terrorisme : l'arsenal juridique encore renforcé », Recueil Dalloz. 24 janvier 2013, n° 03, p. 194.

GRAS, Frédéric. « Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie de terrorisme », LEGICOM. s.d., n° 57, pp. 57-67.

GUÉRY, Christian. Detention provisoire. Paris : Dalloz, 2001. ISBN 978-2-247-04405-4.

GUIBERT, Sandrine. La détention provisoire au cours de l'instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme. Thèse de doctorat, Montpellier : Université de Montpellier I, 15 décembre 1997.

GUIHAL, Dominique. Droit répressif de l'environnement. Paris : Economica, 1 janvier 1997. ISBN 978-2-7178-3245-7.

HAGUENAU-MOIZARD, Catherine. « La législation sur l'état d'urgence - une perspective comparative », Recueil Dalloz. 24 mars 2016, vol. 2016, n° 12, p. 665.

HENNEBEL, Ludovic et LEWKOWICZ, Gregory. « Le problème de la définition du terrorisme », dans HENNEBEL, Ludovic et VANDERMEERSCH, Damien (dir.), Juger le terrorisme dans l'Etat de droit. Collection Magna Carta. Bruxelles : Bruylant, 3 novembre 2009, pp. 17-59. ISBN 978-2-8027-2738-5.

HENNEBEL, Ludovic et VANDERMEERSCH, Damien (dir.). Juger le terrorisme dans l'Etat de droit. Collection Magna Carta. Bruxelles : Bruylant, 3 novembre 2009. ISBN 978-2-8027-2738-5.

JAKOBS, Günther. « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », RSC. 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 7-18.

JAWORSKI, Véronique. « Chronique de droit pénal de l'environnement (septembre 2014 à décembre 2015) », Revue juridique de l'environnement. 2016, vol. 41, n° 2, pp. 362-375.

KORINMAN, Michel (dir.). Daech : menace sur les civilisations. Collection Outre-terre. Le Bouscat : Paris : L'Esprit du temps ; Académie européenne de géopolitique, 2015. ISBN 978-2-84795-350-3.

LAZERGES, Christine et HENRION-STOFFEL, Hervé. « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », RSC. 7 novembre 2016, vol. 2016, n° 03, pp. 649-661.

LEMOINE, Pascal. « L'association de malfaiteurs et la bande organisée dans la doctrine de la cour de cassation », dans PRADEL, Jean et DALLEST, Jacques (dir.), La criminalité organisée : droit français, droit international et droit comparé. Droit & professionnels. Droit pénal. Paris : LexisNexis, 2012, pp. 25-34. ISBN 978-2-7110-1682-2.

LEROY, Jacques. La garde à vue après la réforme. Actualité. Paris : Lexis Nexis, 2011. ISBN 978-2-7110-1597-9.

MARTIN, Jean-Christophe. Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme. Travaux du CERIC. Bruxelles : Bruylant, 2006. ISBN 978-2-8027-2344-8.

MASCALA, Corinne. « Droit pénal des affaires : mai 2015 - juin 2016 », Recueil Dalloz. 22 septembre 2016, n° 31, pp. 1836-1843.

MASSÉ, Michel. « Table ronde conclusive », dans ALIX, Julie et CAHN, Oliver (dir.), L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme : implications juridiques. Paris : Dalloz, 2017, pp. 275-280. ISBN 978-2-247-17265-8.

MASSÉ, Michel. « La criminalité terroriste », RSC. 26 mai 2012, vol. 2012, n° 01, pp. 89-108.

MATSOPOULOU, Haritini. « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée : À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », La Semaine Juridique - Edition Générale. 20 juin 2016, n° 25, pp. 1222-1225.

MAURO, Cristina. « Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? : À propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 », La Semaine Juridique - Edition Générale. 24 novembre 2014, n° 48, pp. 2126-2129.

MAUS, Didier et al. (dir.). La nouvelle République brésilienne : études sur la Constitution du 5 octobre 1988, suivies de la traduction de la Constitution. Collection Droit public positif. Série « Travaux de l'AFC ». Paris : Economica, 1991. ISBN 978-2-7178-2088-1.

MAYAUD, Yves. « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », Recueil Dalloz. 8 juin 2017, n° 20, p. 1134.

MAYAUD, Yves. Le terrorisme. Connaissance du droit. Paris : Dalloz, 1997. ISBN 978-2-247-02202-1.

NAYVES, Pierre Combles de. « Les restrictions judiciaires à la libre communication en matière terroriste », Gazette du Palais. 24 février 2015, n° 055, p. 15.

NEYRET, Laurent. « La lutte contre le bioterrorisme dans l'Union européenne », dans SAULNIER-CASSIA, Emmanuelle (dir.), La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union Européenne. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, pp. 43-65. ISBN 978-2-275-04347-0.

PAPA, Michèle. « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », RSC. 16 mars 2009, vol. 2009, n° 01, pp. 3-6.

PARIZOT, Raphaële. « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », RSC. 7 août 2016, vol. 2016, n° 02, p. 376.

PONCELA, Pierrette. « Peines et prisons : la régression », RSC. 7 novembre 2016, vol. 2016, n° 03, pp. 565-576.

PONCELA, Pierrette. « Les naufragés du droit pénal », Archives de politique criminelle. 2016, vol. 38, n° 1, pp. 7-26.

PRADEL, Jean. « Les perquisitions administratives ou la chambre criminelle de la Cour de cassation contre tous », Recueil Dalloz. 2 février 2017, vol. 2017, n° 05, p. 275.

PRADEL, Jean. « Rapport introductif », dans La criminalité organisée : droit français, droit international et droit comparé. Droit & professionnels. Droit pénal. Paris : LexisNexis, 2012, pp. 1-5. ISBN 978-2-7110-1682-2.

PRADEL, Jean. Le juge d'instruction. Paris : Dalloz, 1996. ISBN 978-2-247-02408-7.

PRADEL, Jean. « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi (commentaire de la loi n° 91-1264 du 19 déc. 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants) », Recueil Dalloz. 3 septembre 1992, vol. 1992, n° 29, p. 229.

PRADEL, Jean. L'instruction préparatoire. Paris : Cujas, 1990. ISBN 225491408X.

PRADEL, Jean. « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », Recueil Dalloz. 1987, vol. 1987, n° 07, pp. 39-50.

PRADEL, Jean et DALLEST, Jacques (dir.). La criminalité organisée : droit français, droit international et droit comparé. Droit & professionnels. Droit pénal. Paris : LexisNexis, 2012. ISBN 978-2-7110-1682-2.

PROTHAIS, Alain. Tentative et attentat. Bibliothèque de sciences criminelles. Paris : LGDJ, 1985. ISBN 978-2-275-00946-9.

QUÉMÉNER, Myriam. « Les dispositions liées au numérique de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », Dalloz IP/IT. 12 septembre 2016, vol. 2016, n° 09, pp. 431-434.

ROBERT, Marc. « Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives », AJ Pénal. 19 octobre 2016, vol. 2016, n° 09, p. 412.

ROUIDI, Hajer. Les listes d'infractions : étude en droit pénal français, italien et international. Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales. Poitiers : Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers : LGDJ, Lextenso éditions, 2015. ISBN 979-10-90426-42-9.

ROUIDI, Hajer. « La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions ? », AJ Pénal. 11 décembre 2014, vol. 2014, n° 12, pp. 556-559.

ROUSSEL, Gildas. « L'introduction du « repenti » ou le pragmatisme appliqué du législateur », AJ Pénal. 17 octobre 2005, vol. 2005, n° 10, pp. 363-364.

SÉGUR, Philippe. « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », AJDA. 2 février 2015, vol. 2015, n° 03, pp. 160-165.

SHAHIN MOGHADDAM, Azadeh. Contribution à l'analyse du droit pénal de l'ennemi : étude comparée droits occidentaux/Iran. Thèse de doctorat, Poitiers : Université de Poitiers, 10 juin 2016.

SOMMIER, Isabelle. Le terrorisme. Dominos. Paris : Flammarion, 2001. ISBN 978-2-08-035715-1.

THOMAS-TAILLANDIER, Delphine. « Le nouveau fichier national des auteurs d'infractions terroristes », AJ Pénal. 16 novembre 2015, vol. 2015, n° 11, pp. 523-525.

VAN BOSTERHAUDT, Patrice. « Les valeurs des polices de l'eau », Droit et cultures. 1 décembre 2014, n° 68, pp. 81-142.

ZAPATERO, Luis Arroyo. « Le recours à la force armée dans la lutte contre le crime organisé : juges, policiers et militaires », dans ALIX, Julie et al. (dir.), Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage. Paris : Dalloz, 2016, pp. 243-258. ISBN 978-2-247-15964-2.

## En portugais

ALMEIDA, Débora de Souza de et al. Terrorismo: comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016: aspectos criminológicos e político-criminais. Coleção Eduardo Espínola. Salvador - Bahia : Editora JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1403-9.

BONFIM, Washington Luís de Sousa. « Elementos para a definição do crime de terrorismo e a caracterização do terrorismo contemporâneo », dans HABIB, Gabriel (dir.), Lei antiterrorismo: Lei 13,260/2016. Salvador : Editora JusPODIVM, 2017, pp. 339-366. ISBN 978-85-442-1528-9.

CRETELLA NETO, José. Terrorismo internacional: inimigo sem rosto - combatente sem pátria. Campinas : Millennium Editora, 2008. ISBN 978-85-7625-139-2.

FERNANDES, Antonio Scarance et ZILLI, Marcos (dir.). Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte : Ed. Fórum, 2014. ISBN 978-85-7700-844-5.

GANDRA, Thiago Grazziane et NAVES, Carlos Luiz de Lima. « Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na lei 13.260/16: a incostitucionalidade do elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional », dans HABIB, Gabriel (dir.), Lei antiterrorismo: Lei 13,260/2016. Salvador : Editora JusPODIVM, 2017, pp. 331-338. ISBN 978-85-442-1528-9.

JAKOBS, Günther et MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. eBook Kindle. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 30 avril 2012.

LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1562-0.

MASSON, Cleber et MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro : Método, 2017. ISBN 978-85-309-7363-6.

MESSA, Ana Flávia et CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (dir.). Crime organizado. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-11151-6.

MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes hediondos : texto, comentários e aspectos polêmicos. 10a ed. rev. e atual. de acordo com as Leis no 13.142 e 13.104, de 2005, e no 12.978/2014. São Paulo : Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62574-7.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do inimigo a terceira velocidade do direito penal. Curitiba : Juruá, 2008. ISBN 978-85-362-2060-4.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4932-8.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade : as reformas processuais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-4039-4.

PEREIRA, Ruy Miguel. « Juger le terrorisme avec ou sans jury ? Étude de la place du jury populaire dans les procès pour terrorisme en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis », RSC. 11 août 2017, vol. 2017, n° 02, pp. 215-230.

SANTOS, Christiano Jorge. Prescrição penal e imprescritibilidade. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010. ISBN 978-85-352-3973-7.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e de discriminação : análise jurídico-penal da Lei no. 7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo : Max Limonad, 2001. ISBN 978-85-86300-95-0.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro et ANDRADE, Vanessa Faullame. « Crime Organizado e Terrorismo no Brasil, projetos legislativos e jurisprudência dos tribunais superiores na busca do equilíbrio entre garantia e eficiência », Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias. 2012, vol. 2, n° 1.

### En autres langues

CONDE, Francisco Muñoz. « Das Erbe Franz von Liszts », dans HERZOG, Felix et NEUMANN, Ulfrid (dir.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010. Heildelberg : Müller, 2010, pp. 535-558.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid : Trotta, 2014. ISBN 978-84-9879-046-7.

## Sources Internet

ALONSO, Leonardo. Crimes contra o Mercado de Capitais [en ligne]. Dissertação de Mestrado, São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 18 mai 2009. [consulté le 8 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07052010-075537/publico/Dissertacao_Completa_Leonardo_Alonso.pdf.

ANDRÉ, Amélie. « Quelques précisions sur le délit de non-justification de ressources », Dalloz actualité [en ligne]. 19 janvier 2017. [consulté le 12 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ACTU0182695&FromId=ACTUS_DZ_ACTU0182695.

ATKINS, Ralph et STOTHARD, Michael. « LafargeHolcim chief executive to step down over Syria controversy », Financial Times [en ligne]. 23 avril 2017. [consulté le 28 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.ft.com/content/b1a79a40-2806-11e7-bc4b-5528796fe35c.

BERGER, Diane. « Philippines: un otage allemand exécuté par un groupe islamiste », Le Figaro.fr [en ligne]. 27 février 2017. [consulté le 1 avril 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/international/2017/02/27/01003-20170227ARTFIG00281-philippines-un-otage-allemand-execute-par-un-groupe-islamiste.php.

BOUDET, Alexandre. « L'état d'urgence prolongé une dernière fois avant sa probable levée en novembre », Le Huffington Post [en ligne]. 6 juillet 2017. [consulté le 22 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.huffingtonpost.fr/2017/07/06/letat-durgence-prolonge-une-derniere-fois-avant-sa-probable-le_a_23019142/.

BUISSON, Jacques. « Enquête préliminaire », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, octobre 2006. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000124&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

CEDH. « Affaire Murray c. Pays-Bas » [en ligne]. 26 avril 2016. [consulté le 8 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":["FRE"],"appno":["10511/10"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER"],"itemid":["001-162615"]}.

CEDH. « Affaire Bodein c. France » [en ligne]. 13 novembre 2014. [consulté le 8 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-147880"]}.

CEDH. « Affaire Huvig c. France » [en ligne]. 24 avril 1990. [consulté le 5 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62184.

CNCDH. « Avis sur la loi relative à la securité publique » [en ligne]. 23 février 2017. [consulté le 24 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/170223_avis_sur_le_projet_de_loi_securite_publique_1.pdf.

CNCDH. « Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme » [en ligne]. 25 septembre 2014. Disponible à l'adresse : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/14.09.25_avis_projet_de_loi_terrorisme_1.pdf.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. « Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 » [en ligne]. 15 décembre 2017. [consulté le 4 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-682-qpc/decision-n-2017-682-qpc-du-15-decembre-2017.150405.html.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. « Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017 » [en ligne]. 7 avril 2017. [consulté le 28 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-625-qpc/decision-n-2017-625-qpc-du-7-avril-2017.148904.html.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. « Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 » [en ligne]. 10 février 2017. [consulté le 13 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2016-611-qpc/decision-n-2016-611-qpc-du-10-fevrier-2017.148614.html.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. « Présentation générale » [en ligne]. 9 mai 2008. Disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Cesare Battisti (1954) », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 20 novembre 2017. [consulté le 8 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare_Battisti_(1954)&oldid=142780844.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Attentats de mars 2012 en France », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 26 septembre 2017. [consulté le 31 mai 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Attentats_de_mars_2012_en_France&oldid=140976892.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Chronologie des attentats en France en 2015 », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 30 août 2017. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Chronologie_des_attentats_en_France_en_2015&oldid=140201053.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Chronologie des attentats en France en 2016 », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 30 août 2017. [consulté le 11 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Chronologie_des_attentats_en_France_en_2016&oldid=140201075.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Guerra do Golfo », Wikipédia, a enciclopédia livre [en ligne]. Wikipédia, 2 août 2017. [consulté le 26 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_do_Golfo?oldformat=true#For.C3.A7as_da_Coaliz.C3.A3o_invadem_o_sul_do_Iraque.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Attentat contre Charlie Hebdo », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 13 juin 2017. [consulté le 15 juin 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Attentat_contre_Charlie_Hebdo&oldid=138145865.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 12 juin 2017. [consulté le 26 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Conf%C3%A9rence_des_Nations_unies_sur_l%27environnement_et_le_d%C3%A9veloppement&oldid=138137357.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Attentats du 13 novembre 2015 en France », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 4 juin 2017. [consulté le 15 juin 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Attentats_du_13_novembre_2015_en_France&oldid=137931723.

CONTRIBUTEURS DE WIKIPÉDIA. « Assaut de Dammartin-en-Goële », Wikipédia, l'encyclopédie libre [en ligne]. Wikipédia, 25 avril 2017. [consulté le 23 août 2017]. Disponible à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Assaut_de_Dammartin-en-Go%C3%ABle&oldid=136799315.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. « Estatuto de la Corte IDH » [en ligne]. s.d. Disponible à l'adresse : http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto.

COUR DE CASSATION. « Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 25 avril 2017, 16-83.331, Publié au bulletin » [en ligne]. 25 avril 2017. [consulté le 4 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034548172&fastReqId=955191944&fastPos=18.

COUR DE CASSATION. « Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 27 février 2013, 12-81.063, Publié au bulletin » [en ligne]. 27 février 2013. [consulté le 3 octobre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000027126181.

COUR DE CASSATION. « Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 12 février 2008, 07-87.753, Publié au bulletin » [en ligne]. 12 février 2008. [consulté le 5 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018233012&fastReqId=1126445111&fastPos=4.

COUR DE CASSATION. « Arrêt n° 5795 du 13 décembre 2016 (16-84.794) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2016:CR05792 » [en ligne]. s.d. [consulté le 22 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/5795_13_35668.html.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. « La cour en bref » [en ligne]. s.d. Disponible à l'adresse : http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_FRA.pdf.

DIDOT L'AINÉ, P. et DIDOT, Firmin (dir.). Code pénal suivi d'une table alphabétique et raisonnée des matières [en ligne]. Paris : P. Didot l'ainé et F. Didot, 1810. [consulté le 30 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k8524693.

DINAH, Eliza. « "Pichadores de elite" da capital são acusados por sete anos de crimes », BHAZ [en ligne]. 10 décembre 2017. [consulté le 4 janvier 2018]. Disponible à l'adresse : http://bhaz.com.br/2017/12/10/pichadores-de-elite/.

DOURNEAU-JOSETTE, Pascal. « Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications électroniques », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, juillet 2016. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000386&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

DREYER, Emmanuel. « Apologie publique de certaines infractions », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, octobre 2015. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000378&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

EBC - AGÊNCIA BRASIL. « Brasil tem mais mortes violentas do que a Síria em guerra, mostra anuário », Agência Brasil - Últimas notícias do Brasil e do mundo [en ligne]. 28 octobre 2016. [consulté le 24 novembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/brasil-tem-mais-mortes-violentas-do-que-siria-em-guerra-mostra.

EVIN, Florence. « Après la reprise de Palmyre, la reconstruction en question », Le Monde.fr [en ligne]. 29 mars 2016. [consulté le 23 août 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2016/03/29/80-de-l-architecture-du-site-de-palmyre-n-aurait-pas-ete-touchee-par-l-etat-islamique_4891416_3218.html.

EVIN, Florence. « En Irak, la cité parthe de Hatra détruite par les djihadistes », Le Monde.fr [en ligne]. 9 mars 2015. [consulté le 23 août 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.lemonde.fr/arts/article/2015/03/09/en-irak-la-cite-parthe-de-hatra-detruite-par-les-djihadistes_4589789_1655012.html.

FATF. « The FATF Recommendations - International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation » [en ligne]. FATF, février 2012. [consulté le 11 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf.

FERNANDO MARTINES. « Presos na operação hashtag são condenados com base na Lei de Terrorismo », Consultor Jurídico [en ligne]. s.d. [consulté le 11 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.conjur.com.br/2017-mai-04/presos-operacao-hashtag-sao-condenados-lei-terrorismo.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. « Cangaço », Brasil Escola [en ligne]. s.d. [consulté le 28 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://brasilescola.uol.com.br/brasil/cangaco.htm.

GAFI. « Les recommandations du GAFI : normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération » [en ligne]. février 2012. Disponible à l'adresse : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations%20GAFI%20-%20f%C3%A9vrier%202017.pdf.

GONZALÈS, Paule. « La Chancellerie crée un parquet national antiterroriste autonome », LE FIGARO.fr [en ligne]. 18 décembre 2017. [consulté le 21 décembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/12/18/01016-20171218ARTFIG00144-la-garde-des-sceaux-annonce-la-creation-d-un-parquet-national-antiterroriste-autonome.php.

GUÉRY, Christian. « Détention provisoire », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, juin 2013. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000359&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

HERZOG-EVANS, Martine. « Peine : Exécution », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, juillet 2016. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000231&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

JEANDIDIER, Wilfrid. « Criminalité et délinquance organisées », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, janvier 2017. [consulté le 6 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000391&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

LE MONDE. « Les principaux attentats en France depuis 2012 », Le Monde.fr [en ligne]. 15 juillet 2016. [consulté le 22 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/07/15/les-principaux-attentats-en-france-depuis-2012_4970357_3224.html.

MAYAUD, Yves. « Terrorisme », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, février 2015. [consulté le 12 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000305&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

MAYAUD, Yves. « Terrorisme », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale [en ligne]. Dalloz, février 2015. [consulté le 16 mai 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000305&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN.

MAYAUD, Yves. « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », AJ Pénal. http://www.dalloz.fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJPEN/CHRON/2013/0124. 16 septembre 2013, vol. 2013, n° 09, pp. 442-446.

MINISTÉRIO PUBLICO FEDERAL. « Entenda o caso — Caso Lava Jato » [en ligne]. s.d. [consulté le 25 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.mpf.mp.br/, http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso.

NATIONAL CONSORTIUM FOR THE STUDY OF TERRORISM AND RESPONSES TO TERRORISM. « Global Terrorism Database », Global Terrorism Database [en ligne]. juin 2017. Disponible à l'adresse : https://www.start.umd.edu/gtd/.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. « Institucional » [en ligne]. 11 décembre 2017. Disponible à l'adresse : http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional.

YAYA DOUMBÈ BRUNET, Marie. Crime contre l'humanité et terrorisme [en ligne]. Poitiers : Université de Poitiers, 17 avril 2014. Disponible à l'adresse : http://nuxeo.edel.univ-poitiers.fr/nuxeo/site/esupversions/eef06a44-b9fe-441c-84f3-2f8b4f147881.

# Annexe I

# Tableaux comparatifs des comportements terroristes

| Atteintes volontaires à la vie | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Meurtre | Homicide simple |
| Assassinat | Homicide aggravé (*qualificado*) |
| Empoisonnement | |
| Sans correspondance | Infanticide |
| | Avortement (simple ou aggravé) |

| Atteintes volontaires à l'intégrité de la personne | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Tortures et actes de barbarie | Tortures et actes de barbarie ayant entrainé des lésions corporelles ou la mort |
| Violences ayant entrainé : | Lésions corporelles : |
| La mort sans intention de la donner | Suivies de mort (ayant entrainé la mort sans intention de la donner) |
| Une mutilation ou une infirmité permanente | Gravissime |
| Une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours | Grave |
| Aucune incapacité de travail | Légère |
| Violences psychologiques | Sans correspondance |
| Le fait d'user des manœuvres dolosives afin de déterminer quelqu'un à quitter le territoire de la République, dans le but de contraindre cette personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger | |
| Administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui | |
| Embuscade | |
| Menaces | |

<table>
<tr><th colspan="2">Atteintes aux libertés de la personne</th></tr>
<tr><th>France</th><th>Brésil</th></tr>
<tr><td>L'enlèvement</td><td rowspan="3">Le fait de saboter le fonctionnement ou de s'emparer, avec violence, grave menace à la personne ou en utilisant de mécanismes cybernétiques, du contrôle total ou partiel, même de façon temporaire, d'un moyen de communication ou de transport, de ports, d'aéroports, de stations ferroviaires ou routières, d'hôpitaux, de maisons de santé, d'écoles, de stades sportifs, d'installations publiques ou de locaux destinés aux services publiques essentiels, d'installations de génération ou transmission d'énergie, d'installations militaires, d'installations d'exploitation, de raffinage et de production de pétrole et de gaz et d'institutions bancaires et de leurs réseaux d'agences</td></tr>
<tr><td>La séquestration</td></tr>
<tr><td>Le détournement d'aéronef ou de tout moyen de transport</td></tr>
</table>

| Les infractions contre les biens | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Vols simples ou aggravés | Vols aggravés ayant entrainé une lésion corporelle ou la mort |
| Extorsions simples ou aggravées | Extorsions ayant entrainé une lésion corporelle ou la mort |
| Destructions, dégradations et détériorations : | Sans correspondance |
| La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui | |
| Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain | |
| D'un immeuble ou objet mobilier classé ou inscrit en application des dispositions du code du patrimoine ou un document d'archives privées classé en application des dispositions du même code | |
| Du patrimoine archéologique, au sens de l'article L. 510-1 du code du patrimoine | |
| D'un bien culturel qui relève du domaine public mobilier ou qui est exposé, conservé ou déposé, même de façon temporaire, soit dans un musée de France, une bibliothèque, une médiathèque ou un service d'archives, soit dans un lieu dépendant d'une personne publique ou d'une personne privée assurant une mission d'intérêt général, soit dans un édifice affecté au culte | |
| D'un édifice affecté au culte | |
| Le fait d'importer, d'exporter, de faire transiter, de transporter, de détenir, de vendre, d'acquérir ou d'échanger un bien culturel présentant un intérêt archéologique, artistique, historique ou scientifique en sachant que ce bien a été soustrait d'un territoire qui constituait, au moment de la soustraction, un théâtre d'opérations de groupements terroristes et sans pouvoir justifier la licéité de l'origine de ce bien | |
| Le fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant soit à une commune qui s'est conformée aux obligations lui incombant en vertu du schéma départemental prévu à l'article 1er de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage ou qui n'est pas inscrite à ce schéma, soit à tout autre propriétaire autre qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain | |

<table>
<tr><th colspan="2">Les infractions contre les biens</th></tr>
<tr><th>France</th><th>Brésil</th></tr>
<tr><td>Destructions, détériorations et dégradations sans résultat matériel :</td><td>Destructions, détériorations et dégradations sans résultat matériel :</td></tr>
<tr><td>La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes</td><td rowspan="6">Utiliser ou menacer d’utiliser, transporter, garder, porter ou amener avec soi, explosifs, gaz toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires, ou autres moyens capables de causer des dommages ou de promouvoir des destructions de masse</td></tr>
<tr><td>Le fait de diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matières nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole</td></tr>
<tr><td>La détention ou le transport de substances ou produits incendiaires ou explosifs ainsi que d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou engins incendiaires ou explosifs en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, des infractions définies à l'article 322-6 ou d'atteintes aux personnes</td></tr>
<tr><td>La menace de commettre une destruction, une dégradation ou une détérioration dangereuses pour les personnes, lorsqu'elle est soit réitérée, soit matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet.</td></tr>
<tr><td>La menace, par quelque moyen que ce soit, de commettre une destruction, une dégradation ou une détérioration, lorsqu'elle est faite avec l'ordre de remplir une condition</td></tr>
<tr><td>Le fait de communiquer ou de divulguer une fausse information dans le but de faire croire qu'une destruction, une dégradation ou une détérioration dangereuse pour les personnes va être ou a été commise</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="2">Les infractions en matière informatique</th></tr>
<tr><th>France</th><th>Brésil</th></tr>
<tr><td>Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données</td><td rowspan="4">Le fait de saboter le fonctionnement ou de s’emparer, avec violence, grave menace à la personne ou en utilisant de mécanismes cybernétiques, du contrôle total ou partiel, même de façon temporaire, d’un moyen de communication ou de transport, de ports, d’aéroports, de stations ferroviaires ou routières, d’hôpitaux, de maisons de santé, d’écoles, de stades sportifs, d’installations publiques ou de locaux destinés aux services publiques essentiels, d’installations de génération ou transmission d’énergie, d’installations militaires, d’installations d’exploitation, de raffinage et de production de pétrole et de gaz et d’institutions bancaires et de leurs réseaux d’agences</td></tr>
<tr><td>Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données</td></tr>
<tr><td>Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient</td></tr>
<tr><td>Le fait, sans motif légitime, notamment de recherche ou de sécurité informatique, d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un équipement, un instrument, un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="2">Les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous</th></tr>
<tr><th>France</th><th>Brésil</th></tr>
<tr><td>Le fait de participer à un groupe de combat</td><td rowspan="4">Promouvoir, constituer, intégrer, ou aider, personnellement ou par un tiers, l’organisation terroriste</td></tr>
<tr><td>Le fait de participer au maintien ou à la reconstitution, ouverte ou déguisée, d'une association ou d'un groupement dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées</td></tr>
<tr><td>Le fait d'organiser un groupe de combat</td></tr>
<tr><td>Le fait d'organiser le maintien ou la reconstitution, ouverte ou déguisée, d'un groupe de combat dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 précitée</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="2">Les faux</th></tr>
<tr><th>France</th><th>Brésil</th></tr>
<tr><td>Le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation</td><td rowspan="2">Promouvoir, constituer, intégrer, ou aider, personnellement ou par un tiers, l'organisation terroriste</td></tr>
<tr><td>Le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation</td></tr>
<tr><td>Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation</td><td rowspan="3">Sans correspondance</td></tr>
<tr><td>La détention frauduleuse de l'un des faux documents définis à l'article 441-2</td></tr>
<tr><td>Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="2">Le recel</th></tr>
<tr><th>France</th><th>Brésil</th></tr>
<tr><td>Le recel du produit de l'une des infractions prévues aux 1° à 4° de l'article 421-1 du CP</td><td>Recevoir, fournir, offrir, obtenir, garder, maintenir en dépôt, solliciter, investir, de n'importe quelle manière, directe ou indirectement, des recours, actifs, biens, droits, valeurs ou services de n'importe quelle nature, pour le planning, la préparation ou l'exécution des crimes prévus dans cette loi</td></tr>
</table>

| Les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies par les articles 222-52 à 222-54,322-6-1 et 322-11-1 du présent code, le I de l'article L. 1333-9, les articles L. 1333-11 et L. 1333-13-2, le II des articles L. 1333-13-3 et L. 1333-13-4, les articles L. 1333-13-6, L. 2339-2, L. 2339-14, L. 2339-16, L. 2341-1, L. 2341-4, L. 2341-5, L. 2342-57 à L. 2342-62, L. 2353-4, le 1° de l'article L. 2353-5 et l'article L. 2353-13 du code de la défense, ainsi que les articles L. 317-7 et L. 317-8 à l'exception des armes de la catégorie D définies par décret en Conseil d'Etat, du code de la sécurité intérieure (C'est une énorme liste visant toute fabrication, commerce, transfert, transport, détention, port, de plusieurs types d'armes, à savoir, nucléaires, chimiques, biologiques, explosifs, armes à feu et de plus tout encouragement, incitation et provocation à l'utilisation des armes le plus dangereuses). | Utiliser ou menacer d'utiliser, transporter, garder, porter ou amener avec soi, explosifs, gaz toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires, ou autres moyens capables de causer des dommages ou de promouvoir des destructions de masse |

| Les infractions à connotation financière | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Les infractions de blanchiment prévues au chapitre IV du titre II du livre II du CP | Sans correspondance |
| Les délits d'initié prévus aux articles L. 465-1à L. 465-3 du code monétaire et financier | |
| Le financement du terrorisme : | Le financement du terrorisme : |
| Le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ce fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte | Recevoir, fournir, offrir, obtenir, garder, maintenir en dépôt, solliciter, investir, de n'importe quelle manière, directe ou indirectement, des ressources, actives, biens, droits, valeurs ou services de n'importe quelle nature, pour la planification, la préparation ou l'exécution des crimes prévus dans cette loi. |
| | Le fait d'offrir ou de recevoir, d'obtenir, de garder, de maintenir en dépôt, de solliciter, d'investir, ou, par n'importe quel moyen, de contribuer à l'obtention de fonds, de bien ou de ressources financières, avec la finalité de financer, totalement ou partiellement, personne, groupe de personnes, association, entité, organisation criminelle, qui ait comme activité principale ou secondaire, ou même de nature éventuelle, la pratique des crimes prévus dans cette loi |

| Le terrorisme écologique | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel. | Utiliser ou menacer d'utiliser, transporter, garder, porter ou amener avec soi, explosifs, gaz toxiques, poisons, contenus biologiques, chimiques, nucléaires, ou autres moyens capables de causer des dommages ou de promouvoir des destructions de masse |

| Association de malfaiteurs terroristes | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents. | Promouvoir, constituer, intégrer ou prêter aide, personnellement ou par un tiers, à une organisation terroriste |

| La non justification de ressources, tout en étant en relation avec des terroristes | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2 | Sans correspondance |

<table>
<tr><th colspan="2">Le recrutement, incitation et apologie du terrorisme</th></tr>
<tr><th>France</th><th>Brésil</th></tr>
<tr><td>Le fait d’adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou de la menacer ou d’exercer sur elle des pressions afin qu’elle participe à un groupement ou une entente, prévue à l’article 421-2-1 ou pour qu’elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2</td><td>Encoure les mêmes peines l’agent qui, avec l’intention de pratiquer des actes de terrorisme : I – de recruter, organiser, transporter ou munir des individus qui voyagent vers un pays distinct de celui de leur résidence ou nationalité ; ou II – de fournir ou recevoir un entraînement dans un pays distinct de celui de leur résidence ou nationalité</td></tr>
<tr><td>Le fait, par une personne ayant autorité sur un mineur, de faire participer ce mineur à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2</td><td rowspan="3">Sans correspondance</td></tr>
<tr><td>Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes</td></tr>
<tr><td>Le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver, en connaissance de cause, l'efficacité des procédures prévues à l'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou à l'article 706-23 du code de procédure pénale</td></tr>
</table>

| La préparation à la commission de certains actes de terrorisme | |
|---|---|
| **France** | **Brésil** |
| Le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par :<br><br>1° Le fait de détenir, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ;<br><br>2° Et l'un des autres faits matériels suivants :<br><br>a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ;<br><br>b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ;<br><br>c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ;<br><br>d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.<br><br>II. – Le I s'applique à la préparation de la commission des infractions suivantes :<br><br>1° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 1° de l'article 421-1 ;<br><br>2° Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 2° du même article 421-1, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ;<br><br>3° Soit un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes. | Réaliser des actes préparatoires de terrorisme avec l'intention claire de consommer un tel délit. |

# Annexe II

# Textes juridiques mentionnés

## Textes internationaux

### Amérique

#### Conventions

Convention Américaine des droits humains, connue comme « Pacte de Saint José da Costa Rica », adoptée par L'organisation des États Américains, São José da Costa Rica, 22 novembre 1969.

Convention sur la prévention et la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de crimes contre des personnes ou d'actes d'extorsion connexes qui ont une portée internationale (OEA), adoptée le 2 février 1971.

Convention Interaméricaine contre la Fabrication et le Trafic illicites d'armes à feu, munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes, Washington, 14 novembre 1997.

Convention interaméricaine de lutte contre le terrorisme, Bridgetown, 3 juin 2002.

Convention adoptée en 2002 dans le Cadre de l'OEA, 17 septembre 2002.

### Europe

#### Conventions du Conseil de l'Europe

Convention européenne pour la répression du terrorisme, Strasbourg, 27 janvier 1977.

Convention Européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 26 juin 1987.

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, 8 novembre 1990.

Protocole portant amendement à la convention européenne pour la répression du terrorisme, Strasbourg, 15 mai 2003. Pas encore en vigueur.

Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Varsovie, 16 mai 2005.

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et á la confiscation de produits du crime et au financement du terrorisme, 16 mai 2005.

Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Varsovie, 16 mai 2005.

## Directives de l'Union Européenne

Directive 91/308/CEE du Conseil de l'Europe du 10 juin 1991.

Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001.

Directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003.

Directive 2003/124/CE du 22 décembre 2003.

Directive 2003/125/CE du 22 décembre 2003.

Directive 2004/72/CE du 29 avril 2004.

Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005.

Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008.

Directive 2013/40/UE du 12 août 2013.

Directive (UE) 2017/541 du 15 mars 2017.

## Règlement de l'Union Européenne

Règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014.

# Multilatéral (Nations Unies)

## Conférence

Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 1992.

## Conventions

Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, Tokyo, 14 septembre 1963.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965.

Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, La Haye, 16 décembre 1970.

Convention de La Haye du 16 décembre 1970.

Convention de Montréal du 23 septembre 1971.

Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, Montréal, 23 septembre 1971.

Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, Londres, Moscou et Washington, 10 avril 1972.

Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, 14 septembre 1973.

Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'assemblée générale des Nations unies, 17 décembre 1979.

Convention sur la protection physique des matières nucléaires, Vienne, 3 mars 1980.

Convention contre la torture et autres traitements cruels, inhumains, ou dégradants, adoptée par l'Assemblée des Nations Unies, 10 décembre 1984.

Convention et Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et des plates-formes situées sur le plateau continental, Rome, 10 mars 1988.

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Vienne, 20 décembre 1988.

Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection, Montréal, 1er mars 1991.

Convention sur l'Interdiction des Armes Chimiques, 13 janvier 1993.

Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, 15 décembre 1997.

Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, 9 décembre 1999.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale le 15 novembre 2000.

Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, 13 avril 2005.

## Protocole

Le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention du 23 septembre 1971, conclu à Montréal le 24 février 1988.

## Recommendations

Recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI).

The FATF Recommendations - International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation.

## Résolutions

Résolution 1373 (2001) du Conseil de securité des Nations Unies - Adoptée par le Conseil de sécurité sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes.

Résolution 1452 (2002) du Conseil de securité des Nations Unies - Menaces à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes.

Résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité des Nations Unies - Non-prolifération des armes de destruction massive.

Résolution 1624 (2005) du 14 septembre 2005, du Conseil de sécurité de l'ONU.

Résolution 1977 (2011) du Conseil de sécurité des Nations Unies - Non-prolifération des armes de destruction massive.

Résolution 2178 (2014) du Conseil de Sécurité de l'ONU.

### Statuts

Statut du Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

Statut du Tribunal International pour le Rwanda (TPIR).

Statut du Tribunal spécial pour la sierra Leone (TSSL).

### Traités

Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes, signé le 14 février 1967, à Tlatelolco (Mexique).

Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, ouvert à la signature le 1er juillet 1968 à Londres, Moscou et Washington.

## Sud-asie

### Protocole

Protocole de 2004 à la Convention de l'ASACR.

# Textes nationaux

## Brésil

### Constitution

Constitution fédérale de 1988.

### Codes

Code pénal ; Code de procédure pénal.

### Décrets

Décret nº 77.374 (01 avril 1976) ; décret nº 678, de 6 novembre 1992) ; décret nº 1.246 (16 septembre 1994) ; décret nº 2.864 (7 décembre 1998) ; décret nº 2.977 (1 mars 1999) ; décret nº 44.214 (30 août 1999) ; décret nº 3.229 (29 octobre 1999) ; décret nº 3.518 (20 juin 2000) ; décret nº 3.976 (18 octobre 2001) ; décret nº 5.015 (12 mars 2004) ; décret nº 5.639 (26 décembre 2005) ; décret nº 5.640 (26 décembre 2005) ; décret nº 7.722 (20 avril 2012) ; décret nº 8.530 (28 septembre 2015) ; décret nº 8.615 (23 décembre 2015).

## Lois

Décret-loi nº 2.848 (7 décembre 1940) – Code pénal ; décret-loi nº 3.689 (3 octobre 1941) – Code de procédure pénale ; loi nº 2889 (1 octobre 1956) ; loi nº 4.117 (27 août 1962) ; loi nº 6.368, de 21 octobre 1976) ; loi nº 6.385 (7 décembre 1976) ; loi nº 6.683 (28 août 1979) ; loi nº 6.815 (19 août 1980) ; loi nº 7.170 (14 juillet 1983 ) ; loi nº 7.210, 11 juillet 1984) ; loi nº 7.492 (16 juin 1986) ; loi nº 7.716 (5 juin 1989) ; loi nº 7.960 (21 décembre 1989) ; loi nº 8.069 (13 juillet 1990 (ECA)) ; loi nº 8.072 (25 juillet 1990) ; loi nº 8.137 (27 décembre 1990) ; loi nº 8.906 (4 juillet 1994) ; loi nº 8.930 (6 septembre 1994) ; loi nº 9.034 (3 mai 1995) ; loi nº 9.112 (10 octobre 1995, modifiée par la medida provisória nº 2.216-37 (31 août 2001) ; loi nº 9.296 (24 juillet 1996) ; loi nº 9.303 (5 septembre 1996 ) ; loi nº 9.459 (15 mai 1997) ; loi nº 9.605 (12 février 1998 ) ; loi nº 9.613 (03 mars 1998) ; loi nº 9.695 (20 août 1998) ; loi nº 9.807 (13 juillet 1999 ) ; loi nº 10.354 (25 août 1999) ; loi nº 10.217 (11 avril 2001) ; loi nº 10.303 (31 octobre 2001) ; loi nº 11.343 (23 août 2006 ) ; loi nº 11.449 (15 janvier 2007) ; loi nº 11.464 (28 mars 2007) ; loi nº 11.719 (20 juin 2008) ; loi nº 11.829 (25 novembre 2008) ; loi nº 12.015 (7 août 2009) ; loi nº 12.403 (4 mai 2011) ; loi nº 12.529 (30 novembre 2011) ; loi nº 12.694 (24 juillet 2012) ; loi nº 12.737 (30 novembre 2012) ; loi nº 12.846 (1 août 2013) ; loi nº 12.850 (2 août 2013) ; loi nº 12.978 (21 mai 2014) ; loi nº 13.245 (12 janvier 2016) ; loi nº 13.260 (16 mars 2016) ; loi nº 13.344 (06 octobre 2016).

## Articles

### Constitution fédérale

Articles 4 ; 5 ; 20 ; 21 ; 48 ; 109 ; 127 ; 128 ; 129.

### Code pénal

Articles 14 ; 15 ; 17 ; 28 ; 32 ; 33 ; 43 ; 49 ; 65 ; 67 ; 69 ; 75 ; 83 ; 91 ; 92 ; 107 ; 109 ; 110 ; 111 ; 112 ; 113 ; 114 ; 115 ; 116 ; 117 ; 118 ; 121 ; 122 ; 123 ; 124 ; 125 ; 126 ; 129 ; 148 ; 157 ; 158 ; 159 ; 180 ; 213 ; 217 ; 218 ; 223 ; 252 ; 253 ; 267 ; 270 ; 273 ; 286 ; 287 ; 288 ; 149-A ; 154-A ; 214 ; 288.

### Code de procédure pénal

Articles 13-B ; 156 ; 217 ; 306 ; 311 ; 312 ; 313 ; 319 ; 436 ; 447.

# France

## Constitution

Constitution de 1958.

## Codes

Code de la défense ; Code de l'environnement ; Code monétaire et financier ; Code pénal de 1810 ; Code pénal de 1994 ; Code de procédure pénale ; Code de sécurité intérieure.

## Décrets

Décret du parlement de Paris du 29 avril 1642 ; Décret nº 63-1228 (11 décembre 1963) ; Décret nº 95-450 (4 mai 1995) ; Décret nº 2015-125 (5 févr. 2015).

## Lois

Loi nº 1810-02-16 promulguée le 26 février 1810 ; loi du 29 juillet 1881 ; loi scélérate du 18 décembre 1893 ; loi nº 55 385 (3 avril 1955) ; loi nº 61 842 (2 août 1961) ; loi nº 91 1381 (30 décembre 1991) ; loi nº 72 467 (9 juin 1972 ) ; loi nº 76 663 (19 juillet 1976) ; loi nº 77 771 (12 juillet 1977) ; loi nº 78 17 (6 janvier 1978 ) ; loi nº 81 82 (2 février 1981) ; loi nº 82 905 (21 octobre 1982) ; loi nº 85 660 (3 juillet 1985) ; loi nº 86 1020 (9 septembre 1986 ) ; loi nº 87 1157 (31 décembre 1987 ) ; loi nº 88 1261 (30 décembre 1988) ; loi nº 91 1264 (19 décembre 1991) ; loi nº 92 3 (3 janvier 1992) ; loi nº 92 646 (13 juillet 1992 ) ; loi nº 92 654 (13 juillet 1992) ; loi nº 92 686 (22 juillet 1992) ; loi nº 92 1336 (16 décembre 1992 ) ; loi nº 93 2 (4 janvier 1993) ; loi nº 93 1013 (24 août 1993) ; loi nº 75 633 (15 juillet 1995) ; loi nº 96 647 (22 juillet 1996) ; loi nº 98 467 (17 juin 1998) ; La loi nº 99 515 (23 juin 1999) ; loi nº 2000 516 (15 juin 2000) ; loi nº 2001 420 (15 mai 2001 ) ; loi nº 2001 1062 (15 novembre 2001) ; loi nº 2002 307 (4 mars 2002) ; loi nº 2002 1062 (6 août 2002) ; loi nº 2002 1138 (9 septembre 2002) ; loi nº 2003 239 (18 mars 2003) ; loi nº 2004 204 (9 mars 2004 ) ; loi nº 2004 575 (21 juin 2004) ; loi constitutionnelle 2005 205 (1 mars 2005 ) ; loi nº 2005 842 (26 juillet 2005 ) ; loi nº 2006 64 (23 janvier 2006) ; loi nº 2007 291 (5 mars 2007) ; loi nº 2007 297 (5 mars 2007 ) ; loi nº 2008 134 (13 février 2008) ; loi nº 2008 724 (23 juillet 2008) ; loi nº 2011 267 (14 mars 2011) ; loi nº 2011 392 (14 avril 2011) ; loi nº 2012 1432 (21 décembre 2012) ; loi nº 2013 711 (5 août 2013 ) ; loi nº 2014 372 (28 mars 2014 ) ; loi nº 2014 535 (27 mai 2014 ) ; loi nº 2014 1353 (13 novembre 2014) ; loi nº 2015 912 (24 juillet 2015 ) ; loi nº 2015 1501 (20 novembre 2015) ; loi nº 2016 731 (3 juin 2016 ) ; loi nº 2016 819 (21 juin 2016) ; loi nº 2016 1087 (8 août 2016) ; loi nº 2016 1547 (18 novembre 2016) ; loi nº 2017 86 (27 janvier 2017) ; loi nº 2017 258 (28 février 2017) ; loi nº 2017 1510 (30 octobre 2017).

## Ordonnances

Ordonnance 2000-916 (9 septembre 2000) ; ordonnance 2012-34 (11 janvier 2012) ; ordonnance 2015-615 (4 juin 2015).

## Articles

### Constitution française

Articles 17 ; 34 ; 55 ; 61 1.

### Code de la défense

Articles L1333 11 ; L1333 13 2 ; L1333 13 4 ; L1333 9 ; L2339 2 ; L2339 14 ; L2341 1 ; L2341 5 ; L2342 57 ; L2342 62 ; L2353 4 ; L2353 13 ; L315 1 ; L315 2 ; L317 7 ; L317 8.

### Code monétaire et financier

Articles L465 1 ; L465 2 ; L465 3.

## Code pénal

Articles 111 1 ; 121 4 ; 121 5 ; 131 1 ; 131 11 ; 131 14 ; 131 21 ; 131 26 ; 131 27 ; 131 30 ; 131 31 ; 131 39 ; 131 4 ; 131 5 ; 131 6 ; 132 23 ; 132 71 ; 132 76 ; 132 77 ; 132 78 ; 133 1 ; 133 2 ; 133 3 ; 133 4 ; 133 7 ; 133 8 ; 133 9 ; 212 1 ; 221 ; 221 1 ; 221 2 ; 221 3 ; 221 4 ; 221 5 ; 221 5 1 ; 222 1 ; 222 2 ; 222 3 ; 222 4 ; 222 5 ; 222 6 ; 222 7 ; 222 8 ; 222 9 ; 222 10 ; 222 11 ; 222 12 ; 222 13 ; 222 14 ; 222 14 3 ; 222 14 4 ; 222 15 ; 222 15 1 ; 222 16 ; 222 17 ; 222 18 ; 222 26 ; 222 39 1 ; 222 52 ; 222 53 ; 222 54 ; 224 1 ; 224 2 ; 224 3 ; 224 4 ; 224 5 ; 224 5 1 ; 224 5 2 ; 224 6 ; 224 6 1 ; 224 7 ; 224 8 ; 224 8 1 ; 225 4 1 ; 225 4 8 ; 225 6 ; 225 9 ; 225 12 5 ; 227 23 ; 311 1 ; 311 2 ; 311 4 ; 311 4 1 ; 311 4 2 ; 311 5 ; 311 6 ; 311 7 ; 311 8 ; 311 9 ; 311 9 1 ; 311 10 ; 311 11 ; 312 1 ; 312 1 7 ; 312 2 ; 312 3 ; 312 4 ; 312 5 ; 312 6 ; 312 6 1 ; 312 7 ; 312 8 ; 312 9 ; 321 1 ; 321 6 ; 322 1 ; 322 2 ; 322 3 ; 322 3 1 ; 322 3 2 ; 322 4 ; 322 4 1 ; 322 5 ; 322 6 ; 322 6 1 ; 322 7 ; 322 8 ; 322 9 ; 322 10 ; 322 11 ; 322 11 1 ; 323 1 ; 323 2 ; 323 3 ; 323 3 1 ; 323 4 ; 323 4 1 ; 323 5 ; 323 6 ; 323 7 ; 323 8 ; 324 1 ; 324 1 1 ; 324 2 ; 324 3 ; 324 4 ; 324 5 ; 324 6 ; 324 6 1 ; 324 7 ; 324 8 ; 324 9 ; 421 1 ; 421 1 2 ; 421 2 ; 421 2 1 ; 421 2 2 ; 421 2 3 ; 421 2 4 ; 421 2 4 1 ; 421 2 5 ; 421 2 5 1 ; 421 2 5 2 ; 421 2 6 ; 421 3 ; 421 4 ; 421 5 ; 421 6 ; 421 7 ; 422 1 ; 422 2 ; 422 3 ; 422 4 ; 422 6 ; 422 7 ; 431 13 ; 431 14 ; 431 15 ; 431 16 ; 431 17 ; 432 13 ; 434 6 ; 441 2 ; 441 3 ; 441 4 ; 441 5 ; 442 1 ; 450 1 ; 450 2 1 ; 632 1 ; 635 8.

## Code pénal de 1810

Articles 265 ; 266 ; 267 ; 268.

## Code de procédure pénale

Articles 63 ; 72 ; 81 ; 93 ; 100 ; 144 ; 145 ; 147 ; 154 ; 191 ; 201 ; 249 ; 399 ; 729 ; 100 1 ; 100 2 ; 100 3 ; 100 4 ; 100 5 ; 100 6 ; 100 7 ; 113 1 ; 113 2 ; 113 3 ; 113 4 ; 113 5 ; 113 6 ; 113 7 ; 132 17 ; 137 1 ; 137 4 ; 143 1 ; 144 1 ; 145 1 ; 145 2 ; 145 3 ; 230 32 ; 230 33 ; 230 34 ; 230 35 ; 230 36 ; 230 37 ; 230 38 ; 230 39 ; 230 40 ; 230 41 ; 230 42 ; 230 43 ; 230 44 ; 317 1 ; 412 2 5 ; 421 2 5 1 ; 421 2 5 2 ; 62 2 ; 62 3 ; 63 4 2 ; 698 6 ; 706 16 ; 706 17 ; 706 18 ; 706 19 ; 706 20 ; 706 21 ; 706 22 ; 706 22 1 ; 706 23 ; 706 24 ; 706 24 3 ; 706 24 4 ; 706 25 ; 706 25 10 ; 706 25 11 ; 706 25 12 ; 706 25 13 ; 706 25 14 ; 706 25 2 ; 706 25 3 ; 706 25 4 ; 706 25 5 ; 706 25 6 ; 706 25 7 ; 706 25 8 ; 706 25 9 ; 706 35 ; 706 57 ; 706 58 ; 706 60 ; 706 61 ; 706 63 1 ; 706 72 ; 706 73 ; 706 73 1 ; 706 81 ; 706 82 ; 706 83 ; 706 84 ; 706 85 ; 706 86 ; 706 87 ; 706 87 1 ; 706 88 ; 706 88 1 ; 706 88 2 ; 706 89 ; 706 90 ; 706 91 ; 706 95 ; 706 95 1 ; 706 95 2 ; 706 95 3 ; 706 95 4 ; 706 95 5 ; 706 95 6 ; 706 95 7 ; 706 95 8 ; 706 95 9 ; 706 95 10 ; 706 96 ; 706 96 1 ; 706 98 ; 706 102 1 ; 706 102 2 ; 706 102 3 ; 706 102 4 ; 706 102 5 ; 706 102 6 ; 706 102 7 ; 706 102 8 ; 706 102 9 ; 706 141 ; 706 142 ; 706 143 ; 706 144 ; 706 145 ; 706 146 ; 706 147 ; 706 148 ; 706 149 ; 706 150 ; 706 151 ; 706 152 ; 706 153 ; 706 154 ; 706 155 ; 706 156 ; 706 157 ; 706 158 ; 706 159 ; 706 160 ; 706 161 ; 706 162 ; 706 163 ; 706 164 ; 706 165 ; 706 166 ; 712 7 ; 720 2 ; 720 3 ; 720 4 ; 720 5 ; 723 1 ; 726 52 4 ; 729 1 ; 730 2 1.

## Code de sécurité intérieure

Articles L229 1 ; L851 6 ; L853 1 ; L853 2 ; L853 3.

# Index alphabétique


## A

actes préparatoires, 19, 20, 24, 34, 35, 60, 64, 65, 66, 69, 71, 74, 75, 103, 109, 112, 113, 115, 118, 119, 122, 124, 131, 132, 133, 134, 145, 163, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 190, 203, 223, 224, 315, 319, 321, 350, 352, 353, 378
agent infiltré, 21, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253
aggravée, 292, 317
amende, 48, 62, 87, 88, 89, 127, 129, 135, 139, 143, 146, 154, 158, 160, 197, 198, 199, 311, 312, 313, 316, 317, 320, 321, 322, 326, 350
amnistie, 11, 293, 309, 339, 340, 341, 342, 344
anticipation de la répression, 13, 20, 38, 40, 50, 61, 68, 72, 74, 75, 77, 83, 92, 96, 101, 108, 109, 112, 131, 133, 134, 163, 174, 175, 200, 223, 349, 350
apologie, 57, 115, 139, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 166, 168, 169, 170, 171, 188, 199, 200, 270, 271, 315, 316, 321, 335, 349, 377, 378
armes, 4, 10, 59, 74, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 96, 100, 109, 110, 112, 114, 120, 132, 140, 166, 168, 169, 170, 175, 188, 349, 375, 378, 379, 380, 381, 382
assassinat, 20, 43, 44, 48, 142, 152, 153, 166, 214, 331
association de malfaiteurs, 18, 20, 39, 112, 113, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 141, 143, 163, 164, 167, 170, 174, 185, 194, 195, 197, 199, 200, 300, 315, 321, 349
association de malfaiteurs terroristes, 18, 39, 113, 115, 118, 122, 125, 134, 143, 164, 167, 170, 174, 185, 194, 195, 197, 199, 200, 300, 315, 321
atteintes à l'intégrité, 10, 44, 48, 167
atteintes à la liberté, 234, 283, 311
atteintes à la vie, 10, 44, 51
attentats, 3, 4, 5, 9, 12, 20, 24, 46, 49, 53, 55, 66, 83, 84, 86, 87, 92, 95, 96, 101, 108, 113, 114, 116, 122, 124, 134, 152, 161, 165, 166, 174, 214, 215, 221, 255, 269, 290, 304, 349, 352, 353, 381
avocat, 21, 238, 273, 279, 280, 284, 286, 288, 289, 290, 295, 296

## B

biologique, 105, 209
bioterrorisme, 104, 105, 107, 108, 109, 111, 112
blanchiment, 84, 85, 86, 87, 91, 92, 93, 99, 100, 114, 275, 277, 375, 379, 381
blocage, 154, 155, 156, 157, 158, 212, 349
but, 3, 12, 17, 18, 20, 36, 37, 43, 47, 48, 50, 51, 55, 69, 78, 92, 94, 103, 104, 105, 120, 121, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 140, 144, 164, 166, 168, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 211, 213, 215, 216, 217, 219, 247, 251, 266, 271, 290, 297, 311, 315, 321, 332, 350, 353, 369, 372, 376, 378

## C

CEDH, 21, 22, 115, 255, 278, 281, 296, 297, 331, 332, 338, 352, 353
chimique, 81, 109, 113
colaboração premiada, 273, 274, 275, 276, 277, 319
collaborateur, 272, 273, 274, 275, 317, 318, 319
collaboration récompensée, 274, 275
common-law, 7
compétence concurrente, 21, 235, 236, 237
confiscation, 13, 84, 86, 92, 267, 311, 313, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 379
Conseil Constitutionnel, 22, 23, 75, 117, 139, 158, 159, 161, 168, 169, 175, 186, 201, 209, 261, 312, 334, 341
corps de délit, 35, 74, 75, 76
correspondances stockées, 256, 262
crimes contre l'humanité, 40, 42, 43, 221
crimes de sang, 238
crimes odieux, 11, 12, 21, 204, 275, 285, 290, 292, 293, 294, 295, 329, 332, 334, 335, 337, 338, 340, 341

## D

délits d'initié, 84, 86, 87, 89, 90, 91, 375
denúncia, 57, 93, 233, 260, 272, 273, 296
désistement volontaire, 34, 319
dessein, 36, 37, 124, 141, 189, 190
destruction de masse, 59, 60, 65, 82, 110, 111
détention provisoire, 4, 21, 147, 283, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 303, 304, 332, 338
détournement, 41, 42, 45, 46, 47, 52, 53, 54, 317, 370
discriminatoire, 204, 214
djihadisme, 3, 210
dol
  général, 186, 196, 201, 204, 219
  spécial, 19, 186, 190, 201

dommages, 54, 57, 59, 60, 65, 82, 111, 275, 372, 375, 376
droit comparé, 7, 30, 90, 123, 127, 131, 244
droit pénal de l'ennemi, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 170, 227, 352

## E

écoutes téléphoniques, 232, 254, 255, 256, 257, 258
effet miroir, 156
effets de la condamnation, 324, 339, 340
élément matériel, 19, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 49, 69, 75, 124, 144, 149, 176, 181, 182, 186, 193, 195, 201, 222, 223
élément moral, 17, 18, 19, 20, 29, 30, 36, 37, 44, 67, 124, 137, 165, 173, 174, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 211, 213, 215, 219, 220, 221, 222, 223, 350, 353
enlèvement, 10, 41, 42, 52, 132, 285, 292, 317, 370
entraînement, 4, 5, 114, 115, 118, 140, 141, 144, 145, 169, 171, 221, 316, 320, 377
entreprise, 12, 17, 36, 37, 44, 85, 96, 98, 105, 152, 157, 164, 166, 167, 168, 170, 171, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 198, 200, 201, 214, 277, 322, 323, 375, 376, 378
exclusion de buts, 184, 205, 215
exclusion du dol, 217, 218, 219, 220, 221
explosifs, 9, 10, 35, 59, 60, 64, 65, 74, 80, 82, 83, 110, 140, 372, 375, 376, 379, 381
extorsions, 55, 56, 132

## F

faux, 7, 55, 77, 78, 79, 80, 85, 273, 374
fichier judiciaire, 311
financement, 5, 9, 23, 76, 83, 84, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 114, 128, 140, 141, 175, 195, 196, 197, 221, 255, 294, 315, 316, 321, 326, 349, 375, 379, 381

## G

GAFI, 84, 92, 98, 100, 381
garantie de l'ordre public, 302
garantisme pénal, 16, 253, 303
garde à vue, 21, 66, 283, 284, 286, 287, 288, 289, 290, 295, 296, 304, 351
gaz toxiques, 59, 61, 82, 110, 372, 375, 376
géolocalisation, 258, 259, 265, 266
grâce, 11, 87, 138, 235, 293, 309, 330, 331, 339, 340, 342, 344
groupes de combat, 76, 77, 78, 80, 373

## I

idéologie terroriste, 20, 40, 74, 117
immatérielles, 20, 74
IMSI catchers, 256, 258, 259, 262
incitation, 35, 57, 81, 82, 115, 117, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 151, 153, 157, 158, 171, 198, 199, 207, 247, 250, 375, 377
informatique, 10, 56, 61, 62, 63, 155, 157, 257, 262, 270, 373
infractions
  formelles, 20, 34, 35, 39, 49, 55, 61, 67, 70, 73, 74, 75, 76, 92, 118
  matérielles, 34, 39, 48, 61, 67, 73, 75, 76
  obstacle, 39, 67, 74
insider trading, 90
intentionnellement, 36, 43, 44, 46, 105, 140, 147, 154, 156, 166, 168, 182, 187, 211, 376, 377, 378
interception, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265
interdictions, 312, 323, 324
intimidation, 12, 17, 36, 37, 43, 105, 125, 164, 166, 168, 185, 186, 187, 188, 191, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 220, 237, 376, 378
iter criminis, 34, 69, 73, 74, 75, 76, 145, 157, 165, 169

## J

juge d'instruction, 231, 232, 233, 235, 236, 250, 255, 259, 260, 261, 264, 265, 287, 289, 296, 297, 300
jugement, 7, 11, 21, 22, 97, 127, 149, 223, 231, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 248, 276, 283, 290, 291, 297, 298, 303, 305, 324, 329, 330, 331, 343, 345
juridiction spécialisée, 22, 241
jury, 21, 237, 238, 239, 240, 305

## L

lacune, 55, 153, 163, 164, 221, 222
libération conditionnelle, 309, 329, 330, 332, 333, 335, 336, 337, 338
liberté d'opinion et d'expression, 161
loups solitaires, 166, 174

## M

matériel, 7, 19, 33, 34, 40, 50, 64, 65, 69, 76, 96, 100, 101, 103, 111, 113, 130, 156, 162, 173, 174, 175, 181, 186, 198, 222, 349, 350, 352, 372
menaces, 39, 48, 51, 64, 106, 115, 142, 143, 237
mesure de sûreté, 20, 311, 324, 325, 330, 331, 351
meurtre, 20, 44, 45, 48, 68, 73, 153, 166, 183, 210, 331
mise en liberté, 286, 297, 298, 299, 300, 303, 339, 340, 352
mobile, 6, 36, 37, 51, 109, 118, 129, 165, 189, 204, 205, 206, 208, 211, 214, 215, 219, 220, 221, 262, 336

## N

non justification de ressources, 118, 135, 137, 197, 315, 321, 376
nucléaire, 9, 106, 113, 381

## O

ordre public, 12, 17, 36, 37, 73, 78, 105, 125, 164, 166, 168, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 222, 270, 271, 287, 299, 331, 336, 352, 376, 378
organisations criminelles, 4, 12, 14, 101, 114, 121, 122, 131, 133, 214, 240, 247, 249, 264, 273
organisations terroristes, 4, 12, 57, 58, 87, 92, 93, 98, 99, 115, 133, 167, 175, 196, 214, 219, 221, 269, 349
otage, 4, 10, 47, 53

## P

patrimoine historique, 55, 58
peine
  alternative, 323, 326, 327
  complémentaire, 322, 325, 326
  perpétuelle, 14, 318, 328, 330, 338, 339, 342, 351
  principales, 312, 313
peines, 13, 20, 21, 22, 24, 45, 46, 50, 66, 88, 89, 90, 96, 109, 111, 121, 126, 127, 130, 135, 141, 143, 146, 147, 153, 156, 159, 163, 171, 203, 227, 237, 273, 276, 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 322, 324, 326, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 338, 342, 344, 350, 351, 352, 353, 377, 379
période de sûreté, 21, 329, 330, 331, 332, 338, 339, 340
perquisitions administratives, 266, 269, 270, 271
perquisitions et saisies, 232, 266
poisons, 59, 61, 65, 82, 110, 372, 375, 376
prescription, 147, 232, 309, 341, 342
preuve, 24, 36, 37, 47, 70, 98, 103, 114, 118, 120, 124, 129, 130, 133, 136, 137, 138, 143, 158, 159, 160, 173, 182, 190, 196, 198, 211, 231, 232, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 257, 260, 261, 262, 264, 267, 273, 274, 277, 278, 281, 283, 284, 288, 290, 292, 294, 299, 301, 302, 305, 318, 319
principe de légalité, 11, 12, 19, 22, 49, 159, 174, 223, 352
principe de proportionnalité, 19, 224, 264, 290, 352
prison de précaution, 290, 300
prison préventive, 283, 296, 297, 300, 301, 302, 303
prison temporaire, 280, 284, 285, 286, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 304
progression du régime, 333, 335
propagande, 4, 114, 115, 117, 150, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 167, 175, 221, 349
provocation, 10, 81, 82, 115, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 199, 206, 245, 249, 250, 315, 321, 335, 375
punition de la préparation, 145, 165

## R

raisonnabilité, 299
recel, 74, 76, 85, 101, 102, 103, 104, 114, 135, 136, 198, 247, 249, 374
recherche de la preuve, 8, 21, 22, 24, 231, 232, 234, 243, 260, 283, 352
réclusion criminelle à perpétuité, 20, 44, 314, 316, 317, 330, 331, 332
recrutement, 4, 5, 74, 75, 114, 115, 117, 118, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 155, 169, 171, 175, 183, 198, 199, 315, 316, 320, 321, 377
renvoi, 17, 18, 19, 35, 36, 39, 42, 43, 44, 45, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 56, 61, 66, 67, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 87, 89, 102, 104, 109, 112, 115, 174, 176, 185, 233, 297, 314
reproduction de donné, 139, 154, 315, 321
responsabilité pénale, 312
romano-germanique, 7, 8, 23, 29, 231

## S

sabotage, 54, 370, 373
saisies, 21, 266, 270, 271, 281
sanctions, 7, 107, 227, 305, 307, 309, 311, 312, 315, 326, 329, 339, 344, 345
séquestration, 41, 42, 45, 46, 47, 52, 53, 54, 55, 275, 292, 317, 370
stade préparatoire, 34, 35, 74, 76, 110, 112, 113, 114, 165, 200
Supremo Tribunal Federal, 23, 175, 209, 261, 334, 341, 343, 350
système accusatoire, 8, 22, 232
système de la fourchette, 314, 351
système de plafond, 314

## T

techniques législatives, 7, 108
techniques secrètes d'investigation, 351
tentative, 14, 20, 34, 48, 49, 50, 64, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 94, 96, 113, 131, 133, 141, 147, 159, 172, 213, 318, 319
terreur, 3, 6, 12, 17, 35, 36, 37, 43, 46, 47, 55, 63, 66, 73, 87, 101, 105, 110, 125, 131, 164, 166, 168, 175, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 210, 211, 212, 213, 214, 217, 221, 222, 241, 352, 376, 378
terrorisme
  apologie, 139, 158, 315, 335
  définition, 3, 5, 6, 11, 12, 16, 18, 19, 21, 29, 35, 36, 42, 43, 45, 46, 49, 51, 67, 82, 84, 87, 90, 93, 94,

102, 104, 107, 113, 118, 121, 125, 126, 128, 130, 132, 133, 134, 141, 151, 172, 176, 183, 184, 185, 186, 190, 192, 204, 205, 207, 209, 212, 213, 215, 218, 222, 223, 247, 248, 249, 286, 290, 295, 297, 298, 300, 309, 349, 350, 353
écologique, 18, 39, 74, 76, 82, 104, 105, 107, 109, 110, 111, 112, 122, 167, 174, 185, 186, 315, 316, 317, 321, 376
torture, 11, 21, 22, 43, 45, 46, 47, 51, 293, 331, 334, 340, 341, 353, 379, 381
tracer des inscriptions, 57, 371
Tribunal du jury, 21, 237, 238
typicité, 29, 215

## V

violences, 47, 48, 51, 56, 192, 369
vols, 56, 60, 67, 132, 303

## X

xénophobie, 203, 205, 206, 208, 220

# Table des matières

**Sommaire** ..... **ix**

**Liste des abréviations et des acronymes** ..... **xi**

**Introduction** ..... **1**

**Partie I L'étude comparée franco-brésilienne des définitions adoptées en matière de terrorisme** ..... **27**

Titre I L'élément matériel ..... 31

Chapitre I La pénalisation des atteintes avérées ..... 39

Section I. Les infractions contre les personnes ..... 40

§ 1. Les atteintes volontaires à la vie et les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne ..... 42

A. En France – article 421-1-1°, première partie ..... 42

B. Au Brésil – article 2ème, § 1er, V, de la loi 13.260, du 16 mars 2016 ..... 49

§ 2. L'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire, ou de tout autre moyen de transport ..... 52

A. En France – article 421-1-1°, deuxième partie ..... 52

B. Au Brésil – article 2ème, § 1, IV, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 ..... 54

Section II. Les infractions contre les biens ..... 55

§ 1. Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations ..... 56

A. En France – article 421-1-2°, du Code pénal ..... 56

B. Au Brésil ..... 59

§ 2. Introduction d'infractions sans résultat parmi les infractions traditionnellement matérielles ..... 61

A. Les infractions en matière informatique ..... 62

1. En France ..... 62

2. Au Brésil ..... 62

B. Quelques destructions, dégradations et détériorations ..... 63

1. En France ..... 63

2. Au Brésil ..... 65

Conclusion du Chapitre I ..... 67

Chapitre II La pénalisation des atteintes potentielles ..... 69

Section I. La pénalisation des infractions formelles ..... 75

§ 1. Les infractions de structuration et de dotation de moyen terroristes ..... 76

A. Les infractions, en matière de groupes de combat et de mouvements dissous, définies par les articles 431-13 à 431-17 et les infractions définies

par les articles 434-6 et 441-2 à 441-5, sans correspondance en droit brésilien ..... 77
1. En France – article 421-1-3º ..... 77
2. Au Brésil – article 3ème, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 ..... 79
B. Les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies par les articles 222-52 à 222-54, 322-6-1 et 322-11-1 du Code pénal ..... 80
1. En France – article 421-1-4º du Code pénal ..... 80
2. Au Brésil – article 2º, §1º, I, de la Loi 13.260 du 16 mars 2016 ..... 82
§ 2. Les infractions à connotation financière ..... 83
A. Les infractions rattachées au droit commun ..... 84
1. Les infractions de blanchiment prévues au Chapitre IV du Titre II du Livre III du Code pénal ..... 84
a. En France, article 421-1-6º du Code pénal ..... 84
b. Au Brésil – sans correspondance ..... 85
2. Les délits d'initié prévus aux articles L465-1 à L465-3 du code monétaire et financier ..... 86
a. En France – article 421-1-7º du Code pénal ..... 86
b. Au Brésil – sans correspondance ..... 90
B. Les infractions autonomes ..... 91
1. Le financement du terrorisme en droit international ..... 93
2. Le terrorisme financier, dans les droits nationaux ..... 95
a. En France – article 421-2-2 du Code pénal ..... 95
b. Au Brésil – article 6ème, de la loi 13.260 du 16 mars 2016. ..... 96
§ 3. Le recel du produit de l'une des infractions prévues aux alinéas 1º à 4º de l'article 421-1 du Code pénal français ..... 101
A. En France – article 421-1-5º du Code pénal ..... 102
B. Au Brésil – article 6º, *caput*, de la loi 13.260/2016 ..... 102
§ 4. Le terrorisme écologique ..... 104
A. En France – article 421-2 du Code pénal ..... 105
B. Au Brésil – article 2ème, § 1, I, de la loi 13.260, du 16 mars 2016 ..... 110
Section II. La pénalisation des actes préparatoires ..... 112
§ 1. L'association de malfaiteurs terroristes et relation avec des terroristes . 118
A. L'association de malfaiteurs terroristes – article 421-2-1 du Code pénal français et article 3º, de la Loi 13.260, de 16 mars 2016 ..... 118
1. Les différences quant aux définitions ..... 119
a. En France ..... 122
b. Au Brésil ..... 125
2. Les convergences quant à la création de délits-obstacle ..... 131

B. La non justification de ressources, tout en étant en relation avec des terroristes ....135
1. Dualité de l'infraction de non-justification de ressources prévue à l'article 321-6 du Code pénal français ....136
2. Unité de l'infraction de non-justification de ressources tout en étant en relation avec des terroristes – article 421-2-3 du Code pénal ....137
§ 2. Le recrutement, incitation et apologie du terrorisme ....139
A. L'incitation et le recrutement au terrorisme – articles 421-2-4 et 421-2-4-1 du Code pénal français et article 5ème, § 1er, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016, au Brésil. ....139
1. En France – articles 421-2-4 et 421-2-4-1 du Code pénal ....142
2. Au Brésil – article 5ème, § 1er, I, de la loi 13.260 du 16 mars 2016 ....144
B. La provocation à des actes terroristes et apologie de tels actes ....145
1. En France – article 421-2-5 du Code pénal ....149
2. Au Brésil – sans correspondance ....151
C. La reproduction de données faisant d'apologie du terrorisme visant d'entraver l'arrêt d'un service de communication au public ....154
1. En France – article 421-2-5-1 du Code pénal ....154
2. Au Brésil – sans correspondance ....157
D. La consultation habituelle des sites provoquant au terrorisme ou faisant apologie du terrorisme – article 421-2-5-2 du Code pénal français ; sans correspondance en droit brésilien. ....158
1. En France – article 421-2-5-2 du Code pénal ....158
2. Au Brésil – pas de correspondance avec le dispositif français ....162
§ 3. La préparation à la commission de certains actes de terrorisme – article 421-2-6 du Code pénal français et article 5ème de la loi nº 13.260 du 16 mars 2016 ....163
A. En France, la nouvelle répression de certains actes préparatoires – article 421-2-6 du Code pénal ....166
B. Au Brésil, la répression généralisée des actes préparatoires – article 5ème de la loi nº 13.260 du 16 mars 2016 ....171
Conclusion du Chapitre II ....174
Conclusion du Titre I ....176
Titre II L'élément moral ....179
Chapitre I L'élément moral dans la législation française ....185
Section I. L'élément moral des incriminations par adjonction d'un élément à une infraction de droit commun ....187
§ 1. La relation avec une entreprise individuelle ou collective ....189
§ 2. Le but ....191

Section II. L'élément moral des infractions par référence à un acte de terrorisme. 193
§ 1. L'association de malfaiteurs terroristes – article 421-2-1 ..... 194
§ 2. Le terrorisme financier – article 421-2-2 du Code pénal ..... 195
§ 3. La non justification de ressources, tout en étant en relation avec des terroristes ..... 197
§ 4. L'incitation au terrorisme – article 421-2-4 ..... 198
§ 5. La provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme ..... 199
Conclusion du Chapitre I ..... 200
Chapitre II L'élément moral dans la législation brésilienne ..... 203
Section I. Le but terroriste prévu par la loi ..... 205
§ 1. Le mobile terroriste ..... 206
§ 2. Le dol ..... 213
Section II. Les cas d'exclusion de buts terroristes – des limites à l'application de la loi ..... 215
§ 1. Le contexte ..... 216
§ 2. Le but ..... 217
Conclusion du Chapitre II ..... 219
Conclusion du Titre II ..... 222
Conclusion de la Partie I ..... 223
**Partie II L'étude comparée franco-brésilienne des régimes applicables en matière de terrorisme ..... 225**
Titre I La procédure ..... 229
Chapitre I La compétence juridictionnelle ..... 235
Section I. En France ..... 235
§ 1. L'instruction : compétence concurrente ..... 235
§ 2. Le jugement : absence de jury populaire ..... 237
Section II. Au Brésil ..... 238
§ 1. Le tribunal du jury ou juridiction commune ..... 239
§ 2. La justice fédérale ou la justice des États ..... 240
Conclusion du Chapitre I ..... 241
Chapitre II La recherche de la preuve ..... 243
Section I. L'infiltration ..... 243
§ 1. La notion ..... 244
§ 2. Les fondements légaux ..... 245
A. En France ..... 246
B. Au Brésil ..... 247
§ 3. Les conditions ..... 248

A. En droit français ..... 249
B. En droit brésilien ..... 251
Section II. Les autres méthodes techniques secrètes ..... 254
§ 1. L'évolution législative ..... 254
A. En France ..... 255
B. Au Brésil ..... 256
§ 2. Aujourd'hui ..... 257
A. Les interceptions téléphoniques ..... 259
B. La consultation et la saisie de correspondances stockées ..... 262
*C.* L'*IMSI catchers* ..... 262
D. La sonorisation et la captation d'images ..... 263
E. La géolocalisation ..... 265
Section III. Les perquisitions et les saisies ..... 266
§ 1. Les notions ..... 266
§ 2. Les conditions ..... 268
§ 3. Les perquisitions administratives ..... 269
Section IV. La collaboration des repentis et des témoins ..... 272
§ 1. Les repentis et *colaboração premiada* (collaboration récompensée) ..... 274
A. En France – les repentis ..... 274
B. Au Brésil – *colaboração premiada* (collaboration récompensée) ..... 275
§ 2. La protection des témoins ..... 277
A. En France ..... 278
B. Au Brésil ..... 279
Conclusion du Chapitre II ..... 281
Chapitre III Les atteintes à la liberté ..... 283
Section I. La garde à vue et la *prisão temporária* (prison temporaire) ..... 284
§ 1. En France – la garde à vue ..... 286
§ 2. Au Brésil – la prison temporaire ..... 290
Section II. La détention provisoire et la prison préventive ..... 296
§ 1. En France – la détention provisoire ..... 297
§ 2. Au Brésil – la prison préventive ..... 300
Conclusion du Chapitre III ..... 304
Conclusion du Titre I ..... 305
Titre II Les sanctions ..... 307
Chapitre I La diversité des sanctions ..... 311
Section I. Les peines principales ..... 313
§ 1. La peine privative de liberté ..... 314

A. Les circonstances aggravantes ..... 316
B. Les atténuations de la réponse pénale liées à la collaboration ..... 317
1. En droit français – le système des repentis ..... 318
2. En droit brésilien ..... 319
§ 2. Les amendes ..... 320
Section II. Les peines complémentaires ..... 322
§ 1. Les interdictions ..... 323
§ 2. La confiscation de biens ..... 324
Conclusion du Chapitre I ..... 328
Chapitre II Le régime des sanctions ..... 329
Section I. L'exécution des sanctions ..... 329
§ 1. La période de sûreté ..... 329
§ 2. La *progression* du régime ..... 333
§ 3. La libération conditionnelle ..... 335
Section II. L'extinction des sanctions ..... 339
§ 1. La grâce ..... 339
§ 2. L'amnistie ..... 340
§ 3. La prescription ..... 341
Conclusion du Chapitre II ..... 342
Conclusion du Titre II ..... 344
Conclusion de la Partie II ..... 345
**Conclusion générale ..... 347**
**Bibliographie ..... 355**
**Annexe I Tableaux comparatifs des comportements terroristes ..... 369**
**Annexe II Textes juridiques mentionnés ..... 379**
**Index alphabétique ..... 387**
**Table des matières ..... 391**