



Collection lausannoise

## Cimes et Châtiments

Mélanges en l'honneur  
du Professeur Laurent Moreillon

Édité par

Camille Perrier Depeursinge

Nathalie Dongois

Andrew M. Garbarski

Carlo Lombardini

Alain Macaluso



Stämpfli Editions

sur la base d'un raisonnement combinant la légitimité des objectifs de son mouvement et l'absence d'« illégitimité » des actes (même si ces actes avaient été qualifiés criminels par la Cour suprême indienne, qui avait condamné le requérant à trois ans d'emprisonnement)<sup>64</sup>.

Ainsi, les moyens utilisés peuvent soit *confirmer* la justification tirée des fins de l'action, soit au contraire l'*annihiler*.

## VI. Conclusion

Quel que soit le chemin emprunté (clause d'exclusivité directe ; exigence de « conformité au droit international » des comportements considérés), l'application exclusive du droit humanitaire est peu ou prou universellement reconnue s'agissant des situations de conflit armé. L'application exclusive du droit humanitaire a pu irriter et continuera à irriter certains gouvernements, mécontents d'être limités dans leur possibilité d'étiqueter en tant que « terroristes » des comportements survenus dans de telles situations. C'est là un prix qui paraît raisonnable pour sauvegarder l'unité du droit international et la sécurité juridique.

S'agissant des mouvements de libération nationale, on observe d'abord, sur la longue durée des dernières décennies, un certain raidissement, surtout du côté des pays occidentaux et davantage de réticence à admettre la légitimité des combats menés par ces mouvements, reconnue par le droit international humanitaire, réticence liée à l'utilisation de la violence qualifiée « terroriste ». Même pour les états plus sensibles, pour des raisons historiques, à la cause des mouvements de libération nationale, il n'est pas admis d'exception à l'obligation du respect du droit international humanitaire. Enfin, le survol des termes juridiques du débat sur la légitimité des combats de libération nationale montre, et c'est un enseignement généralisable, que les fins de l'action ne peuvent pas être entièrement détachés des moyens utilisés pour parvenir à ces fins. Autrement dit, « *the legitimacy of a certain cause does not legitimize the use of certain forms of violence* »<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Arrêt précité, par. 10.

<sup>65</sup> BERES, p. 255.

## Les activités terroristes, une définition terrorisante ?

EVELYNE SCHMID

Professeure de droit international public, Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique, Université de Lausanne

KASTRIOT LUBISHTANI

Avocat stagiaire et doctorant, Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique, Université de Lausanne

AHMED AJIL

Chercheur postdoctorant, Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique, Université de Lausanne

VÉRONIQUE BOILLET

Professeure de droit public, Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique, Université de Lausanne

NADJA CAPUS

Professeure de droit pénal, Faculté de droit, Université de Neuchâtel

### Table des matières

I. Introduction.....	593
II. La définition des activités terroristes dans l'art. 23e al. 2 nLMSI et ses critiques.....	594
III. Le « terrorisme » en droit suisse et son appréhension.....	597
A. Sa définition dans l'ordre juridique.....	597
B. Le prolongement de la chaîne de punissabilité en droit pénal suisse.....	600
C. Le « terroriste potentiel ».....	600
IV. Perspectives.....	601

### Bibliographie

AHMED AJIL, *Rebellious Underdogs Fighting for Justice : A Theory of Politico-Ideological Mobilisation and Violence*, Thèse, Lausanne, 2021 ; AHMED AJIL/MANON JENDLY, *Fabriquer un « dangereux ennemi terroriste » : une étude de cas suisse sur les implications d'une prophétie*, *Déviante et Société*, 44/4 2020, p. 633 ss ; AHMED AJIL/KASTRIOT LUBISHTANI, *Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal pénal fédéral. Analyse des procédures pénales*

de 2004 à 2020, Jusletter, 31 mai 2021 p. 1 ss ; JAVIER ARGOMANIZ, ET AL., A Decade of EU Counter-Terrorism and Intelligence : A Critical Assessment, *Intelligence and National Security*, 30/2-3 2015, p. 191 ss ; GUNTHER ARZT, Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB, in : Schmid (édit.), *Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, Zürich 2007, p. 303 ss ; FRÉDÉRIC BERNARD, L'État de droit face au terrorisme, thèse, Genève 2010 ; NADJA CAPUS, Der Umgang mit der Verbrechenwahrscheinlichkeit, in : *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht/Forum Strafverteidigung/Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen/Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen* (édit.), *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*, Vienne 2014, p. 53 ss (cité : *Verbrechenwahrscheinlichkeit*) ; NADJA CAPUS, Des algorithmes à risque dans la justice pénale, *Plaidoyer*, 6 2018, p. 20 ss (cité : *algorithmes*) ; URSULA CASSANI, *Droit pénal économique : éléments de droit suisse et transnational*, Bâle 2020 (cité : *DPE*) ; URSULA CASSANI, *Le train de mesures contre le financement du terrorisme : une loi nécessaire ?*, RSDA, 75/6 2003, p. 293 ss (cité : *Financement*) ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Explications. Votation populaire du 13 juin 2021*, [https://www.admin.ch/dam/gov/fr/Dokumentation/Abstimmungen/JUNI2021/Abstimmungsbroschuere\\_13-06-2021\\_fr\\_UA.pdf.download.pdf/Abstimmungsbroschuere\\_13-06-2021\\_fr\\_UA.pdf](https://www.admin.ch/dam/gov/fr/Dokumentation/Abstimmungen/JUNI2021/Abstimmungsbroschuere_13-06-2021_fr_UA.pdf.download.pdf/Abstimmungsbroschuere_13-06-2021_fr_UA.pdf), consulté le 15.8.2021 (cité : *Explications*) ; ADAM CRAWFORD/STEVEN HUTCHINSON, *The Future(s) of Security Studies*, *The British Journal of Criminology*, 56/6 2016, p. 1049 ss ; ANDREAS DONATSCH, *Rechtsgutachten : Umgang mit gefährlichen Personen : Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone* (4. April 2019) ; EXPERT·E·S UNIVERSITAIRES EN DROIT, *Lettre ouverte du 23 septembre 2020*, [www.iusgentium.ch/wp-content/uploads/2013/11/MPT\\_Lettre-ouverte\\_Universitaires.pdf](http://www.iusgentium.ch/wp-content/uploads/2013/11/MPT_Lettre-ouverte_Universitaires.pdf) (consulté le 20.08.2021) ; HENDRIK HEGEMANN/MARTIN KAHL, *Konstruktionen und Vorstellungen von Wirksamkeit in der Antiterror-Politik : Eine kritische Betrachtung*, in : Fischer/Masala (édit.), *Innere Sicherheit nach 9/11 : Sicherheitsbedrohungen und (immer) neue Sicherheitsmaßnahmen ?*, Wiesbaden 2016, p. 189 ss ; RICHARD JACKSON, *Unknown Knows : The Subjugated Knowledge of Terrorism Studies*, *Critical Studies on Terrorism*, 5/1 2012, p. 11 ss ; LUDIVINE LIVET/MARIE DOLIVOBONVIN, in : Macaluso/Moreillon/Queloz (édit.), *CR Code pénal II*, Bâle, 2017, art. 260<sup>quinquies</sup> ; KASTRIOT LUBISHTANI/HADRIEN MONOD, *Mesures policières de lutte contre le terrorisme : analyse critique du projet de loi fédérale*, *Sécurité & Droit*, 1 2020, p. 19 ss ; CYNTHIA LUM/LESLIE W. KENNEDY, *Evidence-Based Counterterrorism Policy*, New York 2012 ; ARIEL MERARI, *Du terrorisme comme stratégie d'insurrection*, in : Chaliand/Blin (édit.), *Histoire du terrorisme : de l'Antiquité à Al Qaida*, Paris, 2004, p. 23 ss ; LAURENT MOREILLON, *Procédure de consultation 2017/90, Loi MPT, Avis de l'Université de Lausanne*, 20 mars 2018, [https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/90/cons\\_1/doc\\_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6017-90-cons\\_1-doc\\_6-fr-pdf-a.pdf](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/90/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6017-90-cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf), p. 202 ss (consulté le 20.08.2021) ; LAURENT MOREILLON/FRÉDÉRIQUE DE COURTEN, *La lutte contre le terrorisme et les droits du suspect : le principe de sécurité à l'épreuve des droits fondamentaux*, RPS, 121/2003, p. 117 ss ; LAURENT MOREILLON/KASTRIOT LUBISHTANI, *Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme : étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais*, RPS, 136/2018, p. 499 ss ; AMI-JAQUES RAPIN, *Pour en finir avec le terrorisme*, Berne, 2014 ; RAPPORTEURS SPECIAUX DE L'ONU, *Lettre de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste ; de la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires ; du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ; du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction ; et du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels*,

inhumains ou dégradants, 26 mai 2020, OL CHE 1/2020 ; BARBARA ROHNER/AHMED AJIL, *Die Risikobeurteilung zur Erkennung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus im Justizvollzug*, Fribourg, 2021 ; JACK SHAHEEN, *Reel Bad Arab s : How Hollywood Vilifies a People*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 588/1 2003, p. 171 ss ; MONIKA SIMMLER, ET AL., *Smart Criminal Justice : Eine empirische Studie zum Einsatz von Algorithmen in der Schweizer Polizeiarbeit und Strafrechtspflege*, Saint-Gall 2020 ; HANS VEST, *Terrorismusbekämpfung : erweiterte Vorfelddurchleuchtung und - kriminalisierung oder Mut zur Lücke ?*, RJS, 10/2020 2020, p. 323 ss ; SVEN ZIMMERLIN, *Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT)*, *Sécurité & Droit*, 3/2020 2020, p. 184 ss.

## I. Introduction

Le 13 juin 2021, le peuple suisse a plébiscité la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (LMPT)<sup>1</sup>, alors même que 66 universitaires ont, sur l'initiative du récipiendaire de ces *Mélanges*, rédigé une lettre ouverte soulignant les nombreuses difficultés juridiques que soulève cette loi au regard des exigences de l'État de droit<sup>2</sup>, en particulier sous l'article 23e al. 2 nLMSI qui consacre une définition des activités terroristes<sup>3</sup>. Dans l'attente de la finalisation de l'ordonnance y relative, la nouvelle disposition entrera prochainement en vigueur.

L'objectif de cette contribution est d'analyser de manière critique la définition des activités terroristes prévue par l'art. 23e nLMSI tant au regard du droit suisse que du droit comparé et international et de proposer des pistes de réflexion pour l'avenir.

La collaboration entre Centres et Écoles de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique étant non seulement chère à notre ancien Doyen, mais également encouragée et soutenue, cette contribution constitue l'occasion parfaite pour mettre en œuvre une telle interdisciplinarité et cela de manière plus large en y incluant une collègue neuchâteloise.

Finalement, il s'agit de traiter d'un domaine de recherche important pour notre ancien Doyen<sup>4</sup> qui nécessite de faire preuve de nuance. S'il y a, en effet, lieu d'admettre que la menace terroriste est bien réelle, l'on ne peut se contenter d'y répondre de manière simpliste en opposant le respect des droits humains à

<sup>1</sup> [Remplacer par la FF dès que disponible] <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/val/20210613/index.html> (consulté le 20.08.2021).

<sup>2</sup> EXPERT·E·S UNIVERSITAIRES EN DROIT.

<sup>3</sup> Loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI), RS 120.

<sup>4</sup> Voir : MOREILLON/COURTEN et MOREILLON/LUBISHTANI ou encore la prise de position critique que l'intéressé a rédigée lors de la procédure de consultation : MOREILLON.

la nécessaire garantie de la sécurité publique. En définitive, l'objectif de cette contribution est donc d'apporter une telle nuance et, par là même, de transmettre nos vœux de bonheur pour cette nouvelle étape qui attend le bénéficiaire de ces Mélanges. Puisse le Professeur MOREILLON ne jamais être terrorisé à l'avenir !

## II. La définition des activités terroristes dans l'art. 23e al. 2 nLMSI et ses critiques

Selon l'article 23e al. 2 nLMSI, les activités terroristes sont définies comme « les actions destinées à influencer ou à modifier l'ordre étatique et susceptibles d'être réalisées ou favorisées par des infractions graves ou la menace de telles infractions ou par la propagation de la crainte »<sup>5</sup>.

Commentant cette définition, le Conseil fédéral reconnaît qu'une « idéologie et des convictions terroristes ou fondamentalistes ne justifient pas, à elles seules, que soient déployées des mesures de police préventive », mais souligne que c'est « lorsque la radicalisation d'une personne menace de se muer en activité terroriste que l'intervention de l'État est indiquée et justifiée »<sup>6</sup>. Pour les autorités, il doit « être possible [...] de lutter de manière préventive contre les activités terroristes »<sup>7</sup>. Le Gouvernement fournit ensuite quelques exemples de comportements devant être jugés comme tels et que ZIMMERLIN qualifie de « tautologiques »<sup>8</sup> : il en va ainsi des actes visant à soutenir des organisations terroristes, faciliter l'entrée ou le passage clandestin d'un terroriste, ceux « entrepris dans le but de rejoindre un réseau, une organisation ou un groupe terroriste », « des actions de propagande » ou des actions visant à « encourager le terrorisme »<sup>9</sup>.

La définition des activités terroristes est principalement critiquée pour deux raisons que nous analyserons successivement.

Tout d'abord, cette définition ne requiert pas une action violente et aucun comportement pénalement répréhensible. En effet, l'art. 23e nLMSI permet aux autorités de considérer que des actions destinées à influencer l'ordre étatique

<sup>5</sup> Loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120).

<sup>6</sup> Message du 22 mai 2019 concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, FF 2019 4541, 4546.

<sup>7</sup> FF 2019 4541, 4555.

<sup>8</sup> ZIMMERLIN, p. 190.

<sup>9</sup> FF 2019 4541, 4573. Il est à noter que les comportements mentionnés par le Conseil fédéral sont constitutifs d'infractions pénales (art. 260<sup>ter</sup> et 260<sup>sexies</sup> CP ; art. 2 LAQEI), cf. : AJIL/LUBISHTANI, N 39 ss.

sont des activités terroristes dès que celles-ci sont « susceptible[s] d'être réalisées ou favorisées [...] par la propagation de la crainte ». Dans une lettre détaillée, cinq rapporteurs spéciaux des Nations unies ont critiqué cet aspect, en soulignant « en particulier que les actes qui cherchent à influencer ou à modifier l'ordre étatique peuvent englober une série de comportements qui ne sont pas de nature terroriste »<sup>10</sup>. Même s'il n'existe pas de définition universellement acceptée du « terrorisme » en droit international en raison notamment de la qualification à apporter aux mouvements de libération ou de résistance, les différentes définitions incluent la violence comme une caractéristique du concept<sup>11</sup>. L'analyse des définitions proposées aussi bien en droit que dans les autres sciences sociales démontre que le terrorisme désigne en tout cas l'usage de la violence pour atteindre certains objectifs politiques ou idéologiques<sup>12</sup>. Le législateur suisse a choisi d'omettre cet élément avec pour effet que la définition englobe des activités n'étant pas liées à une action violente et donc à une infraction pénale ni même à une tentative de la commettre.

Étroitement liée à la première, la deuxième critique concerne la marge d'interprétation des autorités qu'offre la définition. À cet égard, une minorité de la Commission de sécurité du Conseil national a souhaité restreindre la portée de la loi en ajoutant que la personne « pourrait commettre un acte terroriste qui menacerait concrètement et gravement la sécurité intérieure et extérieure ». Selon la majorité de la commission toutefois, une telle précision n'était pas nécessaire, car la définition des activités terroristes ne serait « ni floue ni imprécise »<sup>13</sup>.

Ainsi, de nouvelles critiques se sont fait entendre des rapporteurs des Nations unies, mais aussi de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>14</sup>, ainsi que de plus d'une soixantaine d'expert·e·s en droit de toutes les universités suisses ayant signé la lettre initiée, entre autres, par le Professeur MOREILLON. Citant le Message du Conseil fédéral, ces derniers soulignent que la définition « implique d'opérer un pronostic » qui est « entaché d'incertitudes »<sup>15</sup> – et ouvre ainsi la porte à l'arbitraire<sup>16</sup>. En effet, une action visant à influencer l'ordre étatique et réalisée par la « propagation de la crainte » peut englober des activités parfaitement légales et non-violentes. À titre d'exemple, il est possible de soutenir que les personnes qui souhaitent modifier l'ordre étatique pour préparer la société au dérèglement climatique propagent la crainte

<sup>10</sup> RAPPORTEURS SPÉCIAUX DE L'ONU, p. 4, citant A/HRC/16/51, § 26.

<sup>11</sup> MERARI, p. 29. Cité dans MOREILLON/LUBISHTANI, p. 503.

<sup>12</sup> MOREILLON/LUBISHTANI, p. 504 ; BERNARD, p. 82, qui parle d'un « degré de violence <anormal> ».

<sup>13</sup> BO N 2020, 1127.

<sup>14</sup> MIJATOVIĆ.

<sup>15</sup> FF 2019 4541, 4573.

<sup>16</sup> EXPERT·E·S UNIVERSITAIRES EN DROIT.

pour attirer l'attention du public. D'autres souhaitent modifier l'ordre étatique en répandant des théories conspirationnistes liées à la pandémie. Même si lors des débats relatifs aux MPT il a été souligné que ce type d'activités ne constituent pas des activités terroristes<sup>17</sup>, le libellé de l'art. 23e nLMSI n'offre aucune garantie contre de telles interprétations étendues. La « crainte » est un terme vague qui fait référence au sentiment « d'inquiétude et d'appréhension devant ce qu'on se représente comme néfaste, dangereux, menaçant » ou une « vive inquiétude devant l'imminence probable d'un malheur »<sup>18</sup>. La crise du coronavirus a illustré à quel point les appréciations peuvent varier : pour les uns, les scénarios de milliers de morts étaient alarmistes, pour d'autres trop prudents. Selon les expert·e·s onusien·ne·s, l'expression « propagation de la crainte » est « mal définie », des reportages journalistiques ou des activités légitimes de la société civile pouvant entrer dans son champ d'application<sup>19</sup>. Le droit international public aurait pu fournir des alternatives offrant une meilleure sécurité juridique, à l'instar de l'expression « répandre la terreur parmi la population » figurant en droit humanitaire<sup>20</sup>. En dépit des promesses gouvernementales selon lesquelles les activistes du climat ne feront pas l'objet de ces mesures et à travers eux les militant·e·s d'une cause politiquement légitime, de telles promesses n'engagent que celles et ceux qui y croient. Elles auraient mérité de figurer dans la loi, par exemple au moyen d'une exception en faveur des droits politiques au sein même de la définition.

La notion d'« activité terroriste » en relation avec celle de « terroriste potentiel » (art. 23e al. 1 nLMSI) renvoie à la problématique de la densité normative de la base légale (art. 36 al. 1 Cst.) et des garanties procédurales « compensatoires »<sup>21</sup>. Les mesures qui peuvent être prises à l'encontre d'un individu entraînent des restrictions importantes à plusieurs droits fondamentaux, dont notamment le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH) et au respect de la vie privée (art. 8 CEDH). Lorsqu'une législation manque de prévisibilité, notamment en ce qui concerne l'assignation à résidence (art. 23o ss nLMSI) comme c'est le cas ici selon nous, elle se trouve alors dans un régime d'incompatibilité avec l'art. 5 CEDH<sup>22</sup>. Une assignation peut en effet être ordonnée selon l'art. 23o ss nLMSI sans égard à la commission d'une infraction déterminée dans le temps ou l'espace ou par rapport à ses victimes. Dès lors, la

<sup>17</sup> Département fédéral de justice et police, Mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT) : Réponses aux questions fréquentes, 3 mai 2021, p. 3.

<sup>18</sup> Académie française, « La crainte », <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C4768> (consulté le 20.08.2021).

<sup>19</sup> RAPPORTEURS SPÉCIAUX DE L'ONU, p. 5.

<sup>20</sup> Cf. art. 51 al. 2 du Protocol additionnel I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève (RS 0.518.521).

<sup>21</sup> LUBISTHANI/MONOD, p. 21. Voir également : ATF 140 I 381, consid. 4.4.

<sup>22</sup> P. ex. CourEDH, *Plesó c. Hongrie* du 02.10.2012, § 59 ; CourEDH, *Khlaifia et autres c. Italie* (Grande Chambre) du 15.12.2016, § 64.

référence à la commission potentielle de futures « activités terroristes » est, à notre sens, d'une densité normative insuffisante pour satisfaire aux exigences de l'art. 5 ch. 1 let. b ou c CEDH<sup>23</sup>.

### III. Le « terrorisme » en droit suisse et son appréhension

#### A. Sa définition dans l'ordre juridique

La définition des activités terroristes n'est pas entièrement une innovation, mais plutôt l'étape finale de reprises successives dont l'origine première se trouve dans les Directives du 9 septembre 1992 sur la mise en application de la protection de l'État<sup>24</sup>. Celles-ci définissaient les « activités terroristes » comme des « menées »<sup>25</sup> en vue d'atteindre des buts politiques dont les partisans commettent ou cautionnent des actes de violence contre la communauté, contre des personnalités publiques ou contre des institutions de l'État, ou s'en accommodent » (ch. 12 art. 2). La définition a ensuite été retravaillée le 1<sup>er</sup> août 2001 dans l'Ordonnance sur les mesures visant au maintien de la sûreté intérieure selon une formulation similaire à celle d'aujourd'hui, soit des « menées déployées en vue d'influencer ou de modifier les structures de l'État et de la société, susceptibles d'être réalisées ou favorisées en commettant des infractions graves ou en menaçant de s'y livrer, et en faisant régner la peur et la terreur » (art. 8 al. 1 let. a)<sup>26</sup>.

Reprise mot pour mot par l'Ordonnance sur le Service de renseignement de la Confédération (art. 4 al. 1 let. b) le 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>27</sup>, la définition a subi une

<sup>23</sup> DONATSCH, § 127 s., a précisé, lors de l'élaboration de la loi, qu'il serait en principe possible d'échapper au champ d'application de l'art. 5 CEDH avec des « erhebliche Lockerungen im Vollzug ». Étant donné que le législateur n'a pas concrétisé de tels assouplissements, il est probable que le Tribunal fédéral soit un jour amené à examiner cette mesure pour en dégager un sens qui soit conforme aux droits fondamentaux constitutionnels et internationaux.

<sup>24</sup> Publications des départements et des offices de la Confédération, FF 1992 VI 149, 150 ss. Ces directives sont adoptées en raison de l'hostilité au projet d'ordonnance sur la protection de l'État d'octobre 1990 devant servir de réglementation provisoire jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi en matière de sécurité nationale (voir Message du 7 mars 1994 concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sécurité intérieure ainsi que l'initiative populaire « S.o.S. – pour une Suisse sans police fouineuse », FF 1994 II 1123, 1131) à la suite du scandale de l'affaire des fiches.

<sup>25</sup> Le terme « menées » désigne selon le *Petit Robert* en ligne des « agissements secrets dans un dessein nuisible ».

<sup>26</sup> Ordonnance du 27 juin 2001 sur les mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (aOMSI ; RO R001 1829) abrogée le 1<sup>er</sup> janvier 2010 (RO 2009 6937).

<sup>27</sup> Ordonnance du 4 décembre 2009 sur le Service de renseignement de la Confédération (OSRC ; RO 2009 6937) abrogée le 1<sup>er</sup> septembre 2017 (RO 2017 4151).

nouvelle modification le 16 juillet 2012 lors de son entrée dans la LMSI à la suite d'une proposition du Conseil fédéral<sup>28</sup> selon laquelle « [faire] régner » cède le pas à l'expression « propagation de la peur et la terreur » (art. 13a al. 1 let. a ch. 1)<sup>29</sup>.

Lorsqu'est entrée en vigueur en 2017 la Loi sur le renseignement, la définition a à nouveau été modifiée. Premièrement, le caractère cumulatif des conditions d'« infractions graves ou la menace » et « de la peur et la terreur » a été supprimé, ces éléments étant depuis lors alternatifs. En outre, si les textes en langues allemande et italienne n'ont pas changé et continuent à faire référence à la « *Furcht und Schrecken* », respectivement « *paura o timore* », le texte en langue française emploie la « crainte » comme référence, laquelle traduit une émotion psychologique **anxiogène** de moindre intensité par rapport à la « terreur »<sup>30</sup>. Qui plus est, l'expression « structures de l'État et de la société » a été remplacée par celle d'« ordre étatique » (art. 19 al. 2 let. a LRens). Cela étant, la définition d'« activités terroristes » n'est plus isolée comme auparavant, mais elle est accompagnée d'un « chapeau » à l'art. 19 al. 2 LRens, car elle a été assimilée à une « menace concrète pour la sûreté intérieure ou extérieure » définie comme « toute menace contre des biens juridiques importants, tels que l'intégrité corporelle, la vie ou la liberté de personnes ou l'existence et le fonctionnement de l'État ». Jouant assurément un rôle de **cautèle**, cet élément est toutefois absent de la définition de l'art. 23e al. 2 nLMSI, raison pour laquelle l'affirmation du Conseil fédéral selon laquelle elle « correspond à celle inscrite dans la loi fédérale sur le renseignement » est erronée<sup>31</sup>.

Outre le droit de police et du renseignement, le « terrorisme » trouve également une définition légale en droit pénal cette fois-ci à l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP relatif au « financement du terrorisme ». De cette infraction peut être extraite une définition en deux temps. Tout d'abord, le terrorisme est défini positivement comme « un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque » (al. 1). La violence est ici une caractéristique du terrorisme qui est présente dans cette définition. Le législateur a par ailleurs jugé indispensable de lui adjoindre une définition négative afin d'« objectiver la conception de combat légitime » dans le cadre de mouvements de libération

<sup>28</sup> Message du 27 octobre 2010 complémentaire au message du 15 juin 2007 relatif à la modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sécurité intérieure, FF 2010 7147.

<sup>29</sup> RO 2012 3745. Voir : Message du 15 juin 2007 relatif à la modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sécurité intérieure, FF 2007 4773, 4808.

<sup>30</sup> RAPIN, p. 15 ss.

<sup>31</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Explications.

ou de résistance à l'oppression<sup>32</sup> : d'une part, ne relève pas du terrorisme illégitime l'acte qui « vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un État de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci » (al. 3) et qui n'est « pas en contradiction avec les règles du droit international applicables en cas de conflit armé » (al. 4)<sup>33</sup>. Bien que contestés en doctrine<sup>34</sup>, ces alinéas s'attaquent au cœur de la discorde existant entre les nations au sujet de la définition du terrorisme<sup>35</sup> : en effet, si les États peuvent s'entendre sur ce qu'est le terrorisme<sup>36</sup>, il en va différemment sur ce qu'il n'est pas.

Le 1<sup>er</sup> juillet 2021, les art. 260<sup>ter</sup> (« organisations criminelles et terroristes ») et 260<sup>sexies</sup> (« recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste ») CP sont entrés en vigueur. Ceux-ci ont repris la définition positive de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP, mais pas sa partie négative, si bien qu'ils ont pour effet de créer une dichotomie définitionnelle au sein même du Code pénal<sup>37</sup>. Celle-ci peut à notre sens être regrettée, car elle est préjudiciable à la sécurité du droit. L'arrêt du Tribunal fédéral concernant l'organisation des Tigres tamouls a illustré toute la complexité entourant, y compris au sein de notre ordre juridique, la qualification de mouvements luttant en faveur d'objectifs légitimes tout en ayant pu avoir recours au terrorisme<sup>38</sup>. Dans sa nouvelle mouture, l'art. 260<sup>ter</sup> CP risque d'appréhender des opposants politiques soutenant ou finançant une organisation, par exemple à Hong Kong ou Pyongyang, qui lutterait conformément au droit international humanitaire pour la sauvegarde de leurs droits et libertés ou l'instauration d'un régime démocratique. Cela n'est de toute évidence pas souhaitable et il faut espérer que le Tribunal fédéral maintienne sa jurisprudence LTTE en procédant à une analyse minutieuse des objectifs poursuivis par les organisations en cause<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> CR CP II-LIVET/DOLIVO-BONVIN, art. 260<sup>quinquies</sup> N 21.

<sup>33</sup> ARZT, N 42 ss ; CASSANI, DPE.

<sup>34</sup> ARZT, N 44 ; CASSANI, Financement, p. 299.

<sup>35</sup> CASSANI, p. 299.

<sup>36</sup> Voir p. ex. : art. 2 ch. 1 let. b de la Convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (RS 0.352.22).

<sup>37</sup> MOREILLON/LUBISHTANI, p. 516.

<sup>38</sup> ATF 145 IV 470.

<sup>39</sup> ATF 145 IV 470, consid. 4.8 : Message du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469, 6546 : le Conseil fédéral laisse entendre que les réserves de l'art. 260<sup>quinquies</sup>, al. 3 et 4, CP pourraient être appréhendées par les motifs justificatifs.

## B. Le prolongement de la chaîne de punissabilité en droit pénal suisse

Le cadre pénal suisse ne contient pas d'infraction incriminant spécifiquement l'activité terroriste « par excellence » : l'attentat. En effet, les infractions visant le terrorisme démontrent la volonté du législateur de permettre aux autorités de poursuite d'intervenir en amont de l'attentat – comme le récipiendaire dédicataire de ces Mélanges l'a clairement constaté<sup>40</sup>.

Sont ainsi incriminés des actes préparatoires délictueux (art. 260<sup>bis</sup> CP), le fait de participer à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> aCP) ou terroriste selon le nouvel art. 260<sup>ter</sup> CP, de réunir ou mettre à disposition des fonds dans le dessein de financer le terrorisme (art. 260<sup>quinqüies</sup> CP), de propager une idéologie qui vise à rabaisser ou dénigrer de façon systématique une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle ou d'organiser ou encourager de telles actions de propagande (art. 261<sup>bis</sup> al. 2 et al. 3 CP) ou, finalement, le fait de recruter, d'entraîner des personnes ou d'entreprendre un voyage en vue d'un acte terroriste selon l'art. 260<sup>sexies</sup> CP entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2021, qui perpétue la LAQEI<sup>41</sup>.

Cette manière de légiférer s'inscrit à première vue dans une tendance internationale, le droit international obligeant les États à introduire de nouvelles infractions incriminant des actes préparatoires<sup>42</sup> tout en prolongeant la chaîne de punissabilité, ce qui va de pair avec une répression renforcée de comportements en amont des infractions<sup>43</sup>.

## C. Le « terroriste potentiel »

Avec l'art. 23e nLMSI néanmoins, le législateur n'a pas ajouté un élément supplémentaire à cette chaîne, mais l'a abandonnée pour créer la figure du « terroriste potentiel » sans lien avec des comportements déjà incriminés. En effet, le seul lien qui demeure est l'hypothèse qu'une personne pourrait probablement mener à l'avenir des activités terroristes. Cette présomption doit être basée sur des « indices concrets et actuels ». Or en tenant compte de la systématique des lois en jeu, les indices porteront forcément sur des comportements

<sup>40</sup> MOREILLON/LUBISHTANI, p. 515.

<sup>41</sup> Loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique » et les organisations apparentées (RS 122).

<sup>42</sup> VEST, p. 324, qui mentionne notamment la Convention de Varsovie (2005) du Conseil de l'Europe et son protocole additionnel (2015).

<sup>43</sup> FF 2019 4541, 4549.

non-punissables, à défaut de quoi on se trouverait de toute façon dans le cadre du droit pénal permettant d'ores et déjà prévu qu'une instruction pénale puisse être ouverte suite à un soupçon portant sur un des comportements d'ores et déjà criminalisés.

D'où vient la conviction du législateur que le ou la « terroriste potentiel-le » peut être détecté-e sur la base d'indices concrets et actuels ? Il a fallu pouvoir imaginer que l'évaluation de la probabilité d'une telle identification était possible. Le Message ne contient pas de références explicites, mais on y trouve la constatation qu'une telle évaluation est entachée d'incertitudes<sup>44</sup>, certes, mais donc – peut-on ajouter – tout à fait possible. En réalité, cette figure du « terroriste potentiel » n'a pas été créée par la loi, mais existait déjà ; le législateur n'a fait que transposer cette figure d'ores et déjà existante en pratique dans la loi. En effet, les instruments prédictifs de « screening »<sup>45</sup> des personnes constituent une réalité dans de nombreux cantons depuis plusieurs années, notamment en Suisse alémanique<sup>46</sup>.

Notons, finalement, que la figure du « terroriste potentiel » a également été introduite dans le domaine du droit administratif<sup>47</sup> sans la protection juridique nécessaire contre la stigmatisation qui va de pair avec de telles qualifications et impliquant le respect de mesures administratives pouvant donner lieu à une pénalisation en cas de non-respect comme c'est le cas des MPT, voir l'art. 29a, cela sans que la moindre activité terroriste n'ait été commise.

## IV. Perspectives

Les mesures policières de lutte contre le terrorisme discutées s'inscrivent dans une logique préventiviste dominant les agendas sécuritaires de la plupart des pays du monde depuis le 11 septembre 2001 et se ralliant à un discours hégémonique concernant tant ladite menace terroriste que les meilleures façons d'y faire face. Ce discours nous pousse à concevoir la menace comme étant imminente et omniprésente et devant être (contre-)attaquée avec force, voire éradiquée avant que toutes éventuelles velléités nocives ne se soient encore matérialisées.

Que cette poursuite du risque zéro soit efficace ou non reste sujette à débat. L'absence d'évaluations des lois, politiques, programmes et mesures développés au nom de l'anti-terrorisme continue d'ailleurs à faire l'objet de maintes

<sup>44</sup> FF 2019 4541, 4572 ss.

<sup>45</sup> CAPUS, *Verbrechenswahrscheinlichkeit*, p. 85 ss.

<sup>46</sup> P. ex. le « DyRiAS-Islamismusscreener », également appelé « screener de radicalisation », le « Radicalisation Profiling (RA-PROF) », le « RADAR-iTE 2.0 », « l'Octagon », ou le « Violent Extremism Risk Assessment Version 2 Revised (VERA-2R) » et d'autres instruments. SIMMLER, et al., p. 14-18 ; ROHNER/AJIL, p. 6 ss.

<sup>47</sup> LUBISHTANI/MONOD, p. 20.

critiques dans le milieu académique<sup>48</sup>. Il est certain toutefois que la lutte contre le terrorisme telle qu'elle a été menée dans les grandes lignes depuis 20 ans a coûté la vie à des centaines de milliers de civils, introduit de nouvelles inégalités au sein de nos sociétés et provoqué de nombreuses violations de droits humains. Au nom d'une prétendue « sécurité pour toutes et tous », c'est la sécurité de celles et ceux qui sont associée·s au danger terroriste – des associations d'ailleurs fortement influencées par nos imaginaires collectifs entourant cette figure ominieuse<sup>49</sup> – qui est sacrifiée<sup>50</sup>.

Si la Suisse reste dans les grandes lignes fidèle à ses valeurs et principes fondateurs, elle s'inscrit néanmoins, depuis 2015, de plus en plus dans les tendances globales et s'engage dans une surenchère sécuritaire tant dans les processus législatifs qu'au niveau des pratiques de poursuite pénale et de désengagement. Cela peut – en Suisse aussi – produire des faux positifs et des injustices<sup>51</sup>, ce d'autant plus lorsque le discours hégémonique légitimant le dispositif anti-terroriste est axé sur la mise à l'écart et la neutralisation de l'*Autre* dangereux.

De nombreuses recherches scientifiques, notamment dans les sciences politiques et les études de conflit, rendent compte de la complexité de la violence politique et prennent soin de la contextualiser dans le cadre d'une escalade entre deux parties, souvent l'une étatique et l'autre non-étatique. Leur principale conclusion est que les violences politico-idéologiques sont essentiellement le résultat d'actions motivées par un sentiment d'arbitraire qui s'attache de près ou de loin à une injustice objectivement vécue<sup>52</sup>. Une lutte contre le terrorisme qui sacrifie les droits et les **libertés de quelques-uns au nom de l'illusoire sécurité** de toutes et tous n'est **donc pas seulement problématique parce** qu'elle est susceptible de bafouer les droits humains, mais aussi parce qu'elle continue à nourrir le phénomène même qu'elle prétend combattre.

Le risque que des mesures préventives telles que les nouvelles mesures policières de lutte contre le terrorisme produisent des inégalités, des discriminations et des injustices est réel. Dans la sphère pré-criminelle, l'évaluation de la dangerosité ne peut que reposer sur une appréciation subjective limitée qui s'inscrit dans une logique *in dubio pro duriore*. La manière dont ces mesures seront appliquées exigera une attention particulière de la part des milieux de la recherche, de la société civile, ainsi que des organes de contrôle existants<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> ARGOMANIZ, et al ; HEGEMANN/KAHL ; LUM/KENNEDY.

<sup>49</sup> SHAHEEN.

<sup>50</sup> CRAWFORD/HUTCHINSON.

<sup>51</sup> AJIL/JENDLY, 633 ss.

<sup>52</sup> AJIL, notamment chapitre 2 (avec des références supplémentaires).

<sup>53</sup> On s'intéressera ici aux travaux du Comité de vigilance belge, *Comité T*, cf. <https://comitet.be> (consulté le 20.08.2021).

## Le principe d'immédiateté dans le code de procédure pénale suisse

BERNHARD STRÄULI

Professeur à l'Université de Genève

### Table des matières

I.	Introduction.....	605
II.	Le principe d'immédiateté en général.....	606
A.	La notion d'immédiateté.....	606
B.	Les phases concernées de la procédure pénale.....	606
C.	Les cinq facettes du principe d'immédiateté.....	607
D.	Les avantages et inconvénients du principe d'immédiateté.....	609
III.	Les rapports du principe d'immédiateté avec d'autres maximes du procès pénal.....	610
A.	Avec la maxime de l'instruction.....	610
B.	Avec les maximes de publicité externe et d'oralité des débats.....	610
C.	Digression : immédiateté des débats et organisation judiciaire.....	611
IV.	Les garanties conventionnelles et constitutionnelles de l'immédiateté des débats.....	612
A.	L'ancrage conventionnel et constitutionnel de l'immédiateté des débats.....	612
B.	Les exceptions conventionnelles et constitutionnelles à l'immédiateté des débats.....	613
V.	Le principe d'immédiateté des débats dans le code de procédure pénale suisse.....	615
A.	L'immédiateté (relative) des débats devant le tribunal de première instance.....	615
B.	L'immédiateté (relative) de la procédure orale d'appel.....	618
C.	L'absence d'immédiateté de la procédure écrite d'appel.....	621
D.	L'immédiateté (relative) de la procédure judiciaire ultérieure indépendante.....	623
VI.	Conclusion.....	624

### Bibliographie

RICHARD CALAME, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (édit.), CR Code de procédure pénale suisse, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019, art. 389 ; CHRISTIAN DENYS, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'immédiateté de l'administration des preuves, fp 2018, p. 405 ss ; PIERRE DE PREUX/ANGÈLE DE PREUX-BERSIER, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge