



Kastriot Lubishtani* / Hadrien Monod**

Mesures policières de lutte contre le terrorisme

Analyse critique du projet de loi fédérale

Face à la menace terroriste, le législateur est amené à innover pour prévenir l'émergence et le développement de cette criminalité, l'une des plus graves et des plus meurtrières de notre époque. Sa marge de manœuvre est cependant étroite, car bordée par deux obligations essentielles : d'un côté, assurer la protection de la population ; de l'autre, garantir à tout individu – y compris les personnes soupçonnées de vouloir commettre un acte de terrorisme – l'exercice des garanties fondamentales dignes de notre système juridique contemporain. Après l'entrée en vigueur de la Loi sur le renseignement en 2017, la Confédération est en passe d'adopter de nouvelles infractions terroristes dans le Code pénal, mais aussi et surtout d'instituer des mesures policières de lutte contre le terrorisme, censées intervenir en amont de tout acte pénalement répréhensible. Visant à prévenir tout attentat, le projet de Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (pLMPT) soulève des problématiques juridiques, concernant aussi bien la nature des mesures projetées que leurs fondements constitutionnels.

Angesichts der terroristischen Bedrohung wird der Gesetzgeber innovativ sein müssen, um das Entstehen und die Entwicklung dieser Kriminalität – einer der schlimmsten und tödlichsten unserer Zeit – zu verhindern. Sein Handlungsspielraum ist allerdings eng, da er von zwei wesentlichen Pflichten geprägt ist: einerseits muss er den Schutz der Bevölkerung sicherstellen; andererseits muss er jedem Einzelnen – einschliesslich der Personen, die verdächtigt werden, einen Terrorakt begehen zu wollen – die Ausübung der unserem modernen Rechtssystem würdigen Grundfreiheiten garantieren. Nach der Inkraftsetzung des Nachrichtendienstgesetzes im Jahr 2017 ist der Bund sowohl dabei, neue terroristische Straftaten im Strafgesetzbuch zu verankern, als auch insbesondere polizeiliche Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung einzuführen, die vor der Begehung von Straftaten greifen sollen. Mit dem Entwurf des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) sollen jegliche Attentate verhindert werden. Er wirft allerdings rechtliche Fragen hinsichtlich der Art der geplanten Massnahmen und ihrer verfassungsmässigen Grundlagen auf.

Contenu

- I. Introduction
- II. Nature des mesures
 - A. Généralités sur les PMPT
 - B. Jurisprudence du Tribunal fédéral
 - C. Accusation en matière pénale (art. 6 CEDH) ?
- III. Fondements constitutionnels pour légiférer
 - A. Art. 123 al. 1 Cst. (« Droit pénal »)
 - B. Art. 57 al. 2 Cst. (« Sécurité intérieure »)
 - C. Art. 54 al. 1 Cst. (« Affaires étrangères »)
 - D. Art. 173 al. 2 Cst. (« Autres tâches et compétences »)
 - E. Compétences inhérentes
- IV. Conclusion

I. Introduction

Présenté depuis les attentats du 11 septembre 2001 comme « une des menaces les plus graves à la paix et à la sécurité internationales »¹, le terrorisme constitue l'une des criminalités (collectives) les plus graves et les plus meurtrières de notre époque. Face à ce constat, l'État de droit réagit et cherche à prévenir ce phénomène par l'adoption de nouvelles normes juridiques. Le processus législatif amène donc le législateur à innover, mais sa marge de manœuvre est étroite, car bordée par deux obligations essentielles dont le respect simultané peut s'avérer difficilement pleinement compatible : d'un côté, assurer la protection de la population ; de l'autre, garantir à tout individu – y compris les personnes soupçonnées de vouloir commettre un acte de

* Kastriot Lubishtani, Doctorant en droit au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne et assistant diplômé (MLaw).

** Hadrien Monod, Doctorant en droit au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne et assistant diplômé (MLaw).

¹ Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'ONU du 28 septembre 2001 (S/RES/1373 [2001]). C'est la formule désormais consacrée dans les résolutions du Conseil de sécurité.

terrorisme – l'exercice des garanties fondamentales dignes de notre système juridique contemporain. En définitive, ce sont donc les limites de l'État de droit qui sont mises à l'épreuve par le terrorisme et avec lesquelles il convient de se montrer intransigeant. En effet, renoncer ou ignorer ces garanties reviendrait à nier ce qui forme le socle de nos sociétés libres et ouvertes.

Stade ultime de la violence étatique en temps de paix², le droit pénal intervient forcément trop tard pour prévenir les attentats terroristes, même si le *Terrorismusstrafrecht* déclenche partout, et bientôt en Suisse aussi³, la marche en avant d'un droit pénal préventif destiné à intervenir toujours plus tôt dans l'*iter criminis* du terroriste⁴. Ce faisant, le droit pénal ne représente qu'un instrument de la stratégie globale de la sécurité nationale. C'est pourquoi il est essentiel d'en mobiliser d'autres de nature extra-pénale. Ainsi, après l'adoption par une large majorité de la population de la Loi fédérale sur le renseignement⁵ dotant le Service de Renseignement de la Confédération de mesures pouvant être « très intrusives » à l'égard de la vie privée⁶, le Conseil fédéral a dernièrement élaboré un projet de Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (pLMPT) qui est actuellement en discussion au Parlement⁷.

Modifiant essentiellement la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure⁸, le pLMPT s'inscrit dans le cadre du volet préventif de la stratégie de la Suisse pour la lutte antiterroriste du 18 septembre 2015⁹. Les mesures policières de lutte contre le terrorisme envisagées par le Conseil fédéral visent à empêcher le passage à l'acte d'un « terroriste potentiel » (art. 23e al. 1 pLMSI).

Or, si la nécessité de renforcer les moyens de l'État de droit face au terrorisme est incontestable, la fin ne justifie pas encore tous les moyens. Dans cette optique, nous nous proposons d'étudier ci-après deux problématiques qui sont soulevées par le projet de loi instituant ces me-

sures policières de lutte contre le terrorisme. Il s'agira premièrement de faire la lumière sur leur nature juridique et, en particulier, d'évoquer la question de l'applicabilité de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰ (II). Dans un deuxième temps, nous examinerons les fondements constitutionnels sur lesquels se fonde le Conseil fédéral pour légiférer en la matière (III), avant qu'une conclusion ne vienne opérer une synthèse (IV).

II. Nature des mesures

L'examen consistant à déterminer la nature juridique des mesures policières n'est pas purement théorique, mais revêt des incidences pratiques importantes. En effet, les garanties accordées aux personnes visées par ces mesures changeront selon que ces dernières ressortissent au droit pénal ou au droit administratif, en particulier s'agissant des protections découlant de l'art. 6 CEDH. Nous présenterons donc dans un premier temps les mesures contenues dans le projet de loi (A), pour ensuite nous pencher sur la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de mesures préventives (B), avant de procéder à l'analyse concrète de leur nature juridique à la lumière des critères dits « Engel »¹¹ (C).

A. Généralités sur les MPT

En vertu de l'art. 2 al. 2 lit. d^{bis} pLMSI, les mesures policières de lutte contre le terrorisme « visent à empêcher les activités terroristes »¹². De ce fait, elles ont en ligne de mire des individus ne faisant, en principe, pas l'objet d'une procédure pénale (art. 23f al. 1 lit. c pLMSI) ou n'ayant jamais commis d'infraction pénale¹³. Ces personnes sont identifiées dans le projet de loi comme des « terroristes potentiels » (art. 23e al. 1 pLMSI). Il s'agit de la « notion pilier » du projet, laquelle a remplacé celle de « personne potentiellement dangereuse » de l'avant-projet¹⁴. Sans « soupçon »¹⁵ qu'une infraction ait été commise (art. 197 al. 1 lit. b CPP) ni la crainte d'un passage à l'acte (art. 221 al. 2 CPP), ces mesures se justifient cependant aux yeux du Conseil fédéral, au motif que « le comportement d'une personne indique que sa radicalisation risque de se muer en activité terroriste »¹⁶.

Les différentes mesures policières sont insérées dans la nouvelle section 5 (« Mesures visant à empêcher les activités terroristes ») aux art. 23k ss pLMSI et précédées d'une série de principes y relatifs (art. 23e à 23j pLMSI).

² La précision est de mise, car, face au terrorisme, la guerre a même été privilégiée, notamment avec la « *war on terror* » des États-Unis d'Amérique, cf. : J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Paris 2010, N 5.

³ Nous pensons notamment à l'Allemagne (cf. : M. A. ZÖLLER, *Der Terrorist und sein (Straf-)Recht. Wege und Irrwege der neueren Gesetzgebung zur Terrorismusbekämpfung*, Goldammer's Archiv für Strafrecht [GA] 2/2016, 90 ss) et la France (ALIX [n. 2]).

⁴ N. DONGOIS/K. LUBISHTANI, *Un droit pénal publicisé dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste*, in : V. BOILLET/A.-C. FAVRE/V. MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève/Bâle/Zurich 2020, 167 ss, 182 ss ; D. JOSITSCH/K. CLAVUOT-JAKSIC, *Strafrechtliche Evergreens*, in : Jusletter 10.2.2020, N 12 ss ; D. JOSITSCH/G. POULIKAKOS, *Lückenfüllung um jeden Preis? Die bevorstehenden Gesetzesänderungen zur Verhütung des Terrorismus*, in : Jusletter 28.10.2019, N 3 ss.

⁵ LRens ; RS 121. Elle a été adoptée, après référendum, par 65,5 % de la population (FF 2017 339).

⁶ S. MÉTILLE, *Internet et droit. Protection de la personnalité et questions choisies*, Genève/Zurich/Bâle 2017, 149.

⁷ FF 2019 4541. Le Conseil des États a commencé ses travaux sur ce projet de loi lors de la session d'hiver 2019.

⁸ LMSI ; RS 120.

⁹ FF 2015 6843.

¹⁰ RS 0.101.

¹¹ Tels qu'ils ont été développés dans l'arrêt CourEDH, Engel et autres c. Pays-Bas du 8.6.1976.

¹² FF 2019 4541, 4562.

¹³ FF 2019 4541, 4550.

¹⁴ Art. 23e al. 1 lit. a pLMSI, cf. : DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), *Avant-projet de Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, 2017*, disponible sous <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/fedpol/terrorismus/terrorismus/berichte/vorentwurf-f.pdf>>.

¹⁵ RS 312.

¹⁶ FF 2019 4541, 4574.

Les art. 23k ss pLMSI prévoient les six mesures policières suivantes :

1. l'obligation de se présenter et de participer à des entretiens (art. 23k) ;
2. l'interdiction de contact (art. 23l) ;
3. l'interdiction géographique (art. 23m) ;
4. l'interdiction de quitter le territoire (art. 23n) ;
5. l'assignation à une propriété (art. 23o et 23p) ;
6. la surveillance électronique et la localisation par téléphonie mobile (art. 23q).

Selon l'art. 23f pLMSI, le prononcé de ces mesures, quasi toutes prises par fedpol, est guidé par le principe de subsidiarité : tout d'abord, par rapport à des mesures « sociales, intégratives et thérapeutiques » (let. a) ; ensuite, vis-à-vis des mesures préventives cantonales (let. b) ; enfin, elles ne peuvent être prises qu'à condition qu'aucune mesure de contrainte au sens du CPP n'ait été prononcée (let. c). L'art. 23f al. 3 pLMSI impose également la levée de la mesure lorsque les conditions de sa mise en œuvre ne sont plus réunies et offre la possibilité à la personne concernée d'en demander la levée en tout temps (al. 4). L'art. 23g pLMSI règle quant à lui la durée des mesures, lesquelles sont limitées à six mois avec une seule prolongation possible d'une durée équivalente (al. 1), à l'exception de l'assignation à une propriété pour laquelle un régime spécial est prévu à l'art. 23o al. 5 pLMPT : elle est prononcée au maximum pour trois mois, mais renouvelable deux fois d'autant. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, aucune durée minimale n'a été instaurée dans le projet de loi, afin de respecter le principe de proportionnalité¹⁷.

Au fondement du prononcé des mesures policières, la notion de « terroriste potentiel » mérite d'être discutée brièvement. En effet, elle semble extrêmement vague de prime abord, si bien qu'elle n'est pas sans susciter le questionnement quant au respect de l'exigence de la base légale (art. 36 al. 1 Cst.¹⁸) sous l'angle de la densité normative¹⁹. Définie par l'art. 23e al. 1 pLMSI, le « terroriste potentiel » est « une personne dont on présume sur la base d'indices concrets et actuels qu'elle pourrait mener des activités terroristes ». Le Conseil fédéral explicite cette définition de façon obscure, en indiquant que de tels « indices » sont donnés dès qu'il existe un comportement « induisant » une « crainte » que des « biens juridiques importants pourraient faire l'objet d'une violation d'ici une période estimable »²⁰. Ces indices doivent être « concrets », donc « confirmés par certains faits », mais aussi « actuels », c'est-à-dire qu'ils doivent encore exister au moment où la mesure est prononcée,

étant entendu que des « faits anciens qui n'ont plus d'importance pour la sécurité au moment considéré ne peuvent pas être utilisés pour étayer une menace »²¹. De tels indices existent lorsqu'une personne s'efface de son milieu social pour fréquenter un « milieu appelant à la violence terroriste, la justifiant ou la glorifiant », ainsi que lorsqu'elle crée des profils sur les réseaux sociaux, diffuse des contenus terroristes ou les approuve au travers d'un « j'aime »²².

Eu égard au fait que le prononcé de la mesure policière implique de « présumer » qu'une personne « pourrait » commettre un acte pénalement répréhensible, il s'agit en définitive d'un pronostic « entaché d'incertitude », de l'aveu même du gouvernement²³. Or, ces mesures emportent des restrictions importantes aux droits fondamentaux des personnes concernées. La plus incisive d'entre elles – l'assignation à une propriété – permet même d'assigner une personne à une institution publique (art. 23o al. 2 pLMSI), décision qui est assimilable à une « privation de liberté » au sens de l'art. 5 CEDH²⁴. Si l'imprécision de la loi n'est pas réhabilitaire *per se*, elle doit « être compensées par des garanties de procédures »²⁵. La singularité de cette mesure et sa gravité ont d'ailleurs conduit à faire du tribunal des mesures de contrainte l'organe compétent pour la prononcer (art. 23p al. 1 pLMSI).

B. Jurisprudence du Tribunal fédéral

De telles mesures policières ne sont pas totalement inconnues en droit suisse. En effet, à plusieurs reprises ces dernières années, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de mesures policières préventives concernant la violence domestique et le hooliganisme²⁶ qui avaient été élaborées par les cantons soit dans leur droit cantonal directement, soit par l'entremise d'un concordat intercantonal²⁷.

À cet égard, les juges fédéraux admettent que distinguer « l'activité de la police relevant du droit administratif » de celle exercée « au service de la poursuite pénale » n'est pas « aisé »²⁸. Ils ont toutefois retenu que l'interdiction de périmètre (similaire à la mesure de l'art. 23m pLMSI), l'obligation de se présenter (art. 23k pLMSI) et la garde à vue (art. 23o pLMSI) constituaient des mesures dépourvues « de caractère pénal »²⁹. Le Tribunal fédéral a ainsi estimé, eu égard au fait que ces mesures ne visent pas à punir « la perpétration d'une

²¹ FF 2019 4541, 4573 s.

²² FF 2019 4541, 4573 s.

²³ FF 2019 4541, 4573.

²⁴ Arrêt CourEDH, *Dacosta Silva c. Espagne* du 2.11.2006 ; FF 2019 4541, 4583.

²⁵ ATF 140 I 381, c. 4.4 et références citées.

²⁶ Il s'agit du Concordat intercantonal instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives, cf. : <https://www.kkj.ch/files/Dokumente/Themen/Hooliganismus/140110_Konkordat_Stand_10.1.14_nach_BGE_f.pdf> (consulté le 20.2.2020).

²⁷ ATF 140 I 353 = JdT 2015 I 39, c. 5 ; ATF 140 I 381, c. 3 ; ATF 140 I 2 = JdT 2014 I 167, c. 6 ; ATF 137 I 37 = JdT 2011 I 221, c. 4.4.

²⁸ ATF 140 I 353 = JdT 2015 I 39, c. 5.2.

²⁹ ATF 140 I 2 = JdT 2014 I 167, c. 2.1.

¹⁷ ATF 140 I 2 = JdT 2014 I 16, c. 11.2 : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait jugé disproportionné le fait que la durée minimale d'une interdiction de périmètre ait été fixée à une année.

¹⁸ RS 101.

¹⁹ BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 35 ss et 42 ss, in : Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Basler Kommentar. Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BSK BV-Auteur) ; J.-F. AUBERT/P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zurich 2003, 323 N 7.

²⁰ FF 2019 4541, 4573 s.

infraction [...] et n'ont pas pour but d'amender la personne visée »³⁰, qu'elles ne sont pas de nature punitive et, partant, qu'elles n'entrent pas dans le carcan du droit pénal³¹. Aux yeux du Tribunal fédéral, l'élément pertinent réside dans le fait que ces mesures ont « exclusivement » pour but « la prévention d'actes de violences et [...] ne se présentent pas, par leur genre et leur intensité, comme punition d'actes de violence déjà commis »³².

Deux enseignements sont à tirer de cet arrêt. Premièrement, le raisonnement du Tribunal fédéral devrait être applicable *mutatis mutandis* aux mesures du pLMPT, puisqu'il porte lui aussi sur des mesures policières préventives du même ordre. Secondement, et c'est là un aspect critiquable de la jurisprudence précitée, les juges fédéraux se sont, semble-t-il, dispensés d'analyser l'application de l'art. 6 CEDH au regard des critères « Engel »³³. Tout au plus ont-ils soutenu leur point de vue en se référant à une mesure d'interdiction de périmètre rendue en lien avec des violences domestiques³⁴. Bien que la menace que représente un individu soupçonné d'activités terroristes ne doive surtout pas être négligée, la question de l'application de l'art. 6 CEDH mérite d'être posée, étant donné que certaines mesures ont, selon nous, des répercussions *a priori* suffisamment importantes sur la vie des personnes concernées pour être potentiellement assimilées à des sanctions pénales³⁵.

C. Accusation en matière pénale (art. 6 CEDH) ?

Garantissant le droit à un procès équitable, l'art. 6 CEDH est appelé à s'appliquer lorsqu'il existe à l'encontre d'une personne une « accusation en matière pénale ». Cette notion doit être entendue dans un sens matériel et non formel. Cela implique d'examiner les fondements de la procédure et les reproches faits à l'encontre de la personne « accusée » pour constater le caractère pénal de celle-ci plutôt que de se rapporter simplement à la dénomination formelle utilisée par les

autorités³⁶. Par ailleurs, il existe une accusation en matière pénale dès qu'il y a notification officielle d'une autorité compétente contenant le reproche d'avoir commis une infraction pénale ou lorsqu'il y a des répercussions importantes sur la situation de l'accusé³⁷. Dans son arrêt « Engel »³⁸, la CourEDH a développé trois critères à prendre en compte afin de déterminer si l'on se trouve en présence d'une accusation en matière pénale, auquel cas la personne visée bénéficie des garanties relatives au procès pénal. Ces critères sont les suivants : (1) la qualification de la sanction en droit interne ; (2) la nature de l'infraction ; (3) l'importance de la sanction, sa nature et son but. Bien qu'une approche globale soit envisageable, ces trois critères peuvent être considérés comme alternatifs et la présence d'un seul d'entre eux suffit pour que l'art. 6 CEDH trouve à s'appliquer³⁹.

Comme nous l'avons brièvement exposé ci-dessus, les mesures policières ne sont pas qualifiées de « pénales » dans la lettre même du pLMPT, ni par le Conseil fédéral dans son Message y relatif. En outre, des mesures similaires dans le cadre de la prévention du hooliganisme ont pour l'instant été considérées comme purement préventives dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et dépourvues de tout caractère pénal⁴⁰. La classification selon le droit interne ne permet donc pas de retenir une accusation en matière pénale.

Dès lors, il sied de s'intéresser à la nature de la mesure. Il s'agit de vérifier si l'interdiction de violer une norme prescrite et la mesure y afférente visent un groupe déterminé de personnes, des individus particuliers ou n'importe quel justiciable. Ainsi, lorsque la sanction découlant de la violation d'une norme a pour finalité le respect et le bon déroulement d'un processus, le bon fonctionnement d'une institution ou, comme l'indique la CourEDH « d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces derniers »⁴¹, on est en présence d'une mesure disciplinaire. À l'inverse, lorsqu'une sanction est susceptible d'être appliquée à un nombre indéfini de justiciables, celle-ci revêt plutôt un caractère pénal⁴².

À cet égard, nous relevons que les mesures policières de lutte contre le terrorisme ne se limitent pas à un groupe défini de personnes, mais peuvent théoriquement viser n'importe quel justiciable. Il est donc imaginable que le caractère pénal de ces mesures doive être retenu. Toutefois, il convient également de s'intéresser dans ce contexte à leur finalité. En d'autres termes, et à l'image

³⁰ ATF 140 I 2 = JdT 2014 I 167, c. 2.1.

³¹ B. MEIER, Hooligankonkordat: präventive Verpackung, repressiv Wirkung, Strafrechtlicher Charakter von Verwaltungsmassnahmen, in : PJA 2014 688 ss, 671.

³² ATF 140 I 2 = JdT 2014 I 167, c. 6.3.

³³ ATF 140 I 2 = JdT 2014 I 167, c. 6.3 : ce considérant renvoie à un ATF 134 I 140, dans lequel une interdiction de périmètre est prononcée. Pour une critique de l'absence d'examen des critères Engel, voir : F. FLEISCHMANN, Polizeirechtliche Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt anlässlich von Sportveranstaltung : eine systematische Darstellung der Rechtslage im Kanton Zürich, Thèse, Zurich 2018, N 856 ss.

³⁴ ATF 134 I 140 = JdT 2009 I 303 : selon nous, les deux sortes d'interdiction de périmètre ne sont pas véritablement comparables dans leurs effets (de 14 jours à 3 mois d'interdiction de périmètre dans le cas d'espèce, contre une durée pouvant aller jusqu'à 12 mois dans le cadre du pLMPT) ou au vu de la gravité des actes.

³⁵ FLEISCHMANN (n. 33), N 844 ss. L'auteur évoque certes le cas des mesures préventives policières en matière de hooliganisme, mais sa réflexion reste pertinente en l'espèce. Sur les termes de « répercussions importantes », voir : arrêt CourEDH, Deweer c. Belgique du 27.2.1980, § 46 et les références citées.

³⁶ O. BIGLER, art. 6 CEDH N 9, in : Gonin/Bigler (édit.), Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire des art. 1 à 18 CEDH, Berne/Paris 2018 (cité : Comm. CEDH-AUTEUR).

³⁷ Arrêt CourEDH, Deweer c. Belgique du 27.2.1980, § 44 ss.

³⁸ Arrêt CourEDH, Engel et autres c. Pays-Bas du 8.6.1976.

³⁹ Arrêt CourEDH, A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie du 27.9.2011, § 38 ; CourEDH, Bendenoun c. France, du 24.2.1994, § 47 ; arrêt CourEDH, Jussila c. Finlande du 23.11.2006, § 32.

⁴⁰ ATF 140 I 2 = JdT 2014 I 167, c. 2.1.

⁴¹ Arrêt CourEDH, Weber c. Suisse du 22.5.1990, § 33 ; arrêt CourEDH, Jussila c. Finlande du 23.11.2006, § 38 : où l'on observe le raisonnement de la CourEDH concernant le nombre de personnes susceptibles d'être touchées par la sanction.

⁴² Comm. CEDH-BIGLER (n. 35), art. 6 CEDH N 16 et les réf. cit.

des développements effectués par le Tribunal fédéral⁴³, les mesures policières préventives dont il est question ici se rapportent à des agissements futurs hypothétiques qu'il convient d'empêcher. Dès lors, aucun caractère répressif pur et direct ne peut être retenu, étant donné qu'il ne s'agit pas de réagir à comportement pénalement répréhensible, mais plutôt de prévenir la commission possible d'un tel acte en l'anticipant. Il paraît donc difficile, à ce stade, de retenir une accusation en matière pénale.

En revanche, l'examen du dernier critère se montre souvent décisif. Il suppose de s'intéresser à la gravité, l'importance et au but de la mesure⁴⁴. Bien que les mesures policières envisagées par le Conseil fédéral soient tout aussi incisives pour la liberté de mouvement ou le droit au respect de la vie privée (art. 10 al. 2 Cst et 13 Cst. ; art. 5 et 8 CEDH) que certaines mesures de contrainte prévues par le CPP, en ce qu'elles imposent ou interdisent des comportements, si besoin, « en recourant à la contrainte »⁴⁵, ce seul constat ne suffit pas pour établir leur caractère pénal.

Concernant les mesures ancrées aux art. 23k à 23n pLMSI, la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux est certes importante, mais semble néanmoins passer sous le radar du domaine pénal à notre sens. En effet, les mesures ont un impact limité d'un point de vue temporel, spatial et matériel, sur l'exercice des droits fondamentaux des personnes concernées et, de surcroît, peuvent être aménagées d'exceptions, hormis l'interdiction de contact (art. 23l pLMSI). Deux mesures appellent toutefois des commentaires : l'assignation à une propriété d'une part et la surveillance électronique et la localisation par téléphonie mobile d'autre part.

Concernant l'assignation à une propriété prévue à l'art. 23o pLMSI, cette mesure impose un confinement en un lieu déterminé, restreignant de façon très importante la liberté de mouvement, et cela pour une durée pouvant aller jusqu'à neuf mois (art. 23o al. 5 pLMSI). C'est la raison pour laquelle il s'agit de la seule mesure qui, d'une part, nécessite le concours du tribunal des mesures de contrainte (art. 23p al. 1 pLMSI) et qui, d'autre part, connaît une durée propre distincte de celle instaurée par l'art. 23g al. 1 pLMSI. Au regard des effets matériels de cette mesure, il s'ensuit que la liberté de la personne concernée est entravée dans une proportion comparable à une privation de liberté « ordinaire »⁴⁶, même si le lieu de privation de liberté n'est pas un établissement pénitentiaire⁴⁷.

La CourEDH a d'ailleurs estimé que le placement pendant 30 jours d'un mineur dans un centre de détention pour mineurs délinquants présentait clairement des éléments de dissuasion et de répression, ce qui imposait alors d'appliquer l'art. 6 CEDH et ses garanties⁴⁸. Selon nous, le raisonnement de la CourEDH dans cet arrêt est transposable à l'art. 23o pLMSI à deux égards. Dans un premier temps, l'interdiction de séjourner ailleurs que dans un espace extrêmement réduit pour une durée potentielle bien supérieure à 30 jours atteint de façon très sévère la liberté de mouvement d'une personne à laquelle aucune infraction pénale ne peut être reprochée. La nécessaire approbation du tribunal des mesures de contrainte est du reste révélatrice selon nous. Deuxièmement, l'art. 23o al. 1 pLMSI contient deux précisions singulières. D'une part, il est exigé que la personne visée soit considérée comme « une menace considérable » ce qui suppose, selon le Conseil fédéral, qu'elle ait commis des actes de violences par le passé et, d'autre part, que l'une des autres mesures contenues aux art. 23k ss pLMSI n'ait pas été respectée⁴⁹. Par conséquent, que cela soit au travers d'infractions déjà commises et parce qu'une autre mesure préventive n'a pas été respectée, il est indéniable que l'art. 23o pLMSI s'applique *en réaction* à un certain comportement. Pour cette raison, nous estimons que cette disposition dénote un certain caractère répressif et revêt de ce fait une coloration pénale⁵⁰.

Par conséquent, l'assignation à une propriété au sens de l'art. 23o pLMSI fonde l'application de l'art. 6 CEDH, en ce qu'elle constitue une mesure relative à une accusation en matière pénale, si bien que le « terroriste potentiel » doit bénéficier de toutes les garanties procédurales découlant de cette disposition, en particulier le droit d'être assisté d'un défenseur (art. 6 par 3 lit. c CEDH).

Enfin, s'agissant de la surveillance électronique et la localisation par téléphonie mobile (art. 23q pLMSI), elle a pour but de permettre à l'autorité de déterminer si le « terroriste potentiel » respecte les autres mesures prises à son encontre (al. 1). Quand bien même elle ne permet pas une surveillance permanente en temps réel⁵¹, qu'elle demeure subsidiaire⁵² et non secrète, force est d'admettre que la restriction au droit au respect de la vie privée (art. 13 Cst. ; 8 CEDH) est très importante,

tant de s'organiser lui-même et d'assumer ses responsabilités. Il doit en particulier avoir accès à la télévision, à la radio et à Internet, pouvoir cuisiner, assurer ses soins corporels et protéger sa sphère privée » (FF 2019 4541, 4585).

⁴⁸ Arrêt CourEDH, Blokhin c. Russie du 23.3.2016, § 180 ss.

⁴⁹ FF 2019 4541, 4584.

⁵⁰ Arrêt CourEDH, Jussila c. Finlande du 23.11.2006, § 38 dans lequel la teinte à la fois répressive et préventive de la sanction en question a conduit les juges à reconnaître son caractère pénal ; arrêt CourEDH, Öztürk c. Allemagne du 21.2.1984, § 53 : « [...] surtout, le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l'art. 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction litigieuse ».

⁵¹ FF 2019 4541, 4587.

⁵² Art. 23q al. 1 pLMSI : « lorsque les mesures prises jusqu'alors dans le cadre du contrôle de l'exécution de la mesure sont restées sans succès ou n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles en l'absence de surveillance ou de localisation ».

⁴³ ATF 140 I 2.

⁴⁴ Arrêt CourEDH, Campbell et Fell c. Royaume-Uni du 28.6.1984, § 72 ; arrêt CourEDH, Engel et autres c. Pays-Bas du 8.6.1976, § 82 ; PIQUERET G./MACALUSO A., Procédure pénale suisse, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, 94.

⁴⁵ FF 2019 4541, 4554.

⁴⁶ Arrêt CourEDH, Dacosta Silva c. Espagne du 2.11.2006. Voir également : FF 2019 4541, 4583.

⁴⁷ En effet, dans le cas d'une assignation à une propriété privée qui n'est pas celle du terroriste potentiel ou publique (art. 23o al. 2 pLMSI), le Conseil fédéral précise qu'elle « doit toutefois offrir des conditions de vie comparables à un logement (normal) lui permet-

puisque la personne qui fait l'objet de cette mesure peut être suivie à la trace et que des tiers sont aussi impactés⁵³. Une restriction aussi grave devrait, selon nous, faire intervenir un contrôle juridictionnel, si ce n'est dans son prononcé, à tout le moins dans le cadre d'une approbation ultérieure, à l'image de celle requise selon les art. 269 ss CPP. Ce n'est pas l'avis du Conseil fédéral qui, sans fournir d'explication, considère simplement que la mesure ne requiert pas l'aval d'un juge et que son intensité n'est pas comparable à celle des mesures de surveillance secrète⁵⁴. Certes, l'art. 24g pLMSI prévoit qu'il est possible de contester la mesure ordonnée par fedpol devant le Tribunal administratif fédéral. Toutefois, au vu de l'intensité de l'atteinte causée par une telle mesure, l'imprécision des conditions légales fondant la mesure nécessite à notre sens que l'autorité prononçant la surveillance électronique selon l'art. 23q pLMSI soit indépendante du pouvoir exécutif⁵⁵. Enfin, comme l'art 23q pLMSI ne revêt pas d'aspect réactif et que cette mesure policière est ordonnée pour assurer la bonne exécution des autres mesures, il ne s'agit probablement pas d'une accusation en matière pénale.

III. Fondements constitutionnels pour légiférer

Lors de la procédure de consultation, il est apparu que l'une des principales réserves exprimées, notamment par plusieurs cantons et diverses organisations, tenait aux fondements constitutionnels pour légiférer⁵⁶. À cet égard, le projet de loi s'appuie dans son préambule sur quatre dispositions constitutionnelles, que nous traiterons ainsi qu'il suit : l'art. 123 al. 1 Cst. (A) ; l'art. 57 al. 2 (B) ; l'art. 54 al. 1 (C) ; et l'art. 173 al. 2 (D). En dernier lieu, nous étudierons la question des compétences inhérentes de la Confédération dans une perspective critique (E).

A. Art. 123 al. 1 Cst. (« Droit pénal »)

Tout d'abord, l'art. 123 al. 1 Cst. relatif au droit pénal dispose sobremment que « la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération ».

D'emblée, il est curieux de constater que le Conseil fédéral se fonde sur l'art. 123 Cst. pour légiférer en matière de mesures de police, puisqu'il est de l'opinion que les mesures policières « ne déploient pas d'effet pénal et n'impliquent pas l'ouverture ou la clôture d'une procédure pénale »⁵⁷. Ainsi, l'on comprend mal comment une compétence législative relative au domaine pénal permettrait à la Confédération de légiférer là où, justement, elle nie le caractère pénal de nouvelles normes dont elle entend se doter⁵⁸. Dès lors, l'art. 123 al. 1 Cst. paraît d'ores et déjà être une base constitutionnelle douteuse pour le pLMPT. La jurisprudence et les travaux parlementaires vont confirmer ce point de vue.

En 2008 tout d'abord, le Tribunal fédéral a indiqué que les mesures policières destinées à prévenir une infraction relèveraient, dès l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale, de la législation de police et, partant, du droit cantonal⁵⁹. Très peu après, une motion a été déposée au Conseil national pour contrecarrer la portée de cette jurisprudence et introduire dans le CPP des dispositions relatives aux « investigations secrètes avant l'ouverture d'une procédure pénale »⁶⁰. Tant le Conseil fédéral que le Conseil des États ont refusé la proposition. Tous deux ont considéré que les mesures policières antérieures à la commission d'une infraction relèvent exclusivement du droit cantonal de police et qu'aucune compétence législative fédérale en la matière ne peut se déduire de l'art. 123 al. 1 Cst.⁶¹.

En 2012, l'opportunité d'introduire des instruments préventifs dans le CPP s'est à nouveau présentée lors de la révision de la procédure pénale relative à l'investigation secrète⁶². Une fois encore, le Conseil fédéral s'est opposé à cette proposition, au motif qu'elle méconnaissait la répartition constitutionnelle des compétences et qu'elle était étrangère aux principes qui avaient fondé le CPP⁶³. S'agissant du Conseil national, sa Commission des affaires juridiques a également rejeté la proposition : l'art. 123 al. 1 Cst. ne permet pas à la Confédération de légiférer sur des mesures préalables à l'ouverture d'une procédure pénale et dont le but est notamment de prévenir une infraction⁶⁴. En plénum finalement, plusieurs parlementaires ont rappelé que « la Confédération n'a pas la compétence législative nécessaire » dans le domaine et qu'une telle mesure accapare « une compétence cantonale »⁶⁵.

⁵³ Bien que l'art. 23h al. 1 pLMSI évoque la question du traitement de données de tiers, le fait que fedpol soit « juge et partie » est problématique, en particulier lorsque les données traitées sont protégées par le secret de l'avocat.

⁵⁴ FF 2019 4541, 4587.

⁵⁵ Arrêt CourEDH, *Klass et autres c. Allemagne* du 6.9.1978, § 56 ; S. MÉTILLE, *Mesures techniques de surveillance et respect des droits fondamentaux*. En particulier dans le cadre de l'instruction pénale et du renseignement, Thèse, Neuchâtel 2010, N 261 ss.

⁵⁶ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), *Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative à la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme*, 2018, 1 ss, 9 s., disponible sous <<https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/terrorismus/terrorismus/botschaft-massnahmen/ve-ber-f.pdf>> (consulté le 20.2.2020).

⁵⁷ FF 2019 4541, 4555.

⁵⁸ J. TIEFENTHAL, *Kantonale Polizeihöhe – Grundpfeiler des Föderalismus oder folkloristischer Mythos?*, in : *Sécurité & Droit* 3/2017, 153 ss, 157 s.

⁵⁹ ATF 134 IV 266, c. 4.1.1.

⁶⁰ Motion 08.3841, *Investigations secrètes avant l'ouverture d'une procédure pénale*, 17.12.2008.

⁶¹ Réponse du Conseil fédéral à la Motion 08.3841, 18.2.2009 ; BO 2009 E 1291 s.

⁶² FF 2012 5167.

⁶³ FF 2012 5183, 5185. Voir aussi : ATF 140 I 353 = JdT 2015 I 39, c. 5.5.1.

⁶⁴ FF 2012 5167, 5172. Voir également : ATF 140 I 353 = JdT 2015 I 39, c. 5.5.1.

⁶⁵ BO 2012 N 1264, 1266 s. ; ATF 140 I 353 = JdT 2015 I 39, c. 5.5.1.

Faute de compétence constitutionnelle, l'Assemblée fédérale s'est donc refusée à adopter des mesures « consistant dans une activité de la police destinée à prévenir [...] d'éventuels délits futurs »⁶⁶ et cela quand bien même la possibilité s'est présentée à plusieurs reprises. À cet égard, la proximité des mesures policières de lutte contre le terrorisme avec la potentielle ouverture d'une procédure pénale dans un futur plus ou moins proche ne saurait rien y changer. Partant, l'art. 123 al. 1 Cst. n'apparaît pas comme un fondement constitutionnel suffisant pour légiférer.

B. Art. 57 al. 2 Cst. (« Sécurité intérieure »)

L'art. 57 al. 2 Cst. prévoit ensuite que la Confédération et les cantons « coordonnent leurs efforts en matière de sécurité intérieure ». Cette disposition complète ainsi l'art. 57 al. 1 Cst., selon lequel la Confédération et les cantons « pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives ».

La « sécurité intérieure » recouvre un ensemble de mesures tendant à « la prévention et à l'élimination des menaces qui pèsent sur l'ordre public et l'État en tant que tel », dont font parties les « mesures préventives » pour parer aux menaces contre la sécurité et l'ordre publics⁶⁷. Compte tenu du but des mesures envisagées par le pLMPT, elles s'inscrivent dans le cadre de la politique de sécurité intérieure du pays.

Dans un rapport de 2012 relatif à la sécurité intérieure suite au postulat Malama, le Conseil fédéral a attentivement examiné la question de la répartition constitutionnelle des compétences dans le domaine, en constatant que, « dans la mesure où la Constitution n'attribue pas de compétences spécifiques (explicites ou implicites) à la Confédération, la sécurité intérieure est prioritairement l'affaire des cantons »⁶⁸. Ainsi, le gouvernement a tout d'abord relevé que l'art. 57 al. 1 Cst. n'établit aucune délimitation claire des compétences entre la Confédération et les cantons, ni leurs tâches respectives, mais leur confère un certain mandat d'agir. Il ne s'agit donc pas d'une « disposition fondant des compétences » pouvant « servir de base constitutionnelle à une action de la Confédération dans le domaine de la sécurité intérieure »⁶⁹. Le Conseil fédéral a toutefois estimé que l'art. 57 al. 2 Cst. confère une compétence législative à la Confédération en matière de sécurité intérieure, à condition qu'il s'agisse « de problèmes de sécurité rele-

vant au moins pour partie de la compétence de la Confédération et qui, du point de vue de cette dernière, exigent une coordination au niveau fédéral »⁷⁰.

Au-delà du fait que le raisonnement du Conseil fédéral est tautologique, il apparaît bien plutôt que l'art. 57 al. 2 Cst. instaure un devoir de coordination selon nous, sans formellement contenir d'attribution explicite de compétence en faveur de la Confédération⁷¹. En outre, nous rejoignons les divers auteurs qui, dans le cadre de l'examen de l'art. 57 al. 2 Cst., ont mis en exergue le fait qu'il existe un accroissement de plus en plus important des tâches policières assumées par la Confédération, en dépit de l'absence d'une base constitutionnelle explicite⁷². SCHWEIZER et KÜPFER considèrent d'ailleurs qu'il s'agit d'une lacune importante (« erheblichen Mangel »)⁷³. Ainsi, l'art. 57 al. 2 Cst. apparaît aussi comme un fondement constitutionnel insatisfaisant pour le pLMPT.

C. Art. 54 al. 1 Cst. (« Affaires étrangères »)

Ayant trait aux « affaires étrangères », l'art. 54 al. 1 Cst. attribue la compétence en la matière à la Confédération. Pour le Conseil fédéral, cet article fonde une « base constitutionnelle pour édicter des actes étroitement liés avec les affaires étrangères » et, comme les mesures policières de lutte contre le terrorisme se rapportent exactement à ce domaine selon lui, cela suffirait pour justifier la compétence de la Confédération⁷⁴.

Bien qu'il soit aisément concevable que la menace terroriste soit transfrontière et, ainsi, nécessite une collaboration avec les autorités étrangères⁷⁵, la protection de la population suisse est une tâche qui concerne les affaires intérieures. Par conséquent, il nous semble surprenant de s'appuyer sur l'art. 54 al. 1 Cst. pour en inférer une

⁷⁰ FF 2012 4161, 4188.

⁷¹ G. BIAGGINI, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich 2017, Art. 57 N 10 ; F. FLEISCHMANN, (n. 33), N 308 ss ; TIEFENTHAL (n. 58), 154 et 165 ; SCHWEIZER, (n. 68), 188 ; HENSLE (n. 67), 61 ; R. SCHWEIZER / G. KÜPFER, Art. 57 N 8, in : Ehrenzeller *et alii* (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, Zurich/St-Gall 2008 (cité : SG Komm. BV-AUTEUR) ; R. MÜLLER, *Innere Sicherheit Schweiz. Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848*, Thèse, Bâle 2009, 419 s. ; R. SCHWEIZER / P. SUTTER / N. WIDMER, *Grundbegriffe*, in : Schweizer (édit.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Bâle 2008, 53 ss, 88 s. ; M. MOHLER, *Unsicherheit über Sicherheit – von Verfassungsbegriffen bis zur Rechtsanwendung*, in : PJA 2007 815 ss.

⁷² TIEFENTHAL (n. 58), 157 ss et 165 ; MÜLLER (n. 71), 503 ; M. MOHLER, *Vernetzung von Sicherheit*, in : Schweizer (édit.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band III, Teil 1, Allgemeiner Teil: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, 521 ss, 596 ss. Voir également : BSK BV-DIGGELMANN / ALTWICKER (n. 19), Art. 57 N 23 ss et 27 ss.

⁷³ SG Komm. BV-SCHWEIZER / KÜPFER (n. 71), Art. 57 N 8.

⁷⁴ FF 2019 4541, 4633.

⁷⁵ Il apparaît notamment qu'un attentat visant la ville de Genève a été déjoué par le Service de renseignement de la Confédération, grâce aux autorités américaines, cf. : B. MABILLARD, *Comment le pire attentat prévu en Suisse a été déjoué à Genève*, *Le Temps*, 13.2.2020, disponible sous <<https://www.letemps.ch/suisse/pire-attentat-prevu-suisse-dejoue-geneve>> (consulté le 20.2.2020).

⁶⁶ ATF 140 I 353 = JdT 2015 I 39, c. 5.5.1.

⁶⁷ FF 2012 4161, 4179 et 4204 ; J. TIEFENTHAL, *Kantonales Polizeirecht der Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2018, N 22 ss ; B. HENSLE, *Sicherheitsarchitektur der Schweiz aus der Sicht der Polizei*, in : *Sécurité & Droit* 2/2011, 75 ss, 75.

⁶⁸ FF 2012 4161, 4179 ; R. SCHWEIZER, *Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht*, in : *Sécurité & Droit* 3/2012, 185 ss, 191 s. ; C. LINSI, *Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht*, in : *LeGes* 3/2008, 465 ss, 467.

⁶⁹ FF 2012 4161, 4187.

quelconque compétence de la Confédération lui permettant de légiférer en matière de sécurité intérieure⁷⁶. Partant, c'est également un fondement constitutionnel inadéquat.

D. Art. 173 al. 2 Cst. (« Autres tâches et compétences »)

Enfin, l'art. 173 al. 2 Cst. traite des « autres tâches et compétences » de l'Assemblée fédérale qui lui incombent lorsqu'elles ne « ressortissent pas à une autre autorité fédérale », tandis que l'al. 1 prévoit que le Parlement a diverses tâches et compétences. Le Conseil fédéral estime qu'il s'agit d'une base constitutionnelle autorisant le Parlement à légiférer en matière de compétences inhérentes et donc aussi en matière de mesures préventives de police⁷⁷.

Recourir à l'art. 173 al. 2 Cst. pour justifier une telle compétence n'est toutefois guère convaincant selon nous⁷⁸. Tout d'abord, la systématique du texte constitutionnel indique que la disposition sert d'abord à définir l'organisation et le fonctionnement de l'Assemblée fédérale et qu'elle n'est pas une norme d'attribution de compétences en faveur de la Confédération⁷⁹. Par ailleurs, nous considérons avec MÜLLER que la norme paraît formulée de façon bien trop large pour fonder une compétence en matière de sécurité intérieure⁸⁰. Troisièmement, la disposition règle uniquement les relations entre autorités fédérales et procède donc à une répartition horizontale de compétences⁸¹. Enfin, il semblerait que la norme ne permette pas à l'Assemblée fédérale d'édicter une loi fédérale relative au droit de police appelée à durer⁸².

Ainsi, l'art. 173 al. 2 Cst. ne suffit pas pour déterminer qui des cantons ou de l'Assemblée fédérale sont légitimés à légiférer en matière de sécurité intérieure⁸³. Dès lors, ce fondement constitutionnel est inadéquat pour fonder une compétence législative en faveur de la Confédération.

E. Compétences inhérentes

Au vu de ce qui précède, il s'ensuit que le projet de loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme ne repose sur aucune base constitutionnelle écrite ou explicite⁸⁴.

Pour justifier sa compétence législative faute de mieux, la Confédération ne peut que s'appuyer, d'une part, sur ses compétences inhérentes en matière de sécurité intérieure et, d'autre part, sur ses compétences fédérales implicites découlant du contexte matériel, comme le retient le Conseil fédéral⁸⁵. Il en va précisément ainsi d'une partie de la sécurité intérieure, laquelle constitue une des facettes de la tâche plus globale de « protection de l'État » incombant implicitement à la Confédération⁸⁶. En effet, il revient à cette dernière d'assurer l'existence même de l'État, en protégeant la pérennité de la communauté nationale et en veillant à écarter les dangers qui pourraient la menacer⁸⁷. C'est dans ce cadre que la LMSI, qui fixe les éléments-clés relatif à la sécurité intérieure, a vu le jour⁸⁸.

Toutefois, l'activité étatique fédérale en matière de politique de sécurité intérieure est insatisfaisante à l'aune du texte constitutionnel, de l'avis unanime de la doctrine⁸⁹. En effet, l'absence de compétence explicite en faveur de la Confédération est problématique dans un État où le droit est la base et la limite de son activité (art. 5 al. 1 Cst.). Qui plus est, la portée d'une compétence inhérente, sur laquelle il est possible de se fonder malgré tout, contient immanquablement une part d'incertitude qui est malheureuse pour régler des questions d'une importance aussi cruciale, dans une loi restreignant de manière aussi incisive certains droits fondamentaux. Sur une question où les cantons sont principalement compétents de surcroît⁹⁰, une répartition plus claire des tâches entre ces derniers et la Confédération n'est pas seulement souhaitable, mais elle est nécessaire. Il faudra, tôt ou tard, qu'une révision constitutionnelle remédie aux lacunes observées par la doctrine⁹¹.

⁷⁶ TIEFENTHAL (n. 58), 159 et 160 ss ; SCHWEIZER (n. 71), 187.

⁷⁷ FF 2019 4541, 4572 et 4632.

⁷⁸ MÜLLER (n. 33), 443 s. et 448.

⁷⁹ BIAGGINI (n. 65), vor. Art. 42 N 19 et Art. 173 N 33 ; LINSI (n. 62), 470 s.

⁸⁰ MÜLLER (n. 71), 425 : la critique de l'auteur vaut surtout à l'égard de l'art. 173 al. 1 let. b Cst., mais reste selon nous valable pour l'art. 173 al. 2 Cst.

⁸¹ BSK BV-MERKER/CONRADIN (n. 19), Art. 173 N 132 ss ; T. SÄGESSER, Art. 173 N 169, in : Ehrenzeller *et alii* (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 20014 (cité : SG Komm. BV-AUTEUR).

⁸² LINSI (n. 62), 471.

⁸³ L. GONIN, Droit constitutionnel suisse. Fondements, institutions et défis, Zurich 2015, 96 s., selon qui l'art. 173 al. 2 Cst. consacre uniquement la compétence résiduelle de l'Assemblée fédérale par rapport aux seules autres autorités fédérales ; SG Komm. BV-SÄGESSER, Art. 173 N.

⁸⁴ C'est, du reste, ce que reconnaît également le Conseil fédéral dans son Message, en écrivant que « s'agissant de ces compétences fédérales pour lesquelles une attribution explicite fait défaut dans la Constitution, la nouvelle pratique invoque l'art. 173, al. 2, Cst. » (FF 2019 4541, 4632). Or, une pratique ne saurait pallier les carences affectant la Constitution.

⁸⁵ FF 2019 4541, 4632. À ce sujet, cf. : TIEFENTHAL (n. 71), 164 ; FF 2012 4161, 4251 ; M. SCHEFER/R. MÜLLER, Schutz der inneren Sicherheit – Historische Entwicklung und aktuelle Fragestellungen, in : Sécurité & Droit 2/2010, 57 ss, 67.

⁸⁶ TIEFENTHAL (n. 71), 154 et 156 ; SCHWEIZER (n. 68), 185 ; FF 2012 4161, 4200 s. ; LINSI (n. 62), 466 s.

⁸⁷ FF 2019 4541, 4632. Voir également : TIEFENTHAL (n. 71), 164 ; SCHWEIZER (n. 68), 185 ; SCHEFER/MÜLLER (n. 85), 68 ss ; LINSI (n. 62), 466 s.

⁸⁸ TIEFENTHAL (n. 71), 155, ss ; HENSLENER (n. 67), 76 ss.

⁸⁹ TIEFENTHAL (n. 71), 165, ss ; SCHWEIZER (n. 68), 191 s. ; HENSLENER (n. 67), 76 ss ; SG Komm. BV-SCHWEIZER/KÜPFER (n. 71), Art. 57 N 8 ; MÜLLER (n. 71), 419 s. ; MOHLER (n. 71), 815 ss ; LINSI (n. 62), 472.

⁹⁰ HENSLENER (n. 67), 76 ; LINSI (n. 62), 467 ss.

⁹¹ TIEFENTHAL (n. 71), 165, ss ; SCHWEIZER (n. 68), 191 s.

IV. Conclusion

Le projet de loi fédérale de mesures policières de lutte contre le terrorisme examiné dans cette contribution est encore en discussion à l'Assemblée fédérale et devrait faire l'objet de modifications auxquelles il faudra se montrer attentif, car il ne fait que peu de doute qu'il sera *in fine* adopté. Qualifié de « loi câline » (« *Kuschelgesetz* ») au Conseil des États⁹², il a récemment été durci dans le cadre du processus parlementaire par sa Commission de la politique de sécurité (CPS-E). En effet, alors que les mesures policières pouvaient être prolongées jusqu'à une durée maximale de 12 mois (art. 23g al. 1 pLMSI) et de 9 mois pour l'assignation à une propriété (art. 23o al. 5 pLMSI) selon le projet initial du Conseil fédéral, cette Commission a proposé de renoncer à une limite et d'opter plutôt pour un cumul possible des prolongations⁹³.

S'il faut à notre sens accueillir positivement la volonté de la Confédération de renforcer son arsenal anti-terroriste⁹⁴, il convient de se montrer plus réservé sur la base constitutionnelle du projet de loi, mais aussi la protection offerte au justiciable. Certes, la lutte contre le terrorisme est nécessaire et elle constitue un but légitime de tout État démocratique. Toutefois, parce que l'enfer est pavé de bonnes intentions, elle est le terreau de dérives où la liberté individuelle peut être sacrifiée sur l'autel de la sécurité, à l'image du *Patriot Act* des États-Unis d'Amérique⁹⁵. En l'occurrence, les mesures policières du projet sont parfois très incisives à l'égard des droits fondamentaux des personnes concernées. De plus, la proposition précitée de la CPS-E veut permettre, à son tour, de prolonger indéfiniment les mesures policières. Encore faut-il ajouter à cela que leur prononcé est, pour la majeure partie d'entre elles, du ressort de fedpol, une entité administrative dépendante du pouvoir politique. Enfin, la formulation des conditions légales est imprécise. Gageons que le Tribunal fédéral sera sans doute amené un jour à examiner ces mesures policières et en particulier l'imprécision soulignée ici de la notion de « terroriste potentiel » (art. 23e al. 1 pLMSI).

Face au terrorisme, la tentation est grande de vouloir repousser les limites. C'est ainsi que le Professeur de droit pénal allemand Günter Jakobs a élaboré la théorie du « *Feindstrafrecht* » qui plébiscite une limitation des garanties fondamentales des « ennemis » de l'État⁹⁶. Elle

doit cependant être fermement rejetée. En effet, les principes cardinaux de l'État de droit imposent à tous ses acteurs, et le législateur au premier chef, de ne pas se laisser aller à une dérive sécuritaire donnant naissance à des outils qui, une fois placés entre de mauvaises mains, pourraient remettre en cause son existence même.

⁹² BO 2019 E 1107.

⁹³ CPS-E COMMISSIONS DE LA POLITIQUE DE SÉCURITÉ, Lutte contre le terrorisme : la commission confirme ses décisions. Communiqué de presse du 18.2.2020, disponible sous <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sik-s-2020-02-18.aspx>> (consulté le 20.20.2020).

⁹⁴ JOSITSCH/POULIKAKOS (n. 4), N 25.

⁹⁵ G. INCHAURRAGA, *Patriot Act*, in : Moutouh/Poirot (édit.), Dictionnaire du renseignement, Paris 2018, 592 ss.

⁹⁶ G. JAKOBS, Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi, in : RSC. Droit pénal de l'ennemi – Droit pénal de l'inhumain, 2009, 7 ss ; G. JAKOBS, Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in : HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (HRRS) 2006, 288 ss, 295 ss ; G. JAKOBS, Terroristen als Personen im Recht ?, in : Zeitschrift für die

gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 117/2005, 839 ss ; G. JAKOBS, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in : HRRS 2004, 88 ss, 92 s. G. JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 4/1985, 751 ss.