
ZStrR

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Band/Tome

136

RPS

Revue Pénale Suisse

4

RPS

Rivista Penale Svizzera

www.zstrr.recht.ch

Wolfgang Wohlers
Strafjustiz und Sachverständige

Marc Graf
Affekttat

Gian Ege
Der Affekt – aus Sicht des Strafrechters

Laurent Moreillon/Kastriot Lubishtani
**Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme.
Etude de droit comparé suisse, allemand, français
et anglais**



Stämpfli Verlag

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

www.ZStrR.Recht.ch

Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

J. Gauthier, Prof., Lausanne – *St. Trechsel*, Prof., Bern – *R. Roth*, Prof., Genève – *A. Donatsch*, em. Prof., Unterengstringen – *P.-H. Bolle*, Prof., Neuchâtel – *K.-L. Kunz*, Prof., Bern – *M. Pieth*, Prof., Basel – *F. Riklin*, Prof., Freiburg – *J.-B. Ackermann*, Prof., Luzern – *L. Moreillon*, Prof., Lausanne – *H. Vest*, Prof., Bern – *A. Kuhn*, Prof., Neuchâtel – *M. A. Niggli*, Prof., Freiburg – *W. Wohlers*, Prof., Basel – *U. Cassani*, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. *Ursula Cassani*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. *Wolfgang Wohlers*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – *B. Boulloc*, Prof., Paris – *R. Moos*, Prof., Linz – *Dr. M. Rutz*, a.Obergerichtsschreiberin, Liestal – *M. Schubarth*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *F. Sgubbi*, Prof., Bologna – *M.-A. Bernaert*, Prof., Louvain – *W. Perron*, Prof., Freiburg i. Br. – *O. Lagodny*, Prof., Salzburg

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 183.– Ausland Fr. 197.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 156.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern

Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.

Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing
Marketing abonnements

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2018. Printed in Switzerland by Stämpfli AG, Bern

ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Laurent Moreillon, Lausanne
Kastriot Lubishtani, Lausanne

Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme. Etude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais

Table des matières

- I. Introduction
- II. Tentative de définition du terrorisme
 1. Historique du concept
 2. Esquisse de définition
- III. Droits international et supranational
 1. Droit international onusien
 2. Droit du Conseil de l'Europe
 3. Droit de l'Union européenne
- IV. Incrimination du terrorisme et d'actes dérivés: aperçu général des systèmes législatifs
 1. Généralités
 2. Droit suisse
 3. Droit français
 4. Droit anglais
 5. Droit allemand
- V. Financement du terrorisme
 1. Généralités
 2. Eléments constitutifs objectifs
 - a) Les fonds
 - b) Le comportement typique
- VI. Organisation terroriste
 1. Généralités
 2. Eléments constitutifs objectifs
 - a) L'organisation
 - b) Le comportement typique
- VII. Recrutement, entraînement et voyage terroristes
 1. Généralités
 2. Elément constitutif objectif: les comportements typiques
 - a) Le recrutement
 - b) L'entraînement
 - c) Le voyage
- VIII. Incitation et apologie terroristes, ainsi que la sympathie pour le terrorisme
 1. Généralités
 2. Elément constitutif objectif: les comportements typiques
 - a) L'incitation
 - b) L'apologie
 - c) La sympathie
- IX. Conclusion

I. Introduction

Préoccupation sécuritaire majeure en Europe et sur d'autres continents, la lutte contre le terrorisme agite de manière intense nos autorités qui cherchent à faire disparaître ce fléau, ou à l'endiguer à tout le moins. La menace que le phénomène terroriste fait planer sur la société n'a pas baissé ces dernières années. Bien au contraire. En effet, l'apparition du terrorisme autonome rend sa prévention extrêmement difficile, car cette forme de terreur, plus surnoise encore car plus diffuse, est portée par des loups solitaires ou des cellules d'individus agissant de façon isolée¹. Les attaques particulièrement sanglantes dont ont été victimes Paris, Bruxelles, Moscou, Lahore et Barcelone dernièrement peuvent par ailleurs témoigner de ce triste constat. Si la Suisse a été épargnée jusqu'à maintenant, nos autorités considèrent toutefois que la menace est élevée². A raison, car diverses affaires récentes, mettant en lumière le fait que nos villes sont des cibles potentielles³, démontrent que la Suisse n'est pas un îlot de sûreté au sein d'une Europe ciblée par les terroristes.

Il a beaucoup été question ces dernières années du volet préventif du dispositif de lutte contre le terrorisme avec notamment la Loi fédérale sur le renseignement (LRens⁴), plébiscitée par le peuple, et plus récemment encore des mesures policières préventives, dont la consultation est terminée⁵. Le droit pénal en est un autre versant et joue un rôle tout aussi essentiel, en ce qu'il est appelé à punir les auteurs d'actes terroristes. Sa réponse, au travers des législations suisse ou européennes, connaît cependant de fortes variations et, ces 15 dernières années, nous avons assisté, selon le pays concerné, à une véritable recrudescence d'actes législatifs créant de nouvelles incriminations. Cette évolution s'est opérée sous l'impulsion des conventions internationales en premier lieu⁶ mais également, peut-être, pour rassurer une population désabusée par la répétition d'actes terroristes. A ce titre, force

1 *Task-Force TETRA*, Rapport sur la lutte contre le terrorisme djihadiste en Suisse focalisée sur les voyageurs djihadistes. Situation actuelle et catalogue des mesures, 26.2.2015, disponible sous <<https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/aktuell/news/2015/2015-02-26/ber-f.pdf>> (consulté le 27.9.2018).

2 *Task-Force TETRA*, Troisième rapport sur les mesures prises par la Suisse dans la lutte contre le terrorisme à motivation djihadiste, avril 2017, disponible sous <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/fedpol/aktuell/news/2017/2017-03-14/tetra-ber-f.pdf>> (consulté le 27.9.2018).

3 C. Lecomte, «On va se faire exploser en Suisse!», in: *Le Temps*, 22.9.2017.

4 RS 121. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2017.

5 Le texte de l'avant-projet et du rapport explicatif de la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme est disponible sous <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/fedpol/terrorismus/terrorismus/berichte/erlaeuternder-bericht-f.pdf>> (consulté le 27.9.2018). La consultation s'est terminée le 31.3.2018.

6 Cf. B. Saul, *Criminality and Terrorism*, in: *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, A. M. Salinas De Frías/K. L. H. Samuel/N. D. White (édit.), New York 2012, 133 ss.

est de constater que, dans ce domaine, le droit s'élabore à l'épreuve d'événements tragiques dont les Etats et leur population sont les victimes⁷.

S'étant ainsi saisie du phénomène de voyageurs djihadistes, l'Allemagne réprime depuis juin 2015 le voyage à l'étranger dans l'intention de recevoir un entraînement pour commettre un acte «terroriste»⁸. De son côté, la France a introduit l'infraction d'apologie publique d'actes de terrorisme⁹. Le Royaume-Uni n'est pas en reste et sanctionne par exemple l'entraînement au terrorisme¹⁰. La Suisse n'ayant pas encore été touchée, son droit pénal fait encore figure de parent pauvre: à l'heure actuelle, le Code pénal ne contient qu'une seule norme visant spécifiquement le terrorisme¹¹. Néanmoins, de façon plus générale, il est vrai que l'organisation criminelle est également réprimée en droit suisse¹². De même, la Confédération a édicté la Loi fédérale interdisant les groupes Al-Qaïda et Etat islamique, ainsi que les organisations apparentées (LAQEI)¹³. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, cette loi n'est néanmoins destinée à durer que jusqu'au 31 décembre 2018 (art. 4 LAQEI).

Néanmoins, la palette d'infractions terroristes en Suisse pourrait s'élargir. En effet, au mois de septembre 2018, le Conseil fédéral a adopté le Message¹⁴ accompagnant un projet de loi proposant de nouvelles incriminations¹⁵. En substance, il est envisagé de pérenniser le contenu de la LAQEI dans des nouvelles dispositions du Code pénal, cela en incriminant de manière spécifique l'organisation terroriste et en réprimant également le recrutement, l'entraînement et le voyage en vue d'un acte terroriste. De ce fait, la LAQEI va être prolongée jusqu'au 31 décembre 2022 comme l'a décidé le Parlement au mois de juin 2018¹⁶, afin de se donner le temps d'entamer la révision du Code pénal et la mener à terme¹⁷.

7 Y. *Mayaud*, *Terrorisme*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Paris mai 2017, N 1.

8 Art. 89a al. 2a Code pénal allemand (StGB-D).

9 Art. 422-2-5 Code pénal français (CP-F).

10 Section 6 Terrorism Act 2006 (TA 2006).

11 Art. 260^{quinquies} Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

12 Art. 260^{ter} CP.

13 RS 122.

14 Le Message est disponible sous <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/bot-f.pdf>> (consulté le 27.9.2018) (ci-après: Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme). Ni le Message, ni le projet qu'il accompagne n'ayant fait l'objet d'une publication à la Feuille fédérale au moment de la rédaction de la présente contribution, les auteurs se réfèrent ainsi à la pagination du Message lui-même.

15 Le projet est disponible sous <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/entw-f.pdf>> (consulté le 27.9.2018) (ci-après: Projet sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme).

16 FF 2018 3673.

17 FF 2018 87, 93. Voir aussi S. *Hadorn*, *Gesetzgebung*, *forumpoenale* 2/2018, 147.

Ainsi, la présente contribution a pour objectif de déterminer comment le droit suisse d'aujourd'hui (et de demain), comparé à d'autres droits étrangers que sont les droits français, allemand et anglais, appréhende le terrorisme sur le plan pénal. On s'intéressera en premier lieu à l'esquisse d'une définition du «terrorisme», dont l'infinie complexité ne permet que partiellement de saisir ses contours (II). Ensuite, on abordera le cadre juridique international et européen (III) avant de tracer des comparaisons en droit comparé au sujet des systèmes législatifs suisse, français, allemand et anglais (IV). Nous examinerons enfin dans le détail quelques comportements que ces différents droits qualifient de «terroristes» (V et suivants) avant de conclure (IX).

II. Tentative de définition du terrorisme

1. Historique du concept

Le mot «terrorisme» n'est pas nouveau, le phénomène non plus. Le néologisme apparaît pour la première fois en France en novembre 1794 pour désigner alors la «doctrine des partisans de la terreur»¹⁸. En ces temps, il évoque une politique étatique ou un mode d'exercice du pouvoir. Le terrorisme est alors dit «d'Etat». Le vocable connaît une mue spectaculaire dans le courant des XIX^e et XX^e siècles. Il ne s'agit plus d'une action de l'Etat mais, à l'inverse, d'une opposition dirigée contre lui¹⁹. Le terrorisme d'Etat est tombé de haut, car il fait désormais place au terrorisme d'«en bas», ceux qui ne sont pas au pouvoir. C'est le terrorisme contemporain tel qu'il transparaît dans le sens commun aujourd'hui²⁰. Quant au phénomène, les historiens disent du terrorisme qu'il est aussi vieux que la civilisation²¹, car de tout temps il a existé des mouvements ayant la velléité de contrecarrer le pouvoir en place et de le renverser pour y substituer un ordre nouveau.

C'est dans un contexte généralement accusateur que s'inscrit l'usage du concept de «terrorisme». En effet, il est quasi toujours le fait de tiers, d'une *eux* contre un *nous*. Le terme possède une forte connotation négative et recèle ainsi une charge émotionnelle importante. En cela, il sert les stratégies discursives de ceux qui l'emploient aux fins de délégitimer leurs adversaires. Il rend, en plus de ce qu'il est, abject un comportement qui peut être considéré comme le plus grave des crimes contre la personne. Il justifie par là la sévérité accrue à laquelle peuvent être soumis les ter-

18 P. C. Cadroy, cité par le Trésor de la langue française, sous l'entrée «terrorisme». Voir également A.-J. Rapin, *Pour en finir avec le terrorisme*, Berne 2014, 31 s.

19 Rapin (n. 18), 99.

20 F. Bernard, *L'Etat de droit face au terrorisme*, thèse, Genève 2010, 79; F.-B. Huyghe, *Message et terreur, acteurs et vecteurs*, Sécurité globale automne 2007, disponible sous <http://www.huyghe.fr/dyndoc_formation/doc2_46ce67b17a179.pdf> (consulté le 27.9.2018).

21 R. Law, *Terrorism. A History*, Cambridge 2009, 1.

roristes, à l'image de régimes de procédure pénale exceptionnels ou des peines telles que l'emprisonnement à vie ou même, dans certains Etats, la peine de mort.

Le terrorisme oppose a priori deux forces: d'une part, ceux qui se considèrent être des libérateurs et, à ce titre, veulent symboliquement exercer des actes légitimant leur cause et, d'autre part, les «répressifs» qui s'emploient à réprimer les auteurs de tels comportements. Pour les premiers, leur cause est d'un intérêt supérieur à la violence commise, ce qui justifie les actes, rappelant ainsi la fameuse expression selon laquelle «la fin justifie les moyens». Pour les seconds, il convient d'éradiquer ce type d'actions perçu comme une dérive. C'est ainsi qu'est né l'expression, devenue cliché à force, mettant en exergue ce dualisme: le terroriste des uns est le combattant de la liberté des autres.

Ce phénomène s'est matérialisé sous différentes formes à travers les époques. Il se concrétisait essentiellement par l'élimination des figures éminentes du pouvoir dans la Russie de la fin du XIX^e siècle²². Au fil du temps, le spectre des victimes s'est élargi, si bien qu'aujourd'hui les actions violentes qualifiées de terroristes visent non plus uniquement le corps étatique mais également la population civile de manière aveugle²³, par le biais de l'attentat et de la bombe. Le terrorisme reste avant tout un acte politique, dont les manifestations ont pour but la promotion de messages idéologiques ayant aussi bien trait à la politique qu'à la religion, ainsi que le démontre l'actualité récente.

2. Esquisse de définition

Nombreux sont les auteurs à évoquer le terrorisme, autant sur le terrain juridique qu'en sciences politiques. Or, force est de constater qu'il n'existe pas de définition unique et universelle de la notion: plus de 109 définitions sont recensées²⁴. Divers éléments caractéristiques se retrouvent dans ces définitions toutefois, lesquelles se recourent ainsi en partie. Ainsi, on retrouve la violence dans 83,5% des définitions, les objectifs politiques à hauteur de 65%, la peur ou la terreur au centre du concept à 51%, l'arbitraire et les individus visés pris par hasard à 21%, et enfin la victimisation des civils, des non-combattants, des personnes neutres et d'autres éléments à 17,5%.

L'appréhension du terrorisme sous l'angle de la légitimité d'une cause, évoquée ci-avant, annonce toutefois d'emblée ses limites, en ce que les visions des uns

22 A.-J. Rapin, L'objet évanescant d'une théorie improbable: le terrorisme et les sciences sociales, Les Cahiers du RMES été 2008, Volume V, Numéro 1, 165, 169.

23 Bernard (n. 20), 89.

24 A. Merari, Du terrorisme comme stratégie d'insurrection, in: G. Chaliand/A. Blin (édit.), Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Daech, Paris 2016, 29 et références citées.

et des autres convergent rarement vers un consensus autour d'une cause. Une définition mettant cet élément au centre s'est de ce fait confrontée à une impasse dans la tentative de conceptualisation du phénomène, même si on a pu y recourir²⁵. A ce titre, il suffit de souligner que le qualificatif évolue au gré du temps et de l'espace²⁶ et que l'Histoire regorge d'exemples où elle a rendu ses marques de noblesses à des héros que certains ont nommé terroristes et vice-versa. Parce qu'il met tout le monde d'accord, le cas le plus criant est certainement celui des *résistants* que l'Allemagne nazie et Vichy percevaient comme des *terroristes*. En particulier, il est frappant de constater que les définitions des organes européens (Union européenne et Conseil de l'Europe) divergent de celles de leurs homologues africains sur un élément saillant, les autorités africaines ne reconnaissant pas le terrorisme en cas de «lutte menée par les peuples en conformité avec les principes du droit international, pour la libération ou leur auto-détermination, y compris la lutte armée contre le colonialisme, l'occupation, l'agression et la domination par des forces étrangères»²⁷.

Le terrorisme désigne essentiellement l'usage de la violence par certains organismes politiques ou des individus au nom de ces groupes pour atteindre leurs objectifs. Il s'agit alors de faire pression sur l'Etat, d'exercer une contrainte sur une population à l'obéissance, de médiatiser une cause ou encore de promouvoir une idéologie. Comme on l'a vu, le terrorisme est protéiforme, en ce qu'il peut se dévoiler à nous par des actes d'intimidation divers, tels que des attentats, des assassinats, des enlèvements, des sabotages et des prises d'otages. Au-delà des actions spectaculaires, il s'agit pour le terroriste de frapper un grand coup au sein de l'opinion publique et de l'intimider en instaurant un climat de terreur ou de peur. Des études démontrent cependant que l'impact psychologique d'actions terroristes reste pour le moins mesuré, remettant en cause la place de la terreur dans la conceptualisation du phénomène²⁸. Il sied malgré tout de ne pas s'écarter complètement du concept originel, lequel avait la terreur pour racine²⁹.

On peut également reconnaître que le terrorisme est une méthode qui caractérise un recours à un degré de violences «anormal», ainsi que par la distinction qu'il opère entre ses victimes et ses cibles³⁰. A ce titre, le terrorisme met en présence trois acteurs: l'auteur, sa victime directe et son audience³¹.

25 Bernard (n. 20), 82; A. Merari (n. 24), 29.

26 A. Kuhn, *Terrorisme scientifique*, RSC 1/2002, 23, 24.

27 Cf. art. 3 de la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme du 14 juillet 1999. De manière plus générale, cf. B. Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford 2006, 69 ss.

28 Cf. Rapin (n. 18), 118 ss.

29 Bernard (n. 20), 81.

30 Sur ces questions, cf. F. Bernard, *Lois contre le terrorisme et Etat de droit*, SJ 2016 II 177, spécialement 179 et les références citées.

31 Bernard (n. 20), 87 s.

Compte tenu des différentes facettes du terrorisme, des désaccords que suscite sa conceptualisation en raison de la difficulté de la tâche, les définitions juridiques du terrorisme sont généralement rédigées ou explicitées en des termes vagues pour permettre toute la souplesse nécessaire. En l'absence de définition universelle, chaque entité (espace de conventions internationales, à l'image du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne, ou Etats concernés) peut lui donner l'acception utile nécessaire³².

Dans le cadre de la présente contribution, on peut retenir la définition suivante qui est fréquemment utilisée: «Le terrorisme est une méthode d'action violente répétée inspirant l'anxiété, employée par des acteurs clandestins individuels, en groupe ou étatiques (semi-) clandestins, pour des raisons idiosyncratiques, criminelles ou politiques, selon laquelle – par opposition à l'assassinat – les cibles directes de la violence ne sont pas les cibles principales. Les victimes humaines immédiates de la violence sont généralement choisies au hasard (cibles d'occasion) ou sélectivement (cibles représentatives ou symboliques) dans une population et servent de générateur de messages. Les processus de communication basés sur la violence ou la menace entre les «organisations» terroristes, les victimes (potentielles), et les cibles principales sont utilisés pour manipuler le public, cible principale, en faisant une cible de la terreur, une cible d'exigences ou une cible d'attention, selon que l'intimidation, la coercition ou la propagande est le premier but»³³.

III. Droits international et supranational

1. Droit international onusien

Depuis les années 1960, la communauté internationale a déployé d'importants efforts pour organiser la lutte contre le terrorisme à l'échelle mondiale³⁴. Dès lors, le corpus normatif universel dénombre près d'une vingtaine de conventions

32 Bernard (n. 20), 184 s. et les références citées.

33 A. P. Schmid/A. J. Jongman, *Political Terrorism. A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories and Literature*, Londres 1988, 28.

34 A ce propos, cf. N. D. White, *The United Nations and Counter-Terrorism: Multilateral and Executive Law-Making*, in: A. M. Salinas De Frias/K. L. H. Samuel/N. D. White (n. 6), 54 ss; E. J. Husabø/I. Bruce, *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation. Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combatting Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Law*, Leiden/Boston 2009; D. O'Donnell, *International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces*, *International Review of the Red Cross*, décembre 2006, vol. 88, n° 864, Genève, 853, 854 ss.

internationales et protocoles additionnels adoptés sous l'égide de l'Organisation des Nations unies (ONU), aux côtés de résolutions de son Conseil de sécurité³⁵.

L'ensemble de ces instruments comporte quelque 50 infractions pénales, raison pour laquelle la doctrine qualifie cet ensemble de «Code des infractions terroristes»³⁶. Dans la réalité cependant, l'architecture juridique internationale est très fragmentée, bien loin de l'idée d'un code dans son acception usuelle. Cela est dû à l'approche sectorielle des manifestations du phénomène, qui consiste à identifier isolément un comportement spécifique alors réprimé à travers de conventions internationales distinctes. On mentionnera ici à titre d'exemples le détournement d'avion³⁷ ou la prise d'otages³⁸ qui font chacun l'objet d'une convention.

La Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité a marqué un pas en direction d'une vision plus globale et harmonisée du phénomène terroriste, en réaction aux attentats du 11 septembre 2001 à New York³⁹. Dans la constellation des instruments internationaux en ce domaine, cette résolution se distingue par son caractère contraignant, car elle a été adoptée sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agresseurs), et surtout par son contenu. Celle-ci prévoit que tous les Etats du globe «doivent prévenir et réprimer le financement des actes de terrorisme» (art. 1 lettres a et b résolution). En outre, il leur est demandé d'adopter les conventions internationales en matière de lutte contre le terrorisme (art. 3 lettre d), celles-ci faisant expressément référence à la Convention pour la répression du financement du terrorisme de New York de 1999, dont la portée est ainsi amplifiée par cette résolution⁴⁰. Cette «obligation de criminaliser» ce comportement⁴¹ a indubitablement conduit à une harmonisation des législations nationales avec l'émergence d'une nouvelle incrimination. Ainsi, il n'est pas étonnant que de plus en plus d'Etats répriment le financement du terrorisme.

Après avoir mandaté un groupe de personnalités de haut niveau, le secrétaire général de l'ONU Kofi Annan exposait dans une note en 2004 l'importance d'une définition consensuelle au niveau international. Sur la base du rapport de ce groupe, il proposait ainsi la définition suivante: «Tout acte [...] commis dans l'in-

35 Pour ce qui est des conventions internationales, elles sont disponibles sous <<http://www.un.org/fr/counterterrorism/legal-instruments.shtml>>; s'agissant des résolutions du Conseil de sécurité, cf. <<http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/res-sc.html>> (liens consultés le 27.9.2018).

36 «Code of terrorist offences» (cf. *Donnell* [n. 34], 855).

37 Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains actes survenant à bord d'aéronefs du 14 septembre 1963 (RS 0.748.710.1).

38 Convention internationale de New York contre la prise d'otages du 17 décembre 1979 (RS 0.351.4).

39 Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'ONU du 28 septembre 2001 (S/RES/1373 [2001]). Cf. *Husabø/Bruce* (n. 34), 15 ss.

40 *Bernard* (n. 20), 186.

41 *Saul* (n. 6), 144 ss; cf. *Husabø/Bruce* (n. 34), 24 s.

tention de causer la mort ou des blessures graves à des civils ou à des non-combatants, qui a pour objet, par sa nature ou son contexte, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire.⁴²»

Le Conseil de sécurité des Nations Unies a d'autre part édicté le 24 septembre 2014 la Résolution 2178 (2014) à l'encontre des combattants terroristes étrangers⁴³, invitant les Etats membres à prendre des mesures préventives pour empêcher la radicalisation ainsi que le recrutement en vue d'exercer des activités terroristes en faveur des groupes Etat islamique ou Al-Qaïda notamment, tout en rappelant que les Etats doivent traduire en justice les personnes participant «au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme ou qui y apporte un appui»⁴⁴.

En dépit de tous ces textes, l'ONU n'est jamais parvenue à imposer une définition universelle du terrorisme. Comme l'expliquent certains auteurs, «le terme de terrorisme est aujourd'hui très fréquemment employé en droit international et par les institutions internationales mais il ne donne pas lieu à une définition unique et universelle»⁴⁵. Les élans de globalisation du droit international n'ont pas été menés jusqu'à leur terme. A ce jour, il n'existe ainsi pas de convention générale sur le terrorisme, de profonds désaccords persistant à diviser aujourd'hui encore les Etats sur cette notion.

Enfin, au-delà des instruments juridiques sur la scène internationale, il est à noter que certains plaident «l'existence d'une incrimination coutumière du terrorisme» en droit international⁴⁶. D'ailleurs, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban a adopté cette approche dans une décision du 16 février 2011⁴⁷.

2. Droit du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a également adopté des textes relatifs au terrorisme. Parmi ceux-ci, la Convention pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 2005), en-

42 Note du secrétaire général des Nations Unies du 2 décembre 2004, 52 (A/59/565), disponible sous <http://www2.ohchr.org/french/bodies/hrcouncil/docs/gaA.59.565_Fr.pdf> (consulté le 27.9.2018).

43 K. Baxter/R. Davidson, Foreign Terrorist Fighters: managing a twenty-first century threat, in: Third World Quarterly, 2016, 1299, 1304 ss; C. Murphy, Transnational counter-terrorism law: law, power and legitimacy in the «wars on terror», in: Transnational Legal Theory, 2015, 31, 43 ss.

44 Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité de l'ONU du 24 septembre 2014 (S/RES/2178 [2014]).

45 C. Soulez/A. Bauer, Terrorismes, Paris 2015.

46 A. Verdebout, La définition coutumière du terrorisme d'Antonio Cassese: de la doctrine au Tribunal spécial pour le Liban, Droit et société 3/2014, 716.

47 Arrêt de la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban du 16.2.2011 (STL-11-01/1), c. 83 ss.

trée en vigueur le 1^{er} juillet 2007⁴⁸. Elle ne définit pas explicitement ce qu'il faut entendre par «terrorisme». Toutefois, elle incrimine et définit de manière spécifique trois comportements distincts: la provocation publique à commettre une infraction terroriste (art. 5), le recrutement (art. 6) et l'entraînement pour le terrorisme (art. 7). Ces dispositions font obligation aux Etats parties d'ériger en infraction pénale le comportement tel que défini par la convention (art. 5, 6 et 7). De plus, la convention comporte une norme en relation avec la punissabilité de la personne morale (art. 10).

La convention a été ratifiée par 38 Etats du Conseil de l'Europe. La Suisse, de son côté, s'est contentée de la signer mais ne l'a pas encore ratifiée à ce jour. Toutefois, une motion tendant à la ratification de cette convention a été acceptée par les deux Chambres de l'Assemblée fédérale en septembre 2015 et transmise au Conseil fédéral⁴⁹. Un projet de loi de mise en œuvre de ce texte en Suisse et de ratification a été mis en consultation le 22 juin 2017⁵⁰.

La convention a en outre été complétée par un protocole additionnel (Riga, 2015)⁵¹, pour faire face à l'émergence de nouvelles formes de terrorisme et au regard du phénomène croissant de jeunes Européens allant se former et combattre à l'étranger. Désormais sont notamment érigés en infraction pénale le fait de recevoir un entraînement pour le terrorisme (art. 3 du protocole), de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme (art. 4) ainsi que le financement de ces voyages (art. 5). Ratifié par dix Etats à ce jour, le protocole est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2017. Le projet de loi cité ci-avant prévoit également la ratification du protocole.

3. Droit de l'Union européenne

L'Union européenne (UE) est également dotée de plusieurs instruments légaux pour faire face à la menace terroriste planant sur son territoire⁵². A l'origine,

48 Convention de Varsovie du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005 (STCE 196).

49 Motion 14.4187 du 11 décembre 2014, Ratification immédiate de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme.

50 Voir à ce sujet le Communiqué de presse du 14 septembre 2018 du Conseil fédéral, disponible sous <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2018/2018-09-14.html>> (consulté le 27.9.2018).

51 Protocole additionnel de Riga à la Convention pour la prévention du terrorisme par le Conseil de l'Europe du 22 novembre 2015 (STCE 217).

52 A. A. Gallego/M. Quesnel/L. R. de las heras Ballel/S. Sava-Albaladéjo, Définir juridiquement le terrorisme dans le cadre international et européen, in: E. Saulnier-Cassia (édit.), La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne, Issy-les-Moulineaux 2014, 21 ss; C. Krefß/N. Gazeas, Terrorismus, in: U. Sieber/F.-H. Brüner/H. Satzger/B. von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2011, 334 ss; Husabø/Bruce (n. 34), 55 ss; J. Alix, Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes, Paris 2010, N 176.

les fondements de sa stratégie reposaient sur la Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme⁵³, modifiée en 2008 (Décision-cadre 2008/919/JAI⁵⁴) pour tenir compte notamment de l'évolution des technologies et de leur usage dans le processus de radicalisation et de recrutement d'individus. Désormais, son arsenal juridique se fonde sur la Directive 2017/541⁵⁵. La Directive 2017/541 complète et remplace les décisions-cadres précitées, notamment par des dispositions relatives aux voyages à des fins terroristes, ainsi qu'à leur financement. Ce texte, comme ses prédécesseurs, a pour objectif d'obliger les Etats membres de l'Union européenne à harmoniser leurs législations pénales et à introduire des peines minimales tout en définissant les infractions terroristes, ainsi que les infractions relatives aux groupes terroristes. Il faut aussi préciser que l'Union européenne a édicté la Directive européenne 2005/60/CE relative à l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁵⁶. Cette dernière a été complétée par la Directive 2008/20/CE⁵⁷. Le 20 mai 2015, l'Union européenne a promulgué une nouvelle Directive (2015/849/UE) relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁵⁸.

L'art. 3 Directive 2017/541 définit de manière générale ce que sont les «infractions terroristes». Sont qualifiés comme tels des actes réprimés et définis par le droit national des Etats membres, qui «par leur nature et leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale» (al. 1), lorsque l'auteur les commet dans le but d'intimider une population ou de contraindre in-

53 Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme 2002/475/JAI du 13 juin 2002, JO L 164 22. 6. 2002. Cf. *Krefß/Gazeas* (n. 52), 339; *Husabø/Bruce* (n. 34), 55 ss.

54 Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 330 9. 12. 2008.

55 Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, JO L 88/6 31. 3. 2017.

56 Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme du 26 octobre 2005, JO L 309 25. 11. 2005.

57 Directive 2008/20/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne modifiant la Directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission du 11 mars 2008, JO L 76 19. 3. 2008.

58 Directive 2015/849/UE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la Directive 2006/70/CE de la Commission du 20 mai 2015, JO L 141 5. 6. 2015.

dûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou à gravement déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou une organisation internationale (al. 2)⁵⁹. Les comportements susceptibles de recevoir une qualification terroriste sont définis dans la même disposition⁶⁰.

Les articles 5 à 12 de la Décision-cadre 2002 incriminent de plus des comportements spécifiques en leur apportant des précisions⁶¹. Ainsi, la direction et la participation des activités d'un groupe terroriste doivent être pénalement réprimées par les Etats membres (art. 4). En outre, il en va de même pour la provocation publique à commettre une infraction terroriste (art. 5), le recrutement (art. 6), l'entraînement (art. 7 et 8), le voyage (art. 9 et 10), ainsi que le financement du terrorisme (art. 11) et d'autres actes (cf. art. 12).

IV. Incrimination du terrorisme et d'actes dérivés: aperçu général des systèmes législatifs

1. Généralités

Au plan de la technique législative, l'incrimination du terrorisme et des actes dérivés diffère ostensiblement d'un pays à l'autre. Certains érigent le terrorisme en infraction *autonome* sans recourir à d'autres infractions, tandis que d'autres agissent

59 Cf. *Kreß/Gazeas* (n. 52), 341 relativement à l'ancien droit en vigueur au sein de l'Union européenne.

60 Il s'agit des atteintes à la vie d'une personne, pouvant entraîner la mort (a), des atteintes à l'intégrité physique d'une personne (b), de l'enlèvement ou la prise d'otage (c), du fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée, susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables (d), de la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises (e), de la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'explosifs ou d'armes, y compris d'armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires, ainsi que la recherche et le développement pour ce qui est des armes chimiques, biologiques, radiologiques ou nucléaires (f), de la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines (g), de la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines (h) et de l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système, telle qu'elle est visée à l'article 4 de la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil (19), dans les cas où l'article 9, paragraphe 3, ou l'article 9, paragraphe 4, point b) ou c), de ladite directive s'applique, et l'atteinte illégale à l'intégrité des données, telle qu'elle est visée à l'article 5 de ladite directive, dans les cas où l'article 9, paragraphe 4, point c), de ladite directive s'applique (i).

61 Cf. *Kreß/Gazeas* (n. 52), 342 par rapport à l'ancien droit en vigueur.

«par référence» à des infractions existantes en faisant du terrorisme une circonstance aggravante.

2. Droit suisse

On pourrait considérer que les premiers pas de la législation antiterroriste suisse remontent au début du XIX^e siècle, lorsqu'a été adoptée la Loi fédérale du 12 avril 1894 complétant le Code pénal du 4 février 1853⁶². S'y trouvait ce que la jurisprudence et les autorités nommaient alors le «délit anarchiste»⁶³ en son art. 4, dont la formulation («intention de répandre la terreur dans la population ou d'ébranler la sûreté publique») évoque bien des similarités avec les définitions juridiques contemporaines du terrorisme. En Suisse comme ailleurs, *anarchisme* et *terrorisme* étaient alors synonymes⁶⁴.

Ce n'est toutefois qu'en 2003, au moment même de la ratification de la Convention de New York de 1999 sur la répression du financement du terrorisme⁶⁵, que le droit pénal suisse a nommément incriminé le terrorisme⁶⁶. Le législateur a ainsi adopté une norme criminalisant⁶⁷ le financement du terrorisme avec l'art. 260^{quinquies} CP, disposition contenant la définition du terrorisme. Il s'agit de tout «acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque» (al. 1). La définition est complétée par un alinéa 3, prévoyant que «l'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci». Cette exception vient tenir compte dans la définition du terrorisme des mouvements de libération luttant contre des régimes d'oppression et d'occupation⁶⁸.

62 R. P. Müller, *Innere Sicherheit Schweiz. Rechtliche und tatsächliche Entwicklung im Bund seit 1848*, thèse, Egg bei Einsiedeln 2009, 169 ss; FF 1893 V 769, 1894 II 318.

63 ATF 26 I 227, c. 2 = SJ 1901 721; FF 1893 V 769, 769.

64 M. Thorup, *An Intellectual History of Terror. War, violence and the state*, Londres/New York 2010, 103.

65 Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de New York du 9 décembre 1999 (RS 0.353.22).

66 L. Livet/M. Bonvin, in: *Commentaire romand, Code pénal II*, A. Macaluso/L. Moreillon/N. Queloz (édit.), Bâle 2017, art. 260^{quinquies} N 1; G. Fiolka, in: *Basler Kommentar Strafrecht II*, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), 3^e éd., Bâle 2013, art. 260^{quinquies} N 1 ss; J. Gafner, *L'incrimination du financement du terrorisme*, Genève/Bâle/Zurich 2006, 189.

67 Il est à préciser ici que le terme «criminaliser» est utilisé comme synonyme d'«incriminer».

68 Livet/Bonvin, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 21; M. Dupuis/L. Moreillon/C. Piguët/S. Berger/M. Mazou/V. Rodigari, *Petit commentaire du Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 260^{quinquies} N 32 (cité: PC CP, art. 1 N 1); Fiolka, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 42; U. Cassani, *Le train de mesures contre le financement du terrorisme: une loi nécessaire?*, RSDA 2003, 293, 300.

A ce jour, l'art. 260^{quinquies} CP est la seule norme du Code pénal à criminaliser en tant que tel le terrorisme. La technique législative par référence aurait pu être utilisée, mais elle avait d'emblée été écartée par le Conseil fédéral dans son Message relatif à l'introduction de l'art. 260^{quinquies} CP. Le *leitmotiv* était que l'on ne voulait pas courir le risque de laisser se créer des lacunes, mais aussi pour ne pas «transformer» cette disposition légale en chantier permanent dans la mesure où les futures modifications des normes pénales ne resteraient pas sans conséquence sur la disposition en question⁶⁹. On notera que, sur ce point, l'argumentation pour rejeter cette technique est pour le moins discutable, car l'art. 260^{bis} CP réprimant les actes préparatoires délictueux fonctionne également par référence.

Il convient en outre de préciser qu'une initiative parlementaire déposée le 4 mars 2015⁷⁰ vise à introduire dans le Code pénal un nouvel art. 260^{sexies}, portant la note marginale «terrorisme» et érigeant le terrorisme en infraction spécifique⁷¹. L'initiative a également pour objectif d'incriminer l'association à un groupe poursuivant un but terroriste, l'organisation des actions de propagande en sa faveur, le recrutement d'adeptes, la provocation à un acte de terrorisme⁷² ou encore l'apologie d'un acte terroriste (art. 260^{sexies} al. 3 projet CP)⁷³. L'idée de cette initiative parlementaire n'est toutefois pas nouvelle. En effet, elle avait déjà été débattue devant les Chambres fédérales en 2002⁷⁴ lorsqu'avait été adoptée la norme relative au financement du terrorisme. Le projet prévoyait de créer, outre cette dernière infraction, l'infraction de «terrorisme» (cf. art. 260^{quinquies} pCP⁷⁵), mais l'Assemblée

69 FF 2002 5014, 5062. Cf. *Gafner* (n. 66), 26 s.

70 Initiative parlementaire 15.407 du 4 mars 2014, Adoption d'une disposition pénale réprimant le terrorisme.

71 Texte de l'art. 260^{sexies} al. 1 ch. 1 pCP de l'initiative parlementaire (n. 70): «Quiconque commet un acte de violence criminel visant à intimider une population ou contraindre un Etat ou une organisation internationale, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque [...]»

72 Art. 260^{sexies} al. 1 ch. 2 pCP de l'initiative parlementaire (n. 70): «Quiconque s'associe à un groupe ou à une organisation poursuivant le but de commettre des actes réprimés à l'alinéa 1, met à sa disposition des ressources humaines ou matérielles, organise des actions de propagande en sa faveur ou en faveur de ses objectifs, recrute des adeptes, soutient ou encourage ses activités de toute autre manière ou provoque un acte de terrorisme [...]»

73 Art. 260^{sexies} al. 3 pCP de l'initiative parlementaire (n. 70): «Quiconque fait publiquement l'apologie d'un acte de terrorisme [...]»

74 Objet 05.502 du Conseil fédéral du 26 juin 2002, Conventions des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme et des attentats terroristes à l'explosif. Ratification.

75 Cette norme disposait que: «¹ Celui qui commet un acte de violence criminel visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, sera puni de la réclusion. ² Dans les cas particulièrement graves, notamment lorsque l'acte a provoqué les blessures ou la mort d'un grand nombre de personnes, l'auteur pourra être puni de la réclusion à vie. ³ Est également punissable l'auteur qui agit à l'étranger. L'art. 6^{bis} est applicable» (FF 2002 5078, 5080).

fédérale y avait finalement renoncé. La nouvelle initiative devait tendre à l'harmonisation du droit suisse avec, notamment, les droit français et allemand. Son sort demeure incertain, les Commissions de la politique de sécurité du Conseil des Etats⁷⁶ et du national⁷⁷ ayant apparemment des positions divergentes sur la question. Le 28 février 2018, le Conseil national a décidé de donner suite à l'initiative, par 126 voix contre 53⁷⁸.

A côté de l'incrimination du financement du terrorisme, le droit suisse, même s'il ne l'indique pas *expressis verbis*, réprime l'organisation terroriste en qualité d'organisation criminelle (art. 260^{ter} CP)⁷⁹. Qui plus est, le législateur fédéral a introduit, dans le prolongement d'ordonnances prorogées à réitérées reprises⁸⁰, la LAQEI⁸¹. Son article premier définit les groupes et organisations interdits, à savoir Al-Qaïda, l'Etat islamique, les groupes de couverture, ceux qui émanent du groupe Al-Qaïda ou du groupe Etat islamique, ainsi que les organisations et groupes dont les dirigeants, les buts et les moyens sont identiques à ceux du groupe Al-Qaïda ou du groupe Etat islamique ou qui agissent sur son ordre. L'art. 2 LAQEI définit les comportements criminels dérivés en réprimant l'association sur le territoire suisse à un groupe ou à une organisation⁸², la mise à disposition de ressources humaines ou matérielles, l'organisation d'actions de propagande en sa faveur ou en faveur de ses objectifs, le recrutement d'adeptes, l'encouragement d'activités et étendent l'in-

76 *Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats*, Communiqué de presse, 16. 11. 2016, disponible sous <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sik-s-2016-11-16.aspx>> (consulté le 27. 9. 2018).

77 *Commission de la politique de sécurité du Conseil national*, Communiqué de presse, 31. 1. 2017, disponible sous <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sik-n-2017-01-31.aspx>> (consulté le 27. 9. 2018) et son rapport du 10 octobre 2017, disponible sous <https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2015/Rapport_de_la_commission_CPS-N_15.407_2017-10-10.pdf> (consulté le 27. 9. 2018).

78 BO CN 2018 116, 117.

79 ATF 133 IV 70 et 132 IV 132; arrêts TPF SK.2015.45 du 15. 3. 2016 et SK.2016.9 du 15. 7. 2017. Voir également *J. Gafner*, *Terrorisme: état des lieux et perspectives*, Jusletter 21 août 2017, N 9; *N. Leu/D. Parvex*, *Das Verbot der «Al-Qaïda» und des «Islamischen Staats»*, PJA 2016, 756, 759; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66) art. 260^{ter} N 7; *D. Jositsch*, *Terrorismus oder Freiheitskampf? – Heikle Abgrenzungsfragen bei der Anwendung von Art. 260^{quinquies} StGB*, RPS 2005, 458, 461.

80 Ordonnance de l'Assemblée fédérale interdisant le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées du 23 décembre 2011 (RO 2012 I), laquelle faisait suite à une ordonnance similaire adoptée par le Conseil fédéral en 2001 (cf. RO 2001 3040) et prolongée à de nombreuses reprises.

81 *Leu/Parvex* (n. 79).

82 S'agissant des groupes de couverture qu'évoque l'art. 2 LAQEI, il convient de se référer à l'Annexe 2 de l'Ordonnance du 2 octobre 2000, instituant des mesures à l'encontre des personnes et entités liées à Oussama Ben Laden, aux groupe Al-Qaïda et aux Talibans (RS 946.203) (*N. Leu/D. Parvex* [n. 79], 757).

crimination aux auteurs qui ont commis de tels actes à l'étranger⁸³. Selon le Conseil fédéral, l'art. 2 LAQEI, au sujet de la peine encourue, s'aligne sur les dispositions pénales en vigueur qui ont fait leurs preuves dans la lutte contre les organisations criminelles (art. 260^{ter} CP) et contre le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP)⁸⁴. De ce fait, cette harmonisation a pour effet que l'art. 2 LAQEI est compatible, tant dans son contenu qu'au regard de la gravité de l'acte commis, avec le tort causé à la société. Eu égard au caractère gravissime de l'acte, ce dernier est ainsi érigé en crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP, ce qui permet ainsi sa répression au titre d'infraction préalable au blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP). Toutefois, le Conseil fédéral n'a pas réglé les questions, très complexes, de concours entre l'art. 2 LAQEI et l'art. 260^{ter} CP⁸⁵.

Compte tenu du caractère temporaire de la LAQEI et de ses obligations internationales, la Suisse a décidé d'apporter des changements majeurs à sa législation pénale, comme en témoigne le projet de loi soumis au Parlement par le Conseil fédéral. Tendante à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel, le projet propose la refonte de l'art. 260^{ter} CP afin qu'il vise désormais aussi bien l'organisation criminelle que l'organisation terroriste (art. 260^{ter} pCP). Il ne s'agirait là que d'ancrer dans la loi une interprétation dégagée par la jurisprudence⁸⁶. Le critère du caractère secret de la structure et des effectifs de l'organisation disparaîtrait, en raison des justes critiques dont il a fait l'objet dans la doctrine⁸⁷. La disposition viserait dans son premier alinéa l'organisation criminelle traditionnelle et, dans le second, l'organisation terroriste. Pour la deuxième variante de l'infraction, la peine privative de li-

83 Art. 2 LAQEI: «1 Quiconque s'associe sur le territoire suisse à un groupe ou à une organisation visée à l'art. 1, met à sa disposition des ressources humaines ou matérielles, organise des actions de propagande en sa faveur ou en faveur de ses objectifs, recrute des adeptes ou encourage ses activités de toute autre manière, est puni d'une peine privative de liberté de 5 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. 2 Quiconque commet une infraction à l'étranger est punissable, s'il est arrêté en Suisse et n'est pas extradé. L'art. 7 al. 4 et 5 du Code pénal est applicable. 3 La poursuite et le jugement des actes cités aux al. 1 et 2 sont soumis à la juridiction fédérale».

84 FF 2014 8755, 8764.

85 FF 2014 8755, 8764. Sur ces questions, cf. *L. Tirelli*, *L'incrimination en Suisse des groupes terroristes islamistes*, plaidoyer 04/2015, 32 ss. Voir également n. 237 et plus particulièrement arrêt TF 6B_948/2016 du 22.2.2017 qui fournit quelques enseignements à cet égard.

86 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 42.

87 *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 8 et références citées; *G. Arzt*, in: S. Niklaus (éd.), *Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei I*, 2^e éd., Zurich 2007, art. 260^{ter} N 136 ss; *J. de Vries Reilingh*, *La répression des infractions collectives et les problèmes liés à l'application de l'article 260^{ter} CP relatif à l'organisation criminelle*, notamment du point de vue de la présomption d'innocence, RJB 2002, 285, 293 ss; *C. Del Ponte*, *L'organisation criminelle*, RPS 1995, 240, 243 s.; *G. Arzt*, *Organisierte Kriminalität – Bemerkungen zum Massnahmenpaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993*, PJA 1993, 1187, 1189.

berté serait rehaussée, passant de cinq à dix ans, et l'auteur exerçant «une influence déterminante au sein de l'organisation» pouvant encourir une peine privative de liberté allant jusqu'à 20 ans. Par ailleurs, une nouvelle norme viendrait également incriminer le recrutement, l'entraînement et le voyage en vue d'un acte terroriste (art. 260^{sexies} pCP).

En synthèse, le droit suisse paraît aujourd'hui fragmenté, dès lors que son arsenal pénal contre le terrorisme n'est pas actuellement centralisé dans le Code pénal. De ce fait, le projet du Conseil fédéral doit être salué puisqu'il entend concentrer la répression de ce phénomène au sein du Code pénal. En outre, la LAQEI n'étant pas vouée à durer de par son caractère urgent (cf. art. 165 Cst.⁸⁸), une réflexion conceptuelle s'imposait quant à l'incrimination du terrorisme et, à ce titre également, le projet présenté est le bienvenu. De plus, la voie législative choisie apporte une réponse globale au phénomène, en ne se centrant plus uniquement sur les organisations que sont Al-Qaïda et l'Etat islamique. Ce faisant, le dispositif envisagé devrait permettre aux autorités pénales d'agir en amont de la commission d'une infraction terroriste. Si l'intention du Conseil fédéral est louable, les propositions qu'il formule ne sont cependant pas exemptes de tout reproche. On peut se borner à relever à cet égard que le projet de loi, tel qu'il est conçu, créerait un problème de définition. En effet, les nouvelles dispositions pénales reprendraient la définition du terrorisme découlant de l'art. 260^{quinquies} CP, hormis l'exception de punissabilité prévue à l'alinéa 3. Pour rappel, cette exception vient ôter le caractère illicite de certaines actions lorsqu'elles poursuivent un certain but et on pense là notamment aux «combattants de la liberté»⁸⁹. Le projet, s'il était adopté tel quel au Parlement, déboucherait sur une dichotomie, avec une définition du terrorisme variable selon la norme pénale en question. Bien que ladite exception soit certes contestée en doctrine⁹⁰, nous pensons que le terrorisme doit en effet recevoir une acception uniforme au sein de l'ordre juridique helvétique pour des raisons tenant essentiellement à la sécurité du droit.

3. Droit français

En France, la législation antiterroriste, dont la naissance remonte à la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986⁹¹, est prolixe et de nombreuses lois se sont succé-

88 RS 101.

89 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 21; PC CP (n. 68), art. 260^{quinquies} N 32; *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 12.

90 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 21; PC CP (n. 68), art. 260^{quinquies} N 32; *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 12.

91 JO du 10 septembre 1986.

dées ces dix dernières années⁹². Schématiquement, la lutte contre le terrorisme est organisée autour d'infractions spécifiques propres au phénomène.

Dans un premier temps, c'est à la faveur d'un régime procédural dérogatoire que le terrorisme a fait son entrée dans le droit français, afin de doter les autorités répressives de moyens renforcés⁹³. Ce n'est qu'ensuite, en 1992, que le droit pénal français a incriminé le terrorisme⁹⁴. Les dispositions topiques figurent aux articles 421-1 ss CP-F. L'art. 422-1 CP-F reprend, pour l'essentiel, les éléments constitutifs objectifs de certaines infractions existantes, et qualifie ensuite l'infraction de «terroriste» à certaines conditions. Ainsi, contrairement au droit suisse, le législateur français a privilégié la technique par référence, quoique le postulat doive être nuancé ci-après. Le droit français emprunte en effet les éléments constitutifs d'autres infractions et retire de celles-ci «une qualification terroriste dès lors que leur réalisation s'inscrit dans un contexte d'intimidation ou de terreur»⁹⁵. De ce fait, les atteintes à la vie ou à l'intégrité de la personne, les atteintes aux biens, les infractions en matière d'armes ou de produits explosifs, de blanchiment, de délit d'initié ou encore le recel ne sont considérées comme un acte de terrorisme que si elles sont comises «intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur»⁹⁶.

92 *J.-E. Gicquel*, Le droit de l'antiterrorisme, Un droit aux confins du droit administratif et du droit pénal, *La Semaine Juridique* 40/2012, 1039 ss. *L. Belfanti*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2016, N 643; *H. Rouidi*, La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme: quelles évolutions?, *AJP* 2014, 556, 556; *Y. Mayaud*, La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente, *AJP* 2013, 442 ss. Sur une étude complète du droit pénal français du terrorisme, cf. *Alix* (n. 52).

93 *Mayaud* (n. 7), N 4; *Mayaud* (n. 92), 442; *Alix* (n. 52), N 63; *J. Pradel/M. Danti-Juan*, Manuel de droit pénal spécial. Droit commun – droit des affaires, 3^e éd., Paris 2004, N 1203.

94 *J. Alix*, L'influence du droit de l'Union européenne sur la législation pénale antiterroriste en France, in: *E. Saulnier-Cassia* (n. 52), 346; *Mayaud* (n. 92), 442; *Pradel/M. Danti-Juan* (n. 93), N 1203.

95 *Mayaud* (n. 7), N 8 ss. Cet auteur qualifie ces infractions de «terrorisme dérivé»; *Mayaud* (n. 92), 442; *Pradel/Danti-Juan* (n. 93), N 1205.

96 Cf. texte de l'art. 421-1 CP-F: «Constituent des actes de terrorisme lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur les infractions suivantes: les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronefs, de navires ou de tout autre moyen de transport, défini par le présent Code, les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations ainsi que les infractions en matière informatique définies par le livre 3 du présent Code, les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous définis par les art. 431-3 à 431-17 et les infractions définies par les art. 434-6 et 441-2 à 441-5, les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies par la loi, le recel du produit de l'une des infractions précitées, les infractions de blanchiment prévues au chapitre 4 du titre 2 du livre 3 du présent Code, des délits d'initié prévus aux art. L 465-1 à L 465-3 du Code monétaire et financier.»

Il est toutefois des infractions terroristes possédant leurs propres éléments constitutifs et n'opérant pas par référence⁹⁷. Il en va ainsi pour les infractions de terrorisme écologique (art. 421-2 CP-F)⁹⁸, de terrorisme par association de malfaiteurs (art. 421-2-1 CP-F)⁹⁹, par financement (art. 421-2-2 CP-F)¹⁰⁰, par non-justification de ressources (art. 421-2-3 CP-F)¹⁰¹, par recrutement (art. 421-2-4 CP-F)¹⁰², par provocation ou apologie (art. 421-2-5 CP-F)¹⁰³, c'est-à-dire par apologie publique (art. 421-2-5-1 CP-F)¹⁰⁴ ou par consultation de sites web terroristes (art. 421-2-5-2 CP-F)¹⁰⁵, et enfin par entreprise individuelle, soit le fait de préparer un acte terroriste (art. 421-2-6 CP-F)¹⁰⁶.

- 97 Cf. *Mayaud* (n. 7), N 57 ss, qui parle ici de «terrorisme qualifié»; *Alix* (n. 52), 347; *Mayaud* (n. 92), 442.
- 98 Art. 421-2 CP-F: «[...] le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel.»
- 99 Art. 421-2-1 CP-F: «[...] le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents.»
- 100 Art. 421-2-2 CP-F: «[...] le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte.»
- 101 Art. 421-2-3 CP-F: «Le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2 [...].»
- 102 Art. 421-2-4 CP-F: «Le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 [...].»
- 103 Art. 421-2-5 CP-F: «Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes [...].»
- 104 Art. 421-2-5-1 CP-F: «Le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver, en connaissance de cause, l'efficacité des procédures [...].»
- 105 Art. 421-2-5-2 CP-F: «(1) Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie [...]. (2) Constituent notamment un motif légitime tel que défini au premier alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement de contenus de ce service aux autorités publiques compétentes.»
- 106 Art. 421-2-6 CP-F: «[...] le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II.» Cf. néanmoins l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation n° 347 du 25. 1. 2017 pour qui «l'article 421-2-6 du code pénal pourrait ne pas satisfaire à l'exigence constitutionnelle de clarté, de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité de la loi pénale».

On précisera que la liste, détaillée, des infractions définissant soit le terrorisme soit ses activités dérivées prête à controverse à l'aune du respect de la Constitution française et de la libre communication des pensées et des opinions garantie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ainsi, dans une décision datant du 10 février 2017, le Conseil constitutionnel a considéré que le délit de consultation des sites de terroristes était contraire à la Constitution française, la libre communication des pensées et des opinions, garantie par le Déclaration des droits de l'homme de 1789 impliquant la liberté d'accéder à internet¹⁰⁷. La haute juridiction française a conclu que l'atteinte à la liberté de communication portée par cette infraction n'était ni adaptée, ni proportionnée puisqu'elle n'imposait pas que son auteur ait la volonté de commettre des actes terroristes, pas plus qu'il n'adhérait nécessairement à l'idéologie exprimée sur les sites litigieux. Censurée une première fois par la jurisprudence, la loi a donc été modifiée, le législateur prévoyant que la consultation doit s'accompagner de la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur les sites consultés. A nouveau, le Conseil constitutionnel a déclaré la nouvelle mouture contraire à la Constitution française, au motif que les nouvelles exigences n'étaient pas suffisantes à établir à elle seule «l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes»¹⁰⁸.

4. Droit anglais

En droit anglais, la législation antiterroriste tire ses sources du Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974, adopté dans le contexte du conflit nord-irlandais¹⁰⁹. Initialement temporaire, ce texte a été pérennisé avec le Terrorism Act 2000¹¹⁰ avant que ne suive également le Terrorism Act 2006.

107 Décision du Conseil constitutionnel de la République française du 10.2.2017 n° 2016-611/QPC.

108 Décision du Conseil constitutionnel de la République française du 15.12.2017 n° 2017-682/QPC

109 V. *Barbé*, L'appareil normatif et jurisprudentiel de la lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni. Les effets du droit de l'Union, in: *E. Saulnier-Cassia* (n. 52), 397, 397 ss; *W. Stankiewicz*, The United Kingdom's Response to Terrorism, in: *Polish Political Science*, vol. XLII, 2013, 244, 246 R. *Alexander*, Money laundering and terrorist financing: time for a combined offence, *Company Lawyer*, 30(7)/2009, 200; *A. F. Benakar*, Poetic Injustice: A Case Study of the UK's Anti-Terrorism Legislation, in: *Retfærd Årgang* 31/2008, n° 3/122, 69, 76; *B. Brandon*, Terrorism, human rights and the rule of law: 120 years of the UK's legal response to terrorism, *Criminal Law Review* (Crim. L. R.) 2004, 981, 984.

110 TA 2000.

La section 1 TA 2000 définit le terrorisme¹¹¹: il s'agit d'une action ou la menace d'une action destinée à influencer le gouvernement ou une organisation internationale ou intimider le public ou une partie du public, afin de faire avancer une cause politique, religieuse, raciale ou idéologique dès l'instant où cette action implique des violences sérieuses contre une personne, des dommages sérieux à la propriété, la mise en danger de la vie d'autrui, outre celle de la personne qui commet l'infraction, la création d'un risque sérieux pour la santé ou la sécurité du public ou une partie de celui-ci, l'interférence ou la destruction sérieuses d'un système électronique comme l'usage d'armes à feu ou d'explosifs¹¹².

Cette définition est le fruit d'un compromis qui faisait suite aux différentes critiques formulées à l'égard de la notion initialement retenue¹¹³, même si celle-ci continue à faire l'objet de controverses Outre-Manche¹¹⁴.

C'est sur la base de cette définition que le législateur anglais a incriminé différents types de comportements¹¹⁵, sans recourir à proprement dit pour autant à d'autres infractions par référence. Le droit anglais incrimine ainsi le terrorisme de manière autonome, sans procéder par référence («scheduled offenses approach»)¹¹⁶.

Le TA 2000 est la loi principale dans le domaine et définit la plupart des infractions terroristes¹¹⁷, à l'instar de celles relatives aux «organisations interdites» (sections 3 ss et 56 TA 2000), au financement du terrorisme (sections 14 ss), ainsi qu'à l'entraînement terroriste (section 54). En outre, le TA 2006 incrimine également d'autres comportements¹¹⁸, à savoir notamment l'encouragement au terro-

111 A. Greene, Defining terrorism: one size fits all?, *International & Comparative Law Quarterly* 2017, vol. 66, 411, 418 ss; V. Barbé (n. 109), 399 ss; M. of *Clashfern/N. Andall/E. Cooke/A. Doobay/M. Spurrier*, *Halsbury's Laws of England*, vol. 26, Londres 2016, N 435 ss (cité: *Halsbury's Laws of England*); *Stankiewicz* (n. 109), 250 s.

112 Section I. Terrorism: interpretation, *Terrorism Act 2000*: «(1) In this Act «terrorism» means the use or threat of action where (a) the action falls within subsection (2), (b) the use or threat is designed to influence the government or an international governmental organisation or to intimidate the public or a section of the public, and (c) the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious, racial or ideological cause. (2) Action falls within this subsection if it (a) involves serious violence against a person, (b) involves serious damage to property, (c) endangers a person's life, other than that of the person committing the action, (d) creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public, or (e) is designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system.»

113 F. Galli, *The Law on terrorism: The UK, France and Italy compared*, Bruxelles 2015, 45 ss; Greene (n. 111).

114 Galli (n. 113), 47 ss.

115 Galli (n. 113), 45. Cf. également Greene (n. 111), 420 et Brandon (n. 109), 988.

116 C. Walker, *The legal definition of «terrorism» in the United Kingdom and beyond*, *Public Law* 2/2007, 331, 342 ss.

117 *Halsbury's Laws of England* (n. 111), N 440 ss; Galli (n. 113), 58 ss; Brandon (n. 109), 988 ss;

118 *Halsbury's Laws of England* (n. 111), N 444 ss; Galli (n. 113), 76 ss; S. Ireland, *Criminal law legislation update*, *Journal of Criminal Law* 2006, vol. 70, 276 ss.

risme (sections 1 ss TA 2006), la diffusion de publications terroristes (section 2), ainsi que la préparation d'actes terroristes et l'entraînement terroriste (sections 5 ss).

5. Droit allemand

Quant à l'Allemagne, son droit antiterroriste a vu le jour dans les années 1970 pour combattre les groupes d'extrême gauche, la *Rote Armee Fraktion* notamment¹¹⁹. Aujourd'hui, son Code pénal¹²⁰ comporte plusieurs dispositions criminalisant le terrorisme¹²¹, même si le droit allemand reste sobre en matière d'incriminations terroristes proprement dites, en comparaison avec les droits français et anglais.

Le législateur allemand, à la manière de son homologue français, a également pris le parti d'incriminer le terrorisme par référence. Ainsi, le terrorisme y est défini comme le cumul d'une part des éléments constitutifs d'une infraction spécifique d'ores et déjà connue du droit allemand et d'autre part par l'existence de certaines circonstances particulières. Plus précisément, le droit pénal allemand qualifie de terroristes certaines infractions lorsqu'elles sont commises «dans le dessein d'intimider sérieusement la population, de contraindre indûment une autorité publique ou une organisation internationale par la violence ou par la menace de la violence, de gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un Etat ou d'une organisation internationale et qu'en raison de leur nature ou de leurs conséquences elles pourraient sérieusement porter atteinte à un Etat ou à une organisation internationale¹²².»

119 A. Geppert, Les effets du droit de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme en Allemagne, in: E. Saulnier-Cassia (n. 52), 415, 419; P.H. Schulte, Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung. Eine rechtssoziologische Analyse, Münster 2008, 104 ss.

120 StGB-D.

121 M. A. Zöller, Der Terrorist und sein (Straf-)Recht. Wege und Irrwege der neueren Gesetzgebung zur Terrorismusbekämpfung, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2/2016, 90, 99 ss; S. Beukelmann, Neues im Kampf gegen den Terror, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW) Spezial*, 2015, 120; M. A. Zöller, Zehn Jahre 11. September – Zehn Jahre Gesetzgebung zum materiellen Terrorismusstrafrecht in Deutschland, *Strafverteidiger (StV)*, 6/2012, 364 ss; M. A. Zöller, Willkommen in Absurdistan. Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 11/2010, 609 ss.

122 Cf. notamment à l'art. 89c StGB-D: «(1) [...] wenn die dort bezeichnete Tat dazu bestimmt ist, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.»

Trois dispositions visent expressément le terrorisme. Il s'agit en tout premier lieu de l'art. 89c StGB-D¹²³ relatif au financement du terrorisme. L'art. 129a StGB-D¹²⁴ criminalise la formation d'une organisation terroriste, tandis que l'art. 129b StGB-D¹²⁵ traite de ces organisations hors sol européen¹²⁶.

Toutefois, il convient encore de mentionner d'autres dispositions du Code pénal allemand réprimant le terrorisme. Il en va ainsi de l'art. 89a StGB-D, lequel criminalise toute préparation d'actes de mise en danger de la sécurité publique de la République fédérale d'Allemagne, c'est-à-dire la commission d'une infraction contre la vie ou la liberté personnelle susceptible de porter atteinte à l'existence ou la sécurité d'un Etat ou d'une organisation internationale, ou à affaiblir ou rendre inapplicables les principes constitutionnels de la République fédérale d'Allemagne¹²⁷. En outre, l'art. 89a al. 2a StGB-D réprime le voyage à l'étranger dans l'intention de recevoir un entraînement pour commettre un acte terroriste¹²⁸.

V. Financement du terrorisme

1. Généralités

Le financement du terrorisme est appréhendé en tant que tel dans les quatre droits comparés concernés, car prévenir tout soutien financier au terrorisme est soudain devenu l'axe privilégié de la lutte antiterroriste. En Suisse, ce comporte-

123 Art. 89c StGB-D: «(1) Wer Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt mit dem Wissen oder in der Absicht, dass diese von einer anderen Person zur Begehung [...]»

124 Art. 129a StGB-D: «(1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind [...] zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt [...]»

125 Art. 129b StGB-D: «(1) Die §§ 129 und 129a gelten auch für Vereinigungen im Ausland [...]»

126 *D. Kretschmer*, Criminal Involvement in Terrorist Associations – Classification and Fundamental Principles of the German Criminal Code Section 129a StGB, *German Law Journal*, 13/09, 1.9.2012, 1016, 1027 ss.

127 Art. 89 StGB-D: «(1) Wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet [...]. Eine schwere staatsgefährdende Gewalttat ist eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder des § 212 oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b, die nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben.»

128 Art. 89a al. 2a StGB-D: «Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er es unternimmt, zum Zweck der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat oder der in Absatz 2 Nummer 1 genannten Handlungen aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen, um sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen von Personen im Sinne des Absatzes 2 Nummer 1 erfolgen.»

ment est réprimé par l'art. 260^{quinquies} CP. De son côté, la France a adopté l'article 421-2-2 CP, considéré comme un acte de transposition de la Convention de New York de 1999¹²⁹. En droit allemand, le financement du terrorisme a été longtemps considéré comme le fait de soutenir («unterstützen») une organisation terroriste (art. 129a al. 5 StGB-D), avant l'apparition de l'art. 89a al. 2 ch. 4a StGB-D relatif à la préparation par le financement d'un acte de violence présentant un danger pour l'Etat. Récemment toutefois, un nouvel art. 89c StGB-D a vu le jour et réprime désormais de manière indépendante le financement du terrorisme¹³⁰. Enfin, en droit anglais, les sections 15 à 18 TA 2000 répriment le financement du terrorisme.

Le but de l'infraction n'est pas de lutter contre le financement du terrorisme en tant que tel ou d'un acte terroriste en particulier. En effet, l'acte de financement n'est pas, criminologiquement parlant, terroriste en soi. Il apparaît neutre et a priori guère dangereux¹³¹. Toutefois, sa répression a pour véritable objectif de revendiquer la lutte contre le phénomène terroriste lui-même et de le prévenir, cela en tarissant les flots qui contribuent à son approvisionnement¹³². Ainsi, puisque la finalité de l'infraction est la prévention de toute action terroriste, le bien juridiquement protégé par l'infraction est essentiellement la vie et l'intégrité corporelle, mais également, indirectement, la paix publique, la nation et l'Etat de droit démocratique comme le met en évidence son insertion dans la systématique des lois consultées¹³³.

Enfin, on relèvera que le financement du terrorisme apparaît être une infraction de mise en danger abstraite et de nature formelle¹³⁴.

129 *Alix* (n. 52), N 181 et les références citées.

130 *Zöllner* GA 2/2016 (n. 121), 105, qui se montre très critique à l'égard de cette norme: «§ 89c ist symbolisches Strafrecht» (106); *Beukelmann* (n. 121), 120.

131 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 5; *Alix* (n. 52), N 181. Cf. également *H.-U. Paeffgen*, in: *Strafgesetzbuch II* (StGB), U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paeffgen (édit.), 5^e éd., 2017, art. 89c N 4.

132 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 2; *A. Donatsch/M. Thommen/W. Wohlers*, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, 216 s.; *Fiolka*, in: *BSK StGB II* (n. 66), art. 260^{quinquies} N 12; *Alix* (n. 52), N 181.

133 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 2; *J. Schäfer*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 80–184f StGB*, 3^e éd., Leiden 2017, art. 89c N 1; *PC CP* (n. 68), art. 260^{quinquies} N 4; *G. Fiolka*, in: *BSK StGB II* (n. 66), art. 260^{quinquies} N 5; *S. Trechsel/H. Vest*, in: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, S. Trechsel/M. Pieth (édit.), 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013, art. 260^{quinquies} N 1.

134 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 2; *PC CP* (n. 68), N 4; *Schäfer*, in: *MüKo StGB* (n. 133), art. 89c N 3; *Fiolka*, in: *BSK StGB II* (n. 66), art. 260^{quinquies} N 12; *Mayaud* (n. 7), N 78.

2. Éléments constitutifs objectifs

a) Les fonds

Aussi bien dans le Code pénal suisse que dans le Code pénal allemand, l'infraction a en ligne de mire les «fonds» ou «Vermögenswerte» (art. 260^{quinquies} CP et art. 89c StGB-D). Il en va de même en droit français, où le texte légal se réfère aux «fonds». La notion est inspirée de l'art. 1 al. 1 de la Convention de New York de 1999 et correspond à celle de valeurs patrimoniales en droit suisse¹³⁵. Les sections 15 à 18 TA 2000 usent de la terminologie «argent ou tout avoir» («money or other property»).

Les fonds sont des biens de toute nature, soit des biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, à l'instar de l'argent, de documents, de chèques de voyage, de titres, d'obligations mais également d'armes à feu, d'explosifs ou de véhicules¹³⁶. La fourniture d'une prestation de quelque nature que ce soit n'est toutefois pas assimilable à la notion de «fonds»¹³⁷. En outre, l'origine licite ou illicite de ces fonds est sans importance¹³⁸.

On relèvera qu'il n'y a aucune exigence minimale pour ce qui concerne la valeur des fonds. Le droit allemand soumettait auparavant la répression du financement du terrorisme à la condition que les fonds ne soient pas négligeables ou insignifiants (art. 89a al. 2 ch. 4 ancien StGB-D), quand bien même des fonds d'importance négligeable pouvaient malgré tout être appréhendés¹³⁹. Toutefois, les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) ont conduit le législateur allemand à revoir le texte en supprimant cette exigence. Dorénavant, l'art. 89c StGB-D ne comporte plus la moindre restriction relative à la valeur des fonds, mais en présence de fonds de faible valeur, la peine est tout simplement allégée (art. 89c al. 5 StGB-D).

135 FF 2002 5015, 5065; *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 3; PC CP (n. 68), N 8; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89c N 12; *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 15; *Trechsel/Vest*, in: Praxiskommentar StGB (n. 133), art. 260^{quinquies} N 2.

136 FF 2002 5015, 5065; *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 4; PC CP (n. 68), N 8; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89c N 12; *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 15.

137 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 4; *B. Corboz*, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3^e éd., Berne 2010, art. 260^{quinquies} N 7. *Contra*: *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 16.

138 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 4; PC CP (n. 68), art. 260^{quinquies} N 9; *Zöller GA 2/2016* (n. 121), 106.

139 *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89c N 12; *Paeffgen*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 89c N 3; *Zöller GA 2/2016* (n. 121), 105; *N. Gazeas*, in: AnwaltKommentar StGB, K. Leipold/M. Tsambikakis/M. A. Zöller (édit.), 2^e éd., 2015, art. 89a N 53; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89a N 54 ss. Voir également *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 6.

b) Le comportement typique

Les comportements incriminés varient d'un ordre juridique à l'autre, bien qu'ils se regroupent peu ou prou en raison de l'influence du droit international qu'ils ont subie. Les droits suisse et allemand s'illustrent à cet égard par leurs similitudes, le second étant calqué sur le premier: le projet de loi du Gouvernement allemand expliquait s'inspirer de l'art. 260^{quinquies} CP pour la disposition pénale qu'il entendait introduire¹⁴⁰. Le droit allemand appréhende donc, comme le droit suisse, le fait de réunir et mettre à disposition des fonds, mais il va au-delà du droit helvétique en criminalisant également le fait de les accepter. De son côté, la France retient comme hypothèses la fourniture, la réunion, la gestion de fonds ou le fait de donner des conseils à cette fin. Ces deux premières variantes transposent fidèlement le texte de la Convention de New York de 1999, alors que le législateur suisse (et donc allemand) s'en est quelque peu écarté en faisant usage de l'expression «mettre des fonds à disposition». Au vu de toutes ces variantes, l'infraction a un potentiel d'application très étendu.

Une ligne de démarcation peut être difficile à établir entre l'acceptation et la réunion de fonds, en raison de chevauchements qui existent entre ces deux comportements¹⁴¹. D'une part, l'*acceptation* vise la réception de fonds, sans que cela ne nécessite une sollicitation auprès d'un tiers, pas plus qu'elle n'implique par la suite leur mise à disposition à ce dernier. Ainsi, le simple fait de recevoir un virement sur un compte bancaire constitue un acte d'acceptation¹⁴². D'autre part, la *réunion* se définit en droit suisse comme la collecte de fonds ou le fait de les rassembler pour une utilisation future, mais l'acceptation – comportement passif – tombe également sous le coup de l'art. 260^{quinquies} CP¹⁴³. La doctrine allemande souligne de son côté le caractère actif du comportement attendu de l'auteur dans l'acte de réunion, en ce sens qu'il s'agit de toute activité déployée de manière planifiée et constante en vue de la réception et de la sollicitation de fonds¹⁴⁴. Au travers de la *mise à disposition* de fonds, c'est le transfert qui est visé, soit le fait de procurer à un tiers un

140 Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89c N 1; Paeffgen, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 89c N 3.

141 Paeffgen, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 89a N 56; Fiolka, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 17 ss.

142 Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89c N 9; Paeffgen, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 89c N 7 s; Gazeas, in: AnwaltKommentar StGB (n. 139), art. 89a N 56.

143 Livet/Bonvin, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 6; Fiolka, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 18; Trechsel/Vest, in: Praxiskommentar StGB (n. 133), art. 260^{quinquies} N 11; Gafner (n. 66) 200; Cassani (n. 68), 296.

144 Gazeas, in: AnwaltKommentar StGB (n. 139), art. 89a N 55. Cf. également Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89c N 8.

pouvoir de disposition sur les fonds¹⁴⁵. Il ne doit pas nécessairement s'agir d'un transfert de propriété, car est décisif le fait que le destinataire des fonds puisse en disposer dans les faits. Un prêt pourrait donc suffire¹⁴⁶. Il est à noter qu'un transfert effectif des fonds n'est pas non plus requis. Enfin, il n'est pas nécessaire qu'un lien de causalité soit établi entre l'acte de financement et la commission d'un acte terroriste¹⁴⁷.

Inspiré de la définition internationale du financement du terrorisme, la définition française la dépasse, en ne se limitant pas à l'appréhension du bailleur de fonds: l'article 421-2-2 du Code pénal français englobe, en effet, outre la fourniture et la réunion de fonds, «la gestion et les conseils prodigués en vue d'une bonne gestion ou réunion de fonds»¹⁴⁸. Cela correspond, en droit suisse, à l'administration de fonds, qui s'analyse comme une mise à disposition de ceux-ci lorsqu'ils servent la cause terroriste¹⁴⁹.

En droit anglais, la disposition topique sur le financement du terrorisme figure dans la section 15 TA 2000, soit la récolte de fonds («terrorist fund-raising»)¹⁵⁰. Elle envisage trois hypothèses qui ressemblent fortement à celles déjà reconnues dans les autres droits nationaux: inviter un tiers à fournir de l'argent ou des biens quelconques à des fins terroristes («for the purpose of terrorism»), en recevoir ou en fournir. Le législateur précise que le mode de transfert du bien en question est sans importance: il suffit que, d'une manière ou d'une autre, il soit mis à la disposition du tiers (section 15 (4) TA 2000).

Deux autres normes viennent à compléter le dispositif du Royaume-Uni. La section 16 TA 2000 réprime l'usage et la possession («use and possession») de l'argent ou d'un bien quelconque¹⁵¹. Sur cette disposition, la jurisprudence s'est prononcée dans un arrêt concernant un Britannique coaccusé de détenir des documents du parti Front-révolutionnaire de la libération du peuple (DHKP-C), une organisation kurde d'extrême gauche interdite au Royaume-Uni. La Cour a précisé que l'infrac-

145 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 7; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89c N 10; *Gazeas*, in: AnwaltKommentar StGB (n. 139), art. 89a N 57; *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 19.

146 *Gafner* (n. 66), 200.

147 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 5; *Zöller GA 2/2016* (n. 121), 106; *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{quinquies} N 13; *Gafner* (n. 66), 200; «indépendamment de la surveillance [d'un acte terroriste]» (art. 421-2-2 CP-F).

148 *Alix* (n. 52), N 181. Voir également *P. de Combles de Nayves*, Sauf en matière terroriste, AJP 2013, 528 ss.

149 FF 2002 5014, 5065; *Cassani* (n. 68), 296.

150 Halsbury's Laws of England (n. 111), N 457; *P. Murphy*, Criminal Practice, Oxford 2006, B10.18 ss (534). Cf. également *Gafner* (n. 66), 194 s.

151 Halsbury's Laws of England (n. 111), N 459; *Murphy* (n. 150), B10.24 (535); *Gafner* (n. 66), 194 s.

tion était suffisamment claire et que tout un chacun savait ce qu'il pouvait ou ne pouvait pas faire¹⁵². Cet arrêt est applicable par analogie aux autres infractions relatives au financement du terrorisme¹⁵³. Ensuite, la section 17 TA 2000 criminalise également les accords financiers («funding arrangements»)¹⁵⁴, soit le fait de passer un accord ou de prendre part à un accord, sur la base duquel de l'argent ou tout avoir est mis ou sera mis à disposition d'un tiers pour être utilisé à des fins terroristes. Le terme «arrangement» doit se voir attribuer une signification usuelle en anglais même si la jurisprudence reconnaît que le moment à partir duquel une personne prend part à un accord est sujet à discussion¹⁵⁵.

VI. Organisation terroriste

1. Généralités

Le droit suisse mis à part, tous les droits de cette étude connaissent aujourd'hui une norme pénale propre à l'organisation¹⁵⁶ terroriste. En effet, l'art. 129a StGB-D en Allemagne criminalise la «formation d'une association terroriste»; au Royaume-Uni, la partie 2 TA 2000 comporte plusieurs dispositions relatives aux «organisations interdites»; enfin, l'art. 421-2-1 CP-F punit le terrorisme par association de malfaiteurs en France¹⁵⁷. En Suisse, l'absence de disposition incriminant nommément l'organisation terroriste ne signifie pour autant pas que dite organisation soit impunie sur le territoire helvétique. Toutefois, il faut faire appel à l'art. 260^{ter}

152 High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, O'Driscoll v. The Secretary of State for the Home Department, 22.10.2002, EWHC 2477, § 25: «Plainly, as it seems to me, [...] a person in the position of this claimant knows what he can and cannot do.»

153 *P. Hynes/R. Furlong/N. Rudolf*, International money laundering and terrorist financing: a UK, perspective, Londres 2009, N 17-063.

154 Halsbury's Laws of England (n. 111), N 458; *Gafner* (n. 66), 194 s.

155 *Hynes/Furlong/Rudolf* (n. 153), N 17-064; Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil division), *Bowman v. Fels*, 8.3.2005, EWCA Civ 226, § 67.

156 Il est à noter que le terme d'«organisation» est ici entendu de manière générique et comme comprenant la notion de «Vereinigung» du droit allemand (art. 129a StGB-D) et d'«association» en droit français (art. 421-2-1 CP-F).

157 Cette infraction est calquée sur l'infraction d'association de malfaiteurs de droit commun, ancrée à l'art. 450-1 CP-F. Malgré quelques dissemblances avec l'art. 421-2-1 CP-F, les éléments constitutifs sont communs aux deux infractions: cf. *M. Bombed*, Terrorisme par association de malfaiteurs en cas de soutien à une organisation terroriste, Actualité Dalloz, Crim. 21 mai 2014; *Alix* (n. 52), N 373. Voir également *Mayaud* (n. 7), N 74 pour qui l'art. 421-2-1 CP-F n'est pas la restitution conforme de l'art. 450-1 CP-F, «mais seulement la récupération de son esprit». Précisons encore que l'association de malfaiteurs (terroriste ou de droit commun) est en réalité à mi-chemin entre l'infraction d'organisation criminelle (art. 260^{ter} CP) et celle d'actes préparatoires délictueux (art. 260^{bis} CP) en Suisse.

CP, norme visant plus largement l'organisation criminelle mais qui, selon le Tribunal fédéral, englobe également l'organisation terroriste¹⁵⁸. Ainsi, le droit suisse ne présente pas de lacune à cet égard en comparaison de ses voisins. Qui plus est, le Conseil fédéral entend faire ancrer dans la loi cette interprétation jurisprudentielle, en étendant explicitement l'art. 260^{ter} aux organisations terroristes (cf. art. 260^{ter} pCP), en accord avec les différents intervenants à la procédure de consultation¹⁵⁹. Par ailleurs, cette disposition mise à part, il convient également de mentionner l'art. 74 LRens, ainsi que la LAQEI. Cette dernière loi a cependant ceci de particulier qu'elle n'appréhende que deux organisations terroristes spécifiques, à savoir Al-Qaïda et l'Etat islamique, ainsi que les organisations qui y sont apparentées (art. 1 LAQEI). Elle n'a donc pas une portée globale. Si le droit positif suisse n'est pas lacunaire en comparaison de ces autres pays, cette brève analyse permet toutefois de souligner qu'il n'existe pas à ce jour de norme générale incriminant expressément l'organisation terroriste. Le législateur devrait cependant parer à cette «fausse lacune» très prochainement, dans la mesure où le projet de loi qui va lui être soumis prévoit l'adoption d'une norme visant nommément l'organisation terroriste.

De manière générale, l'infraction incriminant l'organisation terroriste a pour objectif de lutter contre la criminalité organisée, ainsi que de parer à la formation et à la pérennité d'organisations hautement criminelles¹⁶⁰. Elle intervient à un stade préparatoire qui se situe en amont de la phase généralement répréhensible de l'*iter criminis*¹⁶¹. Là encore, le bien juridiquement protégé est transversal: si l'infraction protège surtout la paix publique, il en va de même pour tous les autres biens juridiques qui seraient visés par des actes que l'organisation commet pour parvenir à ses fins¹⁶².

S'agissant de sa nature, il s'agit d'une norme de mise en danger abstraite¹⁶³.

158 Cf. ATF 133 IV 58, c. 5.3; ATF 132 IV 132, c. 4.1.2 = JdT 2007 IV 133; arrêts TPF SK.2015.45 du 18.3.2016, c. 1.4 et SK.2016.9 du 15.7.2016, c. 1.13.5; *Gafner* (n. 66), N 9; *Leu/Parvex* (n. 79), 759; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 7.

159 Les avis des organisations, partis et cantons sont disponibles sous <<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2017.html>> (consulté le 27.9.2018).

160 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 1; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129a N 1; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 2; *Trechsel/Vest*, in: Praxiskommentar StGB (n. 133), art. 260^{ter} N 2; *K. Volk*, La riposte pénale contre les organisations criminelles en droit allemand, in: *S. Mancorda*, L'infraction d'organisation criminelle en Europe, Paris 2002, 18.

161 *Alix* (n. 52), N 373. Voir également *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129a N 1; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 4 («mit der Bestimmung des § 129 «eine generelle Vorverlagerung des Strafschutzes in das Vorbereitungsstadium bezweckt»); PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 3; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 3 s.; *Del Ponte* (n. 87), 242.

162 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 3; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 3; *Volk* (n. 160), 22; *G. Giudicelli-Delage*, La riposte pénale contre la criminalité organisée en droit français, in: *S. Mancorda* (n. 160), 124 ss.

163 *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129a N 4 (renvoi à art. 129 N 4 s.); PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 4.

2. Éléments constitutifs objectifs

a) L'organisation

Alors que prévalait une certaine uniformité dans la conception de l'infraction de financement du terrorisme, l'organisation terroriste reçoit une réponse variée au travers des différentes législations nationales. En effet, elle est appréhendée de manière différente par les Etats. Il faut là distinguer deux méthodes dans l'incrimination.

D'une part, l'organisation terroriste peut être abordée de *manière abstraite*, par l'intermédiaire de divers critères nécessaires à cette qualification. C'est principalement le cas des droits suisse, allemand et français, lesquels font usage de plusieurs caractéristiques que nous allons mettre en évidence.

Parmi ces qualités que l'organisation doit revêtir, la première à mentionner a trait au *nombre* de membres nécessaires. Alors que le droit français fait référence au «groupement», lequel requiert la présence de deux protagonistes selon la jurisprudence¹⁶⁴, les droits suisse¹⁶⁵ et allemand¹⁶⁶ considèrent que trois personnes au moins sont nécessaires pour qu'une organisation existe.

Ensuite, un deuxième élément crucial est la *structure organisationnelle*. En Suisse, l'art. 260^{ter} CP exige que l'organisation repose sur une structure solide, laquelle se caractérise par la soumission de ses membres à des règles, une répartition des tâches, l'absence de transparence, une hiérarchie en son sein, ainsi que le professionnalisme prévalant aux différents stades de son activité criminelle, cela indépendamment d'une modification de la composition des effectifs de l'organisation¹⁶⁷. Le droit allemand pose également des exigences strictes: l'organisation doit être dotée d'une structure organisée, de règles de groupe pour qu'elle puisse atteindre ses objectifs, couplée à des engagements réciproques des membres les uns envers les autres; les membres répartissent leur rôle et subordonnent leur volonté individuelle à celle de l'organisation, entretenant ainsi des relations telles qu'ils se considèrent

164 J. Alix, *Terrorisme*, Jurisclasseur Pénal 2017, Fascicule 20, N 72; R. Parizot, *Organisation criminelle versus association de malfaiteurs et associazione per delinquere: quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie?*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2017, 1; Alix (n. 52), N 229 et références citées, 6; *Giudicelli-Delage* (n. 162), 132 s.

165 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 5; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 11; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 6; *Trechsel/Vest*, in: *Praxiskommentar StGB* (n. 133), art. 260^{ter} N 4.

166 *Schäfer*, in: *MüKo StGB* (n. 133), art. 129a N 25; *Ostendorf*, in: *Nomos Kommentar StGB* (n. 131), art. 129 N 11; A. Maljević, «Participation in a Criminal Organisation» and «Conspiracy». *Different Legal Models Against Criminal Collectives*, Berlin 2011, 37; *Volk* (n. 160), 25.

167 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 8 ss; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 11 ss; *Del Ponte* (n. 87), 242.

comme étant unis¹⁶⁸. Dans ces deux ordres juridiques de surcroît, l'organisation doit être vouée à durer¹⁶⁹.

Particularité helvétique, son droit soumet au *secret* la structure et l'effectif de l'organisation. Cela signifie que l'organisation maintient le secret à l'interne (loi du silence) et dissimule à l'externe son fonctionnement de manière systématique et qualifiée, en particulier dans le but de compliquer la tâche des autorités de poursuite pénales¹⁷⁰. Le Conseil fédéral, dans son projet, propose au Parlement la suppression pure et simple de ce critère, précisément afin de faciliter le travail des autorités pénales¹⁷¹.

Les exigences en termes de structure paraissent moindres en droit français¹⁷², avec l'art. 421-2-1 CP-F qui retient, outre l'hypothèse du «groupement» d'ores et déjà évoquée, celle de l'«entente». La doctrine considère qu'il n'y a pas de grande différence entre ces deux notions, si ce n'est qu'on peut «admettre que le groupement est plus structuré que l'entente» mais que cette dernière est «plus intellectuelle»¹⁷³. S'agissant précisément de l'«entente», elle peut se manifester par la seule «résolution d'agir concertée et arrêtée»; elle n'est donc constituée que par le concert ou l'accord pour passer à une action ultérieure¹⁷⁴. Il en découle que l'organisation n'a pas besoin d'être très organisée, ni structurée ou hiérarchisée. Il suffit que deux personnes au moins se soient réunies volontairement, quelle que soit la durée de l'organisation.

Enfin, le troisième élément caractéristique a trait aux *fins poursuivies* par l'organisation terroriste. La technique par référence a été utilisée en droit allemand, pour lequel le but de l'organisation doit consister en la commission d'infractions spécifiques et clairement circonscrites à l'art. 129a al. 1 StGB-D¹⁷⁵, à l'instar de l'homicide (cf. art. 211 StGB-D). Pour les infractions mentionnées à l'al. 2, les conditions de la répression sont renforcées, dès lors que dites infractions doivent être

168 *Maljević* (n. 166), 35 ss; *Volk* (n. 160), 24 s. Cf. également *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 14 ss (par renvoi de l'art. 129a N 25 s.); *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 12.

169 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 5 ss; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 11 et 14; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 27; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 12; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 6; *Trechsel/Vest*, in: Praxiskommentar StGB (n. 133), art. 260^{ter} N 4; *Maljević* (n. 166), 37; *Volk* (n. 160), 25.

170 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 10; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 15; *Donatsch/Thommen/Wohlens* (n. 132), 208; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 8; *Arzt* (n. 87), art. 260^{ter} N 136 ss; *de Vries Reilingh* (n. 87), 293 ss; *Del Ponte* (n. 87), 243 s.; *Arzt*, PJA 1993, 1187 (n. 87), 1189.

171 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 37 s.

172 *Giudicelli-Delage* (n. 162), 132 s. Cf. également *Alix* (n. 52), N 71 s.

173 *Giudicelli-Delage* (n. 162), 131.

174 *J. Larguie/P. Conte/A.-M. Larguier*, Droit pénal spécial, 13^e éd., 2005, 366; *Giudicelli-Delage* (n. 162), 133.

175 *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129a N 42; *Maljević* (n. 166), 27 s.

commises dans un dessein spécifique¹⁷⁶, et le Tribunal constitutionnel allemand se montre restrictif¹⁷⁷. Il en va de même en droit français, l'art. 421-2-1 CP-F évoquant la préparation d'«un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents»¹⁷⁸. Comme l'écrit *Y. Mayaud*, cette infraction est «indissociable des textes précédant la formule d'incrimination»¹⁷⁹. La France se singularise toutefois en posant l'exigence que cette préparation soit «caractérisée par un ou plusieurs faits matériels». Il s'agit par exemple de l'obtention d'un plan des lieux ou de l'achat d'armes. En Suisse, la finalité poursuivie par l'organisation y est définie de manière plus abstraite en comparaison. Cela s'explique en partie par la portée générale de l'art. 260^{ter} CP, contrairement aux infractions des droits étrangers qui sont spécifiquement portées sur la matière terroriste. En effet, on ne trouvera pas de liste prédéfinie d'infractions qu'entend commettre l'organisation terroriste. Le droit suisse requiert que l'organisation ait pour objectif la commission de crimes, au sens de l'art. 10 al. 2 CP, ou le fait «de se procurer des revenus par des moyens criminels»¹⁸⁰.

Il y a d'autre part les droits qui nomment spécifiquement ce type d'organisations; l'organisation est là *discriminée*. Le comportement typique n'est ainsi réalisé que lorsqu'il est en lien avec l'organisation visée directement de par la loi ou par le biais d'une décision de l'exécutif. Le droit du Royaume-Uni appartient à cette seconde et le droit suisse également.

En effet, le droit anglais s'illustre sur ce point en ce qu'il définit lui-même l'organisation terroriste. Est dite terroriste l'organisation qui figure sur l'Annexe 2 de la loi (section 3 TA 2000) ou si le secrétaire d'Etat prononce l'interdiction d'une organisation qui est «liée au terrorisme» (section 3 [1] let. a *cum* section 4 TA 2000)¹⁸¹, c'est-à-dire si elle commet ou participe à des actes de terrorisme, s'y prépare, le promet ou l'encourage (cf. section 3 [5])¹⁸². Lors de l'entrée en vigueur du

176 Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129a N 44 ss. Cf. *supra* IV/4.

177 Begriff der terroristischen Vereinigungen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) Spezial, 2008, 154; Abgrenzung kriminelle/terroristische Vereinigung – «militante Gruppe», Neue Juristische Wochenschrift (NJW) Spezial, 2008, 25.

178 *De Combles de Nayves* (n. 148), 529: «L'objectif de préparation d'actes terroristes du groupe est présumé par la proximité avec une organisation classée comme terroriste.»

179 *Mayaud* (n. 7), N 74.

180 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 12; *Donatsch/Thommen/Wohlers* (n. 132), 207; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 21 ss; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 9 ss; *Del Ponte* (n. 87), 244 s.

181 Halsbury's Laws of England (n. 111), N 440 ss; *Brandon* (n. 109), 988. Relativement à la suppression de l'interdiction de l'organisation, cf. *B. Middleton*, Terrorism Act 2000: seeking deproscription, Journal of Criminal Law 72(4)/2008, 270 ss; Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil division), Lord Alton v Home Secretary, 7. 8. 2005, EWCA Civ 443.

182 La liste de l'ensemble des organisations terroristes au Royaume-Uni est disponible sous <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/612076/20170503_Proscription.pdf> (consulté le 27. 9. 2018).

TA 2000, seules des organisations terroristes irlandaises figuraient sur l'Annexe. Aujourd'hui, la majorité des organisations interdites appartiennent à la mouvance islamiste, à l'instar d'Al-Qaïda ou du Hamas¹⁸³.

Le droit suisse est hybride, en ce qu'il criminalise et l'organisation terroriste abstraite – on l'a vu – mais aussi celle discriminée. Deux lois sont à mettre en exergue à cet égard. Premièrement, avec la LAQEI, le législateur suisse interdit et criminalise deux organisations en particulier, à savoir Al-Qaïda et le groupe «Etat islamique». L'organisation interdite est donc spécifiquement indiquée dans la loi. Ensuite, l'entrée en vigueur de la LRens a pérennisé une solution similaire: compétence est donnée au Conseil fédéral, par voie de décision, d'interdire une organisation spécifique «qui, directement ou indirectement, propage, soutient ou promeut d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent, menaçant ainsi concrètement la sûreté intérieure ou extérieure» (art. 74 al. 1 LRens). L'art. 74 al. 4 LRens érige en infractions certains comportements en lien avec dite organisation¹⁸⁴. Ainsi, cette solution rapproche singulièrement le droit suisse du droit anglais à cet égard.

b) Le comportement typique

Il existe une grande diversité au sujet des comportements typiques appréhendés par l'infraction d'organisation terroriste entre les quatre différentes législations. Néanmoins, les comportements visés sont essentiellement de quatre types, quand bien même ils peuvent être incriminés par une seule et même infraction, voire plusieurs. Il s'agit de l'affiliation ou de la participation à une organisation terroriste d'abord (1), du soutien à l'organisation sous diverses formes ensuite (2), du recrutement d'adeptes, ainsi que de leur préparation en vue d'un acte terroriste (3) et enfin de l'organisation d'actions publiques de propagande, d'apologie ou d'encouragement (4). Ces deux derniers comportements seront analysés ci-dessous dans le cadre d'un autre chapitre qui leur est spécialement dédié, compte tenu du projet de loi du Conseil fédéral qui entend établir de nouvelles infractions dans le Code pénal¹⁸⁵.

Tous les droits de cette étude criminalisent explicitement l'affiliation en qualité de membre ou la *participation* à l'organisation terroriste. S'affilie ou participe à une organisation terroriste celui qui l'intègre et qui y déploie des activités permettant de la rapprocher des objectifs qu'elle poursuit, impliquant là un élément de du-

183 Brandon (n. 109), 988 s.

184 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 49. Cf. également l'art. 74 al. 4 pLRens proposé dans le projet du Conseil fédéral.

185 Art. 260^{sexies} pCP (cf. *infra* VII et VIII).

rée¹⁸⁶. La doctrine allemande précise que le membre doit se soumettre à la volonté de l'organisation, ce qui se matérialise par des actes concourant à la poursuite de ses buts¹⁸⁷. Ces actions ne doivent pas nécessairement constituer des actes illégaux. Leur nature importe peu en effet, dès lors qu'ils permettent d'atteindre les fins visées par l'organisation¹⁸⁸. En outre, une adhésion formelle n'est pas nécessaire¹⁸⁹. Le pur comportement passif n'est pas réprimé en droit allemand¹⁹⁰. En Suisse, dans la mesure où l'on exige un rapport entre l'activité du participant et le fait de servir le but de l'organisation, il s'ensuit également que le comportement passif n'est pas réprimé¹⁹¹. Cette question est revenue au grand jour dans le projet du Conseil fédéral évoqué ci-dessus, mais le gouvernement n'entend pas réprimer la simple appartenance¹⁹². Le Royaume-Uni est plus sévère à cet égard, puisque, au-delà de l'incrimination classique de la qualité de membre, le simple fait de déclarer faire partie d'une organisation interdite («[profess] to belong to a proscribed organisation») est réprimé (section 11 [1] TA 2000)¹⁹³. Enfin, en France, l'art. 421-2-1 CP-F n'envisage que l'hypothèse de la «participation»¹⁹⁴.

Outre cette variante, le *soutien* à l'organisation est expressément réprimé aussi en droits suisse et allemand (art. 129a al. 5 StGB-D). A l'inverse du membre ou du participant à l'organisation, celui qui la soutient n'en fait pas partie; il exerce donc son activité à l'extérieur de celle-ci¹⁹⁵. Le soutien consiste à favoriser le poten-

186 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 19 ss; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 27 ss; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 82; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 12 ss; *Arzt* (n. 87), art. 260^{ter} N 132 ss.

187 *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 83; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 18; *Maljević* (n. 166), 43; *Volk* (n. 160), 29.

188 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 19; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 28; *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 82; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 12; *Maljević* (n. 166), 43.

189 *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 18; *Volk* (n. 160), 29.

190 *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 85; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 18; *Volk* (n. 160), 29 s.; *Maljević* (n. 166), 43.

191 ATF 133 IV 58, c. 5.3.1; JdT 2007 IV 133; FF 1993 III 269, 293. Cf. également *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 21; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 30. Critiques à cet égard, cf. *Trechsel/Vest* (n. 133), art. 260^{ter} N 9.

192 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 40 s.

193 *Halsbury's Laws of England* (n. 111), N 441; *L. Levanon*, Criminal prohibitions on membership in terrorist organizations, *New Criminal Law Review* (Crim. L. R.), 2012, 224 ss; *C.P. Walker*, Terrorist offences: Terrorism Act 2000 s. 11(1) – belonging to proscribed organisation, *Criminal Law Review* (Crim. L. R.), 2005, 985 ss.

194 Cf. *Alix* (n. 52), N 259 et références citées.

195 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 22; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 31; *Engler*, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 13; *Volk* (n. 160), 30.

tiel criminel de l'organisation¹⁹⁶, sans que l'acte de soutien ne soit décisif pour ses activités et ses buts¹⁹⁷. Cela a pour conséquence que de simples manifestations de sympathie ou d'admiration ne suffisent pas à réaliser l'infraction¹⁹⁸. Néanmoins, le Tribunal fédéral a jugé que ce seuil était franchi et qu'on se trouvait en présence d'un acte de soutien à une organisation terroriste lors d'une mise à disposition de sites internet relayant de la propagande en faveur d'organisations terroristes et tendant également à la formation idéologique de potentiels adeptes¹⁹⁹. Il a également qualifié de soutien à une organisation, voire d'encouragement au terrorisme, le comportement d'un individu s'appêtant à prendre l'avion pour Istanbul pour combattre comme djihadiste²⁰⁰. Qui plus est, il n'est pas nécessaire de démontrer un rapport direct entre le soutien fourni et la commission d'une infraction déterminée²⁰¹, contrairement à ce que laisse sous-entendre le texte légal de l'art. 260^{ter} CP («[soutenir] [...] dans son *activité criminelle*») ²⁰². Concrètement, le soutien peut se matérialiser par la remise d'armes ou d'engins explosifs, une aide logistique à l'instar de la mise à disposition d'un véhicule, ainsi que l'administration de valeurs patrimoniales²⁰³. En effet, le soutien peut donc englober une activité qui, prise isolément, apparaît légale. En revanche, fournir des services de première nécessité, à savoir apporter de la nourriture ou des vêtements, n'est pas constitutif d'un acte de soutien, aussi bien en Suisse²⁰⁴ qu'en Allemagne²⁰⁵.

196 PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 31; Engler, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 13; Volk (n. 160), 30.

197 Engler, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 13; Arzt (n. 87), art. 260^{ter} N 221; Maljević (n. 166), 45 s.

198 ATF 132 IV 132, c. 4.1.4 = JdT 2007 IV 133.

199 Arrêts TF 6B_645/2007 et 6B/650_2007 du 2.5.2008, c. 7.3. Voir Ostendorf, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 20 sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand relative à des actes de propagande.

200 Arrêt TF 6B_948/2016 du 22.2.2017, confirmant l'arrêt TPF SK.2016.9 du 15.7.2016. Voir à cet égard: A. Eicker, Das Antreten eines Fluges nach Istanbul als strafbare Unterstützung oder Förderung des «Islamischen Staats»?; forumpoenale 5/2017, 351 ss; U. Cassani/S. Garibian/S. Gless/C. Sager/T. Wahl, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (SRIEL) 2017, 415, 432 s.

201 ATF 133 IV 58, c. 5.3.1; Engler, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 13; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 31. Il en va de même en droit allemand, cf. Volk (n. 160), 31.

202 Pour parer à toute confusion à cet égard et se conformer aux exigences du GAFI qui considère que le droit suisse présente une lacune mineure en laissant croire qu'un lien est exigé, l'adjectif «criminelle» figurant dans la disposition légale sera supprimé (Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme [n. 14], 38 s.).

203 Livet/Bonvin, CR CP II (n. 66), art. 260^{ter} N 22; PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 32; Engler, in: BSK StGB II (n. 66), art. 260^{ter} N 13; Maljević (n. 166), 45 s.

204 PC CP (n. 68), art. 260^{ter} N 34; Trechsel/Vest (n. 133), art. 260^{ter} N 10.

205 Ostendorf, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 22; Maljević (n. 166), 45 s.

Enfin, notons que le droit pénal allemand incrimine également la création d'une organisation terroriste²⁰⁶, variante qui tombe également sous le coup de l'art. 260^{ter} CP²⁰⁷.

VII. Recrutement, entraînement et voyage terroristes

1. Généralités

Derrière l'incrimination générique des comportements de recrutement, d'entraînement et de voyages en vue d'actes terroristes, le législateur entend répondre au phénomène des « combattants terroristes étrangers » radicalisés partis rejoindre des groupes terroristes à l'étranger et/ou commettre des attentats²⁰⁸. Les infractions visant ces comportements ont ainsi pour objectif de permettre au droit pénal d'intervenir très en amont dans le cheminement criminel (trop?²⁰⁹) afin de parer à toute radicalisation et, ultimement, à tout acte terroriste. En l'état actuel des choses, en Suisse comme ailleurs, ce type de comportement tombe généralement sous le coup des dispositions propres aux organisations terroristes précédemment étudiées, dans la mesure où il apparaît indubitablement comme une forme de soutien à leur égard. Ainsi, il n'existe pas d'homogénéité sur ce point au travers des législations nationales étudiées, contrairement à ce qui existe pour l'infraction de financement du terrorisme qui est un modèle en son genre. Cela s'explique aisément, car en effet chacun de ces comportements pourrait faire l'objet d'une incrimination spécifique. Il faut néanmoins constater que le droit international a récemment conduit les Etats à adopter des infractions spécifiques et, par voie de conséquence, à quelque peu harmoniser leur législation²¹⁰. Par exemple, la France a adopté l'art. 421-2-4 CP-F s'agissant du recrutement²¹¹, tandis que l'Allemagne a procédé à un remaniement de son art. 89a StGB-D en 2015 au sujet des voyages terroristes²¹². Quant à la Suisse, elle entend introduire un art. 260^{sexies} dans son Code

206 Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 77 ss; Ostendorf, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 17.

207 Del Ponte (n. 87), 245.

208 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif au Protocole additionnel (STCE 217), 22 mai 2015, 1 s., disponible sous <<https://rm.coe.int/168047c5ed>> (consulté le 27.9.2018).

209 Cf. J.-E. Gicquel (n. 92).

210 Cf. *supra* III/1 et III/2, en référence à la Résolution 2178 du Conseil de sécurité (n. 44) et au Protocole additionnel (STCE 217) du Conseil de l'Europe (n. 51).

211 M.-H. Gozzi, Sécurité et lutte contre le terrorisme: l'arsenal juridique encore renforcé, Recueil Dalloz 2013, 194 ss.

212 Zöllner GA 2/2016 (n. 121), 105.

pénal qui viserait dans une seule et même disposition ces trois comportements²¹³. Il s'agira dans ce chapitre de s'intéresser à ces infractions spécifiques.

Aussi bien sous l'angle de la *lex lata* que de la *lex ferenda* proposée par le Conseil fédéral, cette infraction est de nature formelle et une norme de mise en danger abstraite, protégeant la paix publique en première ligne²¹⁴.

2. Élément constitutif objectif: les comportements typiques

a) Le recrutement

Incriminé par le Conseil de l'Europe²¹⁵, le *recrutement* terroriste peut se définir comme un comportement actif ayant pour but d'amener un tiers à concourir à un acte terroriste, sans qu'il soit nécessaire que ses contours soient perceptibles pour le recruté à ce stade²¹⁶. Le recrutement peut se faire aussi bien directement, de vive voix par le biais de contacts personnels, qu'indirectement via internet²¹⁷.

En droit suisse, le recrutement terroriste ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique. Il est néanmoins punissable par l'intermédiaire des articles 260^{ter} CP et 2 LAQEI, pour autant que l'on se trouve dans leur champ d'application, c'est-à-dire en présence d'une organisation terroriste²¹⁸. Il en va différemment en droit allemand, où le recrutement de membres ou de soutien est spécifiquement appréhendé dans le cadre de l'organisation terroriste (art. 129a al. 2a StGB-D)²¹⁹. En droit français, l'art. 421-2-4 CP-F envisage le recrutement aussi bien au travers de l'organisation qu'en dehors. En effet, l'acte de recrutement doit viser à conduire la cible à participer à une organisation terroriste ou simplement à commettre un acte de

213 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 46 ss.

214 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 17 et 47; Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129a N 1 (par renvoi).

215 Art. 6 Convention du Conseil de l'Europe 2005 (STCE 196) (n. 48), ainsi que le Rapport explicatif y relatif, N 107 ss, disponible sous <<https://rm.coe.int/168048392a>> (consulté le 27.9.2018).

216 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 13 ss et 47 s.

217 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 47; Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe 2005 (n. 215), N 106 ss.

218 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 13 et 48; cf. *supra* VI/2/a.

219 Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 93 ss (par renvoi); Ostendorf, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 19. Pour une distinction entre recrutement et soutien en droit allemand, cf. T. Gut, Promoting a terrorist organisation: support versus recruitment of members or supporters, *Journal of Criminal Law* 71/2007, 491 ss.

terrorisme²²⁰. Néanmoins, il se montre plus exigeant que le droit allemand en ce que la seule sollicitation ne suffit pas; encore faut-il que le recruteur ait agi en proposant des avantages ou en menaçant la cible²²¹. Enfin, le Royaume-Uni ne connaît pas, comme la Suisse, d'incrimination propre au recrutement. Toutefois, un tel comportement serait en revanche qualifié de «préparation à des actes terroristes» et tomberait ainsi sous le coup du s. 5 TA 2006²²². Il est également à noter qu'il n'est pas nécessaire en droit anglais que l'acte intervienne sous l'égide d'une organisation (cf. s. 5 TA 2006 a contrario).

Le Conseil fédéral propose l'adoption d'une norme qui érigerait en infraction propre le fait de «recruter une personne afin qu'elle commette un acte terroriste ou y participe» (art. 260^{sexies} al. 1 lit. a pCP). Il s'ensuit que l'acte de recrutement n'aurait pas à intervenir au sein d'une organisation terroriste²²³. De nature formelle, l'infraction n'exigerait pas que le recruteur parvienne à ses fins. En effet, il suffirait qu'il approche le destinataire et qu'il ait déployé le nécessaire pour faire du recrutement un succès en rendant claires ses intentions²²⁴. A l'inverse du droit français, le seul fait de solliciter le tiers consommerait ainsi l'infraction²²⁵. Ainsi, il ne serait pas nécessaire que le recruté devienne par la suite membre d'une organisation terroriste, pas même qu'il entreprenne des préparatifs en vue de la commission d'un attentat²²⁶.

En dernier lieu, relevons que les droits considérés n'érigent pas en infraction propre le fait de se laisser recruter (recrutement passif), pour autant que la personne ne prenne pas des mesures d'organisation concrètes visant à organiser elle-même l'infraction ou à rejoindre une organisation terroriste. Pour le droit suisse, le Conseil fédéral l'a expressément exclu dans son projet²²⁷.

220 *Alix* (n. 164), N 41, 63 et 97; *Mayaud* (n. 7), N 83; *Assemblée nationale de la République française*, Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme. Etude d'impact, disponible sous <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl4497-ei.asp>> (consulté le 27.9.2018).

221 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 14; *Institut suisse de droit comparé*, Strafbarkeit der Rekrutierung und Ausbildung von Terroristen. Dänemark, Deutschland, Frankreich, Italien, und Österreich, E-Avis ISDC 2017-02, disponible sous <<https://www.isdc.ch/media/1344/e-2017-02-15-156-strafbarkeit-publication.pdf>> (consulté le 27.9.2018).

222 *Galli* (n. 113), 82. Voir aussi Halsbury's Laws of England (n. 111), N 449.

223 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 47.

224 *Schäfer*, in: MüKo StGB (n. 133), art. 129 N 100; Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe 2005 (n. 215), N 109.

225 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 13 s.

226 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 47.

227 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 48.

b) L'entraînement

S'agissant de l'*entraînement*, il s'envisage dans tous les droits considérés comme la transmission à un tiers d'un savoir-faire en relation à la fabrication ou au maniement d'armes à feu, d'explosifs et de substances nocives ou dangereuses, avec pour but de commettre ou de contribuer à la commission d'une infraction terroriste²²⁸.

Le Royaume-Uni criminalise expressément ce comportement par le biais des art. 6 TA 2006 (entraînement au terrorisme) et 54 TA 2000 (entraînement aux armes)²²⁹, cela toujours en dehors d'un cadre organisationnel. En France, l'entraînement pour le terrorisme est appréhendé par l'application des dispositions relatives à l'incrimination d'association de malfaiteurs terroristes (art. 421-2-1 CP-F), ainsi que par l'art. 421-2-6 CP-F qui vise quiconque, individuellement, s'entraîne ou se forme, notamment, au maniement des armes et à la fabrication de substances explosives²³⁰.

En droit allemand, il n'existe pas d'incrimination propre à cet égard. Il faut en effet recourir à des dispositions de portée plus générale, soit les articles 87 (espionnage à des fins de sabotage), 89a (préparation d'acte de mise en danger grave) et l'art. 91 (instruction quant à la façon de commettre un acte de mise en danger) StGB-D²³¹. La situation est identique en droit positif suisse. En effet, l'entraînement peut tomber sous le coup des art. 260^{ter} CP et 2 LAQEI s'il est rattaché à l'organisation terroriste²³². Au-delà, il existe une lacune de punissabilité, quand bien même il est envisageable de faire appel aux règles générales sur l'instigation et la complicité²³³. Néanmoins, et ce pour permettre aux autorités d'intervenir en amont, le Conseil fédéral préconise l'adoption de l'art. 260^{sexies} pCP qui incriminerait l'entraînement terroriste, indépendamment d'une organisation concrète. Cette disposition incriminerait ainsi quiconque «se fait fournir ou fournit des indications en vue de la fabrication ou de l'utilisation d'armes, d'explosifs, de matériaux radioactifs, de gaz toxiques ou d'autres dispositifs ou substances dangereuses dans la perspective de commettre un [acte terroriste] ou d'y participer» (art. 260^{sexies} al. 1 lit. b pCP).

228 Art. 7 Convention du Conseil de l'Europe 2005 (STCE 196) (n. 48) et le Rapport explicatif y relatif (n. 215), N 114 ss. Cf. également art. 3 du Protocole de 2015 à la Convention (STCE 217) (n. 51) et le Rapport explicatif y relatif (n. 208), N 38 ss.

229 Halsbury's Laws of England (n. 111), N 444 s. et 449; *Galli* (n. 113), 82.

230 *Mayaud* (n. 7), N 83; *Alix* (n. 164), N 81 et 143. Cf. la décision de la Cour de cassation du 25.1.2017 sur la constitutionnalité de cette disposition (n. 106).

231 Avis de droit de l'ISDC (n. 221), 25 ss.

232 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 16; cf. *supra* VI/2/a.

233 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 16 s.

c) Le voyage

Enfin, les quatre droits considérés répriment le fait d'entreprendre un *voyage* à l'étranger avec des aspirations terroristes. Défini comme le fait de se rendre «vers un Etat, qui n'est pas celui de nationalité ou de résidence du voyageur, afin de commettre, de contribuer ou de participer à une infraction terroriste, ou afin de dispenser ou de recevoir un entraînement pour le terrorisme»²³⁴, le voyage terroriste est réprimé spécifiquement en droit allemand par l'intermédiaire de l'art. 89a al. 2a StGB-D. La norme s'applique indépendamment du moyen de transport²³⁵. En droit français, la Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte sur le terrorisme fonde l'interdiction de sortie du territoire (cf. art. L-224-1 du Code de la sécurité intérieure), aux côtés de l'art. 421-2-6 CP-F qui incrimine le fait d'avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes²³⁶.

Le droit anglais lui, ne dispose pas d'infraction propre à cet égard et il faut, là également, faire appel aux dispositions générales, en particulier au s. 5 TA 2006. Le droit suisse non plus ne dispose pas d'infraction propre à cet égard. Le voyage terroriste y est réprimé par l'intermédiaire des articles 2 LAQEI et 260^{ter} CP, comme l'a démontré la condamnation confirmée par le Tribunal fédéral, d'un homme arrêté à l'aéroport de Zurich sur le point de se rendre en Turquie²³⁷. Le Ministère public de la Confédération a, du reste, ouvert de nombreuses procédures pénales sur la base de la LAQEI pour des voyageurs terroristes²³⁸. A certains égards, ce comportement pourrait également être appréhendé par l'art. 94 du Code pénal militaire (CPM)²³⁹, quand bien même son champ d'application reste limité²⁴⁰.

Le projet prévoit d'incriminer le fait d'entreprendre «un voyage à l'étranger ou depuis l'étranger dans le dessein de commettre un [acte terroriste], d'y participer ou de suivre un entraînement dans ce but» (art. 260^{sexies} al. 1 lit. c pCP). L'infraction serait consommée dès le moment où le voyageur prend le chemin de sa

234 Art. 4 du Protocole de 2015 à la Convention du Conseil de l'Europe 2005 (STCE 217) (n. 51) et le Rapport explicatif y relatif (n. 208), N 43.

235 Schäfer, in: MüKo StGB (n. 133), art. 89a N 53 ss; Zöller GA 2/2016 (n. 121), 105. Cf. également, très critique à l'égard de cette disposition, Paeffgen, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 89a N 54 ss et références citées.

236 Mayaud (n. 7), N 97.

237 Arrêt TF 6B_948/2016 du 22.2.2017. Notons que notre Haute Cour fait prévaloir l'art. 2 LAQEI sur l'art. 260^{ter} CP, notamment en raison de la publicité déployée par l'auteur autour de son voyage; A. Eicker (n. 200); U. Cassani/S. Garibian/S. Gless/C. Sager/T. Wahl (n. 200).

238 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 30. RS 321.0.

240 Cf. à cet égard R. Widmer/A. Stähli, Der Eintritt in fremden Militärdienst gemäss Art. 94 MStG, Sécurité&Droit 3/2016, 166 ss. Voir également A. Giger/S. Hangartner, Zehntes Zürcher Präventionsforum, Sécurité&Droit 2/2017, 121, 122 s.; Leu/Parvex (n. 79), 766.

destination, sans forcément y parvenir²⁴¹. En outre, avec cette disposition, le Conseil fédéral souhaite instaurer une norme qui ne nécessitera plus, comme sous l'empire de la LAQEI actuelle, de se limiter aux seuls groupes Al-Qaïda ou Etat islamique, ou à de tierces organisations répertoriées²⁴². D'une portée générale, la norme améliorerait donc la sécurité et la prévisibilité du droit pénal.

VIII. Incitation et apologie terroristes, ainsi que la sympathie pour le terrorisme

1. Généralités

L'ampleur prise par les «combattants terroristes étrangers» précédemment évoqués a également permis aux autorités de prendre conscience que le phénomène de radicalisation passait par le biais d'internet²⁴³, d'où est apparue dans certaines législations l'idée d'ériger spécifiquement en infraction la provocation au terrorisme et son apologie.

Ces comportements mettent en évidence, à certains égards, les limites de la liberté d'opinion et d'expression. A ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'examiner la question, notamment, sous l'angle de l'art. 10 CEDH²⁴⁴. La liberté d'expression caractérise l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Sous réserve de l'art. 10 § 2 CEDH, elle vaut non seulement pour les idées accueillies avec faveur, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent²⁴⁵. Dans la mesure où la propagande d'idées n'implique pas la négation de valeurs fondamentales de la convention (contrairement à l'incitation au racisme, à l'antisémitisme, au négationnisme de l'Holocauste ou à l'islamophobie), la protection demeure garantie. A l'aune de l'art. 10 § 2 CEDH, les Etats peuvent toutefois édicter des restrictions et réprimer certains comportements excessifs. Ainsi, la Cour européenne a-t-elle admis que, en matière de terrorisme, les termes choisis, les expressions données qui permettraient de comprendre que l'intéressé cautionne la violence perpétrée à l'encontre de personnes victimes du terrorisme, portant atteinte à la dignité de celles-ci, peuvent être à bon droit et dans l'esprit de la Convention réprimés par le droit pénal national²⁴⁶.

241 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 48.

242 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 48.

243 Cf. premier rapport TETRA (n. 1), 10 s.

244 RS 0.101.

245 Arrêt CourEDH, affaire Döner et autres c. Turquie du 7.3.2007, requête n° 29994/02, § 98. Cf. également arrêt CEDH, affaire Zana c. Turquie du 29.11.2007, requête n° 69/1996/688/880, §§ 51 ss.

246 Arrêt CourEDH, affaire Leroy c. France du 2.12.2008, requête n° 36109/03, § 43 et 55 ss.

De fait, les incriminations relatives à toute forme d'apologie, d'incitation ou de glorification du terrorisme ont pour but de parer à toute forme de *radicalisation*. Comme déjà souligné dans le chapitre précédent, la matière est là aussi réglementée de manière disparate par les diverses législations nationales, quand bien même les instruments internationaux jouent un rôle accru en matière d'incitation à l'adoption de dispositions pénales spécifiques.

2. Élément constitutif objectif: les comportements typiques

a) L'incitation

L'*incitation* au terrorisme, que le Conseil de l'Europe nomme comme étant «la provocation publique à commettre une infraction terroriste», est le fait de procéder à «la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infraction terroriste, crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises»²⁴⁷.

Le droit français réprime depuis fort longtemps un tel comportement. En effet, la Loi de 1881 sur la liberté de la presse en faisait, déjà, une infraction. Depuis 2014 et cela à des fins processuelles²⁴⁸, elle a été déplacée dans le Code pénal, lequel criminalise désormais «le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme» (art. 421-2-5 CP-F); est visée ici la propagande terroriste. Initialement prévue, la condition de publicité a disparu et n'est plus nécessaire²⁴⁹. Il s'ensuit qu'aussi bien la provocation publique que privée sont réprimées. Dès lors, l'infraction s'applique également lors de prêches formulées dans un lieu qui n'est pas accessible au public ou sur des forums internet privés dont l'accès est réservé²⁵⁰. Au Royaume-Uni, la question fait également l'objet d'une réponse spécifique²⁵¹. D'une part, les s. 59-61

247 Art. 6 Convention du Conseil de l'Europe 2005 (STCE 196) (n. 48), ainsi que le Rapport explicatif y relatif, N 86 ss, disponible sous <<https://rm.coe.int/168048392a>> (consulté le 27.9.2018).

248 E. Dreyer, Apologie publique de certaines infractions, Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale 2017, N 71; Alix (n. 164), N 97 ss. Voir également J.-H. Robert, La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie, Jurisclasseur Pénal 2015, Fascicule 92; C. Godeberge/E. Daoud, La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et apologie de ces actes, AJP 2014, 563 ss.

249 Dreyer (n. 248), N 72; Robert, (n. 248), N 3.

250 Dreyer (n. 248), N 72; Alix (n. 164), N 97 ss; Robert (n. 248), N 3 et 8.

251 E. Rediker, The Incitement of Terrorism on the Internet: Legal Standards, Enforcement, and the Role of the European Union, Michigan Journal of International Law 2/2015, vol. 36, 321, 340 s.

TA 2000 prohibent l'incitation à la commission d'un acte de terrorisme. L'acte doit être commis au Royaume-Uni, sans qu'il ne soit nécessaire que le destinataire visé se trouve sur le territoire ou à l'étranger²⁵². D'autre part, plus spécifiquement, la disposition topique est le s. 1 TA 2006, laquelle érige en infraction «l'encouragement au terrorisme». Là aussi, la condition de la publicité est nécessaire²⁵³. Quant au droit allemand, il n'existe pas de disposition propre à la question pour le terrorisme²⁵⁴. Néanmoins, son incitation est assurément appréhendée par l'art. 86 StGB-D visant la propagande d'organisations interdites ou anticonstitutionnelles²⁵⁵, quand bien même les organisations terroristes ne sont pas *ex lege* appréhendées par cette disposition. Ensuite, l'art. 111 StGB-D (incitation à la violence), ainsi que sous certaines conditions par les articles 91 et 130a StGB-D, voire par l'art. 129a StGB-D avec la variante du *soutien* à l'organisation terroriste.

En droit suisse, la matière demeure imprécise, car il n'y a pas de norme spécifique à «l'incitation» au terrorisme. En effet, la seule norme appréhendant spécifiquement l'incitation au terrorisme est l'art. 2 LAQEI, cela par le biais de la variante de *l'encouragement* aux activités terroristes du groupe incriminé par dite loi²⁵⁶. De façon plus générale, l'art. 259 CP incrimine la provocation au crime ou à la violence mais, contrairement au droit français, il y figure une exigence de *publicité*²⁵⁷. En outre, compte tenu du fait que l'incitation au terrorisme se matérialise souvent par la diffusion d'actes de violence, l'art. 135 CP (représentation de la violence) peut entrer en jeu. Au-delà de ces dispositions de nature générale et de la LAQEI à la durée de vie limitée, il n'y a pas de norme propre au terrorisme et le Conseil fédéral a renoncé ne pas vouloir en adopter une, notamment pour des motifs tenant à la prévention²⁵⁸. Il est certes imaginable que l'incitation au terrorisme soit constitutive d'un acte de *soutien* à l'organisation terroriste tombant sous le coup de l'art. 260^{ter} CP mais cela requiert, comme pour la LAQEI, que l'incitation fasse d'une manière ou d'une autre référence à une organisation²⁵⁹. Ainsi, il a été jugé par le Tribunal pénal fédéral que les messages sur internet encourageant le «djidhad»

252 Galli (n. 113), 75.

253 A. Hung, Criminal prohibitions on direct and indirect encouragement of terrorism, *Criminal Law Review* (Crim. L. R.), 2007, 441, 443 s.

254 Rediker (n. 251), 341 s.

255 Tel est par exemple le cas de l'Etat islamique. Voir à ce sujet la publication des organisations interdites sur le site de l'Office fédéral allemand de protection de la constitution sous <<https://www.verfassungsschutz.de/de/arbeitsfelder/af-islamismus-und-islamistischer-terrorismus/verbotene-organisationen-islamismus>> (consulté le 27.9.2018).

256 Cf. *Leu/Parvex* (n. 79).

257 *Livet/Bonvin*, CR CP II (n. 66), art. 259 N 4; PC CP (n. 68), art. 259 N 6; *Fiolka*, in: BSK StGB II (n. 66), Vor. art. 258 N 5 ss. Cf. également art. 74 al. 4 LRens qui peut entrer en jeu.

258 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 73. Cf. néanmoins initiative parlementaire 15.407 (n. 70) et *supra* IV/2.

259 Cf. *Leu/Parvex* (n. 79) et *supra* VI/2/a.

contre des objectifs américains ou européens et offrant aux utilisateurs des chat-rooms destinés à ces sujets constituent un acte de soutien à l'organisation terroriste Al-Qaïda et ses sous-organisations²⁶⁰. Dans une autre jurisprudence, la cour de Belinzone, dont le raisonnement a été confirmé par le Tribunal fédéral, a considéré que l'organisation d'actions de propagande destinées à soutenir des actes terroristes perpétrés par des organisations terroristes tombe sous le coup de l'art. 260^{ter} ch. 1 al. 2 CP, lequel absorbe les articles 259 et 135 CP²⁶¹.

b) L'apologie

On parle d'*apologie* en présence de propos démontrant l'approbation, l'éloge ou la justification par son auteur d'un acte susceptible de recevoir une qualification pénale ou de celui qui l'a commis²⁶². En outre, l'apologie peut également résulter de propos rabaisant les victimes²⁶³.

En droit anglais, l'apologie du terrorisme est réprimée spécifiquement par le s. 1 TA 2006 où figure une exigence de publicité²⁶⁴. Le Code pénal allemand appréhende l'apologie du terrorisme par le biais de l'art. 129a StGB-D, lorsque ces conditions d'application sont réalisées. Tel n'est pas le cas, selon la jurisprudence, lorsqu'une personne publie un lien sur un forum permettant de visionner une vidéo du groupe Al-Qaïda montrant une décapitation²⁶⁵. La seule disposition propre à l'apologie dans le Code pénal allemand vise expressément, non pas le terrorisme, mais le régime nazi, avec, comme en droit britannique, l'exigence de publicité²⁶⁶. En France, l'art. 421-2-5 CP-F punit quiconque fait «publiquement l'apologie [d'actes de terrorisme]» aux côtés de l'art. 421-2-5-1 CP-F qui réprime «le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme». Relativement au caractère public des propos, la Cour de cassation a jugé que l'infraction d'apologie du terrorisme était constituée «lorsque les propos qu'[elle] incrimine ont été prononcés publiquement, c'est-à-dire tenus à

260 Arrêt TPF SK.2007.4 du 21. 6. 2008.

261 Arrêt TPF SK.2013.39 des 2. 5. 2014 et 22. 7. 2014, confirmés par le Tribunal fédéral dans ses arrêts TF 6B_57/2015 et 6B_81/2015 du 27. 1. 2016 (consid 2.2.3 et 3.2.4).

262 Dreyer (n. 248), N 8; Robert (n. 248), N 10 ss.

263 *P. de Combles de Nayves*, Les restrictions judiciaires à la libre communication en matière terroriste, Gazette du Palais 24. 2. 2015, n° 55, 16. Cf. également *S. Lavric*, Pancarte affichant «je suis Charlie» et «je suis Kouachi»: apologie d'actes de terrorisme, Actualité Dalloz, Crim. 18 mai 2017.

264 *Galli* (n. 113), 75 ss; Halsbury's Laws of England (n. 111), N 454.

265 Unterstützung einer Terrorgruppe durch Verbreitung eines Videos, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) Spezial, 2013, 124.

266 *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar StGB (n. 131), art. 129 N 1 ss; Rapport sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 65.

haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de les rendre publics»²⁶⁷. En outre, la Haute Cour française a également jugé qu'un prévenu exhibant une pancarte sur laquelle était écrite, d'un côté, «je suis humain – je suis Charlie» et, de l'autre, «je suis la vie – je suis Kouachi» «avait manifesté une égale considération pour des victimes d'actes de terrorisme et l'un de leurs auteurs à qui il s'identifiait», réalisant ainsi l'infraction²⁶⁸.

En droit suisse, l'apologie est réprimée par l'art. 2 LAQEI, là encore par la variante de la *propagande*²⁶⁹. Récemment, le Ministère public de la Confédération a mis en accusation trois personnes du Conseil central islamique suisse (CCIS) pour avoir réalisé en Syrie des films avec un dirigeant d'Al-Qaïda qui ont ultérieurement été publiés sur YouTube. L'autorité de poursuite pénale fédérale a considéré que, par ce biais, les cadres du CCIS ont offert «une plateforme de premier plan, multilingue et multimédia pour présenter et propager avantageusement [le dirigeant d'Al-Qaïda] et l'idéologie de l'organisation terroriste Al-Qaïda», ce qui renforce cette dernière «sur le plan mondial dans son pouvoir d'attraction sur des membres existants ou potentiels» et l'encourage, de ce fait, «dans le développement de ses activités criminelles»²⁷⁰. Dans son jugement du mois de mai 2018, le Tribunal pénal fédéral a acquitté deux des protagonistes, dont Nicolas Blancho, tout en condamnant le dernier prévenu, auteur de l'interview avec ledit dirigeant controversé²⁷¹.

De plus, l'art. 260^{ter} CP appréhende l'apologie du terrorisme, en ce qu'elle accroît le pouvoir d'attraction des organisations terroristes et la renforce intrinsèquement²⁷². Ainsi, l'exploitation d'un forum de discussions sur internet, comprenant des messages de revendication de prises d'otage, d'attentats ou de menaces semblables, de liens d'appartenance à Al-Qaïda, de messages islamistes radicaux, d'images de torture et de mise à mort d'êtres humains, techniques de combat, de confection d'explosifs, de vidéos d'exécution, de messages d'incitation à la violence

267 S. Lavric, Apologie du terrorisme: condition tenant à la publicité des propos, Actualité Dalloz, Crim. 18 juillet 2017.

268 Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 25.4.2017, pourvoi n° 16-83331; Lavric (n. 263).

269 Sur la propagande dans les droits étrangers, cf. *supra* VIII/2/a.

270 Ministère public de la Confédération, Mise en accusation par le Ministère public de la Confédération de trois membres du Comité du Conseil central islamique suisse (CCIS), 21.9.2017, disponible sous <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msgrd-68176.html>> (consulté le 27.9.2018).

271 La motivation du jugement du Tribunal pénal fédéral (SK.2017.49 du 16.6.2018) n'a pas encore fait l'objet d'une publication au moment de la rédaction de la présente contribution. Il ne nous est donc pas possible de commenter cette décision qui devrait fournir d'importantes clarifications sur la manière d'appréhender, comprendre et appliquer l'art. 2 LAQEI.

272 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 73; Leu/Parvex (n. 79).

proférés par des représentants de l'islamisme radical est réprimée²⁷³. Pour le Tribunal pénal fédéral, dans la mesure où un site ne se limite pas à des informations d'intérêt général mais sert à diffuser des messages porteurs de violence propres à servir le mécanisme d'intimidation mis en place par des groupements terroristes, l'activité tombe sous le coup de l'art. 260^{ter} CP²⁷⁴. En dernier lieu, mentionnons que l'apologie peut s'appréhender comme un soutien à une organisation terroriste (art. 260^{ter} CP)²⁷⁵, voire tomber sous le coup des art. 261^{bis} CP²⁷⁶ ou 135 CP²⁷⁷. Dans une procédure simplifiée avalisée par le Tribunal pénal fédéral, il a été retenu qu'échanger des messages via WhatsApp, Telegram et Facebook Messenger aux fins de propagande, de prosélytisme de l'islam radical et du djihad armé en référence au groupe Jabhat al-Nusra était réprimé par l'art. 2 LAQEI²⁷⁸.

c) La sympathie

Le fait de partager en son for intérieur les idées d'une organisation relève de la liberté d'expression, laquelle comprend notamment la «liberté d'accéder» à des contenus²⁷⁹. Cela n'est pas punissable, non seulement pour des motifs tenant aux difficultés en relation à l'instruction mais aussi pour des raisons relevant de la précision de la base légale et de la proportionnalité²⁸⁰. Ainsi, en droit suisse, tant qu'il n'y a pas d'exploitation, la consultation d'un site internet dont le contenu fait l'apologie de la cause terroriste n'est pas en soi punissable²⁸¹. On relèvera que cette solution diverge de celle en relation avec la consultation, sur internet, des sites de pornographie dure, réprimée en droit suisse (art. 197 ch. 5 CP). Il en va de même en droit allemand. La simple référence à une organisation terroriste, ses symboles ou ses activités, cela même dans le seul but de provoquer la société civile, n'est pas réprimée, sauf si ladite mention est objectivement de nature à provoquer chez le destinataire du message la décision de rejoindre une organisation terroriste ou de la soutenir²⁸². Toutefois, des démonstrations publiques de sympathie à l'égard du régime nazi qui tendent à l'approuver, le glorifier ou le justifier sont punissables

273 Arrêts TF 6B_645/2007 et 6B/650_2007 du 2.5.2008.

274 Arrêt TPF SK.2007.4 du 21.6.2008, c. 4.2.4, confirmé par les arrêts TF 6B_45/2007 et 6B_650/2007 du 2.5.2008, c. 7.2 et 7.3.

275 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 73; *Leu/Parvex* (n. 79).

276 *Leu/Parvex* (n. 79), 755.

277 Arrêts TF 6B_645/2007 et 6B/650_2007 du 2.5.2008.

278 Arrêt TPF SK.2017.39 du 18.8.2017.

279 Arrêt du Conseil constitutionnel français n° 2016-611 QPC du 10.2.2017.

280 Message sur la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme (n. 14), 41.

281 Arrêts TF 6B_645/2007 et 6B/650_2007 du 2.5.2008; arrêt TPF SK.2013.39 des 2.5.2014 et 22.7.2014, consid. 1.2.5; *Leu/Parvex* (n. 79), 762.

282 *Schäfer*, in: *MüKo StGB* (n. 133), art. 129 N 93 ss; *Maljević* (n. 166), 45.

(art. 130 al. 4 StGB-D). En droit anglais, il n'y a pas non plus de répression de la sympathie, où l'on exige, à tout le moins, un encouragement direct ou indirect au passage à l'acte (art. 2 TA 2006)²⁸³. La solution retenue par le législateur français diverge de celle retenue dans les autres législations, puisqu'il incrimine «le fait de consulter habituellement [...] des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes» (art. 421-2-5-2 CP-F)²⁸⁴.

On rappellera qu'en 2009 le législateur suisse avait envisagé l'introduction d'un nouvel article 261^{ter} CP réprimant l'utilisation de symboles racistes, notamment nazis, tels que drapeaux, insignes, slogans, formes de salut ou encore objets représentant ou contenant de tels symboles²⁸⁵. Finalement, ce projet a été abandonné par le Conseil fédéral. Dans ce contexte, l'affichage, en public, de drapeaux ou d'uniformes à l'effigie de mouvements terroristes est-il punissable? Selon les droits considérés, la présentation doit être «publique»²⁸⁶. En droit suisse, celui qui conserve, à son domicile privé, un drapeau ou tout symbole en faveur de la cause terroriste n'est pas punissable, sous réserve, selon les circonstances, de faits relevant de l'organisation criminelle secrète au sens de l'art. 260^{ter} CP²⁸⁷.

IX. Conclusion

Ce tour d'horizon législatif comparé a permis de rendre compte que le législateur national aborde le terrorisme de façon très empirique. En effet, chaque pays concerné légifère en fonction de sa propre perception politique et émotionnelle du terrorisme, en fonction le plus souvent d'évènements qui le conduisent à agir²⁸⁸.

En dépit de légères variations rédactionnelles, lesquelles sont la conséquence des formules législatives propres à chaque Etat, tous les droits envisagés dans cette

283 *Galli* (n. 113), 75 ss.

284 Cf. néanmoins arrêt du Conseil constitutionnel français n° 2016-611 QPC du 10. 2. 2017.

285 Rapport et avant-projet relatifs à la modification du Code pénal et du Code pénal militaire concernant les symboles racistes, juin 2009, disponible sous <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/rassistischesymbole/vn-ber-f.pdf>> (consulté le 27. 9. 2018).

286 Cf. la partie consacrée à l'apologie (*supra* VIII/2/b) et également s. 14 TA 2000 pour le droit britannique, infraction caractérisée par le seul fait de porter un vêtement d'une organisation classée comme terroriste (arrêt High Court of Judiciary, Rankin v. Murray, 2004, SLT 1164).

287 Cf. notamment la controverse ayant entouré l' élu UDC valaisan Oskar Freysinger qui détenait chez lui un drapeau néonazi: *M. Parvex*, Le drapeau néonazi d'Oskar Freysinger, in: *Les Temps*, 26. 3. 2013.

288 *M. A. Zöller*, StV 6/2012 (n. 121), 364; *G. Carcassonne*, Penser la loi, Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques 2005, n° 114, N 39 s.

étude incriminent les comportements détaillés ci-avant. Chacun le fait à sa manière, tantôt par le biais d'infraction propre, tantôt par des infractions de portée générale. Néanmoins, cet aperçu comparatif permet de constater que, aujourd'hui et de plus en plus, les instruments du droit international se font exigeants et cela s'en ressent au sein des droits nationaux, comme l'a montré l'incrimination du financement du terrorisme. En effet, ses fondations sont à chercher dans le droit international élaboré suite au *nine eleven*, à la suite de quoi cette infraction a surgi partout et, aujourd'hui, tous les droits examinés la connaissent dans leur législation pénale. Le droit international fonde ainsi de véritables *obligations d'incriminer*, amenant le législateur national à ne plus se contenter de dispositions générales mais à élaborer des infractions autonomes.

En guise de conclusion, notons que la multiplication de nombreuses et nouvelles infractions pose la question de savoir si, véritablement, ces incriminations sont nécessaires et répondent à une réelle nécessité dans la poursuite et la répression ou si, au contraire, elles jouent plutôt un rôle symbolique²⁸⁹. En dernier lieu, leur apparition doit conduire tout un chacun à s'interroger sur le rôle du droit pénal. Essentiellement dévolu à la répression, celui-ci est de plus en plus envisagé comme un moyen de prévention, conduisant le droit pénal du terrorisme à la frontière du droit administratif, dont les limites deviennent de plus en plus floues avec les mesures «policières préventives», mais non pénales, en matière de terrorisme²⁹⁰. En effet, derrière les incriminations nouvelles est traduite la volonté du législateur de permettre aux autorités de poursuite d'intervenir très tôt dans le processus intellectuel criminel. Avant tout celui des actes, le droit pénal n'est-il pas en train de muer aujourd'hui, afin de répondre aux aspirations sécuritaires des politiques, lesquelles sont désormais légions?

289 Cf. Zöller GA 2/2016 (n. 121), 105.

290 Cf. n. 5.