

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Konrad Jeker

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 82

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 119

Markus J. Meier/Jasmin Hashemi: Stealthing – Muss strafbar sein, was verwerflich ist? 119

Yvonne Thomet: Strafverteidigung in den Schranken von Gesetz und Standesregeln 125

Martin Reimann: Korruptionsrisiken bei der Vergabe von Sportgrossanlässen – Art. 322^{novies} StGB auf dem Prüfstand 129

Fiona Leu/Benjamin Stückelberger: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B_1188/2018 vom 26.9.2019 zur Verwertbarkeit von durch Private illegal erlangten Beweismitteln im Strafverfahren 136

Kastriot Lubishtani: Terrorisme et droit pénal des mineurs: une équation complexe valant le détour par Winterthour – Résumé et analyse critique des jugements DJ1800005-K et DJ1800006-K du 26 février 2019 rendus par le Tribunal des mineurs de Winterthour 141

Maria Ludwiczak Glassey: Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels: l'obstacle de la double incrimination – Remarques à propos de l'ATF 145 IV 294 149

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 155



IMPRESSUM

13. Jahrgang – Année – Anno; April – Avril – Aprile 2020

Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno

Zitervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –
FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina

ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber Éditeurs Editori	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch PD Dr. Roy Garré, Bundesstrafgericht, E-Mail: roy.garre@bstger.ch Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, LL.M., RA, Universität Zürich, E-Mail: gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch lic. iur. M.B.L.-HSG Konrad Jeker, Fachanwalt SAV Strafrecht, Gressly Rechtsanwälte, E-Mail: jeker@gressly-rechtsanwaelte.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch
Ständige Mitarbeiter Collaborateurs permanents Collaboratori permanenti	Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt, Zürich Prof. Dr. iur. Frank Meyer, LL.M., Universität Zürich
Schriftleitung Direction de revue Direzione della rivista	Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Sean Heneghan, Elif Haskaya, Fabienne Maurer
Regeste Résumé Regesto	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LT Lawtank, Sprach- und Rechtsdienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 2654, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
Aufsätze Articles Articoli	Die Rubrik Aufsätze wird durch Gunhild Godenzi betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Gunhild Godenzi. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrica Articoli è curata da Gunhild Godenzi. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.
Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbrei- tung 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. 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 égale- ment pour les décisions judiciaires et les registres 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. L'accettazione di contributi avviene alla condizione che il diritto esclusivo di riproduzione e distribuzione sia trasferito a Stämpfli Verlag AG. Tutti i contributi pubblicati nella presente rivista sono protetti dal diritto d'autore. Questo vale anche per le decisioni giudiziarie e i registri redatti dalla redazione o dagli editori. Nessuna parte della presente rivista può essere riprodotta, al di fuori dei limiti della legge sul diritto d'autore, in qualsiasi forma, ivi comprese tutte le procedure tecniche e digitali, senza l'autorizza- zione scritta della casa editrice.
Inserate Annonces Inserti	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnement Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 359.– (Print und Online), CHF 310.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 60.– (exkl. Porto); Europa – Europe – Europa: CHF 368.– (Print und Online) Ausland übrige Länder – Etranger d'autres pays – Estero altri paesi: CHF 404.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt. 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.



Kastriot Lubishtani, Lausanne

Terrorisme et droit pénal des mineurs : une équation complexe valant le détour par Winterthour

Résumé et analyse critique des jugements DJ1800005-K et DJ1800006-K du 26 février 2019 rendus par le Tribunal des mineurs de Winterthour

Table des matières :

- I. Introduction
- II. Résumé des jugements
 - 1. En fait
 - 2. En droit : extrait des considérants
 - a) Droit applicable
 - b) Éléments constitutifs de l'art. 2 LAQEI
 - c) Peine
- III. Analyse critique sur le « voyage terroriste »
 - 1. Vie sous l'égide d'une organisation terroriste
 - 2. Voyage vers un territoire contrôlé par une organisation terroriste
 - 3. Planification du voyage et radicalisation
- IV. Remarques conclusives

I. Introduction

Le 26 février 2019, le Tribunal des mineurs de Winterthour a condamné deux membres d'une fratrie à de courtes peines privatives de liberté avec sursis pour avoir rejoint l'organisation terroriste État islamique (EI) en Syrie. La justice n'a toutefois pas dit son dernier mot sur cette affaire. Bien que le frère (A.) ait accepté sa condamnation, il en va autrement concernant sa sœur (B.). Celle-ci conteste toute culpabilité et a déposé un appel devant le Tribunal cantonal zurichois¹.

Ces deux jugements feront date, car c'est la première fois que les autorités judiciaires suisses ont été amenées à juger des terroristes mineurs au retour de leur périple au Moyen-Orient. Alors que les affaires de terrorisme sont habituelle-

ment l'apanage des autorités fédérales (art. 24 al. 1 CPP; art. 2 al. 3 LAQEI²), celles visant les mineurs leur échappent, car elles relèvent de la compétence exclusive de la justice pénale (cantonale) des mineurs (art. 2 et 3 al. 2 lit. b PPMin³). Inédits, les jugements de Winterthour sont également remarquables en raison du rôle complexe d'équilibriste qu'a dû endosser le Tribunal pour déterminer, à l'intérieur d'un cadre sanctionnateur très limité, la juste peine à infliger aux deux mineurs. À l'absolue nécessité du droit pénal de punir et d'envoyer un signal fort aux terroristes visant à mettre à mal notre État de droit – mineurs y compris – s'opposait l'exigence de protection et d'éducation du droit pénal des mineurs (art. 2 al. 1 PPMin) pour ceux s'écartant du droit chemin – terroristes aussi.

Ces jugements ne sont pas les derniers, car d'autres affaires de terrorisme vont à nouveau occuper la justice pénale des mineurs dans un proche avenir : à Genève notamment⁴, mais aussi à Berne et à Winterthour, suite à un vaste coup de filet du Ministère public de la Confédération (octobre 2019), qui a vu cinq mineurs et six adultes être placés en détention provisoire, dont A., devenu majeur entre-temps⁵.

La constellation mêlant terrorisme et droit pénal des mineurs est sensible et les jugements de Winterthour ne sont pas sans susciter des questionnements juridiques et politiques. C'est la raison pour laquelle il nous paraît important de les intégrer aux débats doctrinaux relatifs au *Terroris-*

¹ TF, 1B_479/2019, 14. 11. 2019, consid. B. Un acquittement de B. pourrait également permettre à A. d'être innocenté par la voie de la révision (art. 410 al. 1 lit. b du Code de procédure pénale suisse [CPP; RS 312.0]).

² Loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » ; RS 122.

³ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs ; RS 312.1.

⁴ Des objets dangereux ont été découverts chez un mineur, qui a été placé en détention provisoire. La prolongation de cette dernière a été contestée, sans succès, devant le TF: TF, 19.9.2019, 1B_426/2019. Plus récemment, le TF a rejeté le recours de ce prévenu contre la mesure de surveillance secrète (de son téléphone) dont il a fait l'objet: TF, 11.11.2019, 1B_487/2019.

⁵ MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION, Lutte contre le terrorisme : Opération coordonnée, 29.10.2019.



musstrafrecht et tel est l'objet de cette contribution. Nous procéderons en premier lieu à un résumé des deux jugements, en reprenant de manière fidèle leurs considérants⁶ (II). Il s'agira par après d'analyser le « voyage terroriste » (III), avant de terminer par des remarques conclusives (IV).

II. Résumé des jugements

À titre liminaire, précisons ici que l'appel pendant de B. aurait imposé de ne traiter que du jugement entré en force concernant A. Or, les deux jugements les concernant sont très largement similaires et les distinguer n'a donc guère de sens. Cela étant, le Tribunal cantonal zurichois jugeant B. peut revoir les faits (art. 398 al. 3 lit. b CPP) et donc revenir sur ceux-ci. Ce faisant, les faits exposés dans la présente contribution doivent être lus avec une retenue toute particulière.

1. En fait

III. À partir de l'année 2013 dans la ville de Winterthur, A., né en 1998 (15 ans), et sa sœur B., née en 1999 (14 ans), nourrissent un intérêt marqué pour la religion musulmane et se radicalisent. Les deux prévenus mineurs sont sous l'influence de tiers dans leur apprentissage de la foi.

A. et B. fréquentent notamment la mosquée An'Nur de Winterthur⁷. La fratrie a également des liens avec des responsables de l'organisation « *Lies!* », connue pour distribuer des Corans dans la rue et suspectée d'être une plateforme de radicalisation, dont l'interdiction est discutée au niveau fédéral⁸. Les tiers avec qui A. et B. sont en contact, notamment H., M. et S., ont tous un lien plus ou moins étroit avec l'organisation terroriste EI. Sur le point d'embarquer pour la Turquie pour ensuite rejoindre l'EI en Syrie, H. est arrêté à l'aéroport de Zurich le 7 avril 2015 et condamné à une peine de liberté⁹; il a notamment appris à A. à conduire un véhicule et tous deux ont un contact étroit. M., champion du monde de boxe thaïlandaise, a ouvert une salle de sport de combat à Winterthur et est l'entraîneur

de A.; après avoir rejoint l'EI pour se battre sur le front syrien, M. a été tué à l'été 2015¹⁰. Quant à S., il s'agit d'un combattant de l'EI, qui a probablement occupé une position élevée dans la hiérarchie de l'organisation, comme le laisse penser l'image qui a été retrouvée de lui avec une tête décapitée, action réservée aux membres de rang supérieur de l'organisation.

Dans la seconde moitié de 2014, la manifestation de l'appartenance religieuse des prévenus, d'abord discrète, se fait de plus en plus ostensible, en dépit de la désapprobation de leur famille. Ainsi, B. porte le foulard et d'amples vêtements sombres. Quant à A., il met un terme en septembre 2014 à son apprentissage d'employé de commerce et poursuit l'apprentissage de la langue arabe qu'il a débuté plusieurs mois auparavant.

Au plus tard au mois d'octobre 2014, les prévenus arrêtent leur décision commune de rejoindre l'EI pour vivre sous le prétendu califat en Syrie. Ils connaissent la situation en Syrie, les atrocités commises par l'organisation terroriste, de même que ses buts et ses projets, en lisant la presse et en s'informant sur Internet. Loin d'être rebuté, A. considère que partir pour faire face aux exactions commises par le régime de Bachar al-Assad contre la population syrienne est une obligation religieuse.

Les prévenus préparent, avec l'aide de tiers reliés à l'EI, l'organisation de leur départ vers la Syrie. A. réalise la majeure partie du travail, tandis que B. s'y associe pleinement. Leur plan est mis à exécution dans la première dizaine du mois de décembre 2014. A. quitte le domicile familial quelques jours avant le départ, prétextant un camp pour induire en erreur ses parents à l'aide d'un faux document. Pour sa part, B. le rejoint dans la nuit précédant le voyage, en indiquant à ses parents passer la nuit chez des amis. En réalité, les prévenus logent chez S. la veille de leur départ. Le 19 décembre 2014, A. et B. (respectivement 16 et 15 ans) se rendent à l'aéroport de Zurich où ils se procurent en espèces deux billets d'avion à destination d'Istanbul. Pour faire croire qu'ils entendent revenir et ne pas éveiller de soupçons, ils achètent des billets aller-retour. La fratrie s'envole le jour même pour la Turquie.

Les deux prévenus gagnent ensuite la ville turque de Gaziantep en bus, avant de franchir la frontière turco-syrienne à l'aide de passeports syriens et de faux noms, pour finalement rejoindre la ville de Manbij sous contrôle de l'EI. Dès leur arrivée sur place, A. et B. se voient remettre un logement. Toutefois, ils sont dans un premier temps séparés l'un de l'autre et placés dans des habitations en fonction de leur sexe avec d'autres jeunes de différentes nations. Un appartement commun leur est ensuite attribué et ils y habitent ensemble.

Mis à part la pratique religieuse des prévenus, leurs activités et leur vie sur place est incertaine et difficile à déter-

⁶ La numérotation des considérants dans le résumé qui suit reprend celle des jugements, même si la structure ne paraît pas toujours adéquate aux yeux du lecteur ou de l'auteur.

⁷ ZÜND, La mosquée de Winterthur doit fermer ses portes, *Le Temps*, 27.10.2016. L'imam de cette mosquée avait notamment défrayé la chronique pour un prêche haineux, lui valant d'être condamné pour provocation publique à la violence au sens de l'art. 259 du Code pénal (CP; RS 311.0) et d'être expulsé de Suisse (TF, 19.7.2019, 6B_288/2019).

⁸ Motion 17.3583, Interdire l'organisation salafiste « *Lies!* » et stopper la propagation de la doctrine djihadiste, 16.6.2017. En Allemagne, le ministère de l'intérieur a prononcé l'interdiction de « *Lies!* » en novembre 2016.

⁹ La condamnation a été ultimement confirmée par le TF: TF, 22.2.2017, 6B_948/2016, dont le considérant consid. 1.1 revient sur la relation avec A. et B. Voir également l'arrêt confirmé du TPF sur ce sujet: TPF, 15.7.2019, SK.2016.9, consid. 1.3.1.

¹⁰ TPF, 15.7.2019, SK.2016.9, consid. 1.8.

miner, au-delà du fait qu'ils prennent part à la vie du califat. Entièrement couverte et voilée, B. enseigne l'anglais à des enfants de 5 à 9 ans dont elle s'occupe également. La prévenue s'adonne autrement à des tâches ménagères et cuisine pour son frère et elle; elle remplit ainsi le rôle typiquement dévolu aux femmes de l'EI. Quant à A., il fréquente une école coranique et contribue au fonctionnement de la « *ke-tiba* », soit la communauté sur place, en prodiguant de l'aide et distribuant des biens de première nécessité à la population locale. Les prévenus perçoivent un revenu d'environ \$ 50.– par mois, avec lequel ils paient leur loyer et qui leur permet de mener un train de vie confortable. Ils disposent également d'une somme ramenée de Suisse de Fr. 2'000.–, ce qui leur aurait permis de vivre en tout cas une année sur place.

Par l'intermédiaire des applications de messagerie instantanées WhatsApp et Telegram, les prévenus restent en contact avec leur famille, mais aussi avec des membres de l'EI, à l'instar de H., la veille et le jour de son départ avorté pour la Syrie, ainsi que des tiers en Suisse. A. tente de convaincre ces derniers de les rejoindre dans le califat pour, selon lui, sauver leur famille et eux-mêmes des « flammes de l'enfer ». Il fait en outre l'éloge de la vie sous l'EI.

Sur une photo, A. apparaît en compagnie de M., tous deux surplombés par des drapeaux de l'EI. A. porte un étui à fusil, mais il est dépourvu d'arme. Aucune participation à des crimes violents de l'un ou l'autre des prévenus n'a pu être établie.

Au milieu de l'année 2015, les prévenus manifestent leur volonté de rentrer en Suisse auprès de leurs proches, car, disent-ils, il était clair dès le début qu'ils retourneraient chez eux, mais aussi parce qu'ils avaient déçu leurs parents et imaginé différemment la vie sous le règne de l'EI. Dès septembre, leur mère parvient à les rejoindre en vue de les rapatrier en Suisse. Elle est cependant contrainte de rester plusieurs mois sur place, après l'échec en octobre d'une première tentative de quitter le territoire de l'EI. Dans des circonstances non élucidées, A. et B., accompagnés de leur mère, réussissent finalement à s'enfuir le 17 décembre 2015, plus d'un an après leur départ, et ils atteignent la Turquie voisine pour finalement regagner la Suisse le 29 décembre qui suit.

Les prévenus sont arrêtés le jour même, mis en détention provisoire puis placés dans un établissement fermé, avant que des mesures ambulatoires ne soient ordonnées¹¹. Le Ministère public délivre son acte d'accusation le 30 avril 2018 et les prévenus sont déférés devant le Tribunal des mineurs de Winterthour, qui tient une audience de trois jours

en décembre 2018. Le Tribunal rend le 26 février 2019 un jugement contre chacun des prévenus qui sont majeurs à cet instant (A. a 20 ans et B. a 19 ans). A. n'interjette aucun appel, si bien que le jugement à son encontre est entré en force et qu'il est devenu définitif et exécutoire. Quant à B., elle a fait appel de sa condamnation et la cause est encore pendante auprès du Tribunal cantonal zurichois¹².

2. En droit : extrait des considérants

a) Droit applicable

IV./1.1. A. et B. sont prévenus de violation de l'art. 2 *cum* 1 lit. b LAQEI pour avoir rejoint l'organisation terroriste interdite État islamique. L'art. 2 al. 1 LAQEI dispose que « quiconque s'associe sur le territoire suisse à un groupe ou à une organisation visé 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 cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

Les faits reprochés aux prévenus s'étalent du 19 décembre 2014 au 17 décembre 2015 et ils sont jugés le 26 février 2019. Ce faisant, il est potentiellement quatre infractions pénales susceptibles d'appréhender le comportement des prévenus : 1) art. 260^{ter} CP; 2) art. 2 al. 1 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale interdisant le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2014¹³; 3) art. 2 al. 1 LAQEI, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2015¹⁴; 4) et, enfin, art. 74 al. 4 LRens, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2017¹⁵.

L'art. 2 al. 1 aOAQ réprimait le même comportement typique que l'actuel art. 2 al. 1 LAQEI. Néanmoins, la sanction encourue était une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, « sous réserve de dispositions pénales plus sévères ». Pour sa part, l'art. 260^{ter} ch. 1 CP incrimine la participation ou le soutien à une organisation criminelle et réprime ce comportement par une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Il sied d'exclure dans un premier temps l'application de l'art. 2 aOAQ, dès lors que cette infraction est subsidiaire, réservant expressément les infractions punies plus sévèrement car c'est précisément le cas de l'art. 260^{ter} CP qui prime en l'espèce¹⁶.

1.2. À partir du 1^{er} janvier 2015, il existe un conflit d'infractions entre l'art. 260^{ter} CP et l'art. 2 LAQEI, dispo-

¹¹ B. a contesté sans succès jusqu'au TF la mesure ambulatoire prononcée à son égard en cours de procédure: TF, 17.12.2018, 1B_273/2018. Elle a toutefois eu gain de cause ultérieurement sur la suspension d'une telle mesure alors que son appel est pendant: TF, 14.11.2019, 1B_479/2019.

¹² TF, 1B_479/2019, 14.11.2019. Voir aussi: BAUMGARTNER, Syrien-Rückkehrerin wehrt sich gegen ihre Verurteilung und gegen eine Therapie, in: NZZ, 14.12.2019.

¹³ aOAQ; RO 2001 3040; 2003 485; 2005 5425; 2008 6271; 2012 1.

¹⁴ RS 122.

¹⁵ Loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement; RS 121.

¹⁶ TF, 7.3.2017, 6B_1132/2016, consid. 1.2.3.



sition ayant succédé à l'art. 2 aOAQ et pour laquelle la peine-menace a été alignée sur celle de l'art. 260^{ter} CP sans réserve.

1.3. Les prévenus sont accusés d'avoir commis une infraction continue, dont la violation a débuté avant l'entrée en vigueur de l'art. 2 LAQEI et qui s'est poursuivie ensuite. En principe, une seule infraction est applicable au cas d'espèce et le comportement réprimé est réputé avoir été commis sous l'empire de la loi nouvelle pour toute sa durée¹⁷.

1.4. Toutes les personnes fonctionnellement intégrées au sein d'une organisation criminelle et déployant des activités qui concourent à la poursuite de son entreprise criminelle sont des participants à une organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} ch. 1 CP¹⁸. En revanche, soutiennent une telle organisation toutes les personnes qui ne sont pas intégrées dans sa structure organisationnelle, mais qui renforcent effectivement son potentiel criminel¹⁹. Ainsi, le TPF considère que le soutien au sens de l'art. 2 al. 1 LAQEI s'interprète comme un acte renforçant l'existence de l'organisation interdite au sens de l'art. 1. À cet égard, la vie volontaire (« *freiwillige Leben* ») sous le régime de l'EI va inévitablement de pair avec son renforcement, dès lors que son existence en tant qu'État autoproclamé dans les territoires conquis dépend de ses capacités à s'appuyer sur des ressources matérielles et humaines, aussi bien des hommes combattants que des femmes pour accomplir diverses tâches, comme prodiguer des soins aux soldats et blessés²⁰.

1.8. Invoqué par la défense, l'art. 74 al. 4 LRens ne peut être appliqué au titre de *lex mitior* en l'espèce, car, à l'instar de l'art. 2 aOAQ, son application fait l'objet d'une réserve en faveur des « dispositions pénales plus sévères » et la peine est plus lourde aussi bien à l'art. 260^{ter} CP qu'à l'art. 2 LAQEI.

b) Éléments constitutifs de l'art. 2 LAQEI

IV./2.1. Selon le TF, l'EI et ses prédécesseurs (EI en Irak [EII]; EI en Irak et au Levant [EIIIL]) sont incontestablement et de toute évidence des organisations criminelles au sens de l'art. 260^{ter} CP²¹.

2.2. L'instruction a démontré que les prévenus A. et B. se sont volontairement rendus en Syrie pour vivre pendant près d'un an sur un territoire contrôlé par l'organisation terroriste EI. Chacun a déployé une activité pour l'EI, selon le rôle qui leur était dévolu en fonction de leur sexe respectif. De ce fait, ils ont tous deux participé à la vie de l'EI et à son fonctionnement d'un point de vue logistique, tout en adhérant à ses idéaux. Quand bien même l'implication des

prévenus à des actes de violence n'a pu être prouvée, il est avéré qu'ils ont renforcé, par leurs agissements, l'existence de cette organisation hautement criminelle et l'ont personnellement soutenue. Partant, le comportement typique de l'art. 2 al. 1 LAQEI est réalisé.

2.3. Lorsque sont réalisés les éléments constitutifs à la fois de l'art. 260^{ter} CP et de l'art. 2 LAQEI, cette dernière norme prime en qualité de *lex specialis* et de *lex posteriori* et c'est la seule applicable au cas d'espèce²².

3.2.1–2. Par rapport à l'élément subjectif, et plus particulièrement la connaissance de la situation syrienne, B. a déclaré en cours d'enquête être au courant, au moment de son départ, de la guerre en Syrie et des massacres commis par l'EI, par l'intermédiaire des médias, mais aussi de vidéos qu'elle a visionnées sur Internet. A. a également déclaré avoir visionné à cette époque des vidéos sur YouTube au sujet de la guerre en Syrie et éprouvé le sentiment de devoir partir pour aider les victimes du régime syrien. Tous deux avaient donc connaissance de la situation sur place.

3.3.1. S'agissant de la volonté de vivre sous le régime de l'EI et de le soutenir, les prévenus ont allégué être partis pour fournir une aide humanitaire en Syrie, sans vouloir soutenir de quelconque groupe. Cela est non seulement contradictoire mais également invraisemblable. Compte tenu de leur minutieuse préparation, de leur transit par la Turquie, de leur connaissance de la situation sur place et de leurs contacts avec des terroristes de l'EI, il y a lieu de retenir que les prévenus ne s'apprêtaient pas à rejoindre une association caritative permettant de fournir une aide aux Syriens, mais bel et bien une organisation terroriste.

3.4.1. Quand bien même les prévenus n'ont pas voyagé jusqu'en Syrie et rejoint l'EI dans le cadre d'une mission suicide ou pour sacrifier leur vie, ils s'y sont rendus au péril de leur vie, dans l'esprit de vivre sous le régime politique instauré par une organisation terroriste, ainsi que d'intégrer cette communauté dont ils partageaient pleinement les idéaux. Ils ont donc agi de manière délibérée, secrète et en pleine connaissance des atrocités commises par l'organisation terroriste qu'ils cherchaient à rejoindre.

3.4.3. Les conditions objectives et subjectives de l'infraction reprochée aux prévenus étant réalisées en l'espèce, A. et B. doivent être reconnus coupables de violation de l'art. 2, al. 1 et 2, *cum* art. 1 lit. b LAQEI.

c) Peine

VI./2. Seule une peine privative de liberté est appropriée pour punir les prévenus. Compte tenu de la minorité de A. et B. au moment des faits, le Tribunal est limité par l'art. 25 al. 1 DPMIn²³ qui ne lui permet de leur infliger une peine privative de liberté que d'un an au plus. L'art. 25 al. 2 DP-

¹⁷ TRECHSEL/VEST, in : TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB Praxiskommetar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018, Art. 2 N 5.

¹⁸ TF, 7.3.2017, 6B_1132/2016, consid. 1.3.2 et 6.2.

¹⁹ TPF, 18.3.2016, SK.2015.45, consid. 1.6.

²⁰ TPF, 15.12.2017, SK.2017.43, consid. 2.4.

²¹ TF, 7.3.2017, 6B_1132/2016, consid. 6.1.

²² TPF, 15.7.2019, SK.2016.9, consid. 1.15.

²³ Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs; RS 311.1.

Min n'entre pas en ligne de compte en l'espèce, d'une part, car l'infraction reprochée n'est pas incluse dans le catalogue d'infractions prévu à la lit. b et, d'autre part, parce que dite infraction ne prévoit pas une peine privative de liberté de trois ans au moins (lit. a).

3.3.2. A. est celui des prévenus qui, en Suisse, a principalement entretenu des relations avec des terroristes appartenant à l'EI. C'est essentiellement lui qui a organisé et planifié le voyage jusqu'en Syrie, bien qu'en consultant régulièrement sa sœur B., qui s'y est associée.

Les deux prévenus ont vécu environ une année en Syrie sous le régime instauré par l'EI et ils se sont intégrés à la société construite par cette organisation terroriste, tout en participant pleinement à son fonctionnement, que A. a même loué. Ce faisant, A. et B. ont été des membres à part entière de la communauté de l'EI.

3.3.4. Compte tenu du fait que A. a déployé une énergie criminelle supérieure à B. et qu'il avait une année de plus qu'elle au moment des faits, c'est donc par une peine plus lourde qu'il doit être sanctionné.

3.3.6. Certes, les prévenus ont été influencés par des tiers aux idées radicales et encouragés à poursuivre sur la voie qui les mèneraient jusqu'à l'EI, mais ils ont eux-mêmes choisi leur propre cercle de connaissances et ce de leur plein gré. Ils ont agi sur la base de leurs convictions religieuses et se sont rendus en Syrie en pleine connaissance de cause, afin de vivre sous le règne d'une organisation terroriste.

3.4.3. Les prévenus n'ont pas admis les faits qui leur étaient reprochés, ni montré le moindre remord et ils n'ont pas collaboré à l'enquête. Tout au plus ont-ils indiqué regretter d'avoir déçu leur famille, interrompu leurs études et rendu leurs perspectives professionnelles plus difficiles, même si A. a pu terminer son apprentissage et B. sa scolarité.

3.5. Vu ce qui précède, c'est par une peine privative de liberté de 11 mois que A. doit être sanctionné, tandis que cette peine doit être fixée à 10 mois pour B.

VII./1.2. En l'absence de pronostic défavorable, le sursis doit être accordé aux deux prévenus (art. 35 al. 1 DPMin) avec un délai d'épreuve d'une année (art. 29 al. 1 DPMin).

2.5–7. Pendant le délai d'épreuve, les prévenus auront l'obligation de se rendre régulièrement à des séances du service de prévention de la police cantonale zurichoise et son centre d'intervention contre la radicalisation et l'extrémisme violent. A. ayant éprouvé des difficultés à s'insérer sur le marché du travail à l'issue de son apprentissage, toute autre mesure, telle que des rencontres régulières avec le Ministère public de Winterthour comme il l'a requis, n'est pas avisée et doit, partant, être rejetée.

III. Analyse critique sur le « voyage terroriste »

Le Tribunal des mineurs de Winterthour a donc reconnu A. et B. coupables de violation de l'art. 2 al. 1 LAQEI pour leur « voyage terroriste », soit le fait d'être partis rejoindre l'organisation terroriste en Syrie. Il n'a toutefois pas qualifié leur comportement à la lumière du comportement typique incriminé par cette infraction et ses diverses variantes²⁴. Ce faisant, il ne s'est pas aventuré plus avant sur la périlleuse délimitation de ses contours. À ce sujet, la doctrine a eu l'occasion de critiquer l'art. 2 LAQEI pour son manque de précision quant à sa variante « subsidiaire » (encourager les activités de *toute autre manière*)²⁵, tout comme le TPF et le TF²⁶.

Pourtant, le Ministère public a décortiqué le comportement des prévenus dans son réquisitoire. Il a ainsi qualifié de comportement relevant du soutien (*Unterstützung*) à une organisation terroriste l'ensemble de la phase précédant l'arrivée en Syrie, soit la radicalisation, la planification du voyage et le voyage en lui-même, tandis que la phase postérieure, c'est-à-dire la vie « sur place », a été considérée comme un acte de participation (*Beteiligung*). Aussi bien le premier comportement que le second, même s'il est commis à l'étranger, peuvent tomber sous le coup du droit suisse, puisque l'infraction a un champ d'application extraterritorial (art. 2 al. 2 LAQEI). Néanmoins, le Tribunal n'a pas fait sienne une telle qualification en ne se prononçant pas sur celle du Ministère public.

Il s'agit à présent de décomposer en trois temps les divers actes du « voyage terroriste » et de les qualifier sur la base du droit actuel et futur.

1. Vie sous l'égide d'une organisation terroriste

La grille de lecture du Ministère public nous paraît pertinente pour la dernière phase d'action des protagonistes. En effet, c'est à juste titre que la période « sur place » ou la vie menée volontairement sous l'égide d'une organisation terroriste est qualifiée de « participation » (d'« association »²⁷)

²⁴ *Infra*: II/2/a).

²⁵ JOSITSCH/POULIKAKOS, Lückenfüllung um jeden Preis? Die bevorstehenden Gesetzesänderungen zur Verhütung des Terrorismus, Jusletter 28.10.2019, N 4 s.; EICKER, BStGer SK.2017.43: Strafbarer Verstoß gegen das «Al-Qaida- und IS-Gesetz», PJA 2018, 924 ss; EICKER, Das Antreten eines Fluges nach Istanbul als strafbare Unterstützung oder Förderung des «Islamischen Staats»? FP 2017, 351 ss; LEU/PARVEX, Das Verbot der «Al-Qaida» und des «Islamischen Staats», PJA 2016, 756 ss.

²⁶ TF, 22.2.2017, 6B_948/2016, consid. 4.2.1; TPF, 15.7.2016, SK.2016.9, consid. 1.14.3.

²⁷ L'art. 2 LAQEI porte les stigmates d'une législation adoptée dans la hâte, avec des versions linguistiques qui ne concordent pas. Le texte allemand de l'art. 2 al. 1 LAQEI est celui le plus en phase avec l'art. 260^{ter} CP qui a certainement servi de modèle, mais les versions en italien et en français divergent.



et non de « soutien » comme semblent le retenir le TPF²⁸ et EICKER²⁹. À teneur des faits retenus par le Tribunal des mineurs de Winterthour, A. et B. faisaient partie intégrante des structures de l'organisation. Même si leur activité en Syrie n'était pas intrinsèquement illicite, leur comportement a contribué au bon fonctionnement de l'EI, à l'image de fourmies dans une fourmilière. Partant, ils ont fait œuvre de participation à part entière, sous l'angle de l'art. 2, al. 1 et 2, LAQEI aujourd'hui. Avec le projet du Conseil fédéral actuellement en discussion à l'Assemblée fédérale, ce comportement sera qualifié de participation à une organisation terroriste au sens de l'art. 260^{ter} al. 2 lit. a pCP³⁰.

2. Voyage vers un territoire contrôlé par une organisation terroriste

Concernant le voyage à destination du territoire syrien contrôlé par l'EI pour rejoindre cette organisation terroriste, l'appréciation du Ministère public nous semble également adéquate. Il s'agit en effet d'un acte de « soutien personnel » (« mise à disposition de ressources humaines ») au sens de l'art. 2 al. 1 LAQEI.

À cet égard, la jurisprudence a eu l'occasion de dessiner quelques lignes directrices. Cependant, les autorités judiciaires ne se sont prononcées que sur des voyages « avortés » en raison de l'arrestation des intéressés qu'elles avaient à juger. Ainsi, dans un premier jugement de 2016, le TPF a retenu que le voyage « entouré » d'une certaine forme de publicité³¹ constitue un « encouragement des activités (de l'EI) de toute autre manière » au sens de l'art. 2 al. 1 LAQEI, lorsqu'il peut être démontré que des tiers ont pu être influencés et incités à agir dans le même sens³². Cette variante est réalisée, et l'infraction consommée, lorsque l'auteur a franchi les contrôles de sécurité, la douane de l'aéroport de Zurich et qu'il est arrêté alors qu'il se trouve à la porte d'embarquement pour prendre un vol à destination de la Turquie. La qualification opérée par le TPF n'a pas été remise en cause par le TF³³. En revanche, il en a été autrement dans une seconde affaire jugée en 2017 par la Cour de Bellinzona, tant du point de vue de la variante retenue que du degré de réalisation de l'infraction³⁴. Il s'agissait également d'une personne souhaitant rejoindre la Syrie et l'EI. Se trouvant en Égypte, elle avait quitté ce pays, puis rejoint la Grèce, avant d'être arrêtée à la frontière gréco-turque par les autorités grecques. Étant donné que le voyage s'était opéré avec

discrétion, le TPF a cette fois-ci retenu un acte de « soutien personnel » au sens de l'art. 2 al. 1 LAQEI, mais il a considéré que l'infraction n'en était qu'au stade de la tentative punissable. Contrairement au premier jugement, celui-ci n'a pas été contesté devant le TF et est ainsi entré en force tel quel.

Il est lieu de rappeler ici que le soutien à une organisation criminelle (pour l'art. 260^{ter} CP) et terroriste à plus forte raison (pour l'art. 2 al. 1 LAQEI) constitue un comportement préparatoire : n'est pas réprimé un acte illicite en soi et portant directement atteinte à un bien juridique, mais un comportement favorisant une organisation dont l'activité est criminelle, ainsi que sa pérennité³⁵. C'est pourquoi l'application de l'art. 22 CP sur la tentative est purement et simplement exclue par le Conseil fédéral, la jurisprudence et la majorité de la doctrine³⁶. Or, la seconde décision du TPF semble méconnaître cette donnée, sans avoir procédé à un examen approfondi de cette question. Son jugement conduit de ce fait à une extension de la répression à un champ traditionnellement considéré comme non punissable³⁷, ce qui ne va pas sans susciter des doutes quant à la compatibilité d'une telle solution avec les principes de la légalité et de la prévisibilité du droit (art. 1 CP).

De surcroît, nous peinons à comprendre ce qui a motivé une qualification différente quant au degré de réalisation de l'infraction entre les deux jugements discutés : dans la première affaire, l'individu en question avait franchi la douane aéroportuaire suisse et se trouvait à la porte d'embarquement au moment d'être arrêté ; dans la seconde, la personne avait franchi une première frontière en quittant l'Égypte pour la Grèce et c'est au niveau de la frontière gréco-turque qu'elle a été arrêtée. Dans les deux cas, les protagonistes avaient franchi la douane du pays initial dans lequel ils se trouvaient, se rapprochaient donc du « pays de transit » qu'est la Turquie, pour finalement chercher à atteindre la Syrie. Seule l'intervention des forces de l'ordre a pu les empêcher d'atteindre le territoire limitrophe syrien. Il semblerait que le franchissement de la douane aéroportuaire suisse pour la Turquie, dans le premier cas, ait été décisif pour retenir une infraction consommée et que, à l'inverse, l'auteur ne l'a pas encore réalisée avant de franchir la douane grecque.

²⁸ TPF, 15.12.2017, SK.2017.43, consid. 2.4.

²⁹ EICKER (n. 25), PJA 2018, 924, 926.

³⁰ FF 2018, 6469, 6561.

³¹ Dans cette affaire, le condamné n'avait pas fait de son départ un secret : quatre jours avant, il avait été salué par toutes les personnes qui sortaient de la mosquée An'Nur à Winterthour et qui étaient au courant de son départ, cf. : TF, 22.2.2017, 6B_948/2016.

³² TPF, 15.7.2019, SK.2016.9.

³³ TF, 22.2.2017, 6B_948/2016.

³⁴ TPF, 15.12.2017, SK.2017.43.

³⁵ ACHERMANN, *Strafbarkeit von Versuch und Teilnahme bei Vorbereitungsdelikten*, Thèse, Lucerne 2018, 33 s ; CASSANI, *L'argent des organisations criminelles : à propos du deuxième train de mesures contre le crime organisé*, in : THÉVENOZ (édit.), *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne 1994, 55 ss, 60.

³⁶ FF 1993 III 269, 296 ; TPF, 28.2.2007, SK.2006.15, consid. 4.4 ; ENGLER, in : NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (édit.), *BSK StGB/JStGB*, 4^e, Bâle 2018, art. 260^{ter} StGB N 19 ; DOLIVO-BONVIN/LIVET, in : MACALUSO/MOREILLON/QUELOZ (édit.), *CR CP II*, Bâle 2017, Art. 260^{ter} N 33 ; DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *PC CP*, 2^e éd., Bâle 2017, Art. 260^{ter} N 41.

³⁷ Égaleme critique à cet égard : EICKER (n. 25), PJA 2018, 924 ss, 926 s.

À notre sens, ces incertitudes témoignent de l'importance de légiférer de manière claire en la matière et d'établir la punissabilité du voyage à des fins de terrorisme. À cet égard, l'art. 260^{sexies} al. 1 lit. c pCP (Voyage en vue d'un acte terroriste)³⁸ n'entend pas seulement incriminer le voyage, mais plus précisément le fait de l'« entreprendre » : dit autrement, il suffit que l'auteur « prenne le chemin » de sa destination pour que l'infraction soit réalisée³⁹, ce qui était le cas dans les deux affaires précitées. D'un point de vue temporel, l'art. 260^{sexies} al. 1 lit. c pCP va donc plus loin en amont que ce que requiert l'art. 4 par. 1 Protocole (2015),⁴⁰ ce dernier exigeant l'incrimination du fait de « se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme » et non pas du fait « d'entreprendre de se rendre ». À cela, ajoutons que la punissabilité de la tentative est exigée par l'art. 4 par. 3 Protocole (2015), comme le rappelle le Message du Conseil fédéral⁴¹.

3. Planification du voyage et radicalisation

En ce qui concerne la planification du voyage et la radicalisation, il convient de se montrer plus réservé sur la qualification suggérée par le Ministère public dans la présente affaire. Tout d'abord, la radicalisation⁴² désigne un processus intellectuel mûrissant dans l'esprit de l'auteur, et non pas des actes se matérialisant dans le monde extérieur. Il ne s'agit donc que d'une pensée. Aussi puissante soit-elle et même si elle est le terreau d'un acte futur de violence, cette pensée ne légitime pas encore une répression pénale, tant et aussi longtemps qu'elle ne se traduit pas par des actes qui, en eux-mêmes, sont constitutifs d'infractions, en vertu du principe *cogitationis poenam nemo patitur*⁴³. Encore faut-il

qu'elle se concrétise et qu'elle atteigne le stade de la punissabilité. Cela pose naturellement la question du commencement de cette dernière et donc de l'établissement d'une ligne de partage entre le permis et l'interdit.

Il nous paraît donc évident que cette ligne doit être fixée à un stade postérieur à la radicalisation. Or, qu'en est-il de la planification du voyage ? Même sous l'angle du futur art. 260^{sexies} al. 1 lit. c pCP, un tel comportement ne constituerait pas une tentative punissable, mais un acte préparatoire⁴⁴. Le réprimer correspondrait donc à l'incrimination de « la préparation de la préparation », voire même de la « *Vorbereitung der Vorbereitung der Vorbereitung* »⁴⁵. L'interprétation de la loi s'en trouverait par trop étendue dans un tel cas de figure et le principe de la légalité serait violé. Cette réponse vaut *a fortiori* pour l'art. 260^{ter} CP et l'art. 2 al. 1 LAQEI.

IV. Remarques conclusives

Parce qu'elle n'emporte pas de conséquence du point de vue répressif, la démarcation des actes incriminés à l'art. 2 LAQEI peut sembler sans importance et purement dogmatique dans un cas tel que celui-ci, tant il paraît clair que l'infraction est réalisée. Il n'en demeure pas moins qu'en matière de *Terrorismustrafrecht*, le législateur fait de l'exception la règle, en incriminant exclusivement des actes préparatoires qui se situent aux confins de l'*iter criminis*⁴⁶. C'est pourquoi la clarté est primordiale pour satisfaire au principe de la légalité et de prévisibilité du droit pénal (art. 1 CP).

Les diverses incertitudes découlant de l'art. 2 al. 1 LAQEI sont cependant compréhensibles. Faute de disposition spéciale en effet, les autorités judiciaires s'en servent notamment pour réprimer le comportement spécifique qu'est le voyage terroriste, alors que telle n'est pas sa vocation première⁴⁷. Si elle date de 2001 et a bientôt 20 ans, la

³⁸ L'incrimination d'un tel comportement constitue une obligation internationale émanant du ch. 6a) de la Résolution 2178 (2014) du 24.9.2014 du Conseil de sécurité, reprise à l'art. 4 du Protocole additionnel à la Convention pour la prévention du terrorisme du 22.10.2015 (ci-après : Protocole [2015]) que la Suisse entend ratifier (FF 2018 6469), mais aussi par l'Union européenne à l'art. 9 de la Directive (UE) 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme du 15.3.2017, cf. : MOREILLON/LUBISHTANI, Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme. Etude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais, RPS 2018 499 ss, 538 s.

³⁹ FF 2018 6469, 6522.

⁴⁰ Cf. n. 38.

⁴¹ FF 2018 6469, 6501. La Résolution 2178 (2014) (n. 28) l'exige également, cf. : ch. 6a).

⁴² La notion est définie par le Plan d'action national de lutte contre la radicalisation et l'extrémisme violent du 4.12.2017 comme le « processus par lequel une personne adopte des positions toujours plus extrêmes sur les plans politiques, sociaux ou religieux pouvant aller jusqu'au recours à la violence extrême pour atteindre ses buts » (11).

⁴³ ATF 134 IV 100, consid. 7.2.1 = JdT 2007 IV 95 ; ATF 117 IV 309, consid. 1a = JdT 1993 IV 185 ; ATF 80 IV 67 = JdT 1954 IV 119 ; HURTADO-POZO, Droit pénal général, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, N 476 ; ACHERMANN (n. 35), 14 s. ; GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, 2^e éd., Berne 1995, 256 ss ; MEYLAN, Les actes préparatoires délictueux en droit pénal suisse (art. 260^{bis} CP), Lausanne 1990, 18.

⁴⁴ La solution est la même en droit pénal allemand s'agissant de § 89a al. 2a D-StGB qui incrimine le voyage à des fins de terrorisme, cf. : SCHÄFER, in : JOECKS/MIEBACH, Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 3. §§ 80 – 184j, 3^e éd., Munich 2017, § 89a N 53.

⁴⁵ L'expression est reprise d'auteurs allemands commentant § 89a ss D-StGB sur la préparation d'un acte de violence grave mettant en danger l'État, cf. : GAZEAS/GROSSE-WILDE/KIESSLING, Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht – Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2009 593 ss, 601 ss.

⁴⁶ DONGOIS/LUBISHTANI, Un droit pénal *publicisé* dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste, in : BOILLET/FAVRE/MARTENET (édit.), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Zurich/Bâle/Genève 2020, 167, 182 s, ACHERMANN (n. 35), 6 ss. ; CASSANI/GLESS/LUDWICZAK GLASSEY/SAGER/WAHL, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international, SRIEL 2018, 337 ss, 342 ss.

⁴⁷ TODESCHINI, Terrorismusbekämpfung im Strafrecht, Eine Erörterung des Art. 260^{ter} StGB und des Al-Qaïda/IS-Gesetzes sowie zur Diskussion stehender Gesetzesanpassungen, Zurich 2019, N 79.



LAQEI constitue une législation exceptionnelle, ayant été une ordonnance du Conseil fédéral tout d'abord, puis de l'Assemblée fédérale, une loi fédérale urgente ensuite depuis 2015, prorogée jusqu'au 31 décembre 2022⁴⁸. Cette loi n'aurait dû être qu'une parenthèse de courte durée, que le législateur aurait dû clore plus rapidement en légiférant.

Ainsi, la volonté gouvernementale d'ancrer dans le Code pénal une incrimination appréhendant le voyage terroriste (art. 260^{sexies} al. 1 lit. c pCP) ne peut donc que contribuer à lever certaines ambiguïtés⁴⁹, quand bien même il peut apparaître aux yeux de certains que l'expansion en amont de la punissabilité (*Vorverlagerung der Strafbarkeit*) engendrée par le projet du Conseil fédéral est exagérée⁵⁰. En effet, cette extension et plus généralement l'émergence d'un droit pénal préventif posent des questions complexes quant à la détermination du point de départ de la répression, au regard du principe de la prévisibilité du droit pénal. Ces questionnements vont s'accroître avec le projet de loi et la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (2005)⁵¹ et son Protocole (2015). Non seulement ces instruments internationaux contiennent des obligations d'incrimination d'actes préparatoires⁵², mais ils exigent en outre que la punissabilité soit fixée au stade de la tentative⁵³. À cet égard, on peut regretter que le Message du Conseil fédéral soit extrêmement pauvre sur la délimitation des comportements réprimés et sur leur décomposition temporelle pour situer clairement la ligne rouge pénale. Il appartient désormais aux parlementaires d'en discuter et en dernier recours au TF d'apporter des clarifications, même s'il est jusqu'à présent resté en retrait.

Enfin, ajoutons à cela que l'incrimination du voyage terroriste (art. 260^{sexies} al. 1 lit. c pCP) présente un avantage certain, en ce que la répression peut occulter les faits survenus à l'étranger. À cet égard, le résumé linéaire présenté dans cette contribution ne doit pas masquer la difficulté à laquelle le Tribunal des mineurs de Winterthour a été confronté et qui semble être mise en avant dans l'appel de B. devant le Tribunal cantonal zurichois⁵⁴: l'instruction, forcément lacunaire, a été très limitée et la reconstitution des faits extraterritoriaux complexe, car les preuves faisaient défaut et les autorités judiciaires n'étaient pas en mesure d'étendre leur enquête à un territoire étranger, à plus

forte raison dans un pays en guerre. À cet obstacle est venu s'ajouter le refus de coopérer des deux prévenus. C'est dès lors de nombreuses zones d'ombre qui subsistent et elles amènent à une autre problématique : l'opportunité de créer un Tribunal spécial chargé de poursuivre, instruire et juger les terroristes de l'EI. Pour l'heure cependant, la mise sur pied d'un tel tribunal n'en est qu'au stade des discussions politiques entre les États⁵⁵.

Mots-clés : droit pénal, « droit pénal du terrorisme », droit pénal des mineurs, art. 260^{ter} CP, art. 2 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique », *iter criminis*

Stichwörter : Strafrecht, Terrorismusstrafrecht, Jugendstrafrecht, Art. 260^{ter} StGB, Art. 2 des Bundesgesetzes zum Verbot der Gruppierungen « Al-Qaïda » und « Islamischer Staat », *iter criminis*

■ **Résumé :** Le 26 février 2019, le Tribunal des mineurs de Winterthour a condamné deux membres d'une fratrie à de courtes peines privatives de liberté avec sursis pour avoir rejoint l'organisation terroriste État islamique (EI) en Syrie. Ces deux jugements sont les premiers concernant des mineurs à avoir été rendus en Suisse. Ils suscitent cependant des questionnements juridiques et politiques. Cette affaire n'est du reste pas terminée, car si l'un des protagonistes a accepté sa condamnation, l'autre conteste toute culpabilité devant le Tribunal cantonal zurichois.

Zusammenfassung : Am 26. Februar 2019 verurteilte das Jugendgericht Winterthur zwei Geschwister zu kurzen bedingten Freiheitsstrafen, weil die Betroffenen sich in Syrien der terroristischen Organisation Islamischer Staat (IS) angeschlossen hatten. Die beiden ergangenen Urteile sind die ersten in der Schweiz, welche Jugendliche betreffen. Sie werfen allerdings juristische und politische Fragen auf. Der Fall ist übrigens noch nicht abgeschlossen: während der eine Beschuldigte sich mit seiner Verurteilung abgefunden hat, bestreitet der andere jegliche Schuld vor dem Obergericht des Kantons Zürich.

⁴⁸ RO 2001 3040; 2003 485; 2005 5425; 2008 6271; 2012 1; 2014 4565; RO 2014 4565.

⁴⁹ FF 2018, 6469, 6561.

⁵⁰ CASSANI/GLESS/LUDWICZAK GLASSEY/SAGER/WAHL (n. 44), 342 ss.

⁵¹ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16.5.2005 (ci-après : Convention [2005]).

⁵² Il en va ainsi pour le recrutement pour le terrorisme (art. 6 Convention [2005]), l'entraînement au terrorisme (art. 7 Convention [2005]) et art. 3 Protocole [2015]) et le voyage terroriste (art. 4, 5 et 6 Protocole [2015]).

⁵³ Art. 9 par. 2 Convention (2005) et art. 4 par. 3 Protocole (2015).

⁵⁴ BAUMGARTNER (n.12).

⁵⁵ Réponse du Conseil fédéral du 15.5.2019 à l'interpellation 19.3360, Quid des djihadistes du Moyen-Orient? Encourager la création d'un tribunal international et de prison sur place, 22.3.2019.