

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

Sommaire

Préface	V-VII
Partie I – Droit public : questions choisies	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i>	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung	435-465
Partie II – L'État et les acteurs privés	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts	951-964
THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise	979-990
ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz	1007-1034
THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

Un droit pénal *publicisé* dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste

Sommaire	Page
Introduction	167
I. Le droit pénal dans l'ordre juridique suisse	170
A. Sa filiation avec le droit public	170
1. Relativement aux <i>sujets</i>	170
a) Le prévenu	170
b) La partie lésée	171
c) La justice pénale	173
2. Relativement à l' <i>intérêt</i>	174
3. Relativement à la <i>subordination</i>	175
4. Synthèse	176
B. Son autonomie	176
III. L' <i>iter criminis</i> revisité par le terrorisme	178
A. Le droit pénal de l'acte en général	179
B. Le droit pénal <i>publicisé</i> de la menace terroriste...	180
C. Le droit public <i>répressif</i> par les mesures policières	183
Conclusion	186
Bibliographie	187

Introduction

Remontant à l'époque romaine, la distinction entre le droit public et le droit privé est aux fondements de notre ordre juridique, jusqu'à y être considérée comme la division su-

* Maître d'enseignement et de recherche à l'Université de Lausanne.

** Assistant diplômé (MLaw) et doctorant en droit à l'Université de Lausanne.

prême... la *summa divisio*¹. Jurisconsulte émérite des II et III^{es} siècles, ULPYEN procédait déjà à cette fameuse division dans le *Digeste*, séparant la « *res publica* » qui intéressait l'État romain par opposition à la « *res privatum* » régissant, quant à elle, les relations entre particuliers². Quinze siècles plus tard, MONTESQUIEU reprenait le flambeau, en définissant le « droit politique » comme regroupant les « lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés », tandis que le « droit civil » dans la terminologie montesquienne correspond aux « lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux »³. Sans pour autant être consubstantielle au droit⁴, la division n'en demeure pas moins incontournable aujourd'hui. Décortiquée par la littérature et les théoriciens du droit⁵, elle écume les bancs des universités et accompagne, dès leurs premières heures, les juristes de demain et pour toujours.

Or, en dépit de son importance, cette discussion fait l'impasse sur un pan tout entier de l'ordre juridique généralement perçu comme un triptyque⁶, et non des moindres, à savoir celui qui a trait au phénomène criminel : le droit pénal. En effet, dans cet univers binaire où le droit privé a la place du chiffre zéro et le droit public celle du chiffre un⁷, autant dire que le droit pénal ne trouve pas sa place ! Ainsi, il apparaît au mieux comme un OJNI⁸ et, dans le pire des cas, il est réduit au rôle d'« esclave »⁹ ou de simple bras armé des autres disciplines¹⁰. Ce dernier postulat est le parti pris de ROUSSEAU, pour qui les « lois criminelles, [...] dans le fond, sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »¹¹.

Si le droit pénal ne se laisse que si difficilement appréhender, c'est sans doute car il sait se mouvoir, s'articulant différemment pour mieux épouser les contours des politiques criminelles contemporaines. Or, ces dernières sont caractérisées, dans cette première partie du XXI^e siècle, par le terrorisme et le péril qu'il fait planer sur nos sociétés libres

1 WEBER, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 223 ss.

2 ULPYEN, 1.1.1.1-4.

3 MONTESQUIEU, Livre I, Chapitre III.

4 GRISEL, 104 : « [L]a distinction entre droit public et droit privé n'est pas inhérente à l'ordre juridique, qui peut se concevoir sans elle. » Elle conduit, qui plus est, à un « morcellement du droit », alors que l'ordre juridique forme un tout (LEROY/SCHOENENBERGER, 561).

5 Entre autres : MOOR/POLTIER, 484 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 3 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 549 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 92 ss ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 1 ss ; AUBERT, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, VII ; GRISEL, 104 ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 1 ss.

6 TRECHSEL/NOLL/PIETH, 25 s.

7 Rassurons les privatistes : dans un tel système, il fallait bien adosser le chiffre zéro à l'une des deux disciplines et ce ne pouvait, ici, être celui du droit public.

8 Objet juridique non identifié.

9 CASSANI, 287.

10 GAUTHIER, 331 ; GAUTHIER, Sanctionnaireur.

11 ROUSSEAU, Livre II, Chapitre XII.

et ouvertes, ses premières heures ayant été marquées au fer rouge par le *11 septembre*. Dans ce contexte, la modulation du droit pénal présente une acuité particulière, en ce qu'il est le reflet de la réaction politique à un phénomène perçu comme une menace majeure pour nos sociétés.

Alors que les points de contact entre droits pénal et public sont déjà nombreux¹², la menace terroriste a fait bouger les lignes, au risque de faire oublier au premier ses racines. En effet, sous l'égide de l'intérêt public qu'est la sécurité nationale, le droit pénal du terrorisme – *Terrorismusstrafrecht* – est appelé à apporter son concours dans l'effort commun l'unissant au droit public pour protéger la population. Dans ce contexte, l'adage selon lequel il vaut « mieux prévenir que guérir » prend tout son sens.

C'est ainsi que, traditionnellement voué à la *répression*, le droit pénal investit plus avant le terrain de la *prévention*¹³, pourtant terre du droit public¹⁴. Dès lors, pour empêcher l'irréparable, le droit pénal se doit d'intervenir avant que survienne un attentat et, de ce fait, plus tôt dans l'*iter criminis*. C'est pourquoi il incrimine des actes que l'on peut qualifier de préparatoires¹⁵ : le « financement » de l'acte terroriste (art. 260^{quinquies} CP) aujourd'hui et, demain, le recrutement, l'entraînement et le voyage « en vue d'un » acte terroriste (art. 260^{sexies} pCP)¹⁶, encore lointain. Le développement d'un droit pénal préventif va de pair avec un droit public plus *répressif*, lequel disposera bientôt de « mesures policières » visant à « empêcher la commission d'actes terroristes »... mais en l'absence de toute procédure pénale, faute de comportement pénalement répréhensible à ce stade¹⁷.

Ces « glissements » de part et d'autre tendent à montrer que, sous l'effet d'une menace et sous couvert d'un intérêt général, le curseur de l'intervention du droit pénal est déplacé sur l'échelle de ce qui légitime la répression, passant de l'exigence d'un *acte* constitutif d'une infraction pénale à la simple *menace* que représente un individu sur la base de simples indices, voire d'hypothétiques idées susceptibles de germer dans son esprit, engendrant par là une publicisation du droit pénal et de la répression.

Nous le voyons, le terrorisme conduit donc le droit public et le droit pénal à se *lier dangereusement* l'un de l'autre. La présente contribution se donne ainsi pour mission de revisiter la relation qu'ils entretiennent à la lumière du contexte terroriste. Pour ce faire,

¹² DUBEY/ZUFFEREY, N 227 ; CASSANI, 289.

¹³ KUHN, 243, perçoit l'émergence d'un « droit pénal préventif » relativement au droit des sanctions.

¹⁴ TF 1C_518/2013, 1.10.2014, c. 3.2 : « [L]'ouverture d'une procédure pénale est subordonnée à la présomption qu'une infraction a été commise. [...] À l'inverse, la définition des moyens permettant de prévenir les infractions ou d'établir qu'elles peuvent être commises relève du droit de police. »

¹⁵ La notion est générique, cf. *infra* II/A.

¹⁶ FF 2018 6469, 6561 s.

¹⁷ FF 2019 4541, 4542 et 4555.

il sied de s'interroger dans un premier temps sur la place qu'occupe le droit pénal dans notre ordre juridique (II). Par la suite, la notion d'*iter criminis* sera abordée de façon générale (III/A) puis spécialement par rapport au terrorisme, afin de mettre en exergue l'émergence d'un droit pénal préventif d'une part (III/B) et d'une répression plus généralement publicisée dans le contexte de la menace terroriste d'autre part (III/C). Finalement, une conclusion viendra opérer une synthèse (IV).

I. Le droit pénal dans l'ordre juridique suisse

A. Sa filiation avec le droit public

Les critères de rattachement entre les droits public et privé sont multiples et variés, mais trois sont unanimement admis¹⁸ : il s'agit du critère des sujets, de la subordination et enfin de l'intérêt en cause¹⁹. Il s'agit présentement de les reprendre et les décortiquer à la lumière du droit pénal, afin de délimiter la place de celui-ci dans le « duel » de la *summa divisio*.

1. Relativement aux *sujets*

Se fondant sur les *sujets* aux rapports juridiques, ce critère assujettit une relation au droit public en présence de l'État ou de ses émanations, à condition que son intervention soit placée sous le sceau de la puissance publique, et, *a contrario*, au droit privé en son absence²⁰. Ainsi, il convient de s'intéresser aux acteurs du droit pénal, lesquels font leur entrée sur scène lors d'un évènement singulier : la commission d'une infraction pénale.

a) Le prévenu

En s'adonnant à une activité coupable, l'auteur – ou le « prévenu » dans la terminologie pénale (art. 111 CPP) – est à l'origine du déclenchement de l'action publique à son en-

¹⁸ GRISEL, 104, qualifie ces critères de « principaux », aux côtés de « critères secondaires » (109) ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 1, évoquent « *verschiedene Theorien* » ; MOOR, 644, écrit que « quel qu'un en a, paraît-il, dénombré trente-deux ! » ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 1 ss.

¹⁹ DUBEY/ZUFFEREY, N 203 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 95 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 3 ss ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 1 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 554 ss ; AUBERT, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, VII ; PERRENOUD, in : *ibid.*, 6 s. ; GRISEL, 107 ss ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 8 ss.

²⁰ LEROY/SCHOENENBERGER, 555 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 99 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 90 ss ; WEBER, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD, 234 ; GRISEL, 107 ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 13 ss.

contre, c'est-à-dire de la procédure pénale²¹. Il est ainsi la figure principale, non seulement de cette dernière, mais du droit pénal dans son ensemble également, à la fois parce qu'il est le sujet et l'objet du procès²² qui va sanctionner son comportement, mais aussi, et déjà, car c'est surtout lui que visent les dispositions du Code pénal : au travers des méfaits qu'il peut commettre (art. 111 ss CP), des peines et mesures encourues (art. 34 ss CP) et de leur exécution (art. 74 ss CP). Or, ces considérations générales ne nous renseignent pas sur son identité : mais qui est le prévenu ?

De prime abord, lorsqu'un tiers frappe un tiers au visage, le droit pénal met aux prises le prévenu et la personne qui la subit. Cet exemple fait montre d'une situation opposant *a priori* deux particuliers, tendant à faire ressortir ce cas au droit privé.

Pourtant, les choses ne sont pas aussi simples. En effet, une très large partie des incriminations du Code pénal constituent des « infractions ordinaires », dont tout un chacun peut se rendre coupable²³. Ces dispositions ne connaissant pas de restriction relativement à l'auteur, elles englobent donc également l'État²⁴ et ses agents, conduisant à relativiser la qualification qui précède. À cela, il faut ajouter qu'il existe de surcroît des « infractions spéciales » que seules des personnes revêtant une qualité particulière peuvent commettre²⁵, parmi lesquelles certaines ne visent comme auteurs que des agents de l'État²⁶.

Toutefois, que l'agent étatique s'adonne à une activité coupable qui n'appréhende que lui ou n'importe qui, encore faudrait-il, pour retenir une appartenance au droit public, que l'agent procède dans ce contexte en tant que détenteur de la puissance publique. Or, rien n'est moins sûr ici et, au vu de la multiplicité des configurations possibles, il convient de se tourner vers la personne frappée par l'infraction.

b) La partie lésée

S'agissant de la personne subissant l'infraction, il s'agit de la partie lésée, soit celle « dont les droits ont été touchés directement par une infraction » (art. 115 al. 1 CPP). De

²¹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 735.

²² CR CPP-MACALUSO, art. 111 N 4.

²³ TRECHSEL/NOLL/PIETH, 75 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 224 s. ; STRATENWERTH, 156 s. ; CR CP I-STRÄULI, art. 26 N 5 ; GRAVEN/STRÄULI, 95 ss.

²⁴ BSK StPO-ENGLER, art. 111 N 1, précise bien que le prévenu peut être une personne physique comme une personne morale en se référant à l'« entreprise » de l'art. 102 CP. Or, si cette disposition vise notamment « les personnes morales de droit public » (al. 4 lit. b), la Confédération, les cantons, ainsi que les communes politiques sont exclus de son champ d'application en qualité de « corporations territoriales) (CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 9 ss ; MACALUSO, 155 ss ; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 392 s.).

²⁵ TRECHSEL/NOLL/PIETH, 75 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 224 s. ; STRATENWERTH, 156 s. ; CR CP I-STRÄULI, art. 26 N 5 ; GRAVEN/STRÄULI, 95 ss.

²⁶ Par exemple, cf. art. 138 ch. 2, 312 ss, 322^{quater} et 322^{sexies} CP.

ce fait, le lésé doit être titulaire du « bien juridiquement protégé » par l'infraction²⁷. À cet égard, peut être lésé aussi bien une personne physique qu'une personne morale²⁸. Toutefois, la nature *directe* de l'atteinte subie par le lésé implique que l'infraction en cause ait pour objet un « bien juridique individuel »²⁹. Or, cela n'est pas le propre des seules personnes physiques. En effet, l'État disposant aussi d'un patrimoine³⁰, il peut également être volé et, par là, directement atteint dans ses droits et être lésé. Ainsi, se reposer sur la qualité de lésé pour retenir une application du droit privé dans ce contexte n'est pas pertinent.

En outre, nombreuses sont les situations dans lesquelles un auteur commet une infraction pénale sans que celle-ci ne se traduise forcément par une quelconque atteinte directe au détriment des droits d'une tierce personne ou, autrement dit, sans qu'il n'y ait de lésé³¹ ; c'est même le propre des infractions protégeant des « biens juridiques collectifs »³². Tel est par exemple le cas de l'infraction sanctionnant quiconque ne respectant pas les règles de la circulation routière (art. 90 al. 1 LCR³³), sans pour autant provoquer un accident mettant en cause des tiers : l'auteur commet alors une infraction pénale « sans qu'une lésion quelconque ne soit causée »³⁴. En l'occurrence, le bien juridique violé est la sécurité routière et, en cela, il n'appartient pas à une personne déterminée, mais à l'ensemble de la communauté, en tant qu'usagère de la route, raison pour laquelle il est collectif³⁵.

En synthèse, l'*opposant* au prévenu peut être un particulier ou non. Il peut même ne pas en exister, rendant impossible la qualification juridique à l'aune du critère du sujet à la relation juridique. Pour ce faire, il y a lieu d'évoquer une autre partie et qui est le véritable opposant au prévenu : la justice pénale.

27 PIQUEREZ/MACALUSO, N 850 ss ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 7, laquelle précise que la jurisprudence apporte sa protection non seulement au propriétaire, mais aussi à celui disposant d'un droit d'usage sur la chose (ATF 119 IV 209).

28 BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 31 ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 7.

29 PIQUEREZ/MACALUSO, N 854 ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 10 ; HURTADO-POZO/GODEL, N 8 s. Il en va ainsi des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (art. 111 ss CP), mais aussi le patrimoine (art. 139 ss CP), etc. L'État est ainsi exclu du cercle des lésés potentiels en présence d'infractions se rattachant exclusivement à la personne humaine, mais pas forcément ses agents à titre personnel comme tout particulier.

30 MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 751 ss.

31 CR CPP-PERRIER, art. 115 N 11 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 215 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 855 ; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 68 s.

32 HURTADO-POZO/GODEL, N 8 s.

33 RS 741.01.

34 KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 331.

35 ATF 138 IV 258, c. 3.2. S'agissant des autres alinéas, la définition du bien juridique protégé est plus controversée, cf. JEANNERET, 32, et réf. citées. Cf. également : BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, art. 115 N 88 s. ; CR CPP-PERRIER, art. 115 N 16 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 85 s.

c) La justice pénale

Déclenchant l'action publique, l'infraction commise justifie l'intervention de la *justice pénale*, laquelle va complètement changer la donne de la qualification. Conformément à l'art. 2 CPP, « la justice pénale est administrée *uniquement* par les *autorités* désignées par la loi », excluant ainsi la *justice privée*³⁶. En dépit de l'appellation générique qui lui est adossée, la « justice pénale » est loin d'être un corps unique, divisé qu'il est entre autorités de poursuite (art. 12 CPP) et de jugement (art. 13 CPP), lesquelles connaissent également des subdivisions en leur sein. En tout état de cause, l'autorité est chargée de la poursuite et du jugement de comportements contraires au droit pénal.

Parmi les autorités de poursuite pénale figure en première ligne le « Ministère *public* », dont la traduction en langue allemande (« *Staatsanwaltschaft* ») ne laisse planer aucune hésitation dans notre discussion. Celui-ci exerce « l'action *publique* » (art. 16 al. 1 CPP) qui a pour objet la répression de « l'atteinte portée à l'*ordre social* »³⁷ en portant l'accusation publique devant les tribunaux. Représentant de l'*État* et, plus largement encore de la communauté tout entière, il intervient comme le seul accusateur principal face au prévenu dans le cadre du procès pénal³⁸. Le prévenu est soumis à l'autorité de jugement qu'est le tribunal (étatique et) répressif, dont le rôle est de se prononcer sur le sort du prévenu et, le cas échéant, de lui infliger une sanction³⁹. Cette dernière n'est pas définie par la *justice pénale* et elle n'est pas une émanation du pouvoir judiciaire de l'*État*, mais elle est du ressort du pouvoir législatif – un autre organe de l'*État* –, car il revient en effet au législateur de définir les comportements punissables pénalement et la sanction qui y est attachée⁴⁰.

Ainsi, aussi bien le Ministère public que les tribunaux, qu'ils soient chargés d'ordonner des mesures de contrainte (art. 18 al. 1 *cum* art. 196 ss CPP) ou de statuer sur les infractions (art. 19 al. 1 CPP), sont des autorités étatiques qui interviennent en qualité de détenteurs de la puissance publique. Partant, cela justifie que la relation liant les diverses parties en présence d'une infraction pénale soit soumise au droit public.

³⁶ Sous réserve de l'admission de certains faits justificatifs, à l'instar de la légitime défense (art. 15 CP), cf. CR CPP-ARN/STEINER, art. 2 N 1 et 4 ; BSK StPO-STRAUB/WELTERT, art. 2 N 2 ; CR CPP, art. 2 N 2 et 6.

³⁷ CR CPP-ARN/STEINER, art. 16 N 3 ; CR CPP, art. 16 N 2.

³⁸ CR CPP, art. 16 N 2 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 697 ss.

³⁹ PIQUEREZ/MACALUSO, N 716 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 103.

⁴⁰ Bien que la peine de mort ne fasse heureusement plus partie de cet arsenal, ce dernier demeure extrêmement puissant, car les sanctions de notre ordre juridique peuvent avoir des incidences gravissimes sur l'auteur, dès lors qu'il peut se voir retirer un bien suprême – à savoir la liberté – cela à vie ou jusqu'à la mort, en présence de certaines infractions (cf. art. 112, 185 ch. 3, 264b ss CP ; cf. également le cas de l'internement à vie : art. 64 al. 1^{bis} CP).

En effet, toute infraction provoque dans tous les cas l'entrée en jeu de deux acteurs que sont le prévenu et la justice pénale au travers du Ministère public⁴¹, garant des valeurs sociales que le prévenu a violé en commettant une infraction pénale. Qui plus est, lorsqu'il porte atteinte à un bien juridiquement protégé individuel d'un particulier, « la protection de l'intérêt public associé à la répression pénale se trouve partiellement subordonnée à la protection de l'intérêt privé de la victime »⁴². En tout état de cause, la présence de la justice pénale, et du Ministère public surtout, autorité étatique intervenant au nom de l'État, permet ainsi clairement de considérer, à l'aune du critère des sujets, que le droit pénal ressortit au droit public.

2. Relativement à l'intérêt

S'agissant du critère de l'intérêt, ressortissent au droit public les normes sauvegardant de manière prépondérante un intérêt général et au droit privé celles protégeant un intérêt particulier⁴³. Par rapport au droit pénal, cela implique d'examiner brièvement à la fois les fondements du droit pénal *per se*, mais aussi de sa principale intervention – la sanction –, afin de mettre en exergue l'intérêt qu'il poursuit.

Protégeant un « minimum éthique »⁴⁴, le droit pénal consacre en première ligne un interdit, bien qu'il ne le dise jamais expressément⁴⁵, en proscrivant à quiconque d'adopter un comportement portant atteinte à « ensemble de valeurs » dominantes de la communauté et « jugées suffisamment essentielles pour qu'il soit nécessaire de réagir à leurs violations »⁴⁶. La réaction du droit pénal, ou le passage de l'interdiction à la répression, est rendue nécessaire lors de la commission d'une infraction pénale, car son auteur cause non seulement un préjudice à un membre de la société, mais aussi car il attaque l'autorité de l'État en violant ses lois. En cela, l'infraction trouble l'ordre social lui-même⁴⁷ et atteint, parfois gravement, la communauté, en portant un coup de poignard au pacte par lequel elle confie à l'autorité le monopole de la violence légitime⁴⁸. C'est en lui que se trouvent les fondements du droit pénal, car en échange du sacrifice d'une parcelle de sa

⁴¹ Exception faite des contraventions (art. 103 CP) car la poursuite et le jugement y relatifs peuvent être soumis à des autorités administratives (art. 17 CPP).

⁴² TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 108.

⁴³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 97 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 4 ; DUBEY/ZUFFEREY, N 203 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 44 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 554 ; GRISEL, 108 s. ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 9 ss.

⁴⁴ GRAVEN/STRÄULI, 8 ; PAREIN, 110.

⁴⁵ Contrairement aux Dix Commandements qui expriment directement cet interdit, par exemple : « Tu ne tueras point » (Exode 20-13).

⁴⁶ PAREIN, 110 ; GRAVEN/STRÄULI, 8 ; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, art. 1 N 5.

⁴⁷ DUBEY/ZUFFEREY, N 227 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 585.

⁴⁸ WEBER, 88 ss ; MARQUSET, 118 ; BSK StPO-STRAUB/WELTERT, art. 2 N 2 ; GRAVEN/STRÄULI, 5.

liberté, la communauté attend de l'État qu'il veille à la paix et à la sécurité de toutes et tous⁴⁹. Tel est, en résumé, l'objectif du droit pénal.

Ainsi, le droit pénal trouve sa raison d'être dans « la seule nécessité de faire régner le minimum de discipline que la collectivité peut exiger de ses membres »⁵⁰. Ce faisant, le droit pénal protège l'*intérêt public*, dit le Tribunal fédéral⁵¹.

Cet intérêt général transcende l'ensemble du droit pénal, de ses fondements jusqu'à son action, laquelle se concrétise finalement par le prononcé de la peine. En effet, celle-ci est notamment vouée à garantir la sécurité et protéger la vie en société, que ce soit en comptant sur l'effet dissuasif de la peine, aussi bien sur l'auteur lui-même (prévention spéciale) que sur tout autre auteur potentiel (prévention générale), ou en mettant l'auteur dans l'incapacité de porter atteinte à nouveau aux valeurs sociales⁵².

Vu ce qui précède, le critère de l'intérêt fait basculer le droit pénal du côté du droit public.

3. Relativement à la *subordination*

Reste encore à discuter de la *subordination*, critère voulant que soit rattachée au droit public la relation dans laquelle une partie est dans une position *juridiquement* supérieure à l'autre et au droit privé lorsque les parties se trouvent sur un pied d'égalité en droit⁵³.

S'il jouit de garanties fondamentales, le prévenu voit se dresser face à lui un « ogre impérial » – l'État – disposant de moyens considérables pour répondre au trouble social que l'auteur de l'infraction a causé. Premièrement, cette *toute-puissance* de l'État se manifeste par la détermination de la peine-menace qui lui revient. Elle se concrétise ensuite, lorsqu'une infraction est commise, par l'intermédiaire des divers moyens de coercition qui attendent aux droits fondamentaux du prévenu (art. 196 ss CPP), mais que la justice pénale peut prendre à son encontre : de l'obligation de se présenter à l'autorité (art. 201 ss CPP) à l'exécution forcée de celle-ci (art. 207 ss CPP), la récolte

⁴⁹ BECCARIA, § II, 49 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 554 ; GRAVEN/STRÄULI, 8.

⁵⁰ GRAVEN/STRÄULI, 5.

⁵¹ ATF 73 IV 172, c. 2. Curieusement, l'arrêt ne précise pas l'*intérêt public* dont il s'agit, quand bien même l'on devine aisément qu'il est fait référence à la sécurité et à l'ordre publics.

⁵² La peine pénale répond à diverses fonctions et nombreux sont les auteurs, notamment pénologues, qui se sont penchés sur cette question. À ce sujet, nous renvoyons, entre autres, aux travaux du célèbre DURKHEIM, cf. DURKHEIM, Livre I, Chapitre II.

⁵³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 99 s., qui évoquent la distinction entre les actes étatiques accomplis *iure imperii* et *ire gestionis* en droit international ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 4 ; DUBEY/ZUFFEREY, N 203 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 10 ss ; LEROY/SCHOENENBERGER, 555 s. ; GRISEL, 107 s. ; FLEINER-GERSTER, § 8 N 12.

d’empreintes (cf. art. 260 CPP) ou encore la surveillance de la communication (art. 269 ss CPP), jusqu’à la privation de liberté (art. 212 ss CPP) pour pouvoir mener à chef le procès pénal. Enfin, la justice pénale met un terme au procès pénal en rendant son verdict et, le cas échéant, en prononçant une sanction, contre laquelle le prévenu désormais condamné ne peut rien si la décision est conforme au droit⁵⁴.

Ainsi, il y a lieu d’admettre que la relation nouée entre l’auteur d’une infraction et la justice pénale se fonde sur un rapport de subordination par lequel l’État *impose* à marche forcée et au nom de l’intérêt général qu’est la protection de la société diverses mesures de contrainte. Le droit pénal est donc de ce point de vue un droit *public* et non privé.

4. Synthèse

Si aucun critère n’est en soi décisif⁵⁵, le résultat auquel chacun d’entre eux conduit le droit pénal est sans équivoque et il semble indéniable qu’il appartient à la grande famille du droit public⁵⁶. En effet, le droit pénal conduit toujours à l’intervention de l’État et la relation qui le lie à l’auteur de l’infraction est verticale, dans la mesure où l’État *dicte* la marche à suivre et *impose* ses décisions. Cette *verticalité* se justifie eu égard au fait que l’État agit, en qualité de *détenteur de la puissance publique*, au nom de la collectivité et donc de l’*intérêt général*⁵⁷.

B. Son autonomie

Cela étant, la dichotomie de l’ordre juridique entre droit public et droit privé est discutable, parce que la stricte application des critères de distinction conduit à l’incorporation au droit public de nombreuses branches « qui, en raison de leur développement, sont depuis longtemps l’objet de disciplines indépendantes », à l’instar précisément du droit

⁵⁴ Cf. : art. 393 al. 2 et 398 al. 3 CPP.

⁵⁵ De façon générale, le Tribunal fédéral procède par une méthode *pluraliste* ou *éclectique*, cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 204 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 101 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 5 s. ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 121 ss.

⁵⁶ PIQUEREZ/MACALUSO, N 16 ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 25 s. ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 18 N 13 ss ; GAUTHIER, 333 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 585.

⁵⁷ Le propos se doit d’être nuancé, d’un point de vue historique, TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 106, relevant en effet que : « le droit pénal n’a pas toujours été aussi clairement dissocié qu’aujourd’hui du droit civil et [...] tant les acteurs impliqués que les intérêts sous-jacents à l’application de la peine, qu’ils soient individuels ou collectifs, ont été très longtemps « privés » et non « publics », du moins au sens spécifique et actuel de ce terme ».

pénal⁵⁸. Elle a en outre pour inconvénient que le droit pénal peut être perçu comme un *gendarme du droit* n'ayant qu'un *rôle sanctionnateur*⁵⁹.

Au-delà de la *summa divisio*, la place du droit pénal dans l'ordre juridique a plus largement été soulevée, en Suisse comme ailleurs, des auteurs évoquant tant son caractère *auxiliaire* que son *autonomie*, tandis que la doctrine française décèle en lui une nature *mixte*, là où il est traditionnellement rangé du côté du droit privé⁶⁰.

S'il y a effectivement lieu de relever que le droit pénal joue certes un rôle auxiliaire par rapport aux autres branches du droit, en leur apportant l'appui de ses sanctions spécifiques, l'on ne saurait le réduire à sa seule dimension sanctionnatrice⁶¹. Non seulement le monopole prescription-sanction n'est pas l'apanage du seul droit pénal⁶², mais surtout, d'un point de vue *fonctionnel*, celui-ci répond à une logique toute autre que celle gouvernant les droits public et privé, dès lors que son intervention est de « pure *défense sociale* » ou de la « *défense de la Société* », en tirant sa légitimité dans la *nécessité sociale* de punir pour rétablir l'ordre social troublé⁶³. Il se détache donc du droit public et forme une branche du droit distincte, démontrant son caractère autonome. Qui plus est, la dualité des actions civile et publique témoigne du fait que le droit pénal protège des intérêts variés, englobés par d'autres branches du droit aussi, mais de manière différente, mettant en exergue la nécessité de défendre une valeur sociale spécifique en plus d'un bien juridiquement protégé privé.

En outre, le droit pénal crée parfois de nouvelles règles de conduite, de sorte qu'il ne se limite pas à sanctionner de manière spécifique la violation de règles relevant d'autres branches du droit⁶⁴. Au contraire, il jouit d'une certaine autonomie *normative* et a un *rôle*

⁵⁸ GRISEL, 107. Dans le même sens, cf. SCHWANDER, N 27, évoquant « l'émancipation » du droit pénal ; DUBÉY/ZUFFEREY, N 62 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 586 ; PEDRAZZI, in : GAUTHIER, Sanctionnateur, 16 ss ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 105 ss. *Contra* : PIQUEREZ/MACALUSO, N 16, qui ne sont pas absolument catégoriques, en écrivant simplement, que le « droit pénal au sens large [...] peut être rattaché au droit public », tout en ajoutant que « la procédure pénale [...] appartient au droit public ».

⁵⁹ GAUTHIER, Sanctionnateur ; CASSANI, 287 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 5 ; MERLE/VITU, 212.

⁶⁰ MARTY/RAYNAUD, Droit civil I, 2^e éd., Paris 1972, 77. Sur le droit pénal en droit français, cf. TILLET E., Répertoire de droit pénal et de procédure pénale. Histoire des doctrines pénales, 2002, N 8 s.

⁶¹ Sur le *rôle sanctionnateur du droit pénal* qui tendrait à en faire un *gendarme du droit*, voir notamment :

⁶² GAUTHIER, Sanctionnateur ; CASSANI, 287 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 5 ; MERLE/VITU, 212.

⁶³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 102 s. ; CASSANI, 288 s. ; GRAVEN/STRÄULI, 4 ; GAUTHIER, in : GAUTHIER, Sanctionnateur, 219.

⁶⁴ GRAVEN/STRÄULI, 5 ; LEROY/SCHOENENBERGER, 585. Sur la « *défense sociale* », cf. GRAVEN, Répression pénale et *défense sociale*, 37 ss ; GRAVEN, *Défense sociale*, 1 ss.

⁶⁵ Par exemple, l'incrimination des comportements homicides est propre au droit pénal. Sur le lien existant entre les différentes branches du droit et d'autres notions comme la morale ou la religion, cf. VAN DE KERCHOVE M./OST F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris 1988, 149 ss.

pilote, PEDRAZZI relevant ainsi que « c'est la loi pénale qui dégage de l'expérience sociale une série d'intérêts de premier rang et en fait des < biens juridiques > »⁶⁵. À cela, il convient encore d'ajouter une autonomie *procédurale* dont est doté le droit pénal⁶⁶. En effet, il dispose de *juridictions spécialisées* et d'une procédure se distinguant des autres branches principales de l'ordre juridique. Il est également doté de *notions fondamentales* n'appartenant qu'à lui et se ramifie en *sous-branches spéciales*⁶⁷. L'ensemble de ces éléments conduit l'administration à le reconnaître à part, car même si une large part du *Recueil systématique* est dédiée au droit public, deux exceptions existent pour le droit privé... et le droit pénal justement. Enfin, l'indépendance du droit pénal se manifeste aussi *constitutionnellement*, le souverain ayant réservé plusieurs dispositions au droit pénal (art. 32 et 123 ss Cst.).

En définitive, faire du droit pénal une branche du droit public sans reconnaître son autonomie apparaît trop réducteur. Cela étant, il a une filiation certaine avec ce dernier, tant il est vrai que nombreux sont les domaines où les droits pénal et public sont limitrophes, le *droit pénal administratif* témoignant de la complexité de cette relation⁶⁸.

III. *L'iter criminis* revisité par le terrorisme

À l'heure actuelle, le Code pénal suisse ne dispose que d'une seule norme visant expressément le terrorisme : l'art. 260^{quinquies} CP qui incrimine son financement. Toutefois, de nouvelles incriminations devraient sous peu voir le jour afin de renforcer la lutte contre le phénomène⁶⁹. Ces dispositions s'insèrent toutes dans une logique *préventive*, mais à caractère *répressif*. Dans le même temps, le Conseil fédéral projette aussi d'adopter des mesures policières *préventives* en matière de terrorisme, afin d'empêcher tout individu de basculer dans l'*illicite pénal*.

Compte tenu de l'interconnexion entre *répression* et *prévention* ici, il s'agit de s'arrêter plus avant sur la notion d'*iter criminis* afin de mieux mettre en exergue la frontière du licite et de l'illicite (A), pour ensuite discuter de la rencontre entre le droit pénal et le droit public : d'une part, au travers de l'émergence d'un droit pénal du terrorisme de *la*

⁶⁵ PEDRAZZI, in : GAUTHIER, Sanctionnaire, 16.

⁶⁶ LEROY/SCHOENENBERGER, 585 ; TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 111.

⁶⁷ LEROY/SCHOENENBERGER, 585.

⁶⁸ MOOR/POLTIER, 152 ss ; GARBARSKI, 411 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 97 ss ; ROTH, in : GAUTHIER, Sanctionnaire, 127 ss ; GAUTHIER, 337 ; STRATENWERTH, 56 ss ; HURTADO-POZO, N 40 ; WIEDERKEHR/RICHLI, § 1 N 281 ss ; WIEDERKEHR, 15 ss.

⁶⁹ FF 2018 6469 ; MOREILLON/LUBISHTANI, 514 ss.

menace avec les infractions pénales terroristes (B) se trouvant, d'autre part, aux confins d'un droit public répressif, (bientôt) doté de *mesures policières* (C).

A. Le droit pénal de l'acte en général

L'infraction intentionnelle⁷⁰ est un processus évolutif du point de vue temporel. En effet, il existe de nombreux stades *intermédiaires* entre le moment où germe l'*idée* de la commettre et celui où elle se *matérialise* effectivement. Pour décortiquer le parcours suivi par l'auteur, mais aussi définir la frontière séparant le licite de l'illicite pénal, la doctrine a développé le concept théorique de l'*iter criminis* ou du « cheminement intellectuel criminel »⁷¹. Pour ce faire, sont distinguées la phase *psychologique interne* à l'auteur et la phase *matérielle externe*.

Dans la première phase de *délibération* naît tout d'abord la pensée dans le for intérieur de l'auteur, laquelle débouche ensuite sur la *résolution criminelle*, lorsqu'il prend la décision de commettre l'infraction⁷². Conformément à l'art. 1 CP néanmoins, seuls tombent sous le coup de la loi pénale les *actes* expressément réprimés par la loi. Expriment le principe *cogitationis pœnam nemo patitur*, le Code pénal n'appréhende donc pas la pensée, en exigeant nécessairement qu'elle se matérialise dans le monde extérieur pour la réprimer⁷³.

L'auteur entre dans la phase de *concrétisation* au moment où sa pensée se présente dans le monde extérieur au travers d'*actes préparatoires*, par lesquels il « se borne à préparer l'exécution de l'infraction, sans encore la commencer »⁷⁴. Ainsi, ces actes viennent concrétiser « la résolution criminelle de l'auteur », afin de « préparer l'exécution » de l'infraction⁷⁵.

Compte tenu des tensions existant entre, d'une part, la garantie de la liberté personnelle et, d'autre part, la protection de la sécurité publique, les codes pénaux modernes ne fixent le seuil de la punissabilité qu'au stade du « commencement d'exécution qui caractérise la tentative »⁷⁶. L'exigence du *passage à l'acte* cherche à parer dans ce contexte à

⁷⁰ GRAVEN/STRÄULI, 256 ; MEYLAN, 17 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 507 ; DONATSCH/TAG, 136.

⁷¹ MEYLAN, 18 ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ss.

⁷² GRAVEN/STRÄULI, 256 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 2 ; PC CP, Rem. pré. aux art. 22 à 23 N 1 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 507 ; DONATSCH/TAG, 136 ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ss.

⁷³ ATF 134 IV 100, c. 7.2.1 = JdT 2007 IV 95 ; ATF 117 IV 309, c. 1a = JdT 1993 IV 185 ; ATF 80 IV 67 = JdT 1954 IV 119 ; MEYLAN, 18 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 1 N 24 ; GRAVEN/STRÄULI, 256 ss ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ; DONATSCH/TAG, 133.

⁷⁴ PC CP, Rem. pré. aux art. 22 à 23 N 1 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 2 ; GRAVEN/STRÄULI, 256 ss ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1 ss.

⁷⁵ MEYLAN, 19 ; LOGOZ/SANDOZ, art. 21-23, N 1.

⁷⁶ MEYLAN, 19.

l'insécurité juridique et à l'inégalité de traitement, mais aussi à surmonter les difficultés inhérentes à la *preuve pénale*, car ces actes dits préparatoires peuvent être très éloignés, dans le temps et l'espace, de la commission de l'infraction⁷⁷. Cela signifie qu'aussi bien la délibération⁷⁸ que les actes préparatoires échappent en principe au droit pénal. S'agissant des actes préparatoires en effet, leur appréhension ne se justifie point, car, socialement admis, tout à fait équivoques et anodins, ils apparaissent inoffensifs⁷⁹, sauf exception⁸⁰.

Ainsi, l'auteur bascule dans tous les cas dans l'*illicéité pénale* au stade de la tentative (art. 22 CP), laquelle correspond à l'accomplissement d'« actes qui, selon le cours ordinaire des choses [...] devraient aboutir [...] à la consommation du délit en question »⁸¹. Cette étape représente pour l'auteur « la démarche ultime et décisive vers l'accomplissement du délit et après laquelle on ne revient normalement plus en arrière, sauf survenance de circonstances extérieures qui rendent l'exécution de l'intention plus difficile sinon impossible »⁸². Finalement, l'auteur parvient au bout de l'*iter criminis* lorsqu'il mène à chef l'exécution de l'infraction et que tous ses éléments constitutifs sont réalisés, consommant ainsi l'infraction⁸³.

B. Le droit pénal *publicisé* de la menace terroriste...

La naissance du droit pénal du terrorisme remonte à 1894 pour faire face aux menées anarchistes d'alors et à ses attentats à la bombe⁸⁴. Étaient ainsi réprimés l'usage de matières explosibles, leur fabrication et leur détention notamment⁸⁵. Dans un premier temps, ce droit pénal est ainsi conditionné par la « dimension temporelle post-infractionnelle », en ce qu'il se borne à être une *réaction* à l'activité terroriste et aux troubles à l'ordre public qu'elle occasionne⁸⁶.

⁷⁷ GRAVEN/STRÄULI, 258 ; MEYLAN, 19.

⁷⁸ MEYLAN, 19, évoque quelques exceptions dans lesquelles la *délibération* mais *extériorisée* est réprimée.

⁷⁹ LOGOZ/SANDOZ, art. 21 N 1, se référant à l'avant-projet de STOOS de 1893 qui déclarait que « les actes préparatoires ne sont pas punissables » ; MEYLAN, 23 ; GRAVEN/STRÄULI, 257.

⁸⁰ Cf. *infra* B.

⁸¹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 504 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 4 ; GRAVEN/STRÄULI, 260 ss ; MEYLAN, 19 s.

⁸² ATF 117 IV 395, c. 3.

⁸³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 509 s.

⁸⁴ MOREILLON/LUBISHTANI, 511.

⁸⁵ RO 14 286 ; FF 1893 V 769, 1894 II 318.

⁸⁶ ALIX, 845 ss.

Néanmoins, le principe voulant que le droit pénal libéral soit subordonné au passage à l'acte va par la suite connaître une série de dérogations dans la législation antiterroriste avec l'apparition de nouvelles incriminations confirmant progressivement l'émergence d'un droit pénal préventif s'écartant des idéaux généraux de la discipline. À cet égard, des signes avant-coureurs du changement de philosophie en cours apparaissent dans les années 1970, lorsque s'opère un basculement vers un droit pénal « dérogoire » pour le terrorisme par l'entremise de deux mesures : premièrement, l'introduction en 1970 du principe d'universalité rendant le droit suisse applicable à certaines infractions bien que commises à l'étranger⁸⁷ ; ensuite, en 1977, l'abolition de la prescription pour les actes terroristes dans le cadre extraditionnel⁸⁸. Ces mesures traduisent la volonté – pas encore clairement exprimée – d'accentuer la répression du phénomène terroriste, pour en faire une criminalité à part devant être saisie par l'exception plutôt que la règle.

L'entrée en vigueur de l'art. 260^{bis} CP sur les « actes préparatoires délictueux » en 1982 va confirmer ce changement de paradigme et marquer un tournant. En effet, cette particularité helvétique⁸⁹ fait une entorse au droit pénal de l'acte, afin de le doter des outils propres à faire face au terrorisme et, plus généralement, à la criminalité présentant une dangerosité particulière, à un stade encore précoce de *l'iter criminis*⁹⁰, c'est-à-dire au moment où l'auteur prend des « dispositions »⁹¹. Ce choix du législateur est clairement assumé et les mots du conseiller national Fischer-Häggingen trahissent à eux seuls la métamorphose qui est en train de s'opérer dans le droit pénal, lorsqu'il décrit l'art. 260^{bis} CP comme une « *rechtzeitigen Schutz der Gemeinschaft* »⁹².

Ce mouvement d'extension du champ de la répression pénale de l'activité terroriste ne va cesser de s'accroître au fil des années pour englober également une multitude d'actes périphériques. Après une tentative avortée d'adopter une disposition réprimant l'association de malfaiteurs dans le cadre de la nouvelle sur les actes de violence criminels⁹³, le législateur est revenu à la charge. Il s'est d'abord agi de criminaliser en 1994 le

⁸⁷ FF 1980 I 1216, 1219 s. ; FF 1976 III 1267, 1283 ss.

⁸⁸ FF 1980 I 1216, 1220 ; FF 1977 II 1217, 1225 ss.

⁸⁹ BSK StGB-ENGLER, art. 260^{bis} N 1 ; MEYLAN, 153 ss et 161 ss. Cette disposition n'est pas unique en son genre, cf. également les art. 226^{ter} CP et 19 al. 1 let. g LStup (RS 812.121). Au sujet des actes préparatoires plus généralement, cf. BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Vor Art. 22 N 9 ; CR CP I-HURTADO-POZO, art. 22 N 17 ss ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 506 ; PC CP, Rem. prélim. aux art. 22 à 23 N 2 ; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 181 ; GRAVEN/STRÄULI, 257 ; MEYLAN, 24 ss.

⁹⁰ L'art. 260^{bis} CP reprend diverses initiatives parlementaires (FF 1980 I 1216, 1218), cf. motion 10.767 Bärlocher, Répression des actes de violence, 10.12.1970 ; BO CN 1971 1351, CE 1971 819.

⁹¹ Pas n'importe lesquelles, car elles doivent être « concrètes », cf. notamment MEYLAN, 83 ss.

⁹² BO CN 1980 1609 ; BSK StGB-ENGLER, art. 260^{bis} N 2.

⁹³ L'incrimination de l'association de malfaiteurs figurait dans le projet du Conseil fédéral (FF 1980 I 1216, 1223), mais le Parlement l'a écartée (CR CP II-LIVET/DOLIVO-BONVIN, art. 260^{ter} N 1).

soutien à l'organisation terroriste par l'art. 260^{ter} CP⁹⁴. Aussi bien cette infraction que l'art. 260^{bis} CP revêtent une nature qui les destinent à saisir les actes préparatoires, que le Conseil fédéral met en avant avec une dose d'euphémisme, en considérant que ces dispositions ont « en commun le fait qu'elles *peuvent* s'appliquer avant même que l'acte terroriste prévu soit mis à exécution »⁹⁵, alors que telle est leur finalité véritable en réalité.

C'est dans cette même lignée que suivront dès 2001 l'incrimination de l'organisation des actions de propagande et le recrutement d'adeptes en faveur d'Al-Qaïda⁹⁶, puis en 2003 du financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP) que le législateur exclut de l'art. 260^{bis} CP, au motif précisément que le comportement réprimé recouvre déjà en tant que tel « des actes préparatoires spécifiques »⁹⁷. Une dernière vague d'incrimination des actes préparatoires devrait bientôt voir le jour dans le Code pénal, le Parlement étant appelé à se prononcer sur l'incrimination de l'entraînement au maniement d'armes ou d'explosifs, le recrutement et enfin sur le voyage (art. 260^{sexies} pCP)⁹⁸.

Cette dernière infraction est emblématique à plus d'un titre de l'incrimination à rebours de comportements équivoques pour faire face au terrorisme, en criminalisant des actes « *en vue de* » : d'une part, parce que toutes les infractions évoquées visent des actes préparatoires de l'activité terroriste ; d'autre part, car elles sont également toutes de nature formelle, ce qui a pour conséquence que la condamnation pénale peut « être détachée de toute réalisation effective, non seulement d'une action terroriste (attentat au sens courant), mais encore de tout trouble à l'ordre public »⁹⁹.

C'est ainsi dans une tout autre logique que procède l'intervention du droit pénal du terrorisme, car il ne s'agit plus d'incriminer l'action terroriste elle-même, mais la préparation qui la précède et plus exactement la *menace crainte* qui en découle. C'est précisément là que l'évolution du droit pénal est notable, parce que désormais, et de façon très nette pour le législateur, il assume désormais une fonction qui est la *prévention* des actions terroristes.

Cette mission nouvellement assignée au droit pénal contemporain est guidée par le fait que le terrorisme recèle en lui le risque de porter atteinte au droit à la vie qui est garanti (art. 2 CEDH). C'est en effet pour parer au terrorisme et à la menace d'attentat que le législateur cherche à attaquer le mal dès la racine pour détecter les premiers signes an-

⁹⁴ MOREILLON/LUBISHTANI, 511 ; BSK StGB-ENGLER, art. 260^{ter} N 7.

⁹⁵ FF 2002 5014, 5055 (souligné par nous).

⁹⁶ Art. 2 de la Loi fédérale interdisant les groupes Al-Qaïda et État islamique, ainsi que les organisations apparentées (LAQEI ; RS 122). Cette loi reprend des ordonnances du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, cf. RO 2001 3040 ; 2003 485 ; 2005 5425 ; 2008 6271 ; 2012 1 ; 2014 4565.

⁹⁷ FF 2002 5014, 5061.

⁹⁸ FF 2018 6469, 6561 s.

⁹⁹ ALIX, 845 ss.

nonciateurs, en multipliant les incriminations susceptibles d'intervenir très tôt sur le chemin de l'*iter criminis*, justifiant ainsi une forme de *répression anticipée*, mettant au cœur de la criminalisation non plus l'*acte* terroriste, mais la menace qu'il survienne. Pour le législateur à présent, le droit pénal ne doit plus attendre la concrétisation du danger pour entrer en scène, laissant de côté le principe de réactivité du droit pénal¹⁰⁰.

De ce fait, l'évolution du droit pénal dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste est triple puisqu'il n'est plus réaction, mais *proaction*, mais aussi, car il n'est plus de défense sociale, mais de *protection* de la communauté et, enfin, parce qu'il place la *menace* au centre de la répression et non plus l'acte. C'est donc en cela que le droit pénal se rapproche du droit public, car, quittant ses terres originelles, il est mobilisé essentiellement à des fins préventives face au terrorisme¹⁰¹. Alors que les champs de la *sécurité* et de *protection* sont traditionnellement dévolus au droit public¹⁰², voilà que le droit pénal du terrorisme les investit également, en assumant pleinement cette nouvelle fonction éloignée de ses fondamentaux, devant nous conduire à repenser la frontière entre ces deux disciplines.

C. Le droit public *répressif* par les mesures policières

Cette réponse pénale au terrorisme, toujours plus en amont, n'a pas engendré un recul « compensatoire » du droit public, bien au contraire. En effet, en lieu et place d'opérer un pas de retrait de l'aval pour faire la place à ce droit pénal préventif, le droit public tend à devenir plus répressif également, brouillant à son tour une frontière de plus en plus ténue entre ces deux branches, dans le cadre d'une répression plus généralement *publicisée*.

Pour prévenir le terrorisme avant la commission d'une infraction pénale, le droit public a tout d'abord pu compter sur les outils du droit de police que lui conférait d'ores et déjà la législation préexistante, à l'instar de l'interdiction d'entrée sur le territoire et l'expulsion, la déchéance de nationalité pour les plurinationaux, l'interdiction d'exercer une activité, le signalement, le monitoring d'Internet, mais aussi l'audition préventive¹⁰³. Par la suite, alors que la protection de l'État reposait sur une architecture datant des années cinquante, les menaces telles que le phénomène terroriste imposaient une refonte, qui a débouché sur l'adoption en 1997 de la Loi fédérale sur les mesures visant au maintien de la sûreté

¹⁰⁰ ALIX, 845 ss.

¹⁰¹ FF 1980 I 1216, 1218 ss ; MEYLAN, 33 ss ; ALIX, 845 ss.

¹⁰² TF 1C_518/2013, 1.10.2014, c. 3.2.

¹⁰³ Art. 67 al. 4 et 68 LEtr (RS 142.20) ; art. 42 LN (RS 141.0) reprenant l'art. 48a LN ; art. 39 et 73 LRens (RS 121) reprenant l'art. 9 aLMSI (RS 120 ; RO 2012 3745, 3746) ; CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse à l'interpellation 16.3269 du 25.4.2016, Lutte contre la radicalisation et le terrorisme, et financement des mosquées, 6.7.2016.

intérieure. Le Message y relatif soulignait que les mesures préventives sont essentielles pour lutter contre le terrorisme, car « les dispositions prises ultérieurement ne suffisent pas »¹⁰⁴, raison pour laquelle la Confédération s'est donc vu confier la mission d'agir « pour détecter précocement les dangers liés au terrorisme » (art. 2 al. 1 aLMSI)¹⁰⁵.

C'est toutefois peu avant les attaques du 11 septembre, lorsqu'ont été mises en œuvre diverses résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU¹⁰⁶, que les instruments du droit public se sont faits plus répressifs. Cette répression s'est traduite par la mise en place du gel des avoirs d'individus liés à Al-Qaïda, ainsi que de leur interdiction d'entrer en Suisse ou d'y transiter, le tout couplé à des sanctions pénales¹⁰⁷. Les attentats qui suivirent à New York moins d'une année après ont alors conduit le législateur à poursuivre dans cette direction, avec l'interdiction de l'organisation Al-Qaïda et d'autres groupes apparentés¹⁰⁸, puis par la banalisation de ce dispositif¹⁰⁹.

La multiplication des attentats terroristes sur le sol européen cette dernière décennie a fait émerger une politique sécuritaire en Europe et en Suisse, qui a cherché à développer un arsenal de mesures permettant d'appréhender le plus tôt possible tout terroriste potentiel. À ces fins, la nouvelle Loi fédérale sur le renseignement a été adoptée en 2015 pour entrer en vigueur le 1^{er} septembre 2017¹¹⁰, en accroissant considérablement les pouvoirs de surveillance préventive dont disposent désormais le service de renseignement (SRC) et la police, au moyen de mesures pouvant être « très intrusives »¹¹¹.

Ces mesures préventives *stricto sensu* appelaient néanmoins une nouvelle vague d'outils « préventifs » du droit public investissant plus avant le champ de la répression cette fois-ci. Celle-ci est désormais devant l'Assemblée fédérale avec le projet de Loi sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme¹¹². Le Conseil fédéral propose l'introduction de mesures dites à la fois *policières* et *préventives* qui visent à empêcher les infractions

¹⁰⁴ FF 1994 II 1123, 1130 et 1143.

¹⁰⁵ RO 1998 1546.

¹⁰⁶ Résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, puis les résolutions 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) et 1735 (2006).

¹⁰⁷ Art. 3, 4a et 6 Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Al-Qaïda (RS 946.203).

¹⁰⁸ Art. 1 LAQEI. Cf. aussi RO 2001 3040 ; 2003 485 ; 2005 5425 ; 2008 6271 ; 2012 1 ; 2014 4565.

¹⁰⁹ Art. 74 al. 1 de la Loi sur le renseignement (LRens ; RS 121). Il est à noter que le projet du Conseil fédéral ne contenait pas cette disposition et que le gouvernement rappelait, en 2004, que l'interdiction d'organisation et de partis suisse ou étrangers est exceptionnelle car elle « va à l'encontre de la tradition de la Suisse » (FF 2003 4693, 4752).

¹¹⁰ Contestée par référendum, la loi a été plébiscitée par 65,5 % des votants (FF 2017 339).

¹¹¹ MÉTILLE, 149.

¹¹² FF 2019 4541. Bien que le projet ne soit pas encore entre les mains du Parlement, il ne fait que peu de doute qu'il sera adopté dans ses grandes lignes selon nous, compte tenu du contexte politique actuel.

terroristes que *pourrait* commettre un « terroriste potentiel » (art. 2 al. 2 lit. d^{bis} pLMSI). Ces mesures sont plus précisément l'obligation de se présenter, l'interdiction de contact, géographique, de quitter le territoire et l'assignation à une propriété (art. 23k ss pLMSI).

Si les mesures du droit public adoptées jusqu'alors respectaient de manière assez stricte la séparation entre droits pénal et public, les propositions de ce texte amènent le droit public à s'immiscer dans la répression, qui s'en trouve donc publicisée. D'emblée en effet, le Message révèle la nature ambivalente des mesures proposées par le gouvernement, en les opposant aux « mesures préventives » du SRC utilisées à des fins de détection, car, « à l'inverse », celles prévues soit *imposent* soit *interdisent* certains comportements aux personnes constituant une menace¹¹³. Bien que labellisées comme étant des « mesures policières préventives », force est de constater qu'elles recèlent en elles un fort caractère répressif et qu'il s'agit en réalité de *mesures de contrainte*, l'aspect policier ayant le dessus ici.

D'ailleurs, rien ne distingue ces mesures dans leur intensité de celles, *pénales*, que contiennent le Code de procédure pénale et le Code pénal¹¹⁴. C'est sur ce point que la publication de la répression est saillante, car le droit public avance très nettement sur le chemin de *l'iter criminis* en empruntant des moyens du droit pénal... mais avec ses garanties en moins.

En effet, ces mesures de contrainte peuvent être prises sur la base de simples « indices » sérieux et actuels, qui sont censés révéler la nature de « terroriste potentiel » de la personne qui en fait l'objet (art. 23e al. 1 lit. a pLMSI). À ce stade cependant, l'individu n'a pas encore franchi la barrière de l'illégalité pénale et se trouve donc en dehors de toute procédure pénale qui permettrait, en règle générale, de déclencher ces mesures de contrainte. Au contraire, détachées de tout acte punissable ou de soupçon laissant présumer la commission d'une infraction (art. 197 al. 1 lit. b CPP), ces mesures de contrainte policières dépendent uniquement d'un pronostic qui, de l'aveu même du gouvernement, n'est pas entièrement objectif mais plutôt subjectif¹¹⁵.

En outre, ces mesures peuvent être ordonnées, à l'exception de l'assignation à une propriété, par une autorité administrative, à savoir fedpol (art. 23j al. 1 pLMSI), et non par un tribunal offrant toutes les garanties de procédure nécessaires à cet égard¹¹⁶. De surcroît, ces mesures sont directement exécutoires et dépourvues de l'effet suspensif en principe (art. 24g al. 3 pLMSI). Bien qu'elles puissent être contestées devant le Tribunal

¹¹³ FF 2019 4541, 4547.

¹¹⁴ Cf. art. 237 al. 2 lit. c, d et g CPP et 67b CP.

¹¹⁵ FF 2019 4541, 4573.

¹¹⁶ Le système mis en place est plus complexe pour l'assignation à une propriété, puisqu'après avoir été ordonnée, la mesure doit rapidement être « validée » par le Tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne (art. 23p al. 4 pLMSI).

administratif fédéral (art. 24g al. 1 pLMSI), le mécanisme mis en place a pour corollaire l'instauration d'un système où le fardeau de la preuve de la *dangerosité potentielle* est renversé en défaveur du *presqu'accusé* à qui il incombe de démontrer qu'il n'est pas *potentiellement* dangereux. Finalement, la mise en place des infractions « publico-pénales »¹¹⁷ venant sanctionner les manquements aux mesures prononcées (art. 29a pLMSI) achève de renforcer cette répression du terrorisme émanant, cette fois-ci, du droit public par les nouvelles mesures policières projetées.

Conclusion

Le droit pénal connaît une évolution certaine pour faire face à la menace terroriste. En effet, l'apparition des nouvelles incriminations terroristes dans le Code pénal traduit un changement de philosophie dans la discipline, dans la mesure où ces infractions ont pour objectif spécifique la *prévention* du terrorisme. Il ne s'agit donc plus pour le droit pénal de répondre à la concrétisation d'un danger, mais de parer en amont à sa réalisation. Si l'attaque est la meilleure défense pour certains, il convient toutefois de relever que l'idée maîtresse du droit pénal, pour qui l'acte fait le criminel et déclenche la réponse répressive, s'en trouve mise à mal¹¹⁸. Évoluant désormais sur le terrain de la prévention, le droit pénal empiète donc sur les terres du droit public et, appelé à collaborer avec ce dernier dans sa nouvelle mission du maintien de la sécurité, le droit pénal s'en trouve *publicisé*.

Ce mouvement d'un droit pénal publicisé est secondé par une répression émanant du droit public lui-même, lequel ne se satisfait plus de dispositifs prenant simplement en compte la dangerosité d'un individu. Avec les mesures policières, le droit public va plus loin et devrait bientôt disposer d'outils qui reprennent la conception, essentiellement pénale, selon laquelle il faut traiter la dangerosité en *neutralisant* les intéressés, à l'instar de l'assignation à une propriété.

En définitive, s'il est vrai que tant le droit pénal que le droit public ont connu avant l'apparition de la menace terroriste des mécanismes dont la philosophie empruntait à la discipline voisine, l'évolution récente et à venir permet de laisser penser qu'il ne s'agit plus seulement de quelques modulations de part et d'autre, mais d'une véritablement *mutation* dans les rapports entretenus par ces deux disciplines. En effet, la recrudescence de l'activité législative ces dernières années interroge plus que jamais sur les frontières entre ces deux branches de l'ordre juridique et plus largement sur la relation entre le

¹¹⁷ ALIX, 845 ss.

¹¹⁸ Sur ce point, cf. TULKENS/VAN DE KERCHOVE, 21 ss et références citées.

répressif et le préventif, avec l'émergence d'un droit pénal *publicisé* ou, peut-être, l'arrivée d'un droit hybride et singulier, un droit de la sécurité nationale.

Bibliographie

- ALIX Julie, Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale, *Revue des sciences criminelles (RSC)* 2017 845 ss.
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines (Livourne 1764)*, Paris 1979.
- CASSANI Ursula, Le droit pénal : esclave ou maître du droit civil ? Autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique : une liberté sous surveillance, *SJ* 2000 II 287 ss.
- DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle 2014.
- DUNAND Jean-Philippe / MAHON Pascal / PERRENOUD Stéphanie (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique. Droit suisse et droit comparé*, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : AUTEUR, in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD).
- DUPUIS Michel / MOREILLON Laurent /PIGUET Christophe / BERGER Séverine / MAZOU Miriam / RODIGARI Virginie (édit.), *Petit commentaire du Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : PC CP, art. 1 N 1).
- DURKHEIM Émile, *De la division du travail social*, Paris 1893.
- FLEINER-GERSTER Thomas, *Grundzüge des und allgemeinen schweizerischen Verwaltungsrechts*, 2^e éd., Zurich 1980.
- GARBARSKI Andrew, L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure, *RPS* 130/2012 IV 409 ss.
- GRAVEN Jean, Droit pénal et défense sociale, *RPS* 70/1955 1 ss (cité : GRAVEN, Défense sociale).
- GRAVEN Philippe, *La répression pénale selon l'optique de la défense sociale*, *RPS* 86/1970 37 ss (cité : GRAVEN, Répression pénale et défense sociale).
- GAUTHIER Jean, Droit administratif et droit pénal, in : *Rapports et communications de la société suisse des juristes* IV 105/1971 325 ss.
- GAUTHIER Jean (édit.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg 1984 (cité : AUTEUR, in : GAUTHIER, Sanctionnateur).
- GRAVEN Philippe / STRÄULI Bernard, *L'infraction pénale punissable*, 2^e éd., Berne 1995.
- GRISEL André, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel 1984.
- HURTADO-POZO José, *Droit pénal – Partie générale*, Genève/Zurich/Bâle 2008.
- HURTADO-POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal – Partie générale*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2013.
- JEANNERET Yves, Via sicura : le nouvel arsenal pénal, *Circulation routière* 2/2013 31 ss.
- KILLIAS Martin / KUHN André / DONGOIS Nathalie, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016.
- KUHN André / JEANNERET Yvan (édit.), *Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010 (cité : CR CPP-AUTEUR, art. 1 N 1).

- KUHN André, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, *RPS* 135/2017 III 235.
- LEROY Yves / SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.
- LOGOZ Paul / SANDOZ Yves, *Commentaire du Code pénal suisse – Partie générale (art. 1 à 110)*, 2^e éd., Neuchâtel/Paris 1976.
- MACALUSO Alain / MOREILLON Laurent / QUELOZ Nicolas (édit.), *Commentaire romand. Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR, art. 1 N 1).
- MARQUSET Jean, *Le crime*, 5^e éd., Paris 1976.
- MERLE Roger / VITU André, *Traité de droit criminel*. Tome I, 3^e éd., Paris 1979.
- MÉTILLE Sylvain, Internet et droit. Protection de la personnalité et questions choisies, 2017.
- MEYLAN Jean-François, Les actes préparatoires délictueux en droit pénal suisse (art. 260^{bis} CP), Lausanne 1990.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (Genève 1748)*, Paris, 1995.
- MOOR Pierre, L'opposition entre droit public et droit privé : un état de la question, in : Fleiner (édit.), *Mensch und Staat. L'homme et l'État*, Fribourg 2003.
- MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., Berne 2011.
- MOOR Pierre / FLÜCKIGER Alexandre / MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. I, 3^e éd., Berne 2012.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III, 2^e éd., Berne 2018.
- MOREILLON Laurent / LUBISHTANI Kastriot, Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme. Étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais, *RPS* 136/2018 499.
- NIGGLI Marcel Alexander / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar. Strafrecht (StGB/JSiGB)*, 4^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK StGB-AUTEUR, art. 1 N 1).
- NIGGLI Marcel Alexander / HEER Marianne / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JSiPO)*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR, art. 1 N 1).
- PAREIN Loïc, *La fixation de la peine. De l'homme coupable à l'homme capable*, Thèse, Bâle 2010.
- PIQUERER Gérard / MACALUSO Alain, *Procédure pénale suisse*, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011.
- ROTH Robert / MOREILLON Laurent, *Commentaire romand. Code pénal I*, Bâle 2009 (cité : CR CP I-AUTEUR, art. 1 N 1).
- ROUSSEAU Jean-jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762, disponible sous <https://ebooks-bnr.com/ebooks/pdf4/rousseau_du_contrat_social.pdf> (consulté le 30.4.2019).
- SCHWANDER Vital, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 2^e éd., Zurich, 1964.
- STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner*, Teil I : *Die Straftat*, 4^e éd., Berne 2011.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich / MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014.
- TRECHSEL Stefan / NOLL, Peter / PIETH, Mark, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.

TULKENS Françoise / VAN DE KERCHOVE Michel, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles 1991.

WEBER Max, *Le savant et le politique (1919)*, Paris 1963.

WIEDERKEHR René / RICHLI Paul, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Berne 2012.

WIEDERKEHR René, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich 2017.