DPPC

www.dppc.online Vol. 2025 (1)

# Droit Pénal et Politique Criminelle
# Derecho Penal y Política Criminal

éditeurs – editores

**José Hurtado Pozo**
**Thierry Godel**

# impressum


| | |
|---|---|
| Revue<br>Revista | Annuaire électronique en libre accès, publié en septembre (1 volume). Anuario electrónico en libre acceso, publicado en septiembre (1 volumen).<br>ISSN: 3042-8483 |
| | c/o Thierry Godel, Case postale, 1701 Fribourg<br>Email: info@dppc.online |
| Éditeurs scientifiques<br>Editores científicos | Prof. hon. mult. Dr iur José Hurtado Pozo, Suisse<br>Prof. Dr iur Thierry Godel, UniDistance Suisse, Email: thierry.godel@unidistance.ch<br>Email: editor@dppc.online |
| Équipe de rédaction<br>Equipo de redacción | Thierry Godel, Dr. iur. Professeur à UniDistance Suisse (responsable)<br>Alicia Rodriguez Sánchez, Profesora ayudante doctora de la Universidad de Salamanca, Investigadora del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional<br>María Leticia Mariño von Hildebrand, Abogada de la Universidad de los Andes (Colombia), Institut international des droits de l'enfant (Suiza), Unidistance Suisse<br>Nicolas Wider, Mlaw, BPhil, Unidistance Suisse<br>Sophie Chambordon, Mlaw, UniDistance Suisse<br>Email: submit@dppc.online (articles/artículos) |
| Comité scientifique<br>Consejo científico | Bertrand Perrin, Professeur ordinaire, Université de Fribourg<br>Camille Perrier Depeursinge, Professeure ordinaire, Université de Lausanne<br>Carolina Boleal Bardon, Profesora Titular, Universidad de Barcelona<br>Cathrine Konopatsch, Professeur extraordinaire, UniDistance Suisse<br>Emiliano Borja Jiménez, Catedrático, Universidad de Valencia<br>José Luis de la Cuesta Arzamendi, Catedrático, Universidad del País Vasco<br>José Luis Díez Ripollés, Catedrático, Universidad de Málaga<br>Laura Zuñiga Rodríguez, Catedrática, Universidad de Salamanca<br>Le Comité scientifique est composé d'universitaires et, selon les besoins, de praticiens reconnus dans leur domaine. El Consejo científico está compuesto por académicos y, según las necesidades, por profesionales reconocidos en su ámbito. |



| | |
|---|---|
| Avis légal<br>Aviso legal | Toute reproduction, totale ou partielle, de ce volume, par quelque procédé que ce soit, est interdite sans l'autorisation expresse des éditeurs. Tous droits d'auteur réservés. Prohibida la reproducción total o parcial de este volumen, por cualquier medio, sin la autorización expresa de los editores. Todos los derechos de autor reservados. |



| | |
|---|---|
| Site Internet<br>Página web | www.dppc.online (proudly made by MiNT°) |
| Newsletter<br>Boletín | S'abonner / Abonarse: www.dppc.online |

# à propos de la revue – sobre la revista

La Revue de Droit Pénal et Politique Criminelle (DPPC) convie ses lecteurs à explorer les multiples dimensions de la dogmatique pénale et des systèmes de justice criminelle en Suisse, en Europe et en Amérique du Sud.

Son originalité ? Une volonté affirmée de confronter directement les enjeux brûlants de notre temps dans une perspective de droit comparé: la violence, l'extrémisme et le terrorisme, autant de phénomènes qui redessinent sans cesse le paysage pénal contemporain.

La revue DPPC s'inscrit dans la continuité de l'*Anuario de Derecho Penal*, publié de 1988 à 2016 par le Prof. hon. mult. Dr iur José Hurtado Pozo, en partenariat avec la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima) et l'Université de Fribourg (Suisse) (archives disponibles). Elle reprend et prolonge cette mission: défendre un droit pénal et des politiques criminelles fondés sur le respect des droits fondamentaux.

Son partenariat avec UniDistance Suisse lui permet de publier en libre accès.

La Revista de Derecho Penal y Política Criminal (DPPC) invita a sus lectores a explorar las múltiples dimensiones de la dogmática penal y de los sistemas de justicia criminal en Suiza, Europa y América del Sur.

¿Su originalidad? Una voluntad decidida de enfrentar directamente los grandes desafíos de nuestro tiempo desde una perspectiva de derecho comparado: la violencia, el extremismo y el terrorismo, fenómenos que transforman sin cesar el panorama penal contemporáneo.

La revista DPPC se inscribe en la continuidad del Anuario de Derecho Penal, publicado entre 1988 y 2016 por el Prof. hon. mult. Dr. iur. José Hurtado Pozo, en colaboración con la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima) y la Universidad de Friburgo (Suiza) (archivos disponibles). Retoma y prolonga esa misión: defender un derecho penal y unas políticas criminales fundados en el respeto de los derechos fundamentales.

Su colaboración con UniDistance Suisse posibilita la publicación en acceso abierto el acceso libre.

FernUni.ch
UniDistance.ch

# auteurs – autrices – autores – autoras

| | |
|---|---|
| Ajil<br>Ahmed | Docteur en criminologie, chercheur postdoctoral à l'Université de Lucerne et chercheur associé à l'Université de Lausanne.<br>Doctor en criminología, investigador postdoctoral en la Universidad de Lucerna e investigador asociado en la Universidad de Lausana. |
| Chambordon<br>Sophie | Chercheuse (doctorale) et assistante dans l'enseignement du droit pénal à UniDistance Suisse, Master en droit (Université de Fribourg), ancienne collaboratrice chez Caritas Suisse.<br>Investigadora doctoral y asistente en enseñanza del derecho penal en UniDistance Suiza, Grado en Derecho (Master of Law, Universidad de Friburgo), excolaboradora en Caritas Suiza. |
| Fornerod<br>Cécile | Bachelor en droit (UniDistance Suisse), Licence ès lettres (Université de Lausanne), Diplôme postgrade (DEA) en Langues et littératures européennes comparées (Université de Lausanne)<br>Grado en Derecho (Bachelor of Law, UniDistance Suiza), Licenciatura en Letras (Universidad de Losana), Diploma de Estudios Avanzados – DEA en Lenguas y Literaturas Europeas Comparadas (Universidad de Lausana). |
| Cruz Vargas<br>Sebastian Gerbeer | Chercheur en droit pénal, Diplôme en droit de la Faculté de Droit et Sciences Politiques (Université Nationale Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM) et coordinateur du séminaire de Droit pénal et procédure pénale, et assistant juridique (étude Heredia & Associés, Pérou).<br>Investigador en derecho penal, Grado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM) y coordinador del Taller de Derecho Penal y procesal Penal - Litigación Oral "Mixán Mass", asistente jurídico (estudio Heredia & Asociados, Abogados y Consultores, Perú) |
| Kjelsson<br>Robin | Agent de la police du canton de Neuchâtel, Master en philosophie (Université de Fribourg), Bachelor en droit (UniDistance Suisse).<br>Agente de la policía del cantón de Neuchâtel, Grado en filosofía (Master in Philosophy, Universidad de Friburgo), Grado en Derecho (Bachelor of Law, UniDistance Suiza). |

# éditorial – editorial

## Les effets secondaires de la lutte contre le terrorisme – Los efectos secundarios de la lucha contra el terrorismo

Thierry Godel

Depuis plusieurs décennies, la lutte contre le terrorisme est une priorité mondiale. L'onde de choc des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis – suivis de ceux de Londres (2005), Paris (2015) ou Nice (2016) par exemple – a conduit à un renforcement continu des dispositifs de surveillance et de renseignement, et au glissement plus prononcé du droit pénal classique vers le droit pénal préventif. Cette dynamique s'est accélérée avec l'adoption d'instruments européens tels que la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (CETS 196 ; 2005) et son protocole additionnel (CETS 217 ; 2015), actuellement en cours d'amendement (2023-2025), ainsi que par des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU (notamment 1373 [2001], 1535 et 1566 [2004], 2199 [2015] et 2560 [2020] ou 2617 [2021]), destinées à renforcer les politiques sur la gestion des risques et l'anticipation des menaces, ainsi que la coopération internationale.

Le « paradigme du risque et de la sécurité » (John VERVAELE, *La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: ¿un derecho penal y política criminal sin límites?*, in: Anuario de derecho penal 2015-2016, pp. 23-42) n'est pas né au XXIe siècle et s'inscrit dans une logique préventionniste apparue dès l'après-Seconde Guerre mondiale. L'expérience des procès de Nuremberg (1945–1946) a transformé la mission pénale de l'État en affirmant une logique de « défense sociale » face aux crimes les plus graves. Elle a révélé les limites d'un droit fondé sur la répression *a posteriori* de comportements attentatoires à des intérêts essentiels pour la société, et souligné la nécessité d'introduire des mécanismes de prévention. Des instruments tels que la Charte du Tribunal militaire international (8 août 1945) et la Control Council Law n° 10 (20 décembre

Desde hace varias décadas, la lucha contra el terrorismo constituye una prioridad mundial. La onda expansiva de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos – seguida, por ejemplo, de los de Londres (2005), París (2015) o Niza (2016) – supuso un refuerzo constante de los mecanismos de vigilancia e inteligencia y el desplazamiento del derecho penal clásico hacia un derecho penal preventivo. Esta dinámica se aceleró con la adopción de instrumentos europeos como el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CETS 196 ; 2005) y su protocolo adicional (CETS 217 ; 2015), actualmente en proceso de enmienda (2023-2025), así como por una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (en particular 1373 [2001], 1535 y 1566 [2004], 2199 [2015] y 2560 [2020] o 2617 [2021]), destinadas a reforzar las políticas de gestión de riesgos, la anticipación de amenazas y la cooperación internacional.

El "paradigma del riesgo et de la seguridad " (John VERVAELE, *La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: ¿un derecho penal y política criminal sin límites?*, en: Anuario de derecho penal 2015-2016, pp. 23-42) no nació en el siglo XXI, sino que se inscribe en una lógica prevencionista que apareció ya tras la Segunda Guerra Mundial. La experiencia de los juicios de Núremberg (1945–1946) transformó la misión penal del Estado al afirmar una lógica de «defensa social» frente a los crímenes más graves. También reveló los límites de un derecho basado únicamente en la represión a posteriori de atentados contra intereses esenciales de la sociedad y subrayó la necesidad de introducir mecanismos de prevención. Instrumentos como la Carta del Tribunal Militar Internacional (8 de agosto de 1945) y la Control Council Law nº 10 (20 de

1945) ont posé les bases d'un droit pénal orienté vers la prévention des risques collectifs et une redéfinition de la responsabilité dans la commission des crimes de masse.

Portées par la logique de la « **société du risque** », les politiques criminelles européennes ont accéléré ce processus d'expansion du droit pénal préventif et de protection de l'ordre public (not. MENDOZA BUERGO Bianca, *El derecho en la sociedad del riesgo*, 2001 ; MIR PUIG Santiago & GÓMEZ Martín, *La Política criminal en Europa*, 2004 ; ALONSO Rimo Alberto *et al.*, *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019). La « **justice pénale préventive** » illustre cette tendance (cf. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización*: *proyecciones en el ámbito del terrorismo*, in: Alonso Rimo, Cuerda Arnau & Fernández Hernández (édit.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, pp. 159-214). Elle renvoie aux mesures coercitives et restrictives de droits adoptées par les États pour satisfaire au sentiment d'insécurité de la société. Dans une perspective politico-criminelle, le droit pénal préventif apparaît comme **une expression d'un droit pénal de la globalisation**, qui tend à affaiblir les principes libéraux classiques – illicéité, culpabilité, légalité –, en restreignant les libertés fondamentales et en recourant largement à la peine au nom de la protection de la sécurité publique contre des actes transnationaux (depuis l'étranger, et dont la cible n'est pas forcément identifiée). Il prend parfois une **dimension** (strictement) **symbolique**.

Sur le plan dogmatique, le « droit pénal du risque » désigne un ensemble de normes qui incriminent **des comportements situés en amont de l'infraction**, parfois même antérieurs aux actes préparatoires d'une attaque terroriste ou de toute conduite créatrice d'un danger. Une telle extension du champ pénal ne fait pas consensus. Certains estiment que l'illicéité peut se fonder sur le **jugement de valeur négatif de l'action** (*Handlungsunwert ; Disvalor de acción*): le seul fait d'accomplir l'acte incriminé (décrit dans l'énoncé de fait légal) suffirait, indépendamment de son potentiel préjudiciable ou de sa capacité à créer un danger concret (not. PRITTWITZ Cornelius, *Derecho penal y riesgo*, 2021 ; SANCINETTI Marcelo Albero, *El disvalor de acción como*

diciembre de 1945) sentaron las bases de un derecho penal orientado a la prevención de riesgos colectivos y a una redefinición de la responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Impulsadas por la lógica de la «**sociedad del riesgo**», las políticas criminales europeas aceleraron este proceso de expansión del derecho penal preventivo y de protección del orden público (v. gr. MENDOZA BUERGO Bianca, *El derecho en la sociedad del riesgo*, 2001 ; MIR PUIG Santiago & GÓMEZ Martín, *La Política criminal en Europa*, 2004 ; ALONSO Rimo Alberto *et al.*, *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019). La «**justicia penal preventiva**» ilustra esta tendencia (BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización*: *proyecciones en el ámbito del terrorismo*, in: Alonso Rimo, Cuerda Arnau & Fernández Hernández (édit.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, pp. 159-214). Se refiere a medidas coercitivas y restrictivas de derechos adoptadas por los Estados para responder al sentimiento de inseguridad de la sociedad. Desde una perspectiva político-criminal, el derecho penal preventivo aparece como una expresión de un derecho penal de la globalización, que tiende a erosionar los principios liberales clásicos – tipicidad, culpabilidad y legalidad – restringiendo las libertades fundamentales y recurriendo ampliamente a la pena en nombre de la protección de la seguridad pública. En algunos casos, llega incluso a adquirir **una dimensión** meramente **simbólica**.

En el plano dogmático, el «derecho penal del riesgo» designa un conjunto de normas que incriminan **comportamientos situados en fases muy anteriores a la infracción**, incluso previos a los actos preparatorios de un ataque terrorista o de cualquier conducta que genera peligro de peligro. Tal ampliación del ámbito penal no cuenta con consenso en la doctrina. Algunos sostienen que la ilicitud puede fundarse en el juicio de desvalor de la acción (*Handlungsunwert; jugement de valeur négatif de l'action*): el simple hecho de realizar el acto descrito en el tipo penal sería suficiente, independientemente de su potencial lesivo o de su capacidad real de crear un peligro concreto

*fundamento de una dogmática jurídico-penal racional*, in: InDret 1/2017, dans une approche plus nuancée). D'autres (not. STRATENWERTH Günter, *Acción y resultado en derecho penal*, 1991) mettent au contraire l'accent sur le **jugement de valeur négatif du résultat** (*Erfolgsunwert ; Disvalor de resultado*), qui rattache l'illicéité du comportement à son aptitude à atteindre un intérêt essentiel ou à le mettre effectivement en danger. Selon cette dernière approche, le recours proportionné au droit pénal suppose un rapport de proximité suffisant entre le comportement réprimé et la possible survenance d'un résultat préjudiciable ou d'un danger concret.

En **Suisse**, le législateur aborde le terrorisme de manière très empirique, tout en adoptant les lois (ou les modifiant) en fonction de sa « perception politique et émotionnelle du terrorisme » (BIELMANN Florent & CANEPPELE Stefano, *La réponse étatique au terrorisme en Suisse à partir des années 1980*, in: Criminologie en Suisse: histoire, état, avenir, 2024, pp. 191-203; MOREILLON Laurent & LUBISHTANI Kastriot, *Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme, Étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais*, in: RPS 4(136), 2018, pp. 499). Dans les années 1960, le pays a été confronté au mouvement séparatiste du Front de libération jurassien (FLJ), rapidement démantelé, tandis que sa neutralité en faisait une base logistique pour des groupes internationaux, notamment liés aux causes palestinienne et arménienne. Un tournant majeur a été « l'affaire des fiches » (1989), qui révéla une surveillance politique de grande ampleur: la police fédérale et certains services cantonaux avaient fiché environ 900'000 personnes et organisations (syndicats, partis, associations, collectifs), en majorité des militants de gauche, des syndicalistes, des pacifistes, des féministes, mais aussi des étrangers considérés comme « suspects ». L'affaire conduisit à la séparation des compétences de la police judiciaire de celles du renseignement, désormais encadrées par la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) de 1997 et la Loi fédérale sur le renseignement de 2015 (LRens). L'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le

(PRITTWITZ Cornelius, *Derecho penal y riesgo*, 2021 ; SANCINETTI Marcelo Albero, *El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional*, in: InDret 1/2017, desde una perspectiva más matizada). Otros, en cambio (v. gr. STRATENWERTH Günter, *Acción y resultado en derecho penal*, 1991), ponen el acento en el juicio de **desvalor del resultado** (*Erfolgsunwert; jugement de valeur négatif du résultat)* que vincula la ilicitud de la conducta a su aptitud para afectar efectivamente a un bien jurídico esencial o ponerlo en peligro. Según este último enfoque, el recurso proporcionado al derecho penal supone una relación de proximidad suficiente entre la conducta sancionada y la posible aparición de un resultado perjudicial o un peligro concreto.

**En Suiza**, el legislador aborda el terrorismo de manera muy empírica, adoptando o modificando las leyes en función de su «percepción política y emocional del terrorismo» (BIELMANN Florent & CANEPPELE Stefano, *La réponse étatique au terrorisme en Suisse à partir des années 1980*, in: Criminologie en Suisse: histoire, état, avenir, 2024, pp. 191-203; MOREILLON Laurent & LUBISHTANI Kastriot, *Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme, Étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais*, in: RPS 4(136), 2018, pp. 499). En los años sesenta, el país se enfrentó al movimiento separatista del *Front de libération jurassien (FLJ)*, rápidamente desmantelado, mientras que su neutralidad lo convertía en una base logística para grupos internacionales, especialmente vinculados a las causas palestina y armenia. Un giro decisivo fue el «affaire des fiches» (1989), que reveló una amplia vigilancia política: la policía federal y ciertos servicios cantonales habían fichado a unas 900.000 personas y organizaciones (sindicatos, partidos, asociaciones, colectivos), en su mayoría militantes de izquierda, sindicalistas, pacifistas, feministas, así como extranjeros considerados «sospechosos». El escándalo condujo a la separación de las competencias de la policía judicial respecto de las de inteligencia, ahora reguladas por la Ley federal de medidas para el mantenimiento de la seguridad interior (LMSI,1997) y la Ley federal de inteligencia (LRens, 2015). La entrada en vigor de la Ley federal de medidas policiales para la lucha contra el terrorismo (MPT, 2021) instauró una vigilancia policial de las personas

terrorisme (MPT) en 2021 a instauré une surveillance policière des personnes à risque et autorisé des mesures administratives (à caractère pénal) hors procédure pénale, telles que l'assignation à résidence, l'interdiction de contact ou l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités.

Sur le plan pénal, la Suisse n'a introduit une définition du terrorisme qu'en 2003 avec l'adoption de l'article 260$^{quinquies}$ CP sur le financement du terrorisme: « un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ». La modification de 2021 (RO 2021 360; FF 2018 6469) a élargi l'arsenal avec les articles 260$^{ter}$ (Organisation terroriste) et 260$^{sexies}$ (recrutement, formation et voyage en vue d'un acte terroriste), tandis que la Loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique », et les groupes apparentés (RO 2018 335) a été abrogée et intégrée à l'article 74 LRens.

En **Espagne**, la lutte contre le terrorisme s'est développée en deux temps: d'abord face aux violences de l'ETA et du GRAPO, puis avec la montée du djihadisme, notamment lors des attentats de Madrid en 2004. Jusqu'à la réforme de 2015, le droit espagnol liait étroitement le terrorisme à l'existence d'une organisation structurée, hiérarchisée et dotée d'un projet politique. Le Code pénal de 1995 reflétait cette conception: ses articles 571 et suivants incriminaient principalement les actes commis au service, en collaboration avec ou en tant que membre d'organisations terroristes, alors que l'article 577 CP, qui visait des individus isolés, était interprété à travers le prisme de l'appartenance ou de la collaboration avec une organisation (COLOMER David, *Legislación antiterrorista y criminalización del salafismo*, 2022, en: Fernández Cabrera Marta & Fernández Díaz Carmen Rocío (édit.), Retos del estado de derecho en materia de inmigración y terrorismo, pp. 749-764).

La Loi organique 2/2015 a marqué une rupture. L'article 573 CP définit désormais le terrorisme non plus par l'appartenance à un groupe, mais

consideradas de riesgo y autorizó medidas administrativas (de carácter penal) fuera del procedimiento penal, como la asignación a una residencia, la prohibición de contacto o la obligación de presentarse regularmente ante las autoridades.

En el plano penal, Suiza introdujo por primera vez una definición de terrorismo en 2003 con la adopción del artículo 260$^{quinquies}$ CP sobre la financiación del terrorismo: « un acto de violencia criminal destinado a intimidar a una población o a obligar a un Estado o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un acto cualquiera ». La modificación de 2021 (RO 2021 360; FF 2018 6469) amplió este arsenal con los artículos 260$^{ter}$ (organización terrorista) y 260$^{sexies}$ (reclutamiento, formación y viaje con fines terroristas), mientras que la Ley federal que prohibía a los grupos «Al-Qaïda» y «Estado Islámico», y organizaciones relacionadas (RO 2018 335), fue derogada e incorporada al artículo 74 LRens.

**En España**, la lucha contra el terrorismo se desarrolló en dos fases: primero frente a la violencia de ETA y el GRAPO, y después con el auge del yihadismo, en particular tras los atentados de Madrid en 2004. Hasta la reforma de 2015, el derecho español vinculaba estrechamente el terrorismo a la existencia de una organización estructurada, jerarquizada y dotada de un proyecto político. El Código Penal de 1995 reflejaba esta concepción: sus artículos 571 y ss. incriminaban principalmente los actos cometidos al servicio, en colaboración o como miembro de organizaciones terroristas, mientras que el artículo 577 CP, que se refería a individuos aislados, era interpretado a través del prisma de la pertenencia o colaboración con una organización (COLOMER David, *Legislación antiterrorista y criminalización del salafismo*, 2022, en: Fernández Cabrera Marta & Fernández Díaz Carmen Rocío (édit.), Retos del estado de derecho en materia de inmigración y terrorismo, pp. 749-764).

La Ley Orgánica 2/2015 marcó una ruptura. El artículo 573 CP define ahora el terrorismo no por la pertenencia a un grupo, sino únicamente por la finalidad perseguida: atentar contra el orden

uniquement par la finalité poursuivie: porter atteinte à l'ordre constitutionnel, compromettre gravement la paix publique ou semer la terreur. Cette redéfinition a consacré la figure du terrorisme individuel et rendu possible l'incrimination des « loups solitaires » agissant sans rattachement organisationnel (COLOMER David, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, pp. 289-290). Comme le souligne l'auteur (*Legislación antiterrorista*, pp. 756-757), la suppression de l'élément organisationnel ou structurel a altéré la nature exceptionnelle des infractions de terrorisme et a entraîné un glissement vers un **droit pénal de l'auteur**, où l'on se concentre sur l'intention de mener un projet ou de s'affilier à un groupement terroriste plutôt que sur les actes.

Parallèlement, les services de renseignement ont vu leur rôle considérablement renforcé dans la lutte antiterroriste. Le terrorisme est désormais appréhendé non plus seulement comme une infraction pénale, mais comme une véritable menace à la sécurité nationale, ce qui justifie une implication croissante des services d'intelligence aux côtés de la police et des forces armées. Cette évolution a entraîné une porosité croissante entre fonctions policières et de renseignement, au risque de brouiller la distinction fondamentale entre compétences judiciaires et administratives (cf. GONZÁLEZ CUSSAC José L., *Servicios de inteligencia y contraterrorismo*, in: Alonso Rimo, Cuerda Arnau & Fernández Hernández (édit.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, pp. 35-61). La nécessité de préserver la sécurité publique tend à éroder les garanties de l'État de droit, alors que la valeur et la légitimité des services de renseignement dépend à long terme de leur stricte soumission au contrôle démocratique et au respect des droits fondamentaux.

En **Amérique latine**, la lutte antiterroriste s'inscrit dans un double héritage: celui des régimes autoritaires du XXe siècle, qui ont instauré des législations d'exception pour réprimer la « subversion » via la doctrine de sécurité nationale (notamment opérée par les forces armées et les services de renseignement), et celui de la coopération constitucional, comprometer gravemente la paz pública o sembrar el terror. Esta redefinición consagró la figura del terrorismo individual e hizo posible la incriminación de los «lobos solitarios» que actúan sin afiliación organizativa (COLOMER David, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, pp. 289-290). Como subraya el autor (*Legislación antiterrorista*, pp. 756-757), la supresión del elemento organizativo alteró la naturaleza excepcional de los delitos de terrorismo y provocó un desplazamiento hacia un **derecho penal de autor**, centrado más en la intención de unirse a un proyecto terrorista o de afiliarse a un grupo que en los actos mismos.

Paralelamente, los servicios de inteligencia han visto reforzado considerablemente su papel en la lucha antiterrorista. El terrorismo se concibe ahora no solo como una infracción penal, sino como una auténtica amenaza para la seguridad nacional, lo que justifica una implicación creciente de los servicios de inteligencia junto a la policía y las fuerzas armadas. Esta evolución ha generado una creciente porosidad entre funciones policiales y de inteligencia, con el riesgo de difuminar la distinción fundamental entre competencias judiciales y administrativas (v. gr. GONZÁLEZ CUSSAC José L., *Servicios de inteligencia y contraterrorismo*, in: Alonso Rimo, Cuerda Arnau & Fernández Hernández (édit.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, pp. 35-61)). La necesidad de preservar la seguridad pública tiende a erosionar las garantías del Estado de derecho, aunque el valor y la legitimidad de los servicios de inteligencia depende a largo plazo de su estricta sujeción al control democrático y al respeto de los derechos fundamentales.

**En América Latina**, la lucha antiterrorista se inscribe en una doble herencia: la de los regímenes autoritarios del siglo XX, que instauraron legislaciones de excepción para reprimir la «subversión» a través de la doctrina de seguridad nacional (ejecutada principalmente por las fuerzas armadas y los servicios de inteligencia), y la de la cooperación regional posterior al 11-S frente al yihadismo. Varios países han adoptado o adaptado marcos legislativos alineados con los estándares internacionales —dirigidos a delitos como la

régionale post-11 septembre face au djihadisme. Plusieurs pays ont adopté ou adapté des cadres législatifs alignés sur les standards internationaux — ciblant des délits tels que le financement du terrorisme, l'adhésion à des organisations interdites ou la propagande en ligne. Toutefois, l'importation de ces normes dans des contextes déjà marqués par la violence politique et la criminalité organisée a brouillé la frontière entre la lutte contre le terrorisme et le maintien de l'ordre (DIAMI Rut , *Security Challenges in Latin America*, in: Bulletin of Latin American Research 23(1), 2004, pp.43-62; ARIMATEÍA DA CRUZ José, *A Review of Latin American Soldiers, The Role of the Military in Latin America*, 2020).

Dans ce contexte hybride, la mondialisation de la « guerre contre le terrorisme » a contribué à renforcer la légitimité du pouvoir militaire et a conduit certaines autorités à invoquer abusivement la légitime défense pour justifier des atteintes graves aux droits humains — détentions secrètes, torture ou exécutions extrajudiciaires (MEIER Markus-Michael, *Enter 9/11: Latin America and the Global War on Terror*, in: Journal of Latin American Studies, 2020/52, pp. 545–573).

La logique du « droit pénal de l'ennemi » (JAKOBS Günther & CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003; CANCIO MELIÁ Manuel & GÓMEZ-JARA DÍEZ Carlos (édit.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, 2006) – qui vise des individus en fonction de leur dangerosité présumée plutôt que pour des actes effectivement commis – tend à se banaliser, au risque d'installer un état d'exception permanent. Or, comme l'avait déjà souligné Jaspers, il importe de distinguer la faute criminelle, de la faute politique, morale et métaphysique qui illustrent les sentiments de culpabilité d'une société et de ses membres face à des évènements traumatiques: leur confusion brouille le sens même de la responsabilité pénale et conduit à une extension illégitime du champ répressif (BROSSAT Alain, *Karl Jasper, la faute et la responsabilité*, in: Cahier critiques de philosophie 2014/1, n°13, p. 7-12).

Ces glissements normatifs ne sont pas sans conséquences: ils produisent certains effets secondaires que ce numéro explore, en mettant en lumière les contradictions des politiques

financiación del terrorismo, la pertenencia a organizaciones prohibidas o la propaganda en línea. Sin embargo, la importación de estas normas en contextos ya marcados por la violencia política y la criminalidad organizada ha desdibujado la frontera entre la lucha contra el terrorismo y el mantenimiento del orden (DIAMI Rut , *Security Challenges in Latin America*, in: Bulletin of Latin American Research 23(1), 2004, pp.43-62; ARIMATEÍA DA CRUZ José, *A Review of Latin American Soldiers, The Role of the Military in Latin America*, 2020).

En este contexto híbrido, la globalización de la « guerra contra el terrorismo » contribuyó a reforzar la legitimidad del poder militar y llevó a que ciertas autoridades invocaran de manera abusiva la legítima defensa para tolerar graves vulneraciones de los derechos humanos — detenciones secretas, tortura o ejecuciones extrajudiciales (MEIER Markus-Michael, *Enter 9/11: Latin America and the Global War on Terror*, in: Journal of Latin American Studies, 2020/52, pp. 545–573).

La lógica del « derecho penal del enemigo » (JAKOBS Günther & CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003; CANCIO MELIÁ Manuel & GÓMEZ-JARA DÍEZ Carlos (édit.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, 2006) – que apunta a individuos en función de su peligrosidad presunta y no por actos efectivamente cometidos – tiende a banalizarse, con el riesgo de instaurar un estado de excepción permanente. Como ya había subrayado Karl Jaspers, es esencial distinguir la culpa criminal de la culpa política, moral o metafísica, que expresan los sentimientos de responsabilidad de una sociedad y de sus miembros frente a acontecimientos traumáticos: su confusión distorsiona el sentido mismo de la responsabilidad penal y conduce a una extensión ilegítima del ámbito represivo (BROSSAT Alain, *Karl Jasper, la faute et la responsabilité*, in: Cahier critiques de philosophie 2014/1, n°13, p. 7-12).Estos deslizamientos normativos no son inocuos: generan ciertos efectos secundarios que este número explora, poniendo de relieve las contradicciones de las políticas criminales, sus derivas y sus repercusiones sociales.

**Sophie CHAMBORDON** se centra en los efectos derivados de la negativa persistente de Suiza a

criminelles, leurs dérives et leurs répercussions sociales.

**Sophie CHAMBORDON** s'intéresse aux effets secondaires relatifs au refus persistant de la Suisse de rapatrier plusieurs de ses citoyens — dont des enfants — détenus depuis 2019 dans des camps du nord-est de la Syrie, dans des conditions humanitaires critiques et sans accès à une procédure judiciaire. Cette position met en lumière une contradiction centrale: alors que la Suisse revendique, comme d'autres États, une compétence universelle pour juger les crimes terroristes les plus graves, elle refuse de l'exercer lorsqu'il s'agit de ses propres ressortissants, en invoquant des impératifs sécuritaires. L'auteure interroge la compatibilité de cette politique avec les engagements internationaux de la Confédération en matière de droits fondamentaux, de protection consulaire et de droits de l'enfant, et examine les implications de ce refus pour la responsabilité internationale de la Suisse. Elle propose enfin des pistes de réflexion sur les mécanismes envisageables pour juger les ressortissants soupçonnés d'avoir rejoint l'État islamique, à la lumière du principe de lutte contre l'impunité.

**Robin KJELSSON** aborde les effets de la lutte antiterroriste sur l'administration de la preuve, en se concentrant sur les enquêtes liées à la propagande terroriste. L'auteur analyse, dans une perspective pratique, les enjeux de la recherche, de la saisie et de la conservation des preuves numériques dans le cadre d'une procédure pénale. Il examine d'abord les considérations procédurales issues du Code de procédure pénale suisse, qui encadrent l'action de la police avant et durant l'enquête. S'appuyant sur son expérience de gendarme à la police cantonale neuchâteloise, ainsi que sur des entretiens avec des spécialistes et des directives internes, il consacre la partie centrale de sa contribution aux aspects techniques de la collecte et du traitement de ces preuves.

**Sebastian G. CRUZ VARGAS** s'interroge sur les dilemmes juridiques et éthiques auxquels le droit pénal péruvien est confronté dans des situations limites, notamment lorsque la torture

repatriar a varios de sus ciudadanos — entre ellos niños — detenidos desde 2019 en campamentos del noreste de Siria, en condiciones humanitarias críticas y sin acceso a un procedimiento judicial. Esta posición pone de manifiesto una contradicción central: mientras que Suiza reivindica, como otros Estados, una competencia universal para juzgar los crímenes terroristas más graves, se niega a ejercerla cuando se trata de sus propios nacionales, invocando imperativos de seguridad. La autora examina la compatibilidad de esta política con los compromisos internacionales de la Confederación en materia de derechos fundamentales, protección consular y derechos del niño, y analiza las implicaciones de esta negativa para la responsabilidad internacional de Suiza. Finalmente, propone algunas vías de reflexión sobre los mecanismos posibles para juzgar a los ciudadanos sospechosos de haberse unido al Estado Islámico, a la luz del principio de lucha contra la impunidad.

**Robin KJELSSON** aborda los efectos de la lucha antiterrorista sobre la administración de la prueba, centrándose en las investigaciones relacionadas con la propaganda terrorista. El autor analiza, en una perspectiva práctica, los desafíos de la búsqueda, incautación y conservación de pruebas digitales en el marco de un procedimiento penal. Examina primero las consideraciones procesales derivadas del Código de Procedimiento Penal suizo, que delimitan la actuación policial antes y durante la investigación. Basándose en su experiencia como agente de la policía cantonal de Neuchâtel, así como en entrevistas con especialistas y en directrices internas, dedica la parte central de su contribución a los aspectos técnicos de la recolección y el tratamiento de dichas pruebas.

**Sebastian G. CRUZ VARGAS** reflexiona sobre los dilemas jurídicos y éticos a los que se enfrenta el derecho penal peruano en situaciones límite, en particular cuando la tortura se plantea como el único medio para evitar un daño inminente a bienes jurídicos fundamentales. El estudio se apoya en el contexto peruano de lucha contra el terrorismo y

est présentée comme l'unique moyen d'éviter un dommage imminent à des biens juridiques fondamentaux. L'étude s'appuie sur le contexte péruvien de lutte contre le terrorisme et l'insécurité, où ce recours apparaît comme une pratique fréquente mais disproportionnée. L'auteur mène ensuite un examen des causes de justification et d'excuse, en confrontant leurs limites normatives au droit international et au droit péruvien. Cette réflexion critique vise à éclairer la complexité de la qualification pénale (et éthique) de la torture dans des contextes extrêmes.

**Ahmed AJIL** revient sur la condamnation des dirigeants du Conseil Central Islamique Suisse pour violation de l'ancien article 2, alinéa 1, de la Loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique ». En produisant et diffusant une interview avec le chef spirituel de Jaysh al-Fath ainsi qu'un documentaire, ils avaient sciemment relayé de la propagande en faveur d'Al-Qaïda. L'affaire illustre le glissement vers un droit pénal préventif (ou droit pénal de l'auteur), où l'interprétation de l'intention est au cœur du système répressif.

Enfin, **Cécile FORNEROD** aborde les principales problématiques liées au champ d'application des normes pénales suisses dans le cadre de la lutte contre le terrorisme transnational. Elle explique les critères de rattachement à la Suisse, ainsi que les débats doctrinaux et jurisprudentiels.

la inseguridad, donde este recurso aparece como una práctica frecuente pero desproporcionada. El autor realiza posteriormente un examen de las causas de justificación y de excusa, confrontando sus límites normativos con el derecho internacional y con el derecho peruano. Esta reflexión crítica busca arrojar luz sobre la complejidad de la calificación penal (y ética) de la tortura en contextos extremos.

**Amhed AJIL** retoma la condena de los dirigentes del Consejo Central Islámico Suizo por la violación del antiguo artículo 2, apartado 1, de la Ley federal que prohibía a los grupos «Al-Qaïda» y «Estado Islámico». Al producir y difundir una entrevista con el líder espiritual de Jaysh al-Fath así como un documental, difundieron deliberadamente propaganda a favor de Al-Qaïda. El caso ilustra el desplazamiento hacia un derecho penal preventivo (o derecho penal del autor), en el que la interpretación de la intención se sitúa en el centro del sistema represivo.

Por último, **Cécile FORNEROD** examina las principales problemáticas relacionadas con el ámbito de aplicación de las normas penales suizas en el marco de la lucha contra el terrorismo transnacional. Explica los criterios de vinculación con Suiza, así como los debates doctrinales y jurisprudenciales.

# sommaire – sumario

## éditorial – editorial

Thierry Godel

Les effets secondaires de la lutte contre le terrorisme / Los efectos secundarios de la lucha contra el terrorismo **4-11**

## doctrine – doctrina

Sophie Chambordon

Six ans après la « chute » de l'État islamique: la Suisse face au rapatriement des « voyageurs du djihad » et de leurs enfants détenus en Syrie **13-63**

Robin Kjelsson

La recherche et l'administration de preuves numériques liées à la propagande terroriste: l'exemple d'une police cantonale en Suisse **64-90**

Sebastian G. Cruz Vargas

La responsabilidad penal frente a la tortura en situaciones límite: dilemas jurídicos y éticos ante contextos de violencia frente a la absolutez de la dignidad humana **91-114**

Ahmed Ajil

El complejo de al-Muhaysini: sobre la propagación de la propaganda de los propagandistas: Análisis de las sentencias del Tribunal Federal Suizo relativas a las infracciones de la ley que prohíbe Al-Qaeda / Estado Islámico por parte de los miembros de la junta directiva del Consejo Central Islámico Suizo **115-138**

## travail académique – trabajo académico

Cécile Fornerod

Le champ d'application des normes pénales suisses dans le cadre de la lutte contre le terrorisme transnational **139-165**

DPPC
Droit Pénal et Politique Criminelle
Derecho Penal y Política Criminal

# Six ans après la « chute » de l'État islamique: la Suisse face au rapatriement des « voyageurs du djihad » et de leurs enfants détenus en Syrie

Sophie Chambordon

**Proposition de citation:** Sophie Chambordon, Six ans après la « chute » de l'État islamique: la Suisse face au rapatriement des « voyageurs du djihad » et de leurs enfants détenus en Syrie, in: Revue DPPC, 2025, Volume 1, pp. 13-63.

URL: https://www.dppc.online

## Résumé

L'article analyse le refus persistant de la Suisse de rapatrier plusieurs de ses citoyens — dont des enfants — détenus depuis 2019 dans des camps du nord-est de la Syrie, dans des conditions humanitaires critiques et sans accès à une procédure judiciaire. L'auteur examine la position des autorités suisses et s'interroge sur sa compatibilité avec les engagements internationaux de la Confédération, en particulier en matière de droits fondamentaux, de protection consulaire et de droits de l'enfant. La contribution aborde ensuite les règles pertinentes de droit international, en mettant l'accent sur les obligations positives qui en découlent, et passe en revue les mécanismes nationaux de protection diplomatique et consulaire. Enfin, l'auteur analyse les implications de ce refus de rapatriement pour la responsabilité internationale de la Suisse, ainsi que les mécanismes envisageables pour juger les ressortissants suisses soupçonnés d'avoir rejoint l'État islamique, à la lumière du principe de lutte contre l'impunité.



## Resumen

El artículo analiza la negativa persistente de Suiza a repatriar a varios de sus ciudadanos — entre ellos niños — detenidos desde 2019 en campos del noreste de Siria, en condiciones humanitarias críticas y sin acceso a un proceso judicial. El autor examina la postura de las autoridades suizas y cuestiona su compatibilidad con los compromisos internacionales de la Confederación, en particular en materia de derechos fundamentales, protección consular y derechos del niño. La contribución aborda asimismo las normas pertinentes de derecho internacional, poniendo de relieve las obligaciones positivas que de ellas se derivan, y repasa los mecanismos nacionales de protección diplomática y consular. Finalmente, el autor analiza las implicaciones de esta negativa de repatriación para la responsabilidad internacional de Suiza, así como los mecanismos posibles para enjuiciar a los ciudadanos suizos sospechosos de haberse unido al Estado islámico, a la luz del principio de lucha contra la impunidad.

## Abstract

The article analyses Switzerland's continued refusal to repatriate several of its citizens — including children — detained since 2019 in camps in northeastern Syria under critical humanitarian conditions and without access to judicial proceedings. The author examines the position of the Swiss authorities and questions its compatibility with Switzerland's international commitments, particularly in the fields of fundamental rights, consular protection, and the rights of the child. The contribution further discusses the relevant rules of international law, with a focus on the positive obligations arising for the Confederation, and reviews the domestic mechanisms of diplomatic and consular protection. Finally, the author considers the implications of the refusal to repatriate for Switzerland's international responsibility, as well as possible mechanisms for prosecuting Swiss nationals suspected of joining ISIS, in light of the principle of combating impunity.

# Sommaire

**Introduction** ..... **17**
**I. Contexte et position de la Suisse** ..... **19**
A. Le sort des ressortissants suisses détenus en Syrie ..... 19
1. Les conditions de détention des femmes et des enfants dans les camps ..... 19
2. Les conditions de détention des hommes en prison ..... 20
B. La politique actuelle de la Suisse face aux ressortissants associés à l'EI ..... 20
1. La politique de la Suisse concernant leur rapatriement ..... 20
2. La pratique de la Suisse liée au retrait de nationalité ..... 22
**II. Le cadre juridique international** ..... **24**
A. La Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) ..... 24
1. La juridiction extraterritoriale ..... 24
1.1. Les enseignements de l'arrêt de la CourEDH H.F et autres c. France ..... 26
1.2. Analyse critique: la nécessité d'une évolution jurisprudentielle ..... 27
2. Existe-t-il une obligation de rapatriement pour les États ? ..... 29
2.1. Les enseignements de l'arrêt H.F et autres c. France ..... 29
2.2. La limitation excessive du droit d'entrer dans son propre pays ..... 30
3. La portée de l'arrêt pour la Suisse ..... 31
B. Le droit international humanitaire ..... 33
C. Les droits internationaux spécifiques des enfants ..... 35
1. La Convention des droits de l'enfant et le rôle de son Comité ..... 35
2. L'intérêt supérieur de l'enfant comme motif de rapatriement des familles ..... 36
**III. Le droit à la protection diplomatique et consulaire** ..... **38**
A. La protection diplomatique ..... 38
B. La protection consulaire ..... 38
C. La position du Tribunal fédéral: arrêt du TF 1C_517/2024 ..... 40
1. Remarques ..... 41
2. Critiques supplémentaires concernant l'arrêt du TAF du 9 juillet 2024 ..... 42
**IV. Lutte contre l'impunité** ..... **43**
A. La lutte contre l'impunité comme fondement du rapatriement des ressortissants suisses ..... 43
1. L'impunité dans le contexte des « *combattants étrangers* » ..... 43
2. Le principe « aut dedere aut judicare » ..... 45
3. Le principe de réadmission de ses propres ressortissants ..... 46
B. Analyse des différentes compétences à l'égard des ressortissants suisses ayant rejoint l'EI ..... 47
1. La compétence territoriale de la Syrie ..... 47
2. La compétence de la Cour pénale internationale (CPI) ..... 48
3. La création d'un tribunal ad hoc ? ..... 49
4. La compétence de la Suisse ..... 50
4.1. Compétence active ..... 50
4.2. Compétence universelle ..... 50
**V. Conclusion** ..... **52**
**Bibliographie** ..... **53**

# Introduction

[1] L'État islamique (ci-après: EI) est le groupe djihadiste ayant eu le plus d'impact au niveau mondial, en particulier en raison du nombre important de personnes recrutées partout dans le monde, incluant des hommes, des femmes et même des enfants. Depuis la chute de l'EI en 2019, ces derniers ont été capturés par les Forces démocratiques syriennes (ci-après: FDS)[1]. Les hommes ont été enfermés dans des prisons et les femmes et les enfants dans des camps, notamment ceux d'Al-Hol et de Roj. Le camp d'Al-Hol est celui qui abrite le plus grand nombre de personnes, estimé en 2019 à plus de 70 000, dont 11 200 étrangers de plus de soixante nationalités différentes[2]. En 2025, différentes sources font état d'environ 38 000 personnes détenues dans les deux camps, dont 23 000 ressortissants étrangers[3]. Environ 60% de ces personnes seraient des enfants, pour la plupart âgés de moins de 12 ans[4].

[2] À plusieurs reprises, le Secrétaire général des Nations Unies a sollicité les États européens concernés à faciliter le rapatriement de leurs ressortissants[5]. De même, les FDS ont signalé leur incapacité à détenir et poursuivre le grand nombre de détenus étrangers, et ont exhorté les États à rapatrier leurs citoyens, faute d'infrastructure judiciaire adéquate[6]. Malgré ces multiples appels au rapatriement, de nombreux gouvernements européens, dont la Suisse, ont, dans un premier temps, refusé de prendre les mesures nécessaires au retour de leurs ressortissants nationaux bloqués en Syrie et en Irak[7]. Le choix des États concernés oscille entre des intérêts divergents, notamment la préservation de la sécurité nationale – que de nombreux gouvernements estiment menacée par ces individus – et, d'autre part, le respect de leurs obligations internationales, en particulier la garantie des droits fondamentaux des personnes concernées, notamment des enfants[8].

[3] Bien que moins exposée que d'autres États européens[9], la Suisse n'est pas épargnée par la problématique du rapatriement des « *voyageurs du djihad* »[10]. En 2024, le Service de renseignement de la Confédération (ci-après: SRC) estimait qu'une dizaine de ressortissants suisses se trouvaient encore dans la zone syro-irakienne[11]. Selon nos informations recueillies auprès de la journaliste et réalisatrice à Temps Présent (RTS) Anne-Frédérique WIDMANN, qui s'est rendue à deux reprises dans les camps et les prisons syriennes, il n'y aurait actuellement que trois hommes suisses en détention, ainsi qu'une femme et sa fille dans le camp d'Al-Hol. Une autre femme, déchue de sa nationalité suisse, bien qu'ayant toujours vécu dans le pays – illustrant l'usage controversé du retrait de nationalité dans ce contexte – est également détenue dans le

---

[1] STIGALL, p. 61 ss.

[2] TAYLER, *Repatriation Reset*.

[3] CDH, *Rapport 2025*, par. 32; CDH, *Punishing the innocent*, p. 2.

[4] TAYLER, *Repatriation Reset*.

[5] Secrétaire général, *Rapport 2022*, par. 297; Secrétaire général, *Rapport 2020*, par. 184.

[6] STIGALL, p. 64; YAVAN et al., par. 22; WIDAGDO et al., p. 2.

[7] BAHERI / BISSET, p. 363; YAVAN et al., par. 22 ss.

[8] CDH, *Punishing the innocent*, p. 10; CDH, *Rapport 2021*, par. 115; CDH, *Rapport 2020*, par. 97.

[9] Voir tableau, CDH, *Punishing the innocent*, p. 11.

[10] Voir SRC, *Terrorisme*: selon les informations du Service de renseignement de la Confédération (SRC) datant de 2024, 92 personnes motivées par le djihad ont quitté la Suisse depuis 2001, dont 78 se sont rendus en Syrie ou en Irak. Parmi elles, seules 30 disposaient de la nationalité suisse, et 32 seraient décédées.

[11] *Ibidem*.

camp. Ses deux filles de nationalité suisse, ont été rapatriées grâce à l'intervention de leurs pères dans un contexte d'enlèvement parental.

[4] Par ailleurs, depuis la nouvelle politique américaine instaurée par le gouvernement de Donald Trump, les financements américains, y compris l'aide humanitaire, ont été drastiquement réduits, augmentant la précarité déjà présente des camps et des centres de détention[12]. En sus, le 18 avril 2025, l'administration Trump a annoncé le retrait d'environ mille soldats américains sur les deux mille déployés en Syrie[13], affaiblissant les FDS, qui jouent un rôle clé dans la gestion des prisons et des camps détenant des milliers de combattants de l'EI et leurs familles. Ce désengagement a créé un vide sécuritaire dont l'EI a rapidement tiré parti, intensifiant ses attaques et tentant de se réorganiser dans la région[14]. Parallèlement, le nouveau gouvernement syrien, issu de la chute du régime de Bachar AL-ASSAD, peine à asseoir son autorité sur l'ensemble du territoire, ce qui favorise les tentatives de regroupement des membres de l'EI[15]. En conséquence, les risques d'évasions massives des prisons et des camps se sont accrus, renforçant les capacités opérationnelles de l'EI et lui permettant de relancer ses activités terroristes en Syrie et au-delà[16].

[5] La position des autorités suisses, qui invoquent des impératifs de sécurité nationale pour s'opposer au rapatriement de leurs ressortissants présents en Syrie, apparaît paradoxale au regard de leur nombre extrêmement restreint. En outre, ce choix soulève des incertitudes quant à son efficacité réelle: l'absence de rapatriement encadré pourrait accroître les risques d'un retour incontrôlé, échappant à toute surveillance étatique. Cette posture interroge d'autant plus lorsqu'elle est combinée à d'autre mécanismes tels que le retrait de nationalité ou l'inaction consulaire, qui traduisent une volonté plus large de désengagement à l'égard de certains nationaux perçus comme indésirables.

[6] Ces trois approches – refus de rapatriement, déchéance de nationalité, absence de protection consulaire effective – s'inscrivent dans une même logique étatique de mise à distance, dont il convient d'interroger la compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse.

[7] Dans cette perspective, nous analyserons dans un premier temps la situation des ressortissants détenus en Syrie, ainsi que la position actuelle des autorités suisses à leur égard, en particulier en lien avec la décision de non-rapatriement de la Suisse et la pratique du retrait de nationalité (*infra* I). Nous nous pencherons ensuite sur les normes du droit international pertinentes, en mettant l'accent sur les obligations positives qui en découlent pour la Confédération (*infra* II), puis sur les mécanismes nationaux de protection diplomatique et consulaire (*infra* III). Enfin, nous consacrerons notre dernière section à l'analyse des implications du refus de rapatriement sur la responsabilité internationale de la Suisse et sur les mécanismes envisageables pour juger les ressortissants suisses soupçonnés d'avoir rejoint l'EI, à la lumière du principe de lutte contre l'impunité (*infra* IV), avant de formuler nos conclusions.

---

[12] US Fund Termination; BARRY-JESTER / MURPHY, *Trump Administration;* voir également: TAYLER, *Repatriation Reset*.

[13] MCMILLAN / BOWMAN, *Troop reduction*; France 24, US Syria.

[14] CARTER, *ISIS Terror*; KORTE, *US Force*: selon la spécialiste Amy HOLMES, la présence des troupes américaines contribue à empêcher l'État islamique de tirer parti du vide politique laissé par l'effondrement du régime d'Assad. Un retrait américain présenterait, selon elle, un risque majeur pour la sécurité de la Syrie et de l'ensemble de la région, l'EI continuant à mener des attaques et disposant encore de cellules dormantes.

[15] AL HAKARI, *Threat in Syria*.

[16] *Ibidem*: Le risque d'évasion des prisons est important, et peut être illustré par l'attaque de la prison d'Al-Sina par l'EI en janvier 2022, au cours de laquelle des centaines de djihadistes se sont évadés.

# I. Contexte et position de la Suisse

## A. Le sort des ressortissants suisses détenus en Syrie

### 1. Les conditions de détention des femmes et des enfants dans les camps

[8] En 2021, une détérioration de la situation humanitaire et de la sécurité des deux camps syriens a été constatée, notamment une violence croissante (impliquant des meurtres)[17], des mauvais traitements, une assistance médicale insuffisante et un accès limité aux ressources essentielles[18]. Ces conditions sont si déplorables qu'elles ont conduit à de nombreux décès[19], notamment d'enfants, souffrant de déshydratation, de malnutrition ou de pneumonie[20]. Les parents peinent à obtenir les médicaments appropriés et l'accès à des soins de santé reste gravement insuffisant[21]. De nombreux experts des droits de l'Homme des Nations Unies affirment que ces conditions pourraient être qualifiées de tortures ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants au sens du droit international[22].

[9] Le 15 juillet 2023, Fionnuala Ní Aoláin, rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme, a effectué une visite de six jours en Syrie[23]. À l'issue de cette mission, elle a dénoncé de graves violations des droits humains visant principalement les femmes et enfants étrangers détenus dans l'annexe clôturée du camp d'Al-Hol, dont les conditions sont précaires et dangereuses. Elle a souligné l'absence de contrôle indépendant, la restriction de l'accès humanitaire, l'isolement des détenus, les violences, les méthodes coercitives d'interrogatoire impliquant parfois des services secrets étrangers, ainsi que la détention prolongée sans poursuites, considérée comme une torture systématique[24]. Par ailleurs, la Rapporteuse indique qu'aucune des femmes ou des enfants détenus dans ces camps n'a fait l'objet de poursuites judiciaires, et encore moins d'une procédure respectant les garanties prévues par le droit international des droits de l'Homme ou par le droit international humanitaire[25].

---

[17] OHCHR, *Syria 2025*; BIPI, *Protection*, p. 25; Les enfants sont exposés à de multiples formes de violence, tant avant qu'après leur détention: frappes aériennes turques à proximité des camps, violences perpétrées à l'intérieur même des camps, affrontements meurtriers ayant causé la mort de nombreux civils, y compris des enfants. Voir à ce propos: CDH, *Rapport 2022*, par. 98; CDH, *Punishing the innocent*, p. 5.

[18] OHCHR, *Syria 2025*; HRW, *Experiences*, p. 15 s.

[19] En 2019, environ 400 décès évitables ont été enregistrés dans le camp d'Al-Hol, touchant principalement des enfants, mort de pneumonie, déshydratation ou malnutrition. Voir CDH, *Rapport 2019*.

[20] CDH, *Punishing the innocent*, p. 5; CDH, *Rapport 2022*, par. 98; voir également: MSF, *Al-Hol;* HRW, *Revictimizing the Victims*: « *They are held in conditions so dire they may amount to torture, and face escalating risks of becoming victims of violence or susceptible to recruitment by ISIS* ».

[21] CDH, *Punishing the innocent*, p. 5; CDH, *Rapport 2022*, par. 98.

[22] OHCHR, *Syria 2025*.

[23] OHCHR, *Children*.

[24] AGNU, A/78/520, par. 57.

[25] *Idem*, par. 53; voir également: CDH, *Punishing the innocent*, p. 6.

[10] Elle rappelle que le seul moyen conforme au droit international pour mettre fin à la détention arbitraire massive dans le nord-est de la Syrie est le rapatriement des ressortissants, accompagné selon les cas, de mesures de réintégration ou de poursuites judiciaires[26].

[11] Enfin, d'après les récentes observations de Human Rights Watch (ci-après: HRW), la suspension de l'aide étrangère provenant du gouvernement américain, ainsi que la reprise des hostilités suite au retrait de Bachar AL-ASSAD, ont significativement détérioré les conditions de vie déjà précaires, et la sécurité des femmes et des enfants détenus dans les camps d'Al-Hol et de Roj[27].

### 2. Les conditions de détention des hommes en prison

[12] Les FDS détiendraient environ 9'000 hommes présumés affiliés à l'EI dans plus de vingt centres de détention[28]. Parmi les détenus, au moins 3'100 sont des ressortissants étrangers, dont environ 1'600 Irakiens, tandis que les autres proviennent de divers pays[29].

[13] Plusieurs sources dénoncent la pratique généralisée de détention de masse, arbitraire et à durée dans un isolement prolongé, parfois total, et privés de tout contact avec leurs proches. Les conditions de détention, en particulier dans les prisons de Hassaka (« *Panorama* »), Alaya et Al-Sina, sont jugées extrêmement préoccupantes: surpopulation, épidémie persistante de tuberculose, malnutrition sévère, absence de soins et d'hygiène, et nombreux décès recensés[30]. Les FDS reconnaissent l'existence de l'épidémie, admettant un ou deux décès par semaine dans certains centres[31].

[14] En outre, divers organismes font état de violences physiques, humiliations, tortures, et privations délibérées de nourriture, d'eau et de soins, souvent dans le but d'obtenir des aveux[32]. Ces pratiques, qui touchent hommes, femmes et enfants, sont décrites comme systématiques. Face à la gravité des abus, Amnesty appelle à des enquêtes pour crimes de guerre visant les FDS et les forces de sécurité affiliées[33].

## B. La politique actuelle de la Suisse face aux ressortissants associés à l'EI

### 1. La politique de la Suisse concernant leur rapatriement

[15] Le 8 mars 2019, le Conseil fédéral a rendu sa décision concernant les voyageurs djihadistes et a déclaré que, sans interdire leur retour, il s'oppose à leur rapatriement et considère que la sécurité de la Suisse et la protection de la population priment les intérêts individuels[34]. Afin d'assurer son objectif de sécurité, le Conseil fédéral déclare vouloir prendre « *toutes les mesures*

---

[26] AGNU, A/78/520, par. 64.

[27] HRW, *Camp Detainees*.

[28] CDH, *Rapport 2025*, par. 32; CDH, *Rapport 2024*, par. 119; voir également: TAYLER, *Repatriation reset*.

[29] TAYLER, *Repatriation Reset*.

[30] CDH, *Punishing the innocent*, p. 7; AGNU, A/78/520, par. 59; Amnesty International, *Detention*, p. 74 ss; TAYLER, *Repatriation Reset*.

[31] AGNU, A/78/520, par. 59; Amnesty International, *Detention*, p. 74.

[32] AGNU, A/78/520, par. 59; CDH, *Punishing the innocent*, p. 7; Amnesty International, *Detention*, p. 74.

[33] Amnesty International, *Detention*, p. 74 ss.

[34] Conseil fédéral, *Stratégie et objectifs*.

*opérationnelles à sa disposition pour empêcher un retour incontrôlé en Suisse des personnes concernées* »[35]. Par ailleurs, les sept conseillers fédéraux émettent brièvement une réserve à la décision stricte de non-rapatriement, en indiquant qu'il sera éventuellement possible d'examiner les cas des mineurs[36]. En outre, dans le communiqué de presse du Conseil fédéral, il est précisé que l'un des objectifs est de ne pas laisser les voyageurs djihadistes ayant la nationalité suisse impunis, et que pour ce faire, il est nécessaire de « *faire en sorte que les actes terroristes soient poursuivis dans l'État dans lequel ils ont été commis, avec des procédures respectant les normes internationales* »[37]. Le Conseil fédéral ajoute qu'à cette fin, la Suisse peut « *soutenir, par des moyens appropriés, la création d'une juridiction spéciale ou la poursuite pénale sur place* ».

[16] En 2020, la Suisse a refusé la proposition des États-Unis quant au rapatriement de trois djihadistes suisses détenus en Syrie[38]. Cette proposition aurait été faite en 2018, et prévoyait le paiement de 500 000 dollars en échange du rapatriement des ressortissants suisses et de leur famille jusqu'à un aéroport suisse[39].

[17] Le premier rapatriement de ressortissants nationaux sur le territoire suisse n'a eu lieu qu'en décembre 2021[40]. Ce rapatriement concernait uniquement deux filles mineures de nationalité suisse, pour lesquelles le gouvernement a pris la décision d'organiser le retour, sans leur mère[41]. Toutefois, le troisième enfant de celle-ci, la plus jeune des filles, n'a pas été rapatriée et se trouve toujours détenue en Syrie avec sa mère[42]. Il semblerait qu'il s'agisse de la situation évoquée par notre contact journaliste (*supra* Introduction), dont le rapatriement a abouti en raison de la plainte pour enlèvement d'enfants. Par ailleurs, le fait que la mère ait été séparée de ses enfants, que les sœurs aient été elles-mêmes séparées, et que le plus jeune enfant demeure détenu dans un camp aux conditions humanitaires alarmantes, soulève de vives préoccupations.

[18] En mars 2023, différents médias ont annoncé que le Département fédéral des Affaires étrangères (ci-après: DFAE) examinerait un potentiel retour en Suisse d'une fille mineure et de sa mère, Selma, détenues dans le camp d'Al-Hol[43]. Lors d'une interview, cette dernière avait avoué regretter son implication dans l'EI, ne plus soutenir cette organisation, et vouloir rentrer en Suisse, afin notamment de garantir la sécurité de sa fille[44]. Toutefois, selon les informations à notre disposition, celles-ci n'ont toujours pas été rapatriées, et les démarches en ce sens semblent avoir été totalement abandonnées.

[19] Dans un reportage, deux représentants du DFAE ont été interrogés sur la politique de la Suisse concernant le rapatriement des ressortissants détenus en Syrie[45]. Interrogé sur les conditions de détention – notamment la présence d'une épidémie de tuberculose affectant environ 75% des

---

[35] *Ibidem*; En outre, dans le cadre de l'interpellation déposée par MAURY PASQUIER, le Conseil fédéral a précisé que le rapatriement des mineurs sera examiné « *au cas par cas* » et ne sera effectué qu'à certaines conditions: Interpellation (19.3745) MAURY PASQUIER du 20 juin 2019, « Rapatrier les enfants suisses de djihadistes ».

[36] Conseil fédéral, Stratégie et objectifs.

[37] *Ibidem*.

[38] Le Temps, L'offre américaine; voir également: CARTER, ISIS Terror; MARGOLIN / JABLONSKI, Northeast Syria.

[39] Le Temps, L'offre américaine.

[40] MENICHINI, Enfants rapatriés.

[41] *Ibidem*.

[42] HUNT et al., Retour Suisse.

[43] EMERY, ; 20 Minutes, Retour d'une mère et sa fille.

[44] EMERY, Rapatriement .

[45] WIDMANN, Reportage du 23 mai 2024.

détenus – l'un des responsables a admis ne pas en avoir connaissance. Face à des images montrant des ressortissants suisses détenus dans des conditions inhumaines, l'autre représentant a justifié la non-intervention du DFAE en affirmant que la sécurité de l'État prime sur les cas individuels et que les personnes concernées sont « *laissées à elles-mêmes* » dans une situation qu'elles ont *« choisie ».* En matière de protection consulaire, il a affirmé que la Suisse s'assure simplement que les conditions de détention soient *« plus ou moins décentes* » et que les détenus puissent se défendre. Concernant les enfants, les responsables ont rappelé que leur rapatriement pouvait être envisagé « *au cas par cas* », mais ont laissé entendre qu'il dépendait du consentement de la mère pour les séparer.

[20] Ces déclarations soulèvent plusieurs préoccupations. D'une part, l'affirmation selon laquelle ils s'assurent, dans le cadre de la protection consulaire, que les conditions de détention soient décentes, semble contredite par le fait que les responsables ignoraient l'existence d'une épidémie de tuberculose touchant la majorité des détenus. Cela laisse penser que la Suisse ne respecte pas pleinement ses obligations en la matière, ce que nous analyserons plus en détail dans la suite de cet article (*infra* III). D'autre part, la position selon laquelle un enfant ne pourrait être rapatrié que s'il est séparé de sa mère interroge profondément au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, l'argument selon lequel la sécurité de l'État et de la population primerait systématiquement sur les « *cas individuels* », au point de justifier que ces personnes soient « *laissées à elles-mêmes* », soulève de sérieuses interrogations. Formulée sans nuance, une telle position tend à ignorer les droits fondamentaux de ces individus — qui demeurent des êtres humains, ressortissants suisses, et bénéficient de protections garanties par le droit international des droits de l'homme. L'équilibre entre sécurité nationale et respect des droits fondamentaux ne peut se réduire à une hiérarchie rigide où la sécurité l'emporte systématiquement sur le droit à la vie, à la dignité et à l'intégrité physique. Ces personnes ont également le droit de bénéficier d'un examen individuel de leur situation, des garanties judiciaires minimales, et d'être jugées pour les actes qu'elles ont effectivement commis, dans le respect des normes procédurales.

[21] Récemment, une nouvelle décision du Tribunal fédéral (ci-après: TF) (1C_517/2024) est venue apporter des clarifications importantes concernant la protection consulaire des ressortissants suisses détenus en Syrie, et pourrait avoir des répercussions sur la politique actuellement menée par la Suisse en la matière. Cette décision impose au DFAE de réexaminer la situation d'un ressortissant actuellement détenu dans ce contexte. Nous reviendrons plus loin sur cet arrêt (*infra* III/C), dont nous présenterons les grandes lignes et ses implications potentielles.

## 2. La pratique de la Suisse liée au retrait de nationalité

[22] À l'instar de nombreux voisins européens, la Suisse a adopté une pratique administrative et législative qui consiste à retirer la nationalité de ses ressortissants « *djihadistes* » dans le cadre d'une stratégie antiterroriste, ceci afin d'éviter leur retour ou de faciliter leur expulsion, au motif qu'ils représenteraient un risque pour la sécurité nationale[46]. De manière générale, le retrait de

[46] BIPI, *Children*, p. 9; BOEKESTEIN, p. 23 ss; BROWN, p. 133; COOK / VALE, p. 50; SPADARO, p. 264; YAVAN et al., par. 83; Le Royaume-Uni se distingue par l'étendue de ses prérogatives en matière de déchéance de nationalité, permise par un cadre juridique peu contraignant. Ce dispositif offre un niveau de protection particulièrement faible, notamment au regard des principes de prévention et de l'interdiction de l'apatridie. L'affaire Shamima BEGUM en est une illustration significative: elle a été déchue de sa nationalité britannique par une simple décision administrative du ministère de l'Intérieur, ce qui l'a rendue de facto apatride, en l'absence de reconnaissance effective de sa nationalité bangladaise. Voir: Royal Court of Justice, Shamima c. The Secretary of State fort he Home Department; BRAUN, p. 332; JAYARAMAN, p. 199; TRIMBACH / REIZ, p. 8.

nationalité concerne les personnes revendiquant plusieurs citoyennetés, ceci afin de contourner le risque d'apatridie, tout en se soustrayant de toute responsabilité à leur encontre[47].

[23] En Suisse, le retrait de nationalité est régi par l'art. 42 de la Loi sur la nationalité (ci-après:LN)[48], qui permet de retirer la nationalité suisse aux ressortissants possédant une autre nationalité, lorsque leurs actes ont gravement porté atteinte aux intérêts ou à la réputation de la Suisse[49]. Cet instrument, qui était tombé dans l'oubli, a été mis en lumière par la lutte contre le terrorisme et cette course, au niveau européen, à la déchéance de nationalité[50].

[24] Depuis 2019, le SEM a initié plusieurs procédures visant le retrait de nationalité. La première concernait un citoyen double national suisse-turc ayant été condamné pour propagande et recrutement en faveur d'une organisation terroriste[51]. La deuxième procédure concernait la jeune femme que nous avons mentionnée ci-dessus, dont deux des enfants ont été rapatriés. Notifiée par voie édictale, la femme n'a pas contesté la décision de retrait de nationalité, laquelle est donc devenue définitive[52]. En 2021, LUBISHTANI et al. relevaient que, selon les informations obtenues des autorités suisses, une dizaine de procédures de retrait étaient en cours[53].

[25] L'art. 42 LN impose trois conditions cumulatives pour le retrait de nationalité: (1) l'approbation du canton d'origine, (2) la détention d'une autre nationalité par la personne concernée, et (3) des actes ou un comportement ayant gravement porté atteinte aux intérêts ou à la réputation de la Suisse. Cette dernière condition est précisée à l'art. 30 al. 1 OLN, qui énumère différentes infractions (let. a à d), et évoque notamment des *crimes graves* dans le cadre d'activités liées au terrorisme (let. b), sans toutefois renvoyer à une infraction précise. En outre, bien que l'art. 30 al. 2 OLN subordonne la privation de nationalité pour des activités terroristes à une condamnation pénale entrée en force, une exception est prévue, laquelle s'applique notamment à la situation des « *combattants terroristes* »[54].

[26] La pratique suisse du retrait de nationalité appelle plusieurs observations. En premier lieu, afin de prévenir les situations d'apatridie, la Suisse conditionne le retrait de nationalité à l'existence d'une double nationalité. Si cette exigence permet de respecter l'interdiction de l'apatridie, elle a néanmoins pour effet de cibler de manière disproportionnée les personnes disposant de plusieurs nationalités. Il convient de souligner que la privation de nationalité touchant des groupes ou des communautés entières peut entraîner des violations graves des droits de l'Homme, notamment en matière de non-discrimination. En particulier, l'art. 9 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (ci-après: DUDH) interdit aux États de priver une personne ou un groupe de personnes de leur nationalité pour des motifs raciaux, ethniques, religieux ou politiques[55].

---

[47] BIPI, *Children*, p. 9

[48] Pour plus de détails, voir: LUBISHTANI et al, p. 303 ss.

[49] Voir: TIEFENTHAL, p. 73; LUBISHTANI et al., p. 307 s.

[50] TIEFENTHAL, p. 80.

[51] IMSENG, *Double national déchu*.

[52] FF 2019 6583; Swissinfo, *Berne retire la nationalité*.

[53] LUBISHTANI et al., p. 308.

[54] Cette exception autorise le retrait de la nationalité lorsqu'une poursuite pénale est impossible, notamment lorsque l'État compétent refuse ou est incapable de poursuivre l'individu, ou parce qu'il ne répond pas aux exigences de l'entraide judiciaire. LUBISHTANI et al., p. 310; SEM, *Manuel*, p. 9; DFJP, *Rapport explicatif,* p. 33.

[55] À ce propos, la rapporteuse spéciale des Nations Unies s'est prononcée dans un mémoire d'*amicus curiae* concernant la révocation de la nationalité des ressortissants ayant une double nationalité, condamnés pour des

[27] Deuxièmement, la condition de « *gravité* » (art. 30 al. 1 let. b OLN) reste floue, permettant au SEM de priver de nationalité une personne sans démontrer clairement son implication dans des crimes violents[56]. En pratique, la simple appartenance à une organisation terroriste a suffi pour justifier une telle mesure, notamment dans le cas de la ressortissante franco-suisse précitée.

[28] Enfin, il sied de relever que les enfants sont indirectement touchés par la déchéance de nationalité de leurs parents, ceux-ci pouvant en conséquence être arbitrairement empêchés d'acquérir ou de prouver leur nationalité, ce qui constitue un obstacle supplémentaire à leur retour[57].

# II. Le cadre juridique international

## A. La Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)

[29] La principale problématique relative à l'application du droit international des droits de l'Homme aux ressortissants suisses détenus en Syrie réside dans la question de l'existence, ou non, d'une juridiction extraterritoriale de la Suisse dans un tel contexte. En l'absence de celle-ci, la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après: CourEDH) n'est pas en mesure d'imposer à la Suisse des mesures concrètes, tel que le rapatriement, faute de juridiction[58].

[30] Par conséquent, avant de déterminer quelles sont les différentes obligations de la Suisse dans le contexte du rapatriement des « *voyageurs du djihad* » au regard de la CEDH, il est primordial de déterminer si, *in casu*, une juridiction extraterritoriale peut être admise. En outre, nous analyserons l'arrêt H.F. et autres c. France, dans lequel la Cour a justement eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans le cadre d'une demande de rapatriement de ressortissants français détenus dans le camp d'Al-Hol, en Syrie.

### 1. La juridiction extraterritoriale

[31] L'art. 1 CEDH impose aux États parties de veiller au respect et à la protection des droits garantis par la Convention à l'égard de toute personne se trouvant sous leur juridiction[59]. En principe, la juridiction des États repose sur le critère territorial, ceux-ci étant tenus de veiller au

---

activités terroristes sur la base de la loi néerlandaise sur la nationalité. Celle-ci relève que la politique néerlandaise, qui distingue les monos et doubles nationaux afin d'admettre la révocation de la nationalité d'un citoyen, est contraire au droit international des droits de l'Homme, en particulier au regard du principe d'égalité et de non-discrimination. En outre, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a décrété dans sa résolution 2263 qu'elle était préoccupée par cette pratique, notamment car elle implique généralement une discrimination, directe ou indirecte, à l'encontre des ressortissants naturalisés, et serait ainsi contraire à l'art. 9 de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie et à l'art. 5.2 de la Convention européenne sur la nationalité. ACHIUME, *Amicus Brief*, par. 1 ss; APCE, *Nationality*, nº 6; voir également: PAULUSSEN / SCHEININ, p. 224.

[56] LUBISHTANI et al., p. 310.

[57] Voir YAVAN et al., par. 67 et 85; OSCE / ODIHR, *Guidelines*, p. 69.

[58] Voir BESSON, *Extraterritoriality*, p. 867: « *Without jurisdiction, there are no human rights applicable and hence no duties and there can be no acts or omissions that would violate those duties that can be attributed to a state and a fortiori no potential responsibility of the state for violating those duties later on* ».

[59] CourEDH, arrêt du 7 juillet 2011, affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, requête nº 55721/07, par. 130.

respect des droits de l'Homme à l'égard des personnes se situant à l'intérieur de leurs frontières[60]. Toutefois, la CourEDH a reconnu à plusieurs reprises l'application extraterritoriale[61] de la Convention, en admettant que certains actes produisent des effets en dehors du territoire de l'État concerné, et peuvent dans certaines circonstances, fonder la juridiction d'un État au sens de l'art. 1 CEDH[62]. Néanmoins, la compétence extraterritoriale d'un État n'est admise qu'exceptionnellement par la Cour, et doit s'analyser au regard des faits et des circonstances spéciales justifiant une telle extension[63].

[32] Il sied de relever que la conception de la juridiction et de la portée extraterritoriale des obligations en matière des droits de l'Homme n'est pas uniforme au sein de la doctrine[64]. Certains auteurs avancent une théorie fonctionnelle[65] de la juridiction, qui naît dès lors qu'un État a le pouvoir d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir les obligations qu'il a acceptées en ratifiant la Convention, et donc d'influencer concrètement le respect effectif des droits qu'elle garantit[66]. Dans cette même perspective, certains auteurs reconnaissent qu'un État peut être tenu d'assurer une protection extraterritoriale, notamment lorsqu'il dispose des moyens nécessaires pour préserver le droit à la vie face à une menace immédiate ou prévisible[67]. Tel est l'avis, par exemple, de la Rapporteuse Fionnula Ni Aolain, qui admet la responsabilité des États d'agir avec « *due diligence* » et de prendre des mesures positives et efficaces afin de protéger leurs ressortissants se trouvant en Syrie et en Irak, et risquant d'être victimes de violations graves des droits de l'Homme[68]. Au contraire, une autre partie de la doctrine estime que cette théorie fonctionnelle de la juridiction est problématique, car elle fonde une responsabilité illimitée des États et a pour conséquence de dénaturer le concept de la juridiction, au point de la vider de son sens[69]. Par ailleurs, Besson souligne qu'il est nécessaire de ne pas confondre *juridiction* et *responsabilité* de l'État – et qu'il convient d'établir la juridiction d'un État dans un premier temps, afin d'ensuite

---

[60] *Idem*, par. 131; CourEDH, arrêt du 12 décembre 2001, affaire Banković et autres c. Belgique, requête nº 52207/99 par. 59; CourEDH, arrêt du 23 février 2012, affaire Hirsi Jamaa et autres c. Italie, requête nº 27765/09 par. 71; CourEDH, arrêt du 29 janvier 2019, affaire Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie, requête nº 36925/07, par. 178.

[61] Besson, *Extraterritoriality*, p. 858.

[62] CourEDH, arrêt du 14 septembre 2022, affaire H.F. et autres c. France, requêtes nº 24384/19 et 44234/20, par. 185; CourEDH, arrêt du 21 janvier 2021, affaire Géorgie c. Russie (II), requête nº 38263/08, par. 82; CourEDH, arrêt du 5 mars 2020, affaire M.N. et autres c. Belgique, requête nº 3599/18, par 98 s.; affaire Hirsi Jamaa et autres c. Italie (N 60), par. 78; CourEDH, arrêt du 29 mars 2010, affaire Medvedyev c. France, requête nº 3394/03.

[63] Affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni (N 59), par. 131; affaire Banković et autres c. Belgique (N 60), par. 67; Spadaro, p. 260.

[64] Voir Besson, *Extraterritoriality*, p. 859 ss; Krenc, p. 168 ss; Milanovic, *Extraterritorial*, p. 1 ss; Miller, p. 1224 ss; Moreno-Lax, p. 385; O'Boyle, p. 125 ss; Wilde, p. 635; Yuval, p. 21 ss.

[65] Affaire Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni (N 59), Opinion concordante du Juge Bonello, par. 11 ss: « *Dans le cadre des obligations découlant de la Convention, elle (la juridiction) n'est ni territoriale: elle devrait être fonctionnelle* » « *Les fonctions assumées par tout État qui ratifie la Convention vont de pair avec l'obligation de les remplir et de les respecter. La juridiction naît uniquement de leur acceptation et de la capacité à les accomplir* »; voir également: Yuval, p. 91.

[66] Voir également: Giuffrè, p. 67; Moreno-Lax, p. 385 ss; Sandelowsky-Bosman / Liefaard, p. 141 ss; Yuval, p. 91.

[67] OHCHR, *Legal Analysis*, par. 14 ss.

[68] *Ibidem*.

[69] Besson, *Extraterritoriality*, p. 859 ss.

pouvoir déterminer et identifier les obligations positives et leur « *feasibility* » - ces étapes ne devant pas être confondues et n'étant pas conjointes[70].

### *1.1. Les enseignements de l'arrêt de la CourEDH H.F et autres c. France*

[33] L'affaire concerne deux ressortissantes françaises, L. et M., qui ont quitté la France entre 2014 et 2015 afin de rejoindre l'EI en Syrie, ainsi que leur compagnon[71]. Depuis la chute de l'EI, L. et M. et leurs enfants sont détenus au sein des camps syriens, sous l'autorité des FDS. Dès 2018, elles ont demandé au gouvernement français de les rapatrier, mais les juridictions internes se sont déclarées incompétentes.

[34] Dans son analyse quant à la reconnaissance d'une juridiction extraterritoriale, la Cour conclut que la France n'exerce pas de « *contrôle effectif* » au sein des camps et dans la zone où les ressortissants français sont bloqués, que ce soit *ratione loci* ou *ratione personae*[72]. En outre, elle affirme qu'un tel lien juridictionnel ne peut être établi sur la base de considérations procédurales, estimant que l'ouverture des procédures à l'encontre des requérantes n'a aucun lien avec les violations alléguées, et ne constitue pas, à elle seule, une circonstance exceptionnelle de nature à fonder une juridiction extraterritoriale[73].

[35] La Cour examine ensuite les éventuelles circonstances exceptionnelles permettant d'admettre la compétence *ratione loci* de la France, en lien avec la nationalité des requérantes, vis-à-vis de la compétence diplomatique de l'État, afin de les rapatrier et de les protéger des traitements inhumains et dégradants dont elles souffrent au sein du camp[74].

- Premièrement, la Cour analyse cette question sous l'angle de l'art. 3 CEDH, et constate que les requérantes ne relèvent pas de la juridiction française à l'égard des griefs dudit article. La Cour est d'avis qu'en raison de l'absence de « *contrôle effectif* », ni la nationalité, ni la décision des autorités françaises de ne pas effectuer de rapatriement ne suffit à emporter la juridiction de la France[75]. En outre, elle rejette l'argument de la « *capacité opérationnelle* » de la France à procéder au rapatriement comme circonstance exceptionnelle propre à fonder une juridiction extraterritoriale, jugeant que la seule capacité d'agir n'est pas un critère suffisant pour permettre d'établir une telle juridiction.
- Secondement, la Cour examine l'existence d'un lien juridictionnel de l'État sur ses ressortissants sur la base du grief tiré de l'art. 3 par. 2 du Protocole nº 4 de la CEDH[76]. Le droit d'entrer dans son pays garanti par cette disposition repose spécifiquement sur la nationalité qui lie les personnes concernées avec l'État dont elles sont ressortissantes, et se distingue ainsi de l'art. 1 CEDH[77].

---

[70] *Idem*, p. 867 s; SPADARO, p. 262 s.

[71] CourEDH, arrêt du 14 septembre 2022, affaire H.F. et autres c. France, requêtes nº 24384/19 et 44234/20, par. 44 ss.

[72] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), par. 191; L'avis de la Cour se fonde notamment sur le fait qu'il ne peut être établi que les soldats français mènent des opérations dans les camps d'Al-Hol ou de Roj, ni que les FDS seraient soumises aux ordres des autorités françaises.

[73] *Idem*, par. 193.

[74] *Idem*, par. 197 ss.

[75] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), par. 198.

[76] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), par. 201 s.

[77] *Idem*, par. 205.

[36] À travers son analyse, la Cour admet que la portée et l'objet du droit garanti par l'art. 3 par. 2 du Protocole nº 4 CEDH impliquent nécessairement qu'il puisse bénéficier aux ressortissants se trouvant hors du territoire de l'État concerné[78]. La Cour souligne qu'il est nécessaire de prendre en compte ce droit en relation avec le but de la Convention, notamment la protection effective des droits de l'Homme, et qu'il est ainsi primordial de l'interpréter de manière à favoriser une cohérence et une harmonie entre toutes les dispositions[79]. Afin que les garanties contenues dans la Convention puissent être concrètes et effectives, et non pas uniquement théoriques et illusoires, elle rappelle qu'elle doit veiller à effectuer une analyse propre à sauvegarder le but et le sens de la disposition en cause[80].

[37] Ainsi, la Cour admet qu'une décision de refus de rapatriement a pour conséquence de priver d'effet la garantie d'entrer dans son pays, les individus n'ayant aucune possibilité de quitter le territoire par leurs propres moyens[81]. Ce refus revient à astreindre une personne à l'exil, conséquence que ce droit cherche justement à empêcher[82]. La Cour prend également en considération le concept de « *l'effet utile* » et constate que selon les circonstances du cas, un lien juridictionnel peut naître entre l'État et ses ressortissants qui se trouvent à l'étranger et qui demandent leur rapatriement, le contraire revenant à priver cette disposition de toute effectivité au regard des phénomènes mondiaux contemporains[83].

[38] En l'espèce, la Cour considère que les circonstances très spécifiques du cas sont propres à faire naître un lien juridictionnel extraterritorial au sens de l'art. 1 CEDH, à l'égard des griefs tirés de l'art. 3 par. 2 du Protocole nº 4, ceci pour différentes raisons, notamment: la nationalité des proches des requérantes qui les unies à la France, les demandes multiples de rapatriement sur la base du droit d'entrer dans son pays, les motifs des demandes qui sont de protéger leurs proches contre les risques réels et immédiats d'atteinte à leur vie, à leur intégrité physique et à leur dignité, l'impossibilité de quitter le territoire syrien sans aide externe, et la volonté des autorités kurdes de remise des ressortissants européens[84].

[39] Ainsi, la Cour conclut que ces circonstances particulières permettent d'établir la juridiction de la France, au sens de l'art. 1 CEDH, en ce qui concerne le grief fondé sur l'art. 3 par. 2 du Protocole n° 4. L'admission de cette juridiction extraterritoriale constitue une condition préalable à l'imputation à l'État de ses obligations matérielles: elle permet d'engager la responsabilité de la France au titre de la Convention et d'imposer à celle-ci de veiller à la protection effective des droits garantis par l'art. 3 par. 2 du Protocole n° 4 CEDH, à l'égard de ses ressortissants détenus dans les camps syriens.

### *1.2. Analyse critique: la nécessité d'une évolution jurisprudentielle de la juridiction extraterritoriale*

[40] Bien que la Cour ait constaté l'incompatibilité des conditions au sein des camps syriens au regard de l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants, celle-ci a rejeté l'existence d'un

---

[78] *Idem*, par. 207.

[79] *Idem*, par. 208.

[80] *Ibidem*.

[81] *Idem*, par. 209.

[82] *Idem*, par. 210.

[83] La Cour fait notamment référence à la mondialisation, la mobilité internationale croissantes, et les défis engendrés par ces évènements.

[84] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), par. 213.

lien juridictionnel extraterritorial sous l'angle de l'art. 3 CEDH[85]. La Cour a ainsi exclu la conception « *fonctionnelle* » de la juridiction, en soulignant que seule la nationalité ou la capacité opérationnelle d'un État à procéder au rapatriement de ses ressortissants ne suffit pas à fonder la compétence juridictionnelle extraterritoriale d'un État[86].

[41] L'arrêt *H.F. et autres c. France* révèle toutefois une tension dans ce raisonnement. D'un côté, la Cour rejette une approche fondée sur la « *capacité d'agir* » pour les griefs tirés de l'art. 3 CEDH ; de l'autre, elle admet l'existence d'un lien juridictionnel pour les griefs fondés sur l'art. 3 par. 2 du Protocole n° 4, en retenant notamment le critère de la nationalité et les circonstances exceptionnelles liées à la situation dans les camps. Ce raisonnement par exception ne s'inscrit ni dans le modèle classique de contrôle territorial, ni dans celui du contrôle personnel. Il reflète une inflexion vers une approche plus pragmatique, fondée sur les réalités factuelles et contextuelles.
C'est précisément dans cette logique que s'inscrit l'avis de ROBERT, dont nous nous rallions, qui propose de reconnaître une juridiction extraterritoriale dans le cas des ressortissants européens détenus dans les camps d'Al-Hol et de Roj[87]. Il s'appuie sur le pragmatisme et l'évolution dynamique de la jurisprudence de la Cour pour défendre une conception fondée, non sur un contrôle effectif du territoire ou des individus, mais sur un contrôle de la *situation en cause*. Selon lui, la juridiction pourrait découler de la capacité concrète d'un État à influencer ou modifier une *situation déterminée*, notamment lorsqu'il s'agit de ses propres ressortissants[88].

[42] Plusieurs éléments nous permettent d'appuyer l'existence d'un contrôle effectif *sur la situation* des États européens sur leurs ressortissants détenus en Syrie.

- D'une part, la jurisprudence récente montre que la notion de juridiction extraterritoriale ne se limite plus strictement aux modèles *spatial* ou *personnel*[89]. L'arrêt *Carter c. Russie* illustre cette évolution vers une approche plus fonctionnelle, axée sur l'action étatique dans un contexte donné[90].
- D'autre part, l'arrêt *H.F. et autres c. France* lui-même témoigne de cette dynamique. En admettant un lien juridictionnel pour certains griefs sur la base de circonstances exceptionnelles, la Cour reconnaît qu'un État peut, dans certains cas, exercer une forme de compétence extraterritoriale fondée sur des éléments de fait exceptionnels, en lien avec la situation en cause et ne correspondant pas aux critères du modèle *spatial* ou *personnel* classique[91]. Cette reconnaissance, bien que partielle, ouvre la voie à une lecture plus souple de la notion de juridiction. Elle invite à dépasser les oppositions rigides entre les modèles classiques et à envisager, dans des contextes exceptionnels, une juridiction fondée sur la réalité du lien entre l'État et la situation en cause.

[43] Concernant les risques d'une extension excessive du champ d'application des obligations internationales auxquels la Cour, les États, et de nombreux auteurs doctrinaux font référence, il nous semble important de relever certains éléments permettant, selon nous, d'atténuer les

---

[85] *Idem*, par. 198 ss.

[86] *Ibidem*.

[87] ROBERT, p. 787 s.

[88] *Idem*, p. 788.

[89] MINERVINI, p. 6.

[90] CourEDH, arrêt du 21 septembre 2021, affaire Carter c. Russie, requête nº 20914/07: MILANOVIC, *Russia*; MINERVINI, p. 6 et 8.

[91] PIJNENBURG, *Jurisdiction*.

craintes[92]. Tout d'abord, comme le relève LUBISHTANI, GRAF et ROBERT, reconnaître en l'espèce une juridiction extraterritoriale au regard de l'art. 3 CEDH ne semble pas préoccupant, car la capacité opérationnelle de l'État serait uniquement liée à la nationalité des ressortissants, et aux circonstances exceptionnelles que la Cour a reconnues à travers l'art. 3 par. 2 du Protocole nº 4 CEDH[93]. Autrement dit, il ne s'agit pas d'imputer la compétence des États à des faits sur lesquels ils n'ont aucun contrôle[94]. Au contraire, cette compétence serait limitée par le critère du contrôle effectif sur la *situation*, liée de manière intrinsèque à la nationalité, qui bien qu'insuffisante pour caractériser la juridiction d'un État de manière autonome, permettrait de restreindre la juridiction extraterritoriale des États à leurs ressortissants uniquement.

[44] Enfin, il convient de souligner que plusieurs organes internationaux défendent une conception plus large de la juridiction extraterritoriale, davantage adaptée aux enjeux mondiaux contemporains[95]. En outre, la jurisprudence des organes de surveillance des droits de l'Homme semble démontrer une tendance à l'élargissement de la compétence extraterritoriale, permettant ainsi de protéger de manière effective des personnes nécessitant impérieusement une protection de leurs droits fondamentaux[96].

[45] Toutefois, il convient de souligner la nécessité d'approfondir les diverses conceptions élaborées par les organes de surveillance des droits de l'Homme à ce sujet, qui ne peuvent être considérées comme pleinement satisfaisantes, en particulier au regard de la cohérence des conditions permettant d'admettre la juridiction extraterritoriale d'un État[97].

[46] Ainsi, nous ne pouvons nier que la situation comporte encore de nombreux défis, et qu'il est plus que nécessaire de trouver une solution cohérente, d'une part afin d'assurer une protection effective des droits de l'Homme dans des situations inédites et spécifiques comme en l'espèce, et d'autre part, afin d'éviter une fragmentation de cette notion au niveau du droit international des droits de l'Homme.

## 2. Existe-t-il une obligation de rapatriement pour les États ?

### *2.1. Les enseignements de l'arrêt H.F et autres c. France*

[47] Après avoir reconnu la juridiction de la France à travers les griefs tirés de l'art. 3 par 2 du Protocole nº 4 CEDH et dans le cadre de l'interprétation dudit article, notamment des obligations positives y relatives, la Cour tente de déterminer s'il existe en l'espèce un droit général au rapatriement. Bien qu'elle reconnaisse l'existence d'obligations positives inhérentes à l'art. 3 par. 2 du Protocole nº 4 CEDH, elle conclut qu'il n'existe pas de droit général au rapatriement au titre du droit d'entrer sur le territoire national, tant au regard du droit international conventionnel que coutumier[98].

---

[92] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), par. 185; BESSON, *Extraterritoriality*, p. 860 ss; MILANOVIC, *Extraterritorial*, p. 21; SPADARO, p. 260.

[93] *Ibidem*.

[94] Voir également: LUBISHTANI / GRAF, p. 394 ss; ROBERT, p. 790.

[95] CDE, *Enfant*, par. 9.6 ss; OHCHR, *H.F. et M.F. c. France*, par. 38; OHCHR, *Legal Analysis*, par. 14 ss; PIJNENBURG, *Jurisdiction*.

[96] MINERVINI, p. 8.

[97] MINERVINI, p. 9.

[98] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), par. 251 et 258 ss.

[48] Le constat de la Cour repose sur différents points: premièrement, elle rappelle que sa jurisprudence ne consacre aucun droit à une protection diplomatique des États au regard des personnes qui relèvent de sa juridiction[99]. Deuxièmement, la Cour est d'avis que bien que certains instruments relatifs à la traite des êtres humains prévoient le rapatriement des ressortissants, ceux-ci ne consacrent pas de droit général au rapatriement[100]. De plus, même si les requérants soulignent la faisabilité concrète des opérations d'assistance, la Cour note que cet argument ne fonde pas de droit au rapatriement[101].

[49] En outre, la Cour souligne que les obligations positives découlant dudit article ne sont envisageables que dans des « *circonstances exceptionnelles* » et que l'examen de la Cour se limite à contrôler la qualité du processus décisionnel étatique afin de déterminer si l'État a respecté les garanties contre l'arbitraire[102]. En l'espèce, la gravité de la situation des proches des requérants dans les camps syriens constitue de telles circonstances exceptionnelles, justifiant ainsi l'existence d'une « *l'obligation d'entourer le processus décisionnel de garanties appropriées contre l'arbitraire*»[103].

[50] La Cour souligne la nécessité d'un examen individualisé et contradictoire de chaque demande de retour, effectué par un organe indépendant des autorités exécutives, permettant un contrôle effectif de la légalité d'une décision de refus[104]. En l'espèce, elle constate que les autorités françaises n'ont pas respecté ces garanties: les requérants ont été privés de toute possibilité de contester les motifs retenus, ce qui constitue une violation des obligations procédurales découlant de l'art. 3 par. 2 du Protocole n° 4.

[51] En définitive, la Cour conclut qu'il n'existe pas de droit général au rapatriement au titre de l'art. 3 par. 2 du Protocole n° 4. Elle reconnaît toutefois l'existence d'obligations positives procédurales, applicables dans des circonstances exceptionnelles, imposant aux États de garantir un examen individualisé, effectif et non arbitraire des demandes de retour, susceptible de recours, assorti de garanties procédurales suffisantes.

### *2.2. La limitation excessive de la portée des obligations positives découlant du droit d'entrer dans son propre pays*

[52] Bien que l'analyse de la Cour tende, malgré tout, à faire évoluer sa conception de la juridiction à la lumière des nouveaux défis, tels que le terrorisme transnational, son extrême prudence – liée au caractère hautement politique de l'affaire – limite à plusieurs égards la portée de son raisonnement. Il s'agissait en effet d'ouvrir la voie à l'engagement de la responsabilité d'un État pour des faits survenus hors de son territoire et de son contrôle direct, ce qui constitue une remise en cause de l'architecture actuelle du système de la Convention. Dans ce contexte, la Cour reconnaît certes que la France exerce sa juridiction à l'égard des femmes et des enfants détenus

[99] *Idem*, par. 255; OHCHR, *H.F. et M.F. c. France* (N 71).

[100] *Idem*, par. 256.

[101] *Idem*, par. 257.

[102] *Idem*, par. 261.

[103] *Idem*, par. 264.

[104] *Idem*, par. 276: la Cour souligne que lorsqu'une telle décision de refus concerne des enfants, un contrôle doit permettre de déterminer dans quelle mesure les autorités ont pris en compte l'intérêt supérieur des enfants et leurs besoins spécifiques.

dans le Nord-Est syrien, mais restreint cette reconnaissance à la seule situation exceptionnelle en cause.

[53] De même, bien qu'elle constate une violation de l'art. 3 par. 2 du Protocole n° 4, elle en réduit considérablement la portée, en n'imposant à l'État que des obligations minimales et une analyse limitée aux garanties contre l'arbitraire. Ce positionnement traduit une volonté manifeste de rendre une décision acceptable pour les États, dans un contexte où la légitimité de la Cour repose aussi sur leur adhésion continue à son autorité. Nous pouvons dès lors regretter qu'elle ait choisi de fonder la reconnaissance de la juridiction extraterritoriale uniquement sur le terrain du Protocole n° 4, en écartant les griefs tirés de l'art. 3 CEDH, vraisemblablement pour ne pas franchir un seuil aux conséquences politiques trop lourdes. En somme, la Cour semble avoir cherché un compromis: admettre, dans une certaine mesure, la nécessité d'une protection pour des enfants en situation de grande vulnérabilité, tout en limitant strictement l'impact de sa décision afin de ne pas heurter de front la souveraineté des États[105].

[54] Par ailleurs, comme le relèvent les juges PAVLI et SCHEMBRI ORLAND, l'analyse de la Cour a été dirigée par une « *approche fortement procéduraliste* »[106]. En effet, la Cour décide d'exclure toute obligation de rapatriement, et de limiter l'examen des obligations positives de l'État à une protection effective contre l'arbitraire, sans toutefois déterminer la raison de cette restriction[107]. Ainsi, l'art. 3 par. 2 du Protocole nº 4 CEDH n'imposent, selon la Cour, qu'une obligation procédurale, qui consiste à assurer des garanties appropriées contre l'arbitraire concernant le rapatriement des proches des requérants. En outre, cette approche revient en quelque sorte à permettre l'exil, mais uniquement de manière non arbitraire, et contredit ainsi l'interdiction de l'exil des nationaux, qui est considérée comme quasi absolue[108]. Ainsi, nous partageons l'avis des juges PAVLI et SCHEMBRI ORLAND, concernant le manque de conséquences pratiques des garanties dégagées à l'art. 3 par. 2 du Protocole nº 4, et de l'absence de protection qu'elle offre aux proches des requérants se trouvant en Syrie[109].

## 3. La portée de l'arrêt pour la Suisse

[55] Contrairement à l'art. 3 CEDH, le droit d'entrer sur son territoire et l'interdiction d'expulser ses nationaux sont des garanties inscrites au sein du Protocole nº 4, instrument dont la Suisse n'est pas signataire[110]. Dès lors, dans le cadre d'une requête similaire dirigée contre la Suisse, un grief fondé sur l'art. 3 par. 2 de ce Protocole serait déclaré irrecevable, faute d'effet contraignant. Toutefois, nous estimons que cet arrêt n'est pas dénué de portée pour la Suisse[111].

[56] Notre appréciation repose principalement sur l'autorité inhérente de la jurisprudence de la CourEDH, la CEDH étant un « *instrument vivant* », et la Cour l'interprétant « *à la lumière des conditions de vie actuelle* »[112]. En effet, les arrêts de la Cour bénéficient de ce que l'on désigne comme l'autorité de la « *chose interprétée des arrêts* », ce qui signifie que ces arrêts, en

---

[105] Voir: GODEFROY, p. 4.

[106] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), Opinion concordante PAVLI / SCHEMBRI ORLAND, par. 3

[107] *Ibidem*.

[108] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), Opinion concordante PAVLI / SCHEMBRI ORLAND, par. 3.

[109] *Ibidem*.

[110] Voir également: LUBISHTANI / GRAF, p. 11.

[111] *Ibidem*.

[112] CourEDH, arrêt du 25 avril 1978, affaire Tyler c. Royaumes-Uni, requête nº 5856/72, par. 31; CourEDH, arrêt du 24 juin 2010, affaire Schalk et Kopf c. Autriche, requête nº 30141/04, par. 45

interprétant la Convention, acquièrent une force propre indépendamment de leur caractère formellement obligatoire[113]. Contrairement à l'autorité de la chose jugée, qui s'applique lorsque l'État est partie au litige, il ne s'agit pas ici d'exécuter l'arrêt et son dispositif[114], mais de prendre en compte l'interprétation que la Cour donne de la Convention, *in abstracto*[115].

[57] En outre le principe de subsidiarité énoncé dans le Préambule de la CEDH, dispose que: « *il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles* ». Ce principe, tout en reconnaissant aux États une certaine marge de manœuvre, leur impose la responsabilité première d'assurer la mise en œuvre des droits protégés par la Convention, y compris en tenant compte des développements interprétatifs de la Cour dans sa jurisprudence[116].

[58] L'autorité de la « *chose interprétée des arrêts* » - également désigné « *effet préventif* » - et l'influence des arrêts de la CourEDH sur le droit interne se manifeste également par les nombreuses références faites par les juridictions suisses à la jurisprudence européenne, y compris à des décisions concernant d'autres États parties à la Convention[117]. De plus, l'Office fédérale de la Justice (ci-après: OFJ), organe représentant la Suisse devant la CourEDH, effectue des rapports trimestriels sur la jurisprudence de la CourEDH, dont figurent également des arrêts n'impliquant pas la Suisse. En effet, l'OFS souligne que ces arrêts précités sont « *fondamentaux et peuvent également être relevant pour notre pays* »[118].

[59] Il est vrai que l'absence de signature du Protocole nº 4 CEDH par la Suisse pourrait, à première vue, être invoquée pour contester la position que nous défendons. Cependant, il sied de relever que la Suisse n'a pas refusé de ratifier ce protocole en raison de l'art. 3 par. 2 consacrant le droit d'entrer sur le territoire, celui-ci étant déjà garanti, au niveau constitutionnel, par l'art. 24 al. 2 Cst. L'absence de ratification de la Suisse au Protocole nº 4 CEDH réside dans des considérations de politique intérieure et de compatibilité législative[119]. En particulier, certaines dispositions de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (ci-après: LEI) entrent en contradiction avec les obligations découlant de ce protocole[120]. Ce choix répond ainsi à des impératifs relevant de sa politique migratoire intérieure, sans aucun lien avec le droit d'entrer sur son propre territoire.

[60] Outre l'art. 24 al. 2 Cst qui consacre le droit au retour de ses ressortissants suisses, les garanties contre l'arbitraire liées au droit d'entrer dans son propre pays trouvent également leur fondement à l'art. 12 par. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après: PIDCP), auquel la Suisse est partie[121]. Cet article prévoit que « *nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays* ». En conséquence, les garanties contre l'arbitraire liées au droit d'entrer sur le territoire peuvent être tirées à la fois du droit international et du droit constitutionnel suisse.

---

[113] MARGUÉNAUD, p. 10; VELU, p. 527 s

[114] L'art. 46 par. 1 CEDH impose aux États de se conformer aux arrêts de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, mais n'impose pas explicitement une obligation d'application *erga omnes* de la jurisprudence.

[115] MARGUÉNAUD, p. 10; voir également GIANNOPOULOS.

[116] HERTIG, p. 32.

[117] Voir par exemple: ATF 125 II 417, consid. 4b). 6c) 7b); HERTIG, p. 33 ss.

[118] OFJ, *CEDH*.

[119] FF 2020 7827, p. 7837.

[120] *Ibidem*.

[121] Voir LUBISHTANI / GRAF, p. 396.

[61] Dès lors, nous considérons que la Suisse doit interpréter le droit d'entrer sur son territoire, tel que garanti par l'art. 24 al. 2 Cst, de manière conforme aux exigences du droit international (art. 12 par. 4 PIDCP). Comme le relève LUBISHTANI et GRAF, cela a pour conséquence que la Suisse ne peut refuser de rendre une décision concernant une demande de rapatriement « *en prétextant qu'il s'agit d'un acte de souveraineté échappant à tout contrôle* »[122]. Il est de leur devoir de garantir l'effectivité des protections contre l'arbitraire et du droit d'entrer dans son pays, conformément à l'interprétation retenue par la CourEDH, en veillant à ce que toute décision de refus de rapatriement soit motivée et susceptible de recours devant une autorité indépendante.

## B. Le droit international humanitaire

[62] En droit international humanitaire, on distingue les conflits armés internationaux (ci-après: CAI) des conflits armés non-internationaux (ci-après: CANI). La qualification du conflit est essentielle afin de déterminer quel droit s'applique[123].

[63] Malgré la multiplicité des conflits et l'implication de nombreux acteurs étatiques et non étatiques en Syrie, ainsi que les débats doctrinaux entourant leur qualification, il est généralement admis que les affrontements impliquant l'EI en Syrie sont des CANI[124]. Bien que le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève (ci-après: CG) ne soit pas applicable en raison de la non-ratification de la Syrie, les règles coutumières du DIH, et l'art. 3 commun CG s'appliquent en cas de CANI[125].

[64] L'art. 3 commun détient une force obligatoire à l'égard de chacune des Parties au conflit. Cette disposition permet de protéger les personnes ne participant pas directement aux hostilités, et dès lors qu'elles cessent d'y participer[126]. Elle énonce de nombreuses obligations fondamentales, tels que le traitement humain des personnes concernées en toutes circonstances, l'interdiction des atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, et toute une série d'obligations procédurales, ou de traitement des blessés et des malades[127]. Toutefois, il sied de relever que l'art. 3 commun CG lie uniquement les États ou groupes armés non étatiques participant au conflit armé[128]. Ceci implique que les États ne participant pas à un tel conflit, et dont les ressortissants étrangers sont impliqués, ne sont pas liés par ladite disposition[129].

[65] L'art. 1 commun CG revêt une importance particulière en l'espèce, car il impose aux États l'obligation de respecter et de faire respecter les CG en toutes circonstances. Cette disposition s'applique également aux CANI, conformément à l'art. 3 commun aux CG[130]. À la différence des obligations prévues par l'art. 3, les devoirs énoncés à l'art. 1 s'adressent aux « *Hautes Parties*

---

[122] LUBISHTANI / GTRAF, p. 397.

[123] KOUTROULIS, p. 828. En simplifiant, un conflit armé est qualifié de CAI lorsqu'il oppose deux États. En revanche, on parle de CANI lorsqu'il implique, d'une part, un État et un ou plusieurs groupes armés non étatiques, ou, d'autre part, uniquement des groupes armés s'affrontant entre eux.

[124] En effet, l'État islamique n'étant pas un État, on ne peut définir ce conflit comme un CAI. Voir: CHAUMETTE, p. 72 ss; KOUTROULIS, p. 843.; LUBISHTANI et al., p. 321; LUBELL, p. 432; MCKEEVER, p. 92.

[125] MCKEEVER, p. 92.

[126] CAMERON et al., Art. 3 CG I nº 505.

[127] *Ibidem*.

[128] CICR, *Défis*, p. 71.

[129] *Ibidem*.

[130] HENCKAERTS, art. 1 CG nº 125; MCKEEVER, p. 97.

*contractantes* » et lient ainsi tout État, qu'il soit ou non partie au conflit armé[131]. Par ailleurs, cette disposition comporte tant des obligations négatives que positives, comme l'indiquent les termes « *respecter* » et « *faire respecter* »[132]. L'importance de cette disposition dans le contexte des ressortissants suisses détenus en Syrie, relève de l'obligation de la Confédération suisse d'assurer le respect des CG par les groupes armés non-étatiques au regard des garanties reconnues à l'art. 3 commun CG.

[66] Enfin, la règle coutumière 128 prévoit que dans le contexte des CAI, les États ont l'obligation stricte de rapatrier les prisonniers sans délai après la fin des hostilités actives (règle 128 lit. A)[133]. Dans le contexte des CANI, la règle coutumière 128 du DIH est moins claire concernant le rapatriement, celle-ci exigeant que « *Les personnes privées de leur liberté en relation avec un conflit armé non international doivent être libérées dès que les causes qui ont motivé leur privation de liberté cessent d'exister* ». Le texte ne mentionne pas explicitement d'obligation au rapatriement dans le contexte d'un CANI. Toutefois, comme le soulignent LUBISTHANI et al., que nous rejoignons dans leur analyse, la question du rapatriement n'a pas été traditionnellement envisagée dans le contexte des CANI[134]. En effet, ces conflits ne concernaient généralement pas la présence de combattants étrangers au sein des groupes armés impliqués. Par conséquent, la notion de rapatriement ne s'appliquait pas, les personnes détenues étant retenues sur leur propre territoire, ce qui excluait la problématique du retour dans leur pays d'origine.

[67] En appliquant les principes du DIH à la situation des ressortissants suisses ayant rejoint l'État islamique et actuellement détenus en Syrie, nous sommes d'avis que la Suisse pourrait être tenue à une obligation de rapatriement ou, à tout le moins, à prendre des mesures concrètes pour garantir le respect des règles du DIH.

[687] En effet, la règle coutumière 128 du DIH, qui s'applique tant CAI qu'aux CANI établit une obligation de libération des personnes détenues dès que les raisons de leur détention cessent d'exister[135]. Si cette règle n'évoque explicitement le rapatriement que dans le cadre des CAI, son esprit repose sur la fin de toute privation de liberté arbitraire. En outre, cette règle, conçue pour des conflits traditionnels, montre ses limites dans le contexte des conflits modernes impliquant des combattants étrangers. En effet, en l'espèce, des ressortissants étrangers sont impliqués, et contrairement aux CANI traditionnels, ces derniers ne peuvent pas simplement être libérés sur place. Ainsi, dès lors que les ressortissants suisses ne représentent plus une menace ou que leur détention n'est plus nécessaire, ils devraient être libérés, et cette libération devrait raisonnablement s'accompagner d'un retour dans leur pays d'origine. Cette exigence est particulièrement pertinente pour les femmes et les enfants, détenus de manière arbitraire dans les camps syriens.

[69] Quant aux hommes, ils sont privés de liberté sans aucune procédure judiciaire régulière et les autorités locales sont non seulement incapables d'assurer un procès équitable, mais n'ont ni la volonté ni les moyens de poursuivre ces détenus. En conséquence, leur détention devient arbitraire et injustifiée, ce qui devrait logiquement entraîner leur rapatriement vers leur pays d'origine. La

---

131 *Ibidem*.

132 HENCKAERTS, art. 1 CG n° 131; MCKEEVER, p. 98.

133 Voir art. 20 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907 (Règlement de la Haye); art. 118 de la 3e Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (CG III); art. 132 et 133 de la 4e Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (CG IV); art. 85 par. 4 let. b du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 8 juin 1977 (PA I).

134 LUBISHTANI et al., p. 323 s.

135 Voir également: STIGALL, p. 75 s.

Suisse, en s'opposant au rapatriement et en refusant de coopérer avec les autorités détentrices, pousse les autorités locales à les maintenir en détention de manière arbitraire, en violation de la règle coutumière 128 du DIH[136].

## C. Les droits internationaux spécifiques des enfants

### 1. La Convention des droits de l'enfant et le rôle de son Comité

[70] La Convention des droits de l'enfant (ci-après: CIDE) fournit un cadre juridique primordial pour la protection des droits spécifiques aux enfants, dont de nombreuses dispositions sont considérées comme du droit international coutumier et lie ainsi tous les États, y compris ceux n'ayant pas ratifié la Convention[137]. De plus, aucune dérogation n'est possible, celle-ci s'appliquant à tous les enfants, pendant toute période, y compris en situation de conflits armés[138].

[71] Les garanties prévues par la CIDE sont particulièrement pertinentes s'agissant des ressortissants suisses mineurs détenus dans les camps en Syrie. En effet, la situation de ces enfants, marquée par une détention arbitraire prolongée dans des conditions précaires et par l'inaction des autorités suisses, constitue une violation de plusieurs dispositions de la Convention[139].

[72] Par ailleurs, le Comité des droits de l'enfant a joué un rôle primordial dans le contexte des enfants européens détenus en Syrie. Celui-ci a adopté une position distincte de celle de la CourEDH en reconnaissant que la France et la Finlande exerçaient une juridiction extraterritoriale sur ces derniers[140]. Le Comité a affirmé que la juridiction d'un État au regard de la CIDE ne se limite pas à son territoire et peut s'étendre à des actes ayant des effets directs et prévisibles en dehors de ses frontières[141]. En vertu de la Convention, les États ont ainsi une obligation de protection consulaire fondée sur les droits spécifiques des enfants et adaptée à leurs besoins[142]. En l'espèce, le Comité a relevé que la France et la Finlande étaient pleinement informées de la situation de leurs ressortissants mineurs détenus dans les camps, exposés à un risque imminent de préjudice irréparable, et qu'ils avaient démontré leur capacité à les protéger, notamment ayant déjà rapatrié certains enfants, ceci avec la coopération des FDS[143]. Ces éléments ont conduit le Comité à conclure que la France et la Finlande exerçaient une juridiction extraterritoriale sur ces enfants[144]. Ainsi, le Comité demande aux États concernés de réparer de manière effective les

---

[136] LUBISHTANI et al., p. 325; STIGALL, p. 76.

[137] UNCCT, *Children*, par. 38.

[138] *Ibidem*.

[139] Ont notamment été violés: l'art. 3 (intérêt supérieur de l'enfant), l'art. 6 (droit à la vie, à la survie et au développement) et l'art. 37, alinéas b et c (interdiction de la détention arbitraire et droit à un traitement digne). En outre, l'inaction de la Suisse constitue un manquement à l'art. 4 CDE, qui impose aux États des obligations positives de mise en œuvre des droits garantis par la Convention.

[140] MATUSIAK-FRACCZAK, p. 164.

[141] Comité des droits de l'enfant, décision adoptée par le Comité le 2 novembre 2020, affaire L.H. et al. c. France, CRC/C/85/D/79/2019 – CRC/85/D/109/2019, par. 9.5 ss; Comité des droits de l'enfant, décision adoptée par le Comité le 25 février 2021, affaire F.B et al c. France, CRC/C/86/D/R.77/2019, par. 8.5.

[142] *Ibidem*.

[143] *Ibidem*.

[144] Affaire L.H. et al. France (N 141), par. 9.6 ss; affaire F.B et al c. France (N 141), par. 8.9: Comité des droits de l'enfant, constatations adoptées par le Comité el 20 octobre 2022, affaire P.N et al. c. Finlande,

différentes violations subies par ces enfants, et se réfère explicitement à une obligation positive de rapatriement[145].

[73] Au vu de ce qui précède, il apparaît clairement que la Suisse, en tant qu'État signataire de la Convention, a l'obligation de respecter, protéger et garantir les droits des enfants, y compris ceux de ses ressortissants lorsqu'ils se trouvent à l'étranger. Compte tenu de la situation exceptionnelle des enfants suisses détenus dans les camps syriens et de leur lien incontestable avec la Suisse en raison de leur nationalité, il est difficilement concevable que la Suisse puisse demeurer passive face aux violations constatées de leurs droits fondamentaux.

[74] Les précédents rapatriements d'enfants effectués par la Suisse démontrent qu'elle dispose de la capacité de remédier à ces violations, mais renonce à le faire lorsque le rapatriement implique celui de la mère. Comme le souligne SANDELOWSKY-BOSMAN et LIEFAARD, les États qui, malgré leur capacité à organiser le rapatriement de ces enfants, demeurent passifs face à leur situation, contribuent à leur maintien en détention arbitraire prolongée par les FDS et les places dans une zone de non droit[146].

## 2. L'intérêt supérieur de l'enfant comme motif de rapatriement des familles

[75] Nous soutenons que la politique visant à séparer les mères des enfants dans le cadre du rapatriement de ces derniers n'est ni compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant, ni avec les garanties contenues dans la CDE, dont certaines dispositions visent à protéger et maintenir l'unité familiale[147]. En particulier, l'art. 9 CDE énonce la nécessité qu'un enfant ne soit pas séparé de ses parents contre son gré, à l'exception où cette situation apparaît nécessaire au regard de son intérêt supérieur[148]. En outre, cette séparation constitue généralement une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale garanti par l'art. 8 CEDH[149]. Bien qu'une telle ingérence puisse être autorisée lorsqu'elle est prévue par la loi et qu'elle est justifiée par des motifs légitimes, tels que la sécurité nationale, une telle ingérence doit être examinée de manière rigoureuse et individuelle[150].

---

CRC/C/91/D/100/2019, par. 10.7 ss. En retenant une obligation positive de rapatriement, le Comité rejoint la doctrine de la juridiction effective que nous avons présenté ci-dessus (supra), en se référant notamment au juge BONELLO dans l'affaire Al-Skeini: « *jurisdiction arises from the mere fact of having assumed obligations and from having the capability to fulfil them* ».

[145] Voir notamment: affaire F.B et al c. France (N141), par. 7: affaire P.N et al. c. Finlande (N144), par. 10.7 ss. En retenant une obligation positive de rapatriement, le Comité rejoint la doctrine de la juridiction fonctionnelle. Dans ces constatations, le Comité se réfère notamment au juge BONELLO dans l'affaire Al-Skeini: « *jurisdiction arises from the mere fact of having assumed obligations and from having the capability to fulfil them* ».

[146] SANDELOWSKY-BOSMAN / LIEFAARD, p. 147.

[147] BAGHERI / BISSET, p. 371.

[148] Voir: CDE, *Observation générale nº 14*, par. 60 ss.

[149] MEHRA, *European countries*.

[150] CDE, *Observation générale nº 14*, par. 60: « *Preventing family separation and preserving family unity are important components of the child protection system, and are based on the right provided for in article 9, paragraph 1, which requires "that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when […] such separation is necessary for the best interests of the child.*».

[76] En l'espèce, une séparation de l'enfant de sa mère irait à l'encontre de son intérêt supérieur[151]. Les enfants détenus en Syrie n'ont connu généralement que leur mère comme figure familiale et une telle séparation serait d'autant plus préjudiciable que cet enfant, ayant grandi dans un contexte de guerre et dans des conditions de détentions inhumaines, subirait un traumatisme supplémentaire[152]. Même si sa mère devait être emprisonnée après son retour et qu'une séparation pourrait s'avérer inévitable, rapatrier l'enfant dans un pays sans elle, sans aucune chance de la revoir et entraînant une perte quasi-totale de contact avec celle-ci, constituerait une épreuve psychologique majeure. De nombreux acteurs et organes internationaux reconnaissent également qu'une séparation irait contre l'intérêt supérieur de l'enfant, et appellent les États à les rapatrier avec leur mère afin de maintenir l'unité familiale[153].

[77] Il convient de mentionner à ce sujet le cas de l'Allemagne[154], suivi plus récemment de l'Autriche[155], dont les juridictions ont jugé que leurs gouvernements respectifs devaient rapatrier les enfants accompagnés de leur mère. Ces décisions se fondent sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que sur l'incapacité des autorités gouvernementales à démontrer que la mère représentait une menace concrète et tangible. Nous examinerons ici plus en détail la récente décision autrichienne.

[78] En 2014, Maria G., originaire de Salzbourg, quitte l'Autriche pour rejoindre l'État islamique[156]. Face à la dégradation sécuritaire, elle tente de fuir en 2017, sans succès. Depuis 2019, ses parents sollicitent activement son rapatriement, ainsi que celui de ses deux fils mineurs, tous trois détenus dans le camp d'Al-Hol. Le ministère autrichien des Affaires étrangères propose le rapatriement des seuls enfants, ce que la famille refuse, invoquant l'intérêt supérieur de ceux-ci et l'engagement de Maria G. à se livrer aux autorités[157]. À la suite d'une décision négative concernant leur rapatriement, la Cour administrative fédérale (ci-après: BVwG) rend, le 10 octobre 2024, une décision inédite ordonnant le rapatriement conjoint de la mère et de ses enfants[158]. Elle estime que l'intérêt supérieur de l'enfant, incompatible avec une séparation des mineurs de leur mère, justifie ce rapatriement, et écarte les arguments sécuritaires avancés par l'État, jugés insuffisamment étayés[159].

[79] L'intérêt supérieur de l'enfant a ainsi joué un rôle central dans la décision. La Cour BVwG considère qu'un rapatriement ne saurait être conditionné à une séparation imposée des enfants et de leur mère, qui irait à l'encontre de leurs droits fondamentaux. Ce choix traduit une volonté claire de faire primer la protection de l'enfance sur les considérations sécuritaires, la Cour estimant que

---

[151] Voir: CDH, *Punishing the innocent*, p. 13; CAPONE, p. 77; MATUSIAK-FRACCZAK, p. 170 s.; HRW, *Experiences*, p. 38.

[152] Voir: CDE, *Observation générale nº 14*, par. 61: « *Given the gravity of the impact on the child of separation from his or her parents, such separation should only occur as a last resort measure, as when the child is in danger of experiencing imminent harm or when otherwise necessary; separation should not take place if less intrusive measures could protect the child.* ».

[153] APCE, *Résolution 2321*, par. 8.1.2; Comissaire CoE, *Children*, p. 1; OHCHR, *Syria 2021*; Secrétaire général, *Key principles*, p. 6; HRW, *Experiences*, p. 8.

[154] Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, *OVG*; CDH, *Punishing the innocent*, p. 15.

[155] ORF, *Rückholung;* voir également: BRUCE, *Repatriation*.

[156] ORF, *Rückholung*.

[157] *Ibidem*.

[158] Voir: SAUERMOSER, *Children*.

[159] Bundesverwaltungsgericht (BVwG), 10.10.2024, GZ W240 2273419-2, p. 80; voir également: SAUERMOSER, *Children*.

les risques invoqués — qu'ils concernent la situation sécuritaire en Syrie, les conséquences d'un éventuel rapatriement, ou la dangerosité supposée de la mère — n'ont pas été suffisamment démontrés[160].

[80] S'agissant de la Confédération suisse, elle persiste à refuser le retour des parents, entraînant ainsi le maintien en détention prolongée et indéterminée de certains enfants en Syrie. En refusant ce retour sous prétexte de la « *sécurité* » de la population, elle viole leur droit à la protection et à la vie familiale garanti par la CDE, contribue au prolongement de cette détention arbitraire, et ignore sa responsabilité de protéger ses ressortissants mineurs, contrairement à de nombreux États européens.

# III. Le droit à la protection diplomatique et consulaire

## A. La protection diplomatique

[81] La protection diplomatique est traditionnellement conçue comme une prérogative exclusive de l'État, lui permettant de défendre ses ressortissants en cas de violation du droit international par un autre État[161]. Elle constitue un droit procédural de l'État[162], sans conférer à l'individu un droit subjectif à son exercice[163]. Sa mise en œuvre relève d'un pouvoir discrétionnaire, tant au niveau national qu'international[164].

[82] Au niveau du droit suisse, le Conseil fédéral et la jurisprudence constante du TF rejettent tout droit subjectif à la protection diplomatique[165]. Le TF a notamment déclaré que le citoyen suisse ne bénéficie pas d'un droit personnel et subjectif à ce que la Confédération suisse lui confère une protection déterminée face à un État étranger[166]. Il a toutefois admis que « *la Confédération est libre d'accorder ou de refuser cette dernière, selon les circonstances et sur la base d'une appréciation politique de la situation, ce qui ne signifie pas qu'elle puisse agir arbitrairement dans ce domaine* »[167]. Ainsi, l'interdiction de l'arbitraire (art. 4 Cst.) constitue la seule limitation au pouvoir discrétionnaire de l'État[168]. Par ailleurs, la jurisprudence du tribunal admet qu'il est possible de recourir contre une décision de refus de la protection diplomatique[169].

## B. La protection consulaire

[83] La protection consulaire est encadrée, sur le plan international, par la Convention de Vienne du 24 avril 1963 relative aux relations consulaires, et, en droit suisse, par les art. 39 ss LSEtr.

---

[160] BVwG, GZ W240 2273419-2 (N159), p. 80 ss.

[161] BESSON, *DIPU*, nº 338; KIND, p. 22.

[162] KIND, p. 191; TOUZÉ, nº 112.

[163] TAF, A-4385/2016 du 12.12.2018, consid. 7.3.2; KIND, p. 191; TOUZÉ, p. 837.

[164] TOUZÉ, p. 837.

[165] Décision du Conseil federal du 30 octobre 1996, JAAC 61.75, consid. 2.2.3; ATF 81 I 159, consid. 3 s.; KIND, p. 193; MÜLLER / WILDHABER, p. 567 s.

[166] TAF, arrêt du 12 décembre 2018 n° A-4385/2016, consid. 7.3.2; ATF 130 I 312, consid. 1.1.

[167] *Ibidem*.

[168] *Ibidem*.

[169] ATF 130 I 312, consid. 1.1.

[84] La protection consulaire et la protection diplomatique doivent être soigneusement distinguées, tant en raison de leurs finalités respectives que de leurs fondements juridiques[170]. En effet, la protection consulaire vise, elle, à assister les ressortissants d'un État lorsqu'ils se trouvent à l'étranger, notamment afin de garantir la reconnaissance effective de leurs droits sur le territoire duquel ils se trouvent[171]. La distinction essentielle entre protection diplomatique et protection consulaire tient à la titularité du droit: la première relève d'un droit propre de l'État, tandis que la seconde vise à préserver les droits et intérêts des personnes physiques ou morales[172].

[85] Ainsi, dans le contexte du rapatriement des ressortissants suisses détenus à l'étranger, seule la protection consulaire constitue un instrument pertinent pour faire valoir les intérêts des individus concernés, la protection diplomatique relevant quant à elle du seul pouvoir discrétionnaire de l'État.

[86] Au niveau international, il est largement reconnu qu'une décision négative rendue dans le cadre de la protection consulaire peut faire l'objet d'un recours et relève ainsi d'une décision « *de caractère administrative susceptible de faire l'objet d'un contrôle par le juge national* »[173].

[87] Afin de déterminer s'il existe un droit au rapatriement dans le cadre de la protection consulaire, il convient d'identifier les dispositions pertinentes de la LSEtr applicables aux ressortissants suisses détenus en Syrie et d'examiner la protection qu'elles leur offrent en l'espèce.

[88] En droit suisse, il convient d'emblée de relever que la protection consulaire est expressément encadrée par le législateur: selon l'art. 43 al. 1 LSEtr, nul ne peut prétendre à un droit à la protection consulaire. L'al. 2 précise ensuite plusieurs motifs permettant à l'État de refuser ou de restreindre cette assistance, notamment lorsque celle-ci risque de compromettre les intérêts extérieurs de la Suisse (let. a), de mettre d'autres personnes en danger (let. b), en cas de négligence de la part de la personne concernée (let. d), ou encore en cas d'abus antérieur des services consulaires. Toutefois, l'al. 3 introduit une exception majeure: ces limitations ne s'appliquent pas lorsque la vie ou l'intégrité physique de la personne est en jeu. Cette clause de sauvegarde revêt une importance particulière s'agissant des ressortissants suisses détenus dans les camps ou prisons en Syrie.

[89] L'art. 46 LSEtr présente également un intérêt certain dans ce contexte. Il impose notamment à la représentation suisse l'obligation de tenter d'entrer en contact avec la personne concernée ou de lui rendre visite (art. 46 al. 2 let. a LSEtr), ainsi que de veiller au respect de sa dignité en détention, des garanties procédurales qui lui sont dues et de ses droits à la défense (art. 46 al. 2 let. b LSEtr).

[90] Enfin, la protection consulaire comprend également la possibilité d'accorder des prêts d'urgence, notamment pour financer le voyage de retour (art. 47 al. 1 lit. a LSEtr).

[91] Comme nous venons de le voir, la protection consulaire permet d'exiger certaines prestations de l'État, mais elle n'est pas absolue et reste encadrées par les dispositions de la LSEtr, qui prévoient certaines limites à l'intervention de l'État. Par ailleurs, il convient de souligner que la protection consulaire ne consacre pas expressément de droit au rapatriement[174].

---

[170] TOUZÉ, p. 836; ZIEGLER, p. 297.

[171] TOUZÉ, p. 849.

[172] TOUZÉ, p. 836; KIND, p. 22 s.

[173] TOUZÉ, p. 836.

[174] Arrêt du TAF du 9 juillet 2024 F-7138/2023; voir également: LUBISHTANI et al., p. 320: le DFAE avait d'ailleurs précisé, lors de la pandémie, que les ressortissants suisses se trouvant à l'étranger ne pouvaient revendiquer un

## C. La position du Tribunal fédéral: arrêt du TF 1C_517/2024 annulant l'arrêt du TAF du 9 juillet 2024, F-7138/2023

[92] L'arrêt du TF 1C_517/2024 présente un intérêt particulier, car il aborde la question cruciale de savoir si les ressortissants suisses détenus à l'étranger, notamment ceux ayant rejoint l'EI, peuvent obtenir une décision formelle sujette à recours lorsque l'autorité refuse de se prononcer sur une demande de protection consulaire.

[93] L'affaire portée devant le TF concerne un ressortissant suisse, A, né en 1994, parti en Syrie en 2015. Arrêté par les FDS en juin 2019, il est détenu depuis dans la prison de Hassaké[175]. Le 9 décembre 2022, A a sollicité la protection consulaire auprès du DFAE, demandant à la Confédération suisse de prendre les mesures nécessaires à son rapatriement, au motif que les conditions de détention compromettaient sa vie et son intégrité physique et invoquait à cet égard l'art. 42 par. 3 LEI. Le DFAE a toutefois précisé qu'aucune assistance active au retour n'était accordée aux adultes partis à l'étranger pour des raisons liées au terrorisme, tout en affirmant fournir une assistance consulaire dans les limites imposées par le contexte local[176].

[94] Le 8 février 2023, le représentant légal de A a demandé au DFAE de localiser son client et de rendre une décision formelle sujette à recours. Sans réponse, il a relancé sa demande le 29 septembre 2023. Le DFAE a nié avoir reçu une telle requête, ce à quoi l'avocat de A a répondu, le 25 octobre 2023, en transmettant une copie de la lettre initiale accompagnée d'un accusé de réception daté du 13 février 2023.

[95] Le 21 décembre 2023, un recours pour retard injustifié a été introduit devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après TAF)[177]. Il a refusé d'entrer en matière, estimant que la demande, visant au rapatriement de l'intéressé, touchait à des questions de sécurité intérieure, et constituerait ainsi un motif d'irrecevabilité du recours selon l'art. 32 al. 1 let. a LTAF. Le TAF a considéré que l'examen du recours relevait de la compétence du Conseil fédéral (art. 72 let. a PA), à moins que le droit international ne reconnaisse un droit à un examen juridictionnel – ce qu'il a nié en l'espèce, en se référant notamment à l'arrêt de la CourEDH H.F. et autres c. France[178]. En outre, le TAF a affirmé qu'en l'absence de droit à la protection consulaire, le recourant ne disposait d'aucun intérêt digne de protection à l'examen de son recours (art. 48 al. 1 let. c PA)[179].

[96] Concernant le présent arrêt, le TF commence par préciser que les « *actes classiques du gouvernement* » (art. 83 let. a LTF) doivent être interprétés de manière restrictive, et que par conséquent, on ne peut conclure à l'exclusion de toutes décisions lorsque celles-ci ont une incidence indirecte sur la sécurité nationale[180]. Il souligne en outre que sa jurisprudence récente tend à restreindre encore davantage l'interprétation des actes couverts par l'art. 83 let. a LTF[181].

---

droit au retour organisé par la Confédération, même dans un contexte de crise sanitaire globale; DFAE, *Coronavirus*.

[175] Arrêt du TF 1C_517/2024 du 13 décembre 2024, faits.

[176] *Ibidem*.

[177] *Ibidem*.

[178] Arrêt du TF 1C_517/2024 du 13 décembre 2024,, consid. 2.

[179] *Ibidem*.

[180] Arrêt du TF 1C_517/2024 du 13 décembre 2024, consid. 3.2.

[181] *Idem*, consid. 3.3.

[97] Ensuite, le TF souligne qu'il n'existe en principe aucun droit à l'obtention d'une protection consulaire[182]. Toutefois, il rappelle la réserve prévue à l'al. 3 en cas de menace pour la vie ou l'intégrité physique de la personne concernée[183]. Par ailleurs, le Tribunal se réfère à un rapport effectué par la Commission des institutions politiques du Conseil des États[184] qui reconnaît à la personne concernée le droit de demander une décision formelle à l'autorité compétente, assortie, en dernier ressort, d'une voie de recours devant le TF[185]. Il en conclut que la protection consulaire ne relève pas exclusivement de la compétence discrétionnaire du pouvoir exécutif, mais qu'elle est, dans certaines conditions, justiciable[186].

[98] Le TF souligne ensuite que la qualification du rapatriement comme mesure d'assistance consulaire ou non n'est pas déterminante pour savoir si le requérant a le droit à une décision susceptible de recours[187]. En effet, il suffit que celui-ci fasse valoir un intérêt digne de protection pour qu'il puisse être reconnu comme partie à la procédure, conformément aux art. 6 et 48 PA, et bénéficier d'une décision susceptible de recours[188].

[99] Par conséquent, le TF retient que le TAF a violé le droit fédéral en déclarant le recours irrecevable, celui-ci ayant à tort assimilé l'intérêt digne de protection requis (art. 48 al. 1 let. c PA) à l'existence d'un droit à la protection consulaire[189]. Enfin, s'agissant de l'interdiction du refus formel de justice au sens de l'art. 29 al. 1 Cst, le Tribunal conclut que le DFAE a violé cette disposition en refusant d'examiner la demande du requérant[190].

[100] Le TF renvoie l'affaire au DFAE en exigeant un traitement accéléré[191]. Il précise que le département devra tenir compte de la situation actuelle du requérant lors du nouvel examen, ce qui impliquera probablement une nouvelle évaluation du danger allégué pour la vie ou l'intégrité physique de ce dernier[192].

## 1. Remarques

[101] Nous saluons l'analyse menée par le TF dans cette affaire, ainsi que ses conclusions garantissant au requérant le droit d'obtenir une décision susceptible de recours, assortie d'une évaluation individuelle, concrète et actuelle de sa situation, qui s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence H.F. et autres c. France de la CourEDH.

[102] Ce droit implique pour les autorités suisses l'obligation de motiver leur décision et de procéder à une évaluation concrète et actuelle de la situation du requérant, permettant ainsi d'éviter une

---

[182] *Idem*, consid. 3.4.

[183] *Ibidem*.

[184] FF 2014 1851.

[185] Arrêt du TF 1C_517/2024 du 13 décembre 2024, consid. 3.4.

[186] *Ibidem*.

[187] *Idem*, consid. 3.7.

[188] Arrêt du TF 1C_517/2024 du 13 décembre 2024, consid. 3.7: le TF précise que, lorsqu'une personne sollicite une décision, l'autorité saisie doit d'abord examiner si celle-ci dispose d'un intérêt digne de protection. En l'absence d'un tel intérêt, la demande doit être déclarée irrecevable. En revanche, si l'intérêt digne de protection est reconnu, l'autorité doit alors se prononcer sur le fond et vérifier si les conditions matérielles pour accéder à la demande sont remplies. Dans tous les cas, l'autorité est tenue de rendre une décision formelle, susceptible de recours.

[189] Arrêt du TF 1C_517/2024 du 13 décembre 2024, consid. 3.8.

[190] *Idem*, consid. 4.2.

[191] *Idem*, consid. 5.

[192] *Idem*, consid. 5.

décision arbitraire. Cette approche garantit également, dans une certaine mesure, l'effectivité du droit au retour, conformément aux critères dégagés par la Cour européenne (*supra* II/A/1.1).

[103] Par ailleurs, la justesse de l'analyse du TF lorsqu'il admet que la protection consulaire peut, dans certains cas, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, échappant ainsi au domaine exclusif du pouvoir discrétionnaire de l'État. En outre, en interprétant de manière restrictive la notion « *d'actes classiques du gouvernement* » relevant du motif d'exclusion, le TF renforce les garanties internationales, notamment le droit à un recours effectif garanti par l'art. 13 CEDH.

[104] À l'heure actuelle, nous demeurons dans l'attente de la décision du DFAE, dont l'issue sera déterminante pour la suite de la procédure, quelle que soit la position adoptée par les autorités.

## 2. Critiques supplémentaires concernant l'arrêt du TAF du 9 juillet 2024 F-7138/2023 en lien avec l'arrêt H.F et autres c. France

[105] Dans l'arrêt du TAF du 9 juillet 2024, annulé par le TF dans la décision que nous venons d'examiner, le TAF estime que les questions relevant de la sécurité intérieure relèvent de la compétence exclusive du Conseil fédéral, sauf si le droit international impose explicitement un contrôle judiciaire, ce qui, selon lui, ne serait pas le cas en l'espèce[193]. Il se réfère à l'arrêt *H.F. et autres c. France* pour appuyer sa position, affirmant que cet arrêt ne consacre aucune obligation de rendre une décision susceptible de recours[194]. Le tribunal rappelle que le Protocole n° 4 CEDH n'est pas contraignant pour la Suisse et que, même s'il l'était, les conditions posées par la Cour ne seraient pas remplies, le requérant n'étant ni un enfant ni une personne malade[195].

[106] Il est toutefois surprenant que le tribunal se fonde sur un arrêt de la CourEDH interprétant l'art. 3 par. 2 du Protocole n° 4 — qui garantit le droit d'entrer sur le territoire national et impose que les décisions en matière de rapatriement soient entourées de garanties contre l'arbitraire, pour justifier précisément le refus de rendre une décision de rapatriement. Cette logique est non seulement incohérente, mais également contraire au principe de subsidiarité et à l'effet préventif des arrêts de la CourEDH, que nous avons également nommé « *autorité de la chose interprétée* » (*supra* II/A/3).

[107] De plus, l'interprétation de l'arrêt H.F. et autres c. France effectuée par le TAF soulève de sérieuses interrogations. Le tribunal semble réduire les « *circonstances exceptionnelles* » reconnues par la CourEDH à la seule vulnérabilité des mineurs[196], alors que l'arrêt *H.F. et autres c. France* identifie en réalité une pluralité de facteurs permettant de caractériser une situation exceptionnelle[197]. La Cour cite également l'extrême vulnérabilité des enfants, mais celui-ci n'est qu'un des aspects des circonstances exceptionnelles citées par la Cour.

---

[193] Arrêt du TAF du 9 juillet 2024 F-7138/2023, consid. 3.2 et 4.2.

[194] *Idem*, consid. 4.2.2.

[195] *Idem*, consid. 4.2.2.

[196] *Idem*, consid. 4.2.2.

[197] Affaire H.F. et autres c. France (N 71), par. 265 à 270; il s'agit notamment des conditions de vie incompatibles avec la dignité humain, l'absence de procès et de perspective de jugement, les appels répétés des FDS et des organisations internationales et régionales au rapatriement, ou le fait que le camp soit placé sous le contrôle d'un groupe armé non-étatique.

[108] En réduisant ces circonstances exceptionnelles à la seule condition de minorité ou de maladie, le TAF méconnaît la portée de la jurisprudence de la CourEDH et adopte une interprétation restrictive qui s'écarte de l'esprit et de la lettre de cette dernière.

[109] Ce faisant, le tribunal méconnaît non seulement la portée de la jurisprudence de la CourEDH mais également des obligations internationales de la Suisse, notamment celles découlant de l'art. 2 par. 3 et l'art. 12 par. 4 PIDCP, ainsi que l'art. 13 CEDH.

[110] Enfin, nous souhaitons souligner les lacunes de l'appréciation du TAF, qui considère que la situation personnelle du requérant, détenu dans la prison de Hassaké, serait trop incertaine pour permettre de tirer des conclusions sur les conditions de sa détention[198]. Le TAF semble remettre en question la véracité ou la fiabilité des rapports détaillés produits par des organisations de défense des droits de l'Homme, notamment Amnesty International, ainsi que celui de la Rapporteuse spéciale des Nations Unies[199]. Pourtant ces documents, tout comme les articles de presse et les reportages y relatifs décrivent de manière claire et inquiétante les conditions inhumaines de détention, incluant des actes de torture.

# IV. Lutte contre l'impunité

## A. La lutte contre l'impunité comme fondement du rapatriement des ressortissants suisses

### 1. L'impunité dans le contexte des « *combattants étrangers* »

[111] De nombreux crimes ont été commis par l'État islamique, tels que des enlèvements de femmes et d'enfants, des attentats-suicides, des exécutions forcées, des violences sexuelles, des mariages forcés, des enrôlements d'enfants, de la réduction en esclavage, ou de la persécution des minorités comme les Yazidis. Ceux-ci relèvent dans une large mesure, de crimes internationaux[200]: crimes contre l'humanité (art. 7 Statut de Rome (ci-après: SR)), crime de guerre (art. 8 SR), génocide (art. 6 SR)[201]. Divers organes internationaux ont reconnu et condamné à plusieurs reprises les crimes commis par l'État islamique, notamment les enlèvements, l'exploitation, les violences sexuelles, les mariages forcés et l'esclavage[202]. Ils concluent que l'EI a perpétré un génocide, ainsi que de multiples crimes contre l'humanité et crimes de guerre, en particulier à l'encontre de la communauté Yazidie[203].

---

[198] Arrêt du TAF du 9 juillet 2024 F-7138/2023, consid. 4.2.1.

[199] Voir notamment: Amnesty International, *Detention*; CDH, *Punishing the innocent*; AGNU, A/78/520; TYLER, *Repatriation reset*.

[200] CDH, *Yazidis*; CDH, *Sexual and gender-based violence*; CDH, *Human rights abuses*.

[201] Lorsqu'ils sont perpétrés en période de conflit armé, certains de ces actes peuvent relever de la qualification de crimes de guerre. Lorsqu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile, ils peuvent constituer des crimes contre l'humanité. Enfin, s'ils sont commis avec l'intention de détruire, en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ces actes peuvent être qualifiée de génocide. Voir également: MEHRA, *Prosecuting terrorists*, p. 2.

[202] Voir notamment: CS, ; CS, *Résolution 2253*, p. 5; CS, *Résolution 2195*; CS, ; CS, *Résolution 2388*, p. 3 s.

[203] CDH, *Yazidis*, p. 1; voir également: AS/Jur, Rapport 2020, par. 3: « … *l'Assemblée a réaffirmé sa position selon laquelle Daech a commis des actes de génocides et d'autres crimes graves réprimés par le droit international.* ».

[112] Parmi les auteurs de ces crimes, se trouvent potentiellement des ressortissants suisses ayant rejoint l'EI. La nécessité de traduire ces derniers en justice revêt une importante fondamentale, tant pour les actes à caractère terroriste susceptible d'avoir été commis que pour les crimes internationaux, tels que ceux précités (art. 6 à 8 SR). En outre, leur poursuite relève d'une exigence non seulement morale, mais juridique, en vertu notamment du droit international et du droit national, ainsi qu'au regard de l'objectif international de lutte contre le terrorisme et du principe fondamental de lutte contre l'impunité.

[113] Le préambule du SR souligne l'importance fondamentale de la lutte contre l'impunité des auteurs des crimes les plus graves[204]. Il insiste, à cet égard, sur la nécessité de prendre des mesures appropriées, tant dans le cadre des systèmes juridiques nationaux que par le biais de la coopération entre États. Il y est également rappelé que chaque État a le devoir de « *soumettre à sa juridiction criminelle les responsables des crimes internationaux* ». La volonté de coopérer des États, dont la Suisse, dans la lutte contre l'impunité à l'égard des crimes les plus graves a été exprimée à de nombreuses reprises[205].

[114] Certains États européens ont déjà eu l'occasion de poursuivre leurs citoyens ayant rejoint l'État islamique, principalement pour infractions terroristes, mais également pour des crimes de guerre, génocide et crimes contre l'humanité commis en Syrie et en Irak[206].

[115] Comme l'a récemment souligné le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, la lutte contre les crimes perpétrés par l'État islamique requiert un engagement actif de la communauté internationale, notamment par l'exercice de la compétence universelle par les États[207]. Par ailleurs, la règle coutumière 158 du DIH disposent que les États sont tenus « *d'enquêter sur les crimes de guerre qui auraient été commis par leurs ressortissants* », et le cas échéant, « *poursuivre les suspects* ». Cette règle s'applique tant dans les CAI que les CANI[208]. En outre, la règle coutumière 157 du DIH impose aux États de recourir à la compétence pénale accordée par leur législation nationale, qu'il s'agisse d'une compétence fondée sur le territoire, sur la personnalité des individus concernés, ou qu'elle s'étende à la compétence universelle[209].

---

[204] Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, (RS 0.312.1), *Préambule*.

[205] Voir notamment: AGNU, *Résolution 67/1*, par. 22; AGNU, ; AGNU, *Résolution 2840*, p. 93; CDI, *Annuaire 2014*, p. 98; plus récemment, la Suisse a signé une Convention sur la coopération internationale en matière d'enquête et de poursuite du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerres et d'autres crimes internationaux. Cette Convention établit une base conventionnelle renforçant et garantissant une coopération pénale internationale réciproque en matière de crimes internationaux, même en l'absence de traités bilatéraux. Il s'agit du premier instrument international dont les dispositions contiennent une obligation explicite de criminaliser et de poursuivre les crimes internationaux, et permet une entraide plus directe entre les autorités. Voir à ce sujet: OFJ, *Convention Ljubljana-La Haye* , p. 1 et 9 s; Conseil fédéral, *Crimes*.

[206] Europol, *Report 2024*, p. 16; AS/Jur, *Rapport 2022*, par. 3; AS/Jur, *Rapport 2020*, par. 26; CDH, *Punishing the innocent*, p. 12; voir également: Universal Jurisdiction Database, *Syrian-Related Criminal Cases*: cette base de données recense les affaires liées à des crimes commis en Syrie, et permet de suivre les procédures engagées dans différents pays. Parmi les États ayant poursuivi et condamné des ressortissants nationaux rapatriés, l'Allemagne se distingue particulièrement, avec une vingtaine de condamnations. En outre, la France les Pays-Bas, la Hongrie et la Suède ont également pu condamner d'ancien membres de l'EI pour les crimes internationaux précités.

[207] OHCHR, *Syria 2025*.

[208] HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, p. 809.

[209] HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, p. 807 s.

[116] Par ailleurs, la lutte contre l'impunité revêt une importance particulière dans le cadre de la lutte antiterroriste[210]. Cette évolution s'est traduite par l'adoption de la Résolution 1373 du Conseil de Sécurité des Nations Unies (ci-après: CS), qui impose aux États de prendre des mesures pour prévenir et réprimer le terrorisme[211]. Face à la problématique des combattants terroristes étrangers, les Résolutions 2178 (2014) et 2396 (2017) ont renforcé ces obligations[212], en exigeant notamment que toute personne impliquée dans des activités terroristes soit poursuivie en justice, et que les législations nationales prévoient les infractions nécessaires à une répression efficace[213].

[117] De nombreux acteurs internationaux soutiennent que le retour des ressortissants dans leurs pays d'origine contribue à la mise en œuvre des mécanismes de justice pour les crimes internationaux attribués à l'EI, en rendant possibles des poursuites conformes aux exigences du procès équitable devant les tribunaux nationaux[214].

[118] La lutte contre l'impunité constitue un impératif fondamental du droit international, en particulier lorsque sont en cause des crimes d'une gravité exceptionnelle, tels que ceux potentiellement commis par les ressortissants suisses ayant rejoint l'État islamique en Syrie. Si la Confédération helvétique ne prend pas les mesures nécessaires pour permettre leur rapatriement, ces individus risquent de ne jamais être poursuivis, faute de mécanismes judiciaires efficaces sur place. Dans ce contexte, l'inaction de la Suisse contribue à l'impunité de ces crimes internationaux.

## 2. Le principe « aut dedere aut judicare »

[119] Le principe « *aut dedere aut judiciare* » impose aux États l'obligation, soit d'extrader une personne accusée d'un crime, soit, d'engager eux-mêmes des poursuites devant leurs juridictions nationales[215]. Cette obligation a pour objectif de garantir que les personnes accusées de crimes internationaux fassent l'objet de poursuites judiciaires conformes au droit international[216]. Par ailleurs, elle occupe une place centrale dans la répression des crimes internationaux et dans la lutter contre l'impunité[217]. Ce principe est intégré dans de nombreux traités multilatéraux, qui interdisent généralement des actes criminels constituant une menace commune pour l'humanité (tel que le terrorisme[218]) ainsi que dans divers accords d'extradition[219]. En outre, certains auteurs

---

[210] Voir: STIGALL, p. 85 ss.

[211] CS, *Résolution 1373*.

[212] CS, *Résolution 2396 , par. 17;* CS, *Résolution 2178*, par. 6.

[213] *Ibidem*.

[214] CDH, *Punishing the innocent*, p. 12.

[215] HENZELIN, nº 926 ss, nº 1967 ss, nº 1106 ss; LUDWICZAK, p. 99 ss; STIGALL, p. 83; ZIMMERMANN, nº 751.

[216] CDI, *Annuaire 2014*, p. 105; MITCHELL, nº 1.

[217] CDI, *Annuaire 2014*, p. 98; MITCHELL, nº 1.

[218] CDI, *Annuaire 2014*, p. 98: En effet, cette obligation est inscrite dans l'ensemble des Conventions internationales sectorielles contre le terrorisme adoptées depuis 1970.

[219] HENZELIN, nº 926 ss, nº 1967 ss, nº 1106 ss; LUDWICZAK, p. 99 ss; MITCHELL, nº 1; STIGALL, p. 83; ZIMMERMANN nº 751. Cette exigence figure notamment dans les instruments suivants: CG I (1949), CG II (1949), CG III (1949), CG IV (1949); Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997); Convention des Nations Unies contre la corruption (2003); Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984); Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954); Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (1973).

considèrent que, compte tenu de sa prévalence et de son acceptation généralisée, le principe *aut dedere aut judicare* s'est élevé au rang de norme coutumière du droit international[220].

[120] Diverses résolutions du CS réaffirment l'obligation des États de poursuivre en justice les individus responsables d'infractions terroristes[221]. Elles exhortent également les États à refuser l'asile aux personnes soupçonnées d'avoir commis des actes à caractère terroriste ou d'être affiliées à des organisations terroristes[222], en conformité avec le principe *aut dedere aut judicare*.

[121] Si on considère que ce principe est de nature coutumière, celui-ci devrait s'appliquer aux FDS. Dans une perspective de lutte contre l'impunité et conformément au principe précité, les FDS, n'ayant pas la capacité de poursuivre efficacement et de manière adéquate les ressortissants européens, devraient être tenues de les extrader ou de les transférer vers leurs États d'origine afin qu'ils y soient jugés[223].

[122] En pratique, c'est d'ailleurs ce qu'elles ont tenté de faire, en appelant à plusieurs reprises les États européens, dont la Suisse, à rapatrier leurs ressortissants détenus sur leur territoire. Cependant, malgré ces appels, la Suisse persiste à refuser de rapatrier ses ressortissants, maintenant ainsi une situation où ces individus demeurent dans une zone de non-droit. Cette absence de rapatriement ou d'extradition revient à créer une sorte de territoire « *refuge* » et favorise une situation d'impunité persistante.

## 3. Le principe de réadmission de ses propres ressortissants

[123] En Suisse, ainsi qu'en Europe, l'expulsion est un mécanisme fréquemment utilisé par les États afin d'éloigner des ressortissants étrangers jugés dangereux pour la sécurité publique. En Suisse notamment, l'art. 66a du Code pénal suisse (ci-après: CP), entré en vigueur le 1er octobre 2018, a renforcé cette pratique, en rendant l'expulsion obligatoire lorsqu'une personne étrangère commet un crime grave[224]. Eu égard à cette pratique largement utilisée par la Suisse, il nous semble surprenant, voir paradoxal qu'elle n'admette pas le retour de ses propres ressortissants.

[124] En effet, les autorités détenant les ressortissants suisses en Syrie ont requis à plusieurs reprises le retour de ces derniers dans leurs États respectifs, ceux-ci cherchant ainsi à expulser des étrangers du territoire qu'elles contrôlent. Toutefois, la Suisse persiste à refuser de coopérer avec les autorités concernées, bien que l'expulsion soit une prérogative souveraine que la Suisse reconnaît et applique[225].

[125] Par ailleurs, selon le principe de réadmission découlant du droit international coutumier, les États sont tenus de reprendre leurs ressortissants[226]. Cette obligation découle de leur

---

[220] Voir notamment; ENACHE-BROWN / FRIED, p. 627; KELLY, p. 500; STIGALL, p. 84.

[221] CS, *Résolution 1373*, p. 2; CS, *Résolution 2396*; CS, *Résolution 2178*.

[222] *Ibidem*.

[223] STIGALL, p. 84.

[224] Voir: FF 2018 2889, p. 2918.

[225] PANIZZON, p. 107; voir également: SEM, *Accord de readmission*; Postulat (06.3703) LUSTENBERGER Ruedi du 14 décembre 2006 « *Accords de readmission* », avis du Conseil fédéral du 14 février 2007.

[226] HAILBRONNER, p. 6 ss et 11 ss; MARTIN, p. 31 ss; PANIZZON, p. 107.

souveraineté, en particulier de leur droit de décider de l'expulsion ou de l'admission des personnes sur leur territoire[227].

[126] Nous estimons qu'en raison du principe de réciprocité, et du fait que les États ont une certaine responsabilité envers leurs ressortissants, il est d'autant plus nécessaire et impératif qu'un État rende possible le retour de leurs citoyens lorsqu'un autre État demande leur expulsion du territoire[228]. Par ailleurs, HAILBRONNER souligne que, conformément au principe de la bonne foi, la coopération des États d'origine dans le cadre de la réadmission de leurs ressortissants est obligatoire[229]. Elle évoque notamment l'exemple de la délivrance des documents de remplacement nécessaires[230]. Selon nous, au regard de la situation exceptionnelle des ressortissants suisses en Syrie, l'obligation de coopération de la Suisse inclut l'assistance au rapatriement de ses citoyens. Par exemple, nous estimons que la Suisse était tenue d'accepter l'offre de rapatriement proposée par les États-Unis, ce qu'elle a toutefois refusé[231].

[127] En effet, au regard de la situation étatique passée et actuelle en Syrie, et de l'impossibilité pratique des ressortissants suisses de revenir par leurs propres moyens, le comportement passif et non-coopératif de l'État requis a pour conséquence de rendre non-effectif différents principes et droits internationaux et nationaux, en particulier le droit d'expulsion de l'État de résidence, le principe de réadmission de ses propres nationaux, ainsi que le droit d'entrer dans son pays[232].

## B. Analyse des différentes compétences à l'égard des ressortissants suisses ayant rejoint l'EI

### 1. La compétence territoriale de la Syrie

[128] Les crimes commis par des ressortissants suisses ayant rejoint l'EI se sont principalement déroulés en Syrie et en Irak. En vertu du principe de territorialité, la compétence de poursuite revient en priorité à ces derniers[233].

[129] L'exercice de la compétence territoriale de la Syrie implique que celle-ci ait la capacité et la volonté de poursuivre de manière efficace et conformément au droit international des droits de l'Homme les personnes concernées[234]. L'absence de volonté d'un État de mettre en œuvre les mesures nécessaires peut se manifester sous diverses formes. Cela inclut, par exemple, les situations dans lesquelles un État cherche à soustraire une personne de toute responsabilité pénale, ne démontre pas une intention véritable de mener des poursuites, ou encore lorsque les procédures engagées sont entachées d'un manque d'indépendance ou d'impartialité[235].

---

[227] HAILBRONNER, p. 6 ss et 11 ss.; s'il n'existait pas d'obligation de réadmissions de ses propres ressortissants, le droit d'expulsion découlant de la souveraineté de chaque État, perdrait toute effectivité - « *The obligation to readmit one's own nationals is the correlate of the right to expel aliens* »; MARTIN, p. 31 ss; PANIZZON, p. 107.

[228] HAILBRONNER, p. 7.

[229] *Ibidem*.

[230] HAILBRONNER, p. 48.

[231] Le Temps, *L'offre américaine*.

[232] Voir: CDH, *Yazidis*; CDH, *Sexual and gender-based violence*; CDH, *Human rights abuses*.

[233] AS/Jur, Rapport 2020, par. 12; APCE, Résolution 2190; WIDAGDO et al., p. 4.

[234] WIDAGDO et al., p. 4.

[235] Voir: Art. 17 Statut de Rome; WIDAGDO, p. 4.

[130] Nous examinerons ici les différents obstacles qui s'opposent à la tenue d'une procédure judiciaire sur les territoires syrien à l'encontre des ressortissants suisses. Les FDS ont à plusieurs reprises déclaré ne pas disposer des capacités nécessaires pour détenir et juger l'ensemble des combattants de l'État islamique[236]. À cela s'ajoute la complexité du contexte syrien, marqué par la multiplicité des acteurs en présence (FDS, États-Unis, Russie, Turquie, groupes d'opposition, etc.), qui rend la mise en œuvre de poursuites judiciaires encore plus difficile[237]. Les tribunaux établis dans le nord-est de la Syrie, tels que les Tribunaux de Défense du Peuple, opèrent dans des conditions précaires, sans soutien international, et sous la menace constante de représailles de l'EI[238]. Les procès se déroulent sans garanties fondamentales: pas d'assistance juridique, aveux souvent obtenus sous la torture, recours limité, textes légaux flous et peines disproportionnées[239]. Dans ces circonstances, l'accès à un procès équitable est illusoire.

[131] De plus, aucun combattant étranger détenu dans le nord-est de la Syrie n'a, à ce jour, été jugé, ceci notamment en raison des nombreuses difficultés et obstacles pour organiser des poursuites judiciaires[240]. Par ailleurs, même si des procès étaient engagés, l'incertitude demeure quant aux lieux de détention des condamnés, et leur destination après avoir exécuté leur peine[241].

[132] En raison de l'impossibilité pratique de poursuivre les ressortissants suisses en Syrie, il convient d'examiner les solutions alternatives envisageables.

## 2. La compétence de la Cour pénale internationale (CPI)

[133] Tout d'abord, il sied de souligner que conformément à l'art. 5 SR, la compétence de la Cour pénale internationale (ci-après: CPI) est limitée aux crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crimes d'agression. Ainsi, elle est en tout état de cause incompétente pour juger des infractions terroristes.

[134] Ensuite, selon l'art. 12 SR, la CPI n'est compétente que si le crime a été commis sur le territoire d'un État signataire, par l'un de ses ressortissants, ou par un État ayant accepté la compétence de la Haute Cour pour le crime allégué. L'art. 13 SR prévoit que la CPI peut également être compétente lorsque le CS « *défère la situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis* ». Enfin, la CPI pourrait exercer sa compétence à l'égard d'un ressortissant d'un État partie au SR, si le Procureur décidait d'ouvrir une enquête à son encontre (art. 15 SR).

[135] La CPI n'est pas compétente pour les crimes commis par les membres de l'EI, car la Syrie et l'Irak ne sont pas des États partie au SR, et n'ont pas accepté la compétence de la CPI[242]. De plus, en raison de deux vétos provenant de la Russie et de la Chine, le CS n'a pas été en mesure de déférer les cas des crimes internationaux commis en Syrie à la CPI[243]. Par ailleurs, le Procureur

---

[236] AS/Jur, Rapport 2020, par. 10.

[237] *Idem*, par. 16.

[238] Amnesty International, *Detention*, p. 74.

[239] Voir également: KRAUSE, *Syria*: « *Syrian criminal justice is not known for it guarantees of due process, but rather its pre-trial torture and post-trial mass executions after trials lasting several minutes.* ».

[240] AS/Jur, *Rapport 2022*, par. 7.

[241] Amnesty International, *Detention*, par. 8.4.

[242] AS/Jur, *Rapport 14402*, par. 30; voir également: KRAUSE, *Syria*.

[243] Pour plus de details, voir: AS/Jur, *Rapport 2022*, par. 36 ss; voir également: APCE, *Résolution 2190*, par. 5; CS, *Chine et Russie*; VAN SCHAACK, *Justice for Syria*: Même si le CS devait à nouveau tenter de déférer la situation, il demeure improbable que la Russie et la Chine, disposant d'un droit de véto, ne s'y opposent pas.

de la Haute Cour a refusé d'ouvrir une enquête sur des allégations d'infractions commises par des ressortissants d'un État partie au SR[244], estimant que les conditions juridiques nécessaires pour procéder à un tel examen n'étaient pas réunies[245].

[136] Par conséquent, la CPI n'est pas en mesure de poursuivre les combattants de l'État islamique, incluant les ressortissants suisses ayant rejoint leur rang.

### 3. La création d'un tribunal ad hoc ?

[137] La création d'un tribunal ad hoc qui serait compétent pour les crimes commis par les combattants de l'EI en Syrie est également une solution souvent envisagée et soutenue par des acteurs internationaux, mais qui se heurte toutefois à de nombreux obstacles[246].

[138] Carla DEL PONTE, enquêtrice au sein de la commission d'enquête indépendante des Nations Unies et ancienne procureure des Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, avait affirmé que la création d'un tribunal *ad hoc* pour juger les crimes commis en Syrie serait la meilleure alternative[247]. Un tel tribunal permettrait de poursuivre un plus grand nombre de personnes et de couvrir un éventail de crimes plus large que ne le permet la CPI[248]. En outre, la localisation régionale d'un tribunal ad hoc faciliterait l'accès aux témoins et aux preuves, renforçant ainsi l'efficacité des enquêtes et des procédures[249].

[139] Cependant, la mise en place d'un tel tribunal soulève de sérieuses difficultés. D'une part, même s'il venait à être créé, il ne pourrait probablement pas traiter l'intégralité des crimes commis en Syrie, tant en raison de leur nombre que de leur complexité[250]. D'autre part, les coûts de création et de fonctionnement d'un tribunal ad hoc sont particulièrement élevés[251].

[140] En outre, ces tribunaux sont créés par le CS, et pourraient ainsi être une nouvelle fois bloqués par le véto de la Russie ou de la Chine. En l'occurrence, il reste peu probable que la Russie s'abstienne de recourir à son véto, étant donné ses relations avec l'ancien dictateur Syrien, désormais réfugié à Moscou[252].

[141] En raison de la complexité politique et fonctionnelle de la création d'un tribunal ad hoc, ainsi que du nombre élevé de crimes à traiter, nous considérons que la Suisse ne peut fonder sa politique sur cette hypothèse pour juger ses ressortissants soupçonnés de crime en lien avec l'État islamique. Au regard de ses obligations internationales et de la lutte contre l'impunité, la solution la plus appropriée reste le rapatriement de ces individus sur le territoire suisse, afin qu'ils soient poursuivis devant les juridictions nationales[253].

---

[244] Art. 53 SR: « *Le procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut.* ». Voir également: AS/Jur, *Rapport 14402*, par. 32.

[245] AS/Jur, *Rapport 2020*, par. 28; APCE, *Résolution 2190*, par. 5.; BENSOUDA, *Déclaration à propos des crimes commis par l'EIIS*.

[246] CLOONEY, *Debate*; DWORKIN, *Tribunal*; BBC, *International tribunal*.

[247] SOLIS, p. 84; HUNTER, *Accountability*.

[248] SOLIS, p. 84.

[249] *Ibidem*.

[250] HUNTER, *Accountability*.

[251] *Ibidem*.

[252] KASTHALA, *Justice after Assad*.

[253] DWORKIN, *Tribunal*.

## 4. La compétence de la Suisse

[142] L'établissement de la compétence de la Suisse concernant les crimes commis par ses ressortissants ayant rejoint l'EI constitue une condition préalable indispensable à leur poursuite pénale sur le territoire helvétique. Cette compétence repose principalement sur le principe de territorialité (art. 3 CP), qui constitue la règle fondamentale du rattachement pénal international[254]. Subsidiaires à l'art. 3 CP, les art. 4 à 7 CP permettent de poursuivre une infraction même lorsque celle-ci a été commise à l'étranger, notamment selon les principes de compétence active et passive (art. 7 al. 1 CP)[255], ou selon le principe de compétence universelle[256].

### *4.1. Compétence active*

[143] La Suisse, en raison des attributs de sa souveraineté lui conférant les compétences normatives et d'exécution, a le pouvoir de juger des actes ayant eu lieu à l'étranger[257]. La compétence de la Suisse concernant les crimes commis par les ressortissants suisses sur le sol syrien et irakien peut être déduite de sa compétence personnelle, mise en œuvre en droit suisse par les principes de personnalité active et passive énoncés à l'art. 7 al. 1 CP[258]. Cette compétence est donnée en raison du lien de nationalité liant l'État et le ressortissant concerné[259].

[144] Dans le cas des voyageurs du djihad, le principe de personnalité active permettrait à la Suisse de poursuivre et condamner les ressortissants suisses ayant rejoint l'État islamique. Toutefois, afin d'activer et d'exercer sa compétence, il est nécessaire que les ressortissants nationaux se trouvent sur le territoire national[260]. Ainsi, le rapatriement des personnes concernées est primordial.

### *4.2. Compétence universelle*

[145] La compétence universelle permet à un État d'établir sa compétence sans qu'un lien de rattachement direct entre l'infraction, l'auteur et cet État ne soit nécessaire[261]. Fondée sur l'idée que certains crimes sont d'une gravité telle qu'ils concernant et affectent la communauté internationale dans son ensemble, cette compétence permet ainsi de faciliter et garantir la répression de ces infractions[262].

[146] Le droit Suisse ne prévoit pas de compétence universelle "pure"[263], mais établit différentes formes de compétence universelle, qui relèvent du principe de « *substitution* » ou de

---

[254] HARARI / LINIGER GROS, art. 3 CP nº 3.

[255] HARARI / LINIGER GROS, art. 7 CP nº 2.

[256] *Ibidem*.

[257] YOKARIS, p. 999.

[258] BESSON, *DIPU*, nº 330 ss.

[259] *Idem*, nº 331.

[260] *Idem*, nº 336.

[261] Sur le principe d'universalité, voir: HENZELIN, p. 29 ss.

[262] CICR, *Universal Jurisdiction*, p. 2.

[263] Voir: ATF 116 IV 244, consid. 3a: « *dans sa pureté, le principe d'universalité est totalement indépendant de la question de savoir si une extradition est possible ou non; il établit une compétence plus étendue que l'adage "livrer ou juger, aut dedere aut judicare". En conséquence, il est applicable, à titre de norme originaire, même si l'extradition est possible.* ».

« *remplacement* »[264]. En conséquence, l'obligation de poursuivre et de juger revêt un caractère subsidiaire, dans la mesure où elle ne s'impose qu'en cas d'inadmissibilité de l'extradition[265].

[147] Parmi ces compétences, l'art. 5 CP établit une compétence universelle spécifique en matière d'infractions sexuelles commises à l'étranger sur des mineurs, sans exiger ni double incrimination ni *lex mitior*, permettant de poursuivre certains crimes (tels que la traite d'êtres humains, le viol ou l'encouragement à la prostitution) si l'auteur est présent en Suisse et non extradé[266]. L'art. 6 CP instaure une compétence extraterritoriale conventionnelle lorsque l'acte est également punissable dans l'État de commission, que l'auteur est en Suisse, non extradé, et que la Suisse est liée par un traité imposant la poursuite[267]. Enfin, l'art. 7 al. 2 CP prévoit une compétence dite « de substitution » (let. a) en cas d'impossibilité d'extrader, ainsi qu'une compétence universelle (let. b), fondée sur le droit international coutumier, pour les crimes particulièrement graves prohibés par la communauté internationale, et lorsque l'auteur se trouve en Suisse[268].

[148] Ces diverses dispositions permettent de juger des combattants terroristes étrangers ayant rejoint l'EI et reflètent l'engagement de la Suisse dans la lutte contre l'impunité. Dans la continuité de cet engagement, la Suisse devrait respecter ses obligations internationales et rapatrier ses propres ressortissants afin de les juger, garantissant ainsi que les auteurs de crimes graves ne restent pas impunis.

[149] Enfin, il convient de relever que, s'agissant de la reconnaissance des jugements étrangers, la Suisse prévoit une réserve aux art. 3 al. 3, 5 al. 2, 6 al. 3 et 7 al. 4 CP, limitant cette reconnaissance lorsque le jugement étranger est contraire aux droits fondamentaux garantis par le droit constitutionnel suisse et par la CEDH[269]. Cette clause a été introduite afin de lutter contre l'impunité des auteurs de crimes graves, notamment lorsque le jugement étranger a pour but de soustraire l'auteur à sa responsabilité pénale[270]. Comme le relève une partie de la doctrine, cette réserve devrait également s'appliquer aux décisions rendues à l'issue de procédures qui ne respectent pas les exigences d'indépendance, d'impartialité et les garanties d'un procès équitable au sens du droit international[271].

[150] Dans cette perspective, et au regard de la volonté du législateur de lutter contre l'impunité des auteurs de crimes graves et de ne pas reconnaître les décisions judiciaires contraires aux droits fondamentaux, le refus de rapatrier ses propres ressortissants afin qu'ils soient jugés en Suisse, alors même que les procédures auxquelles ils seraient soumis en Syrie ne rempliraient pas les conditions minimales pour être reconnues par le droit suisse, révèle une contradiction manifeste dans la position de la Confédération.

---

[264] PERRIN, p. 430.

[265] ATF 116 IV 233, consid. 3a.

[266] HURTADO POZO / GODEL, nº 199; PERRIN, p. 431.

[267] HENZELIN, art. 6 CP nº 9 et 13.

[268] HENZELIN, art. 7 CP nº 2, 29 a et 22.

[269] HARARI / LINIGER GROS, art. 3 CP nº 63.

[270] MÉNÉTREY SAVARY, BO CN 2001 540; HARARI / LINIGER GROS, art. 3 CP nº 69.

[271] CASSANI / ROTH, p. 472 ss; HARARI / LINIGER GROS, art. 3 CP nº 69.

## V. Conclusion

[151] Toute la complexité de la situation des ressortissants suisses détenus dans le Nord-est syrien réside dans l'éloignement géographique qui, de manière latente, permet à la Suisse de suspendre ses responsabilités à leur égard. Pourtant, l'analyse montre que cette distance, si elle pose des défis pratiques, ne saurait effacer les obligations de la Confédération helvétique au regard du droit international applicable.

[152] L'argument sécuritaire avancé par les autorités suisses pour refuser le rapatriement des ressortissants détenus en Syrie ne saurait être retenu. D'une part, il ne repose sur aucune évaluation concrète de la menace que représenteraient ces individus. D'autre part, il apparaît manifestement disproportionné au regard du nombre très limité de personnes concernées: moins de dix ressortissants suisses. Dans ces conditions, la Suisse dispose des moyens juridiques et institutionnels nécessaires pour organiser un retour encadré, mettre en œuvre des mesures de surveillance ou engager des poursuites, le cas échéant, en fonction de leur degré d'implication. De nombreux États européens l'ont compris et ont choisi, ces dernières années, de rapatrier leurs ressortissants. La persistance de la Suisse dans une posture isolée soulève donc de vives interrogations, d'autant plus qu'elle engage les droits fondamentaux d'individus, dont des enfants en situation de grande vulnérabilité.

[153] Ce constat est renforcé par l'évolution récente de la situation régionale: retrait militaire progressif américain, affaiblissement des FDS, déstabilisation croissante de la zone, multiplication des évasions, Le maintien en détention des ressortissants suisses dans de telles conditions produit l'effet inverse: il accroît le risque d'un retour non maîtrisé, échappant à toute forme de contrôle étatique et judiciaire. Le refus de rapatriement ne renforce donc pas la sécurité nationale, il la fragilise.

[154] Cette impasse est accentuée par l'absence d'assistance consulaire effective. Bien que le TF ait finalement reconnu le droit d'obtenir une décision sujette à recours, tant le DFAE que le TAF ont initialement soutenu qu'aucune décision formelle ne devait être rendue en matière de protection consulaire, empêchant ainsi les personnes concernées d'accéder au juge. La posture de ces derniers soulève de vives inquiétudes quant au respect des garanties fondamentales inhérentes à l'État de droit.

[155] Enfin, le refus de rapatriement a pour effet de priver les victimes d'un accès à la justice et de neutraliser l'effectivité du principe *aut dedere aut judicare*, en empêchant toute mise en œuvre des mécanismes de responsabilité pénale internationale. En s'abstenant d'agir alors qu'elles en ont les moyens juridiques, les autorités suisses contribuent à perpétuer une situation d'impunité, révélatrice d'un désengagement politique préoccupant face aux crimes les plus graves.

# Bibliographie

## Doctrine

ACHIUME Tendayi, *Amicus Brief soumis par la rapporteuse spéciale des Nations Unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée*, 28
octobre 2018, in: OHCHR (www.ohchr.org), p. « https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Racism/SR/Amicus/Dut-chImmigration_Amicus.pdf » (consulté le 6.05.2025) (cité: ACHIUME, *Amicus Brief*).

Alexander Aleinikoff / Vincent Chetail (édit.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye 2003.

Amnesty International*, Aftermath – Injustice, torture and death in detention in North-East Syria*, 2024 (cité: Amnesty International, *Detention*).

BAGHERI Saeed / BISSET Alison, *International Legal Issues Arising from Repatriation of the Children of Islamic State*, Journal of Conflict & Security Law (Vol. 27/3) 2022, 363 – 385.

BESSON Samantha, *Droit international public: précis de droit et résumés de jurisprudence*, 2e éd., Berne 2024 (cité: BESSON, *DIPU*).

BESSON Samantha, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, Leiden Journal of International Law (Vol. 25) 2012, 857 – 884 (cité: BESSON, *Extraterritoriality*).

BOEKESTEIN Tom, *Deprivation of Nationality as a Counter-Terrorism Tool: a Comparative Analysis of Canadian adn Dutch Legislation*, The Transnational Human Rights Review (Vol. 5) 2018, 24 – 62.

BRAUN Kerstin, *"Home Sweet Home": Managing Returning Foreign Terrorist Fighters in Germany, The United Kingdom and Australia*, International Community Law Review (Vol. 20/3-4) 2018, 311 – 346.

BROWN Amanda, *Globalizing Anudo v. Tanzania: Applying the African Court's Arbitrariness Test to the UK's Denationalization of Shamima Begum*, UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law (Vol. 18) 2020, 129 – 177.

Bulan Institute for Peace Innovations (BIPI), *Protection of ISIS-Related Children in Northeast Syria and Iraq: Safeguarding Human Rights and Repatriation Prospects of Foreign Minors*, Genève 2021 (cité: BIPI, *Protection*).

Bulan Institute for Peace Innovations (BIPI), *State Obligations and International Norms toward Children with Links to ISIS Being Held in North-Eastern Syria*, 2021 (cité: BIPI, *Children*).

CAPONE Francseca, *The children (and wives) of foreign ISIS fighters: Which obligations upon the States of nationality ?*, QIL Zoom-in (Nº 60) 2019., 69 – 97.

CASSANI Ursula / ROTH Robert, *Le juge suisse au service de la communauté des peuples ? Réflexions à propos des nouveaux articles 3 à 8 CP*, in: Donatsch Andreas et al. (édit), Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, 449 – 475.

CASSANI Ursula / VILLARD Katia, art. 5 CP, in: Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), Commentaire Romand du Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Centre des Nations Unies contre le terrorisme EXPO (UNCCT), *Children Affected by the Foreign Fighter Phenomenon: Ensuring a Child Rights-Based Approach*, 2018 (cité: UNCCT, *Children*).

CHAUMETTE Anne-Laure, *Daech, un « Etat » islamique ?*, Annuaire Français de Droit international (Vol. 60) 2014, 71 – 89.

CICR, *Rapport - Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, novembre 2019 (cité: CICR, *Défis*).

CICR, *Universal jurisdiction over war crimes*, in: ICRC (www.icrc.org), avril 2021, p. « https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/dp_consult_38_universal_jurisdiction.pdf » (consulté le 02.03.2025) (cité: CICR, *Universal jurisdiction*).

COOK Joana / VALE Gina, *From Daesh to 'Diaspora': Tracing the Women and Minors of Islamic State*, International Center for The Study of Radicalisation, Londres 2018.

CUYCKENS Hanne, *Foreign fighters and the tension between counterterrorism and international humanitarian law: A case for cumulative prosecution where possible*, International Review of the Red Cross (Vol. 103) 2021, 581 – 603.

Doermann Knut / Sassòli Marco / Spoerri Philip (édit.), *Commentaire de la première Convention de Genève*, Genève / Paris 2020.

Donatsch Andreas et al. (édit), Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zurich 2002.

ENACHE-BROWN Colleen / FRIED Ari, *Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligaiton of Aut Dedere Aut Judicare in Internaitonal Law*, McGill Law Journal (Vol. 43/2) 1998, 613 – 632.

GIANNOPOULOS Christos, *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 2019.

GIUFFRÉ Mariagiulia, *A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before of the European Court of Human Rights*, QIL Zoom-In (Vol. 82) 2021, 53 – 80.

GODEFROY Aurélien, *Le rapatriement des ressortissants français détenus par les Kurdes dans le Nord-Est syrien*, Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF) chron. N° 41 2023.

HAILBRONNER Kay, *Readmission Agreements and the Obligations on States under Public International law to Readmit their Own and Foreign Nationals*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Vol. 57) 1997, 1 – 49.

HARARI Maurice / LINIGER GROS Miranda, art. 3 et 7 CP, in: Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire Romand du Code pénal I*, 2e éd., Bâle 2021.

HENCKAERTS Jean-Marie / DOSWALD-BECK Louise, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I:* Règles, Bruxelles 2006.

HENCKAERTS Jean-marie, art. 1 CG I, in: Doermann Knut / Sassòli Marco / Spoerri Philip (édit.), *Commentaire de la première Convention de Genève*, CICR, Genève / Paris 2020.

HENZELIN Marc, art. 6 et 7 CP, in: Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire Romand du Code pénal I*, 2e éd., Bâle 2021.

HENZELIN Marc, *Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, thèse, Bâle 2000.

HERTIG RANDALL Maya, *Un effet préventif sur la création et l'application du droit suisse*, plaidoyer (Vol. 6/16) 2017, CEDH: les enjeux pratiques actuels en Suisse, 32 – 35.

Human Rights Watch (HRW), *My son is Just Another Kid – Experiences of Children Repatriated from Camps for ISIS Suspects and Their Families in Northeast Syria*, in: Human Rights Watch (www.hrw.org), novembre 2022, p. « https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/11/syria_crd1122web_0.pdf » (consulté le 01.04.2025) (cité: HRW, *Experiences*).

HURTADO POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 4e éd., Zurich 2023.

JAYARAMAN Shiva, *International Terrorism and Statelessness: Revoking the Citizenship of ISIL Foreign Fighters*, Chicago Journal of International Law (Vol. 17/1) 2016, 177 – 216.

KELLY Michael, *Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collusion for Prosecuting Foreign Terorists – Passage of Aut Dedere Aut Judiciare into Customary Law & Refusal to Extradite Based on the Death Penalty*, Arizona Journal of International and Comparative Law (Vol. 20) 2003, 491 – 532.

KIND Andreas, *Der Diplomatische Schutz – Zwischenstaatlicher Rechtdurchsetzungsmechanismus im Spannungsfeld von Individualrechten, Ausseninteressen, Staatsangehörigkeit und Schutzplfichten*, Zurich / St-Gall 2014.

KOUTROULIS Vaios, *The Fight Against the Islamic State and Jus in Bellos*, Leiden Journal of International Law (Vol. 29/3) 2016, 827 – 852.

KRENC Frédéric, *La peur du vide: la « juridiction » des Etats parties à la convention européenne des droits de l'Homme*, Journal de droit européen (Vol. 13 N° 120) 2005, 168 – 170.

LUBELL Noam, *The War (?) against Al-Qaeda,* in: Wilmshurst Elizabeth (édit.*), International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford 2012, 421 – 454.

LUBISHTANI Kastriot / GRAF Anne-Laurence, *Discussion d'arrêts actuels – Cour Européenne des droits de l'Homme – Grande Chambre*, *H.F et autres c. France du 14 septembre 2022*, PJA 2023, 387 – 398.

LUBISHTANI Kastriot / SAUTHIER Gaëlle / SCALIA Damien / GRAF Anne-Laurence, *Le droit au retour en Suisse des « voyageurs du djihad » et de leurs enfants: vers une obligation de rapatriement pour la Confédération ?*, Revue de droit suisse 2021, 301– 341 (cité: LUBISHTANI et al.).

LUDWICZAK Maria, *La délégation internationale de la compétence pénale*, thèse, Genève 2013.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre et al., *L'influence de la Cour Européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, Limoges 2000.

MARTIN David, *The Authority and Responsibility of State*, in: Alexander Aleinikoff / Vincent Chetail (édit.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye 2003, 31 – 46.

MATUSIAK-FRACCZAK Magdalena, *Selected issues regarding children's rights in the war on terror with a particular focus on Syria*, Wroclaw Review (Vol. 14/1) 2024, 157 – 180.

MCKEEVER David, *Repatriating Foreign Terrorist Fighters and Their Family Members: What International Law Requires, and What National Courts Will Do*, Journal of Conflicts & Security (Vol. 28/1) 2022, 67 – 107.

MEHRA Tanya, *Improving the prospects of prosecuting 'terrorists' for core international crimes committed in the context of the conflict in Syria and Iraq - ICCT Report*, 2023 (cité: MEHRA, *Prosecuting terrorists*).

MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties – Law, Principles and Policy*, New York 2011 (cité: MILANOVIC, *Extraterritorial*).

MILLER Sarah, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, The European Journal of International Law (Vol. 20 N° 4) 2010, 1223 – 1246.

MINERVINI Gustavo, *H.F and others v. France: Has the time finally come to rethink extraterritorial jurisdiction ?*, 2022, in: ADiM Blog (www.adimblog.com), novembre 2022, p. « https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2022/12/sodapdf-converted-8.pdf » (consulté le 20.02.2025).

MITCHELL Claire, *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, Genève 2009.

Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire Romand du Code pénal I*, 2e éd., Bâle 2021.

MORENO-LAX Violeta, *The Architecture of Functional Jurisdiction, Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. adn other v. Italy, and the « Operational Model »*, German Law Journal (Vol. 21) 2020, 385 – 416.

MÜLLER Jörg Paul / WILDHABER Luzius, *Praxis des Völkerrechts*, 3e éd., Berne 2000.

O'BOYLE Michael, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on « Life after Banković »*, in: Coomans Fons / Kamminga Meno (édit.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties (Maastricht Series in Human Rights)*, 2004.

OSCE / ODIHR, *Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of 'Foreign Terrorist Fighters' within a Human Rights Framework*, Varsovie 2018 (cité: OSCE / ODIHR, *Guidelines*).

PANIZZON Marion, *Readmission agreements of EU Member States: A Case for EU subsidiarity or dualism ?*, Refugee Survey Quarterly (Vol. 31 No 4) 2012, 101 – 133.

PAULUSSEN Christophe / SCHEINI *Martin, Deprivation of Nationality as a Counterterrorism Measure: A Human Rights and Security Perspective*, in: Institute Statelessness and Inclusion (édit.), *The World's Stateless – Deprivation of Nationality*, 2020, 223 – 226.

PERRIN Bertrand, *La répression de la traite d'êtres humains en droit suisse*, Zurich 2020.

ROBERT Loïc, *Enfants de « djihadistes » retenus en Syrie: vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'Homme?*, Trimestrielle des droits de l'Homme (Vol. 4/120) 2019, 779 – 796.

Rodley Sir Nigel / Sheeran Scott (édit.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres 2013.

SANDELOWSKY-BOSMAN Chrisje / LIEFAARD Ton, *Children Trapped in Camps in Syria, Iraq and Turkey: Reflections on Jurisdiction and State Obligations under the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Nordic Journal of Human Rights (Vol. 38/2) 2020, 141 – 158.

SOLIS Andrew, *Only ( ) can judge: Analysing which courts have jurisdiction over ISIS*, Southern Illinois University Law Journal (Vol. 40) 2015, 69 – 89.

SPADARO Alessandra, *Repatriation of Family Members of Foreign Fighters: Individual Right or State Prerogative* ?, International & Comparative Law Quarterly (Vol. 70/1) 2021, 251 – 265.

STIGALL Dan, *The Syrian Detention Conundrum: International and Comparative Legal Complexitie*s, Harvard National Security Journal (Vol. 11) 2020, 54 – 105.

TIEFENTHAL Jürg Marcel, *Ausbürgerung terroristischer Kämpfer: Möglichkeiten nach der geltenden und nach der revidierten Bürgerrechtsgesetzgebung*, PJA 2017, 73 – 89.

TOUZÉ Sébastien, *La protection des droits des nationaux à l'étranger, Recherches sur la protection diplomatique*, Paris 2007.

TRIMBACH David / REIZ Nicole, *Unmaking Citizens: The Expansion of Citizenship Revocation in Response to Terrorism,* Center for Migration Studies 2018, 1 – 13.

VELLU Jacques*, À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H.: vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in: Nouveaux itinéraires en droit, *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993.

WIDAGDO Setyo / WIWIK Indrayanti Kadek / Nanda SARASWATI Anak Agung Ayu, *Repatriation as a Human Rights Approach to State Options in Dealing with Returning ISIS Foreign Terrorist Fighters*, Sage Journal (Vol. 11/3) 2021, 1 – 12 (cité: WIDAGDO et al.).

WILDE Ralph, *The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights*, in: Rodley Sir Nigel / Sheeran Scott (édit.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres 2013, 635 – 661.

Wilmshurst Elizabeth (édit*.), International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford 2012.

YAVAN Duru / EPURE Georgina / NEIER Aryeh, *European States' Obligations to Repatriate the Children Detained in Camps in Northeast Syria*, Open Society Institute, New York 2021 (cité: YAVAN et al.).

YOKARIS Angelo, *Les critères de compétence des juridictions nationales*, in: Ascensio Hervé / Decaux Emmanuel / Pellet Alain (édit.), *Droit international pénal*, 2e éd., Paris 2012, p. 999 ss.

YUVAL Shany, *The extraterritorial application of international human rights law*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Vol. 409) 2020, 9 – 152.

ZIEGLER Andreas, *Introduction au droit international public*, 3e éd., Berne 2015.

ZIMMERMANN Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 6e éd., Berne 2024.

## Documents officiels

### Documents officiels des Nations Unies

#### Assemblée générale (AGNU)

AGNU, *Promotion et protection des droits humains et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, 10 octobre 2023, UN Doc. A/78/520 (cité: AGNU, A/78/520).

AGNU, Résolution 67/1 adoptée par l'Assemblée générale, 24 septembre 2012, UN Doc. A/RES/67/1 (cité: AGNU, *Résolution 67/1*).

AGNU, *Résolution 3074 – Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*, 3 décembre 1973, UN Doc. A/RES/3074/XXVIII) (cité: AGNU, *Résolution 3074)*.

AGNU, *Résolution 2840 - Question du châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité*, 18 décembre 1971 (cité: AGNU, *Résolution 2840).*

#### Commission du droit international (CDI)

Commission du droit international des Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international 2014 – Volume II Deuxième partie – Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-sixième session*, 2014, UN Doc. A/CCN.4/SER.A/2014/Add.1 (part. 2) (cité: CDI, *Annuaire 2014*).

#### Comité des droits de l'enfant (CDE)

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale nº 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 par. 1)*, 29 mai 2013, UN Doc. CRC/C/GC/14 (cité: CDE, *Observation générale nº 14*).

#### Conseil des droits de l'Homme (CDH)

CDH*, Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 14 mars 2025, UN Doc. A/HRC/58/66 (cité: CDH, *Rapport 2025*).

CDH*, Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 12 août 2024, UN Doc. A/HRC/57/86 (cité: CDH, *Rapport 2024*).

CDH, *Punishing the innocent: ending violations against children in the north-east of the Syrian Arab Republic – Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 19 mars 2024, UN Doc. A/HRC/55/CRP.8 (cité: CDH, *Punishing the innocent*).

CDH*, Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 14 août 2023, UN Doc. A/HRC/54/58 (cité: CDH, *Rapport 2023*).

CDH, *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 17 août 2022, UN Doc. A/HRC/51/45 (cité: CDH, *Rapport 2022*).

CDH*, Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 13 août 2021, UN Doc. A/HRC/48/70 (cité: CDH, *Rapport 2021).*

CDH, *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 28 janvier 2020, UN Doc. A/HRC/43/57 (cité: CDH, *Rapport 2020*).

CDH, *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 15 août 2019, UN Doc. A/HRC/42/51 (cité: CDH, *Rapport 2019*).

CDH, *'I lost my dignity': Sexual and gender-based violence in the Syrian Arab Republic*, 8 mars 2018, UN Doc. A/HRC/37/CRP.3 (cité: CDH, *Sexual and gender-based violence*).

CDH, *Human rights abuses and international humanitarian law violations in the Syrian Arab Republic*, 10 mars 2017, UN Doc. A/HRC/34/CRP.3 (cité: CDH, *Human rights abuses*).

CDH, *They came to destroy: ISIS Crimes Against the Yazidis*, 15 juin 2016, UN Doc. A/HRC/32/CRP.2 (cité: CDH, *Yazidis*).

**Conseil de Sécurité (CS)**

Résolution 2396 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 8148e séance, 21 décembre 2017, UN Doc. S/RES/2396 (cité: CS, *Résolution 2396*).

Résolution 2388 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 8111e séance, 21 novembre 2017, UN Doc. S/RES/2388 (cité: CS, *Résolution 2388*).

Résolution 2331 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7847e séance, 20 décembre 2016, UN Doc. S/RES/2331 (cité: CS, *Résolution 2331*).

Résolution 2253 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7587e séance, 17 décembre 2015, UN Doc. S/RES/2253 (cité: CS, *Résolution 2253*).

Résolution 2242 adoptée, par le Conseil de sécurité à sa 7533e séance, 13 octobre 2015, UN Doc. S/RES/2242 (cité: CS, *Résolution 2242*).

Résolution 2195 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7361e séance, 19 décembre 2014, UN Doc. S/RES/2195 (cité: CS, *Résolution 2195*).

Résolution 2178 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7272e séance, 24 septembre 2014, UN Doc. S/RES/2178 (cité: CS, *Résolution 2178*).

Résolution 1373 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4385e séance, 28 septembre 2001, UN Doc. S/RES/1373 (cité: CS, *Résolution 1373*).

**Secrétaire général**

Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, 23 juin 2022, UN Doc. A/76/871 – S/2022/493 (cité: Secrétaire général, *Rapport 2022*).

Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, 9 juin 2020, UN Doc. A/74/845-S/2020/525 (cité: Secrétaire général, *Rapport 2020*).

Secrétaire général, *Key Principles for the protection, repatriation, prosecution, rehabilitation and reintegration of women and children with links to united nations listed terrorist groups*, in: Nations Unies (www.un.org), avril 2019, p. « https://www.un.org/counterterrorism/sites/www.un.org.counterterrorism/files/key_principles-april_2019.pdf » (consulté le 13.03.2025) (cité: Secrétaire général, *Key principles*).

**Documents officiels européens**

**Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE)**

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), *Withdrawing nationality as a measure to combat terrorism: a human-rights compatible approach ?, Résolution 2263***,** 25 janvier 2019, (cité: APCE, *Nationality*).

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Obligations internationales relatives au rapatriement des enfants des zones de guerre et de conflits*, Résolution 2321, 30 janvier 2020 (cité: APCE, *Résolution 2321*).

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Poursuivre et punir les crimes contre l'humanité, voire l'éventuel génocide commis par Daech*, Résolution 2190, 12 octobre 2017 (cité: APCE, *Résolution 2190*).

**Commissaire du Conseil de l'Europe (CoE)**

Commissaire du Conseil de l'Europe, PACE urgent debate on International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zone – Speech by Dunja Mijatović, in: Conseil de l'Europe (www.coe.int), 30 janvier 2020, p. « https://rm.coe.int/16809a4481 » (consulté le 10.04.2025) (cité: Commissaire CoE, *Children*).

**Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme (AS/Jur)**

Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, *Traiter la question des combattants étrangers et de leurs familles qui rentrent de Syrie et d'ailleurs dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 5 juillet 2022, Doc. 15591 (cité: AS/Jur, *Rapport 2022*).

Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, *Traiter la question des combattants étrangers de Daech et de leurs familles qui rentrent de Syrie et d'ailleurs dans les États membres du Conseil de l'Europe*, 4 février 2020, AS/Jur (2020) 03 (cité: AS/Jur, *Rapport 2020*).

Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, *Poursuivre et punir les crimes contre l'humanité voire l'éventuel génocide commis par Daech*, 22 septembre 2017, Doc. 14402 (cité: AS/Jur, *Rapport 14402*).

**Europol**

Europol, *European Union Terrorism situation and trend report 2024*, in: Europol (www.europol.europa.eu), 2024, p. « https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/TE-SAT%202024.pdf » (consulté le 10.03.2025) (cité: Europol, *Report 2024*).

**Haut-Commissariat aux droits de l'Homme (OHCHR)**

Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, *UN experts urge end to ISIL-related arbitrary detention in North-East Syria and accountability for international crimes*, in: OHCHR (www.ohchr.org), 7 avril 2025, p. « https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/04/un-experts-urge-end-isil-related-arbitrary-detention-north-east-syria-and » (consulté le 21.04.2025) (cité: OHCHR, *Syria 2025*).

Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, *UN expert calls for an end to mass arbitrary and indefinite detentions and urges protection for children in Northeast Syria,* 2023, in: « www.ohchr.org. », p. « https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/07/syria-un-expert-calls-end-mass-arbitrary-and-indefinite-detentions-and-urges » (consulté le 12.04.2025) (cité: OHCHR, *Children*).

Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, *Submission by the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism and the UN Special Rapporteur on arbitrary summary and extra-judicial executions in the case of H.F and M.F v. France (Applications no. 24384/19) before the European Court of Human Rights*, 2023, in: OHCHR « www.ohchr.org », 2023, « https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Terrorism/SR/Final-Amicus_Brief_SRCT_SRSsummex.pdf » (consulté le 10.03.2025) (cité: OHCHR, *H.F and M.F v. France*).

Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, Syria: UN experts urge 57 States to repatriate women and children from squalid camps, in: OHCHR (www.ohchr.org), 8 février 2021, p. « https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/02/syria-un-experts-urge-57-states-repatriate-women-and-children-squalid-camps » (consulté le 20.12.2024) (cité: OHCHR, *Syria 2021*).

OHCHR, *Extra-territorial jurisdiction of States over children and their guardians in camp, prisons, or elsewhere in the northern Syrian Arab Republic: Legal Analysis*, in:

OHCHR (www.ohchr.org), p. « https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Executions/UNSRsPublicJurisdictionAnalysis2020.pdf » (consulté le 10.03.2025) (cité: OHCHR, *Legal Analysis*).

**Documents officiels rendus par les autorités suisses**

Conseil fédéral, *Douzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe*, 11 septembre 2020, FF 2020 7827 (cité: FF 2020 7827).

Département fédéral de la justice et de police (DFJP), *Rapport explicatif du Projet d'ordonnance relative à la loi sur la nationalité*, in: DFJP (www.ejpd.admin.ch), avril 2016, p. « attachments/https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/buev/entw-ber-f.pdf » (consulté le 22.04.2025) (cité: DFJP; *Rapport explicatif*).

Document fédéral des affaires étrangères (DFAE), Informations sur la crise du coronavirus de janvier/février/mars 2020 (Archive), in: DFAE (www.eda.admin.ch), 29 février 2020, p. « https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/aktuell/newsuebersicht/2020/01/corona-virus-archiv.html » (consulté le 20.03.2025) (cité: DFAE, *Coronavirus*).

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié, 25 avril 2018, FF 2018 2889 (cité: FF 2018 2889).

Office fédérale de la justice, *Approbation et mise en œuvre de la Convention de Ljubljana-La Haye pour la coopération internationale en matière d'enquête et de poursuite du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et autres crimes internationaux – Rapport explicatif relative à l'ouverture de la procédure de consultation*, in: Admin (www.admin.ch), 19 février 2025, p. « https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2023/91/cons_1/doc_4/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2023-91-cons_1-doc_4-fr-pdf-a.pdf » (consulté le 10.05.2025) (cité: OFJ, *Convention Ljubljana-La Haye)*.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États concernant l'initiative parlementaire pour une loi sur les Suisses de l'étranger, 27 janvier 2014, FF 2014 1851 (cité: FF 2014 1851).

Secrétariat d'État aux migrations (SEM), *Manuel sur la nationalité, Chapitre 8 - Perte de la nationalité par décision de l'autorité et annulation (art. 36, 37 ss et 42 LN)*, in: SEM (www.sem.admin.ch), 1er janvier 2018, p. « https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/buergerrecht/hb-bueg20-kap8-f.pdf » (consulté le 02.05.2025) (cité: SEM, *Manuel*).

Secrétariat d'État aux migrations (SEM), *Notification – Avis d'ouverture d'une procédure de retrait de la nationalité suisse*, 22 octobre 2019, FF 2019 6583 (cité: FF 2019 6583).

Service de renseignement de la Confédération (SRC), *Terrorisme*, in: DDPS (https://www.vbs.admin.ch/fr), 29 novembre 2024, p. « https://backend.vbs.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-vbsch-files/files/2024/11/29/4b25dc06-f8e3-423b-b2c1-6b68548628e0.pdf » (19.04.2025) (cité: SRC, *Terrorisme*).

**Pages web**

20 Minutes, *Possible retour d'une mère et sa fille détenues en Syrie*, in: 20 Minutes (www.20min.ch), 28 mars 2023, p. « https://www.20min.ch/fr/story/possible-retour-dune-mere-et-sa-fille-detenues-en-syrie-108574049832 » (consulté le 19.11.2023) (cité: 20 Minutes, *Retour d'une mère et sa fille*).

AL HAKARI Masood, *Without a Caliphate, But Far from Defeated: Why Da'esh/ISIS Remains a Threat in Syria in 2025*, in: Prif blog (www.blog.prif.org), 7 avril 2025, p. « https://blog.prif.org/2025/04/07/without-a-caliphate-but-far-from-defeated-why-daesh-isis-remains-a-threat-in-syria-in-2025/ » (consulté le 04.05.2025) (cité: AL HAKARI, *Threat in Syria*).

BARRY-JESTER Anna Maria / MURPHY Brett, *The Trump Administration Said These Aid Programs Saved Lives. It Canceled Them Anyway*, in: ProPublica (www.propublica.org), 1er mars 2025, p. « https://www.propublica.org/article/trump-usaid-rubio-marocco-canceled-programs-gaza-syria-congo-hiv-ebola » (consulté le 02.05.2025) (cité: BARRY-JESTER / MURPHY, *Trump Administration*).

BBC, *Islamic State group: Syria's Kurds call for international tribunal*, in: BBC (www.bbc.com), 26 mars 2019, p. « https://www.bbc.com/news/world-middle-east-47704464 » (consulté le 02.04.2025) (cité: BBC, *International tribunal*).

BENSOUDA Fatou, Déclaration du Procureur de la CPI, Mme Fatou BENSOUDA, à propos des crimes qui auraient été commis par l'EIIS, 8 avril 2015, in: CPI (http://www.icc-cpi.int/), p. « https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cour-penale-internationale-mme-fatou-bensouda-propos-des-crimes » (consulté le 12.01.2025) (cité: BENSOUDA, *Déclaration à propos des crimes commis par l'EIIS*).

BRUCE Tammy, *Press Statement – United States Applauds Austria's Repatriation of Women and Children from Northeast Syria*, in: U.S Department of State (www.state.gov), 3 mars 2024, p. « https://www.state.gov/united-states-applauds-austrias-repatriation-of-women-and-children-from-northeast-syria/ » (consulté le 20.02.2025) (cité: BRUCE, *Repatriation*).

BURGIS-KASTHALA Michelle, *A moment for accountability ? Syria and the pursuit of entrepreneurial justice after Assad*, in: EJIL:Talk ! (www.ejiltalk.org), 16 décembre 2024, p. « https://www.ejiltalk.org/a-moment-for-accountability-syria-and-the-pursuit-of-entrepreneurial-justice-after-assad/ » (consulté le 10.03.2025) (cité: BURGIS-KASTHALA, *Justice after Assad*).

CAMERON Lindsey / DEMEYRE Bruno / HENCKAERTS Jean-Marie / LA HAYE Eve / MÜLLER Iris, art. 3 CG I, in: Doermann Knut, Sassòli Marco, Spoerri Philip (édit.), *Commentaire de la première Convention de Genève*, Genève / Paris 2020 (cité: CAMERON et al.).

CARTER Brian, *A US Withdrawal from Syria Will Reinvigorate the ISIS Terror Threat*, in: Institute for the study of war (www.understandigwar.org), 26 février 2025, p. « https://www.understandingwar.org/backgrounder/us-withdrawal-syria-will-reinvigorate-isis-terror-threat » (consulté le 21.04.2025) (cité: CARTER, *ISIS Terror*).

CLOONEY Amal, *UN Security Council Open Debate – Women, Peace and Security – Sexual Violence in Conflict*, in: Doughty Street Chambers (www.doughtystreet.co.uk), 23 avril 2019, p. « https://www.doughtystreet.co.uk/sites/default/files/media/document/FINAL%20Security%20Council%20speech%20230419%20.pdf » (consulté le 10.02.2025) (cité: CLOONEY, *Open Debate*).

Conseil de sécurité (CS), *La Chine et la Fédération de Russie bloquent un projet de résolution de la saisine de la Cour pénale internationale (CPI) pour les crimes graves commis en Syrie*, in: Nations Unies (www.un.org), 25 mai 2014, p. « https://press.un.org/fr/2014/cs11407.doc.htm » (consulté le 12.04.2025) (cité: CS, *Chine et Russie*).

Conseil fédéral, *Communiqué de presse du 08.03.2918, Voyageur à motivation terroristes: stratégie et objectifs du Conseil fédéral*, in: DFAE (www.dfae.admin.ch), 8 mars 2019, p. « https://www.dfae.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/aktuell/news.html/content/eda/fr/meta/news/2019/3/8/74258.html » (consulté le 02.03.2025) (cité: Conseil fédéral, *Stratégie et objectif*).

Conseil fédéral, *Pour mieux poursuivre les crimes du droit international*, in: Le portail du gouvernement suisse (www.news.admin.ch), 19 février 2025, p. « https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=104173 » (consulté le 25.04.2025) (cité: Conseil fédéral, *Crimes*).

DWORKIN Anthony*, A tribunal for ISIS fighters ?,* in: European Council on Foreign Relations (www.ecfr.eu), 31 mai 2019, p. « https://ecfr.eu/article/commentary_a_tribunal_for_isis_fighters/ » (consulté le 10.04.2025) (cité: DWORKIN, *Tribunal*).

France 24, *US to withdraw some 1,000 troops from Syria*, in: France 24 (www.france24.com), 18 avril 2025, p. « https://www.france24.com/en/live-news/20250418-us-to-withdraw-some-1-000-troops-from-syria » (consulté le 12.05.2025) (cité: France 24, *US Syria*).

Human Rights Watch, *Northeast Syria: Camp Detainees Face Uncertain Future – Dire Conditions, Lagging Repatriations, US Funding Freeze Fuel Instability*, in: Human Rights Watch (www.hrw.org), 7 février 2025, p. « https://www.hrw.org/news/2025/02/07/northeast-syria-camp-detainees-face-uncertain-future » (consulté le 10.04.2025) (cité: HRW, *Camp Detainees*).

Human Rights Watch, *Revictimizing the Victims: Children Unlawfully Detained in Northeast Syria*, in: Human Rights Watch (www.hrw.org), 27 janvier 2023, p. « https://www.hrw.org/news/2023/01/27/revictimizing-victims-children-unlawfully-detained-northeast-syria » (consulté le 02.03.2025) (cité: HRW, *Revictimizing the Victims*).

HUNT Julie / WONG SAK HOI Geraldine / CRAWFORD Julia, *Appel à plus d'action après le retour des deux filles d'un camp syrien*, in: Swissinfo (www.swissinfo.ch), 18 décembre 2021, p. « https://www.swissinfo.ch/fre/politique/appel-à-plus-d-action-après-le-retour-de-deux-filles-d-un-camp-syrien/47193928 » (consulté le 20.04.2025) (cité: HUNT et al., *Retour Suisse*).

HUNTER Jane, *Accountability or continued impunity ? Syria and international criminal justice*, in: Action on armed violence (AOAV) (www.aoav.org.uk), 28 mars 2014, p. « https://aoav.org.uk/2014/accountability-or-impunity-syria-international-criminal-justice/ » (consulté le 20.05.2025) (cité: HUNTER, *Accountability*).

IMSENG Sonia, *Le Temps: Premier double national déchu*, in: Le Temps (www.letemps.ch), 11 septembre 2019, p. « https://www.letemps.ch/suisse/premier-doublenational-dechu?srsltid=AfmBOorY0SQqf5inDh4iwuV5f0dKtyfuA8H3ZBMBvknaLz5r-u-kQ5j1 » (consulté le 02.04.2025) (cité: IMSENG *Double national déchu*).

KORTE Lara, *Removing US force from Syria could jeopardize security of ISIS prisons*, in: Stars and Stripes (www.stripes.com), 4 mars 2025, p. « https://www.stripes.com/theaters/middle_east/2025-03-04/us-forces-in-syria-isis-jail-17026833.html » (consulté le 20.04.2025) (cité: KORTE, *US force*).

KRAUSE Matthew, *Northeastern Syria: Complex Criminal Law in a Complicated Battlespace*, in: Just Security (www.justsecurity.org), 28 octobre 2019, p. « https://www.justsecurity.org/66725/northeastern-syria-complex-criminal-law-in-a-complicated-battlespace/ » (consulté le 10.03.2025) (cité: KRAUSE, *Syria*).

Le Temps, *Berne aurait refusé l'offre américaine de rapatrier ses djihadistes de Syrie*, in: RTS ( www.rts.ch), 21 février 2020, p. « https://www.rts.ch/info/suisse/11108036-berne-aurait-refuse-loffre-americaine-de-rapatrier-ses-djihadistes-de-syrie.html » (consulté le 20.03.2025) (cité: Le Temps, *L'offre américaine*).

MARGOLIN Devorah / JABLONSKI Camille, *Five Years After the Caliphate, Too Much Remains the Same in Northeast Syria*, in: The Washington Institute (www.washingtoninstitute.org), 19 mars 2024, p. « https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/five-years-after-caliphate-too-much-remains-same-northeast-syria » (consulté le 20.04.2025) (cité: MARGOLIN / JABLONSKI, *Northeast Syria*).

MCMILLAN Cameron / BOWMAN Bradley, *Amid Syria troop reduction, will Trump repeat Middle East withdrawal mistakes ?*, in: Breaking Defense (www.breakingdefense.com), 28 avril 2025, p. « https://breakingdefense.com/2025/04/amid-syria-troop-reduction-will-trump-repeat-middle-east-withdrawal-mistakes/ » (consulté le 15.04.2025) (cité: MCMILLAN / BROWMAN, *Troop reduction*).

MEHRA Tanya, *European countries are being challenged in court to repatriate their foreign fighters and families*, in: ICCT (www.icct.nl), 7 novembre 2019, p. « https://icct.nl/publication/european-countries-are-being-challenged-court-repatriate-their-foreign-fighters-and » (consulté le 20.04.2025) (cité: MEHRA, *European countries*).

MENICHINI Marc, *Pour la première fois, deux enfants sont rapatriés en Suisse depuis la Syrie,* in: RTS (www.rts.ch), 6 décembre 2021, p. « https://www.rts.ch/info/suisse/12699489-pour-la-premiere-fois-deux-enfants-sont-rapatries-en-suisse-depuis-la-syrie.html#:~:text=Deux%20enfants%20mineurs%20de%20nationalité,Suisse%20effectue%20un%20tel%20rapatriement » (consulté le 19.11.2024) (cité: MENICHINI, *Enfants rapatriés*).

MILANOVIC Marko, E*uropean Court FInds Russia Assassinated Alexandro Litvinenko*, in: EJIL:Talk ! (www.ejiltalk.org), 23 septembre 2021, p. « https://www.ejiltalk.org/european-court-finds-russia-assassinated-alexander-litvinenko/ » (consulté le 20.11.2024) (cité: MILANOVIC, *Russia*).

MSF, *Unveiling the Mental Health at Al-Hol camp in Northeast Syria*, in: Médecin sans frontière (www.msf.org.au), 25 janvier 2024, p. « https://msf.org.au/article/project-news/unveiling-mental-health-crisis-al-hol-camp-northeast-syria » (consulté le 12.04.2025) (cité: MSF, *Al-Hol*).

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, *OVG bestätigt: Bundesrepublik Deutschland muss minderjährige Kinder aus dem Lager Al-Hol im Nordosten Syriens zusammen mit ihrer Mutter nach Deutschland zurückholen - 34/19*, in: Berlin (www.berlin.de), 7 novembre 2019, p. « https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2019/pressemitteilung.863104.php » (consulté le 20.03.2025) (cité: Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, *OVG*).

OFJ, *Jurisprudence de la CEDH*, in: OFJ (www.sem.admin.ch), p. « https://www.sem.admin.ch/bj/fr/home/staat/menschenrechte/egmr.html?utm_source=chatgpt.com » (consulté le 02.03.2025) (cité: OFJ, *CEDH*).

ORF, *Neuer Anlauf für Rückholung von Maria G.*, in: ORF (www.org.at), 24 juin 2024, p. « https://orf.at/stories/3361289/ » (consulté le 20.03.2025) (cité: ORF, *Rückholung*).

PIJNENBURG Annick, *HF and Others v France: Extraterritorial Jurisdiction without Duty to Repatriate IS-Children and their Mothers*, in: EJIL:Talk! (www.ejiltalk.org), 14 octobre 2022, in: « www.ejiltalk.org », p. « https://www.ejiltalk.org/hf-and-others-v-france-extraterritorial-jurisdiction-without-duty-to-repatriate-is-children-and-their-mothers/ » (consulté le 20.12.2024) (cité: PIJNENBURG, *Jurisdiction*).

SAUERMOSER Andreas, *35 years after the Convention on the Rights of the Child, the best interests oft he child remain a contentious issue: A case study on the repatriation of children from ISIS*, in: EJIL:Talk! (www.ejiltalk.org), 27 novembre 2024, p. « https://www.ejiltalk.org/35-years-after-the-convention-on-the-rights-of-the-child-the-best-interests-of-the-child-remain-a-contentious-issue-a-case-study-on-the-repatriation-of-children-from-isis/ » (consulté le 12.04.2025) (cité: SAUERMOSER, *Children*).

SEM, *Accord de réadmission*, in: SEM (www.sem.admin.ch), p. « https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/international-rueckkehr/ch-migrationsaussenpolitik/abkommen/rueckuebernahme.html » (consulté le 20.03.2025) (cite: SEM, *Accord de readmission*).

Swissinfo, *Berne retire la nationalité à une sympathisante romand*e, in: SwissInfo (www.swissinfo.ch), 1er janver 2020, p. « https://www.swissinfo.ch/fre/berne-retire-la-nationalité-à-une-sympathisante-romande-de-l-ei/45467018 » (consulté le 02.04.2025) (cité: Swissinfo, *Berne retire la nationalité*).

TAYLER Letta*, ISIS Suspects Held in Syria: Repatriation Reset under New US, Syrian Leaders ?*, in: ICCT (www.icct.nl), 18 mars 2025, p. « https://icct.nl/publication/isis-suspects-held-syria-repatriation-reset-under-new-us-syrian-leaders » (consulté le 04.03.2025) (cité: TAYLER, *Repatriation Reset*).

Universal Jurisdiction Database, *Syrian-Related Criminal Cases*, in: Experience Builder System (www.experience.arcgis.com), p. « https://experience.arcgis.com/experience/d33632f4c36146d2b62ec3727ed8ded6/ » (consulté le 10.03.2025) (cité: Universal Jurisdiction Database, *Syrian-Related Criminal Cases*).

US Fund Termination In NES - As of March 4, 2025, in: Reliefweb (www.reliefweb.int), 4 mars 2025, p. « https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/us-fund-termination-nes-march-4-2025 » (consulté le 04.05.2025) (cité: US Fund Termination).

VAN SCHAACK Beth, *Imagine justice for Syria*, in: Lieber Institute West Point (www.lieber.westpoint.edu), 25 août 2020, p. « https://lieber.westpoint.edu/imagining-justice-syria/ » (consulté le 10.03.2025) (cité: VAN SCHAACK, *Justice for Syria*).

WIDMANN Anne-Frédérique, *Reportage – Djihad sans retour, émission du 23 mai 2024*, in: RTS (www.rts.ch), 23 mai 2024, p. « https://www.rts.ch/emissions/temps-present/2024/video/djihad-sans-retour-28513212.html#:~:text=Cinq%20ans%20après%20la%20défaite,ont%20toujours%20pas%20été%20jugés » (consulté le 20.11.2024) (cité: WIDMANN, *Reportage du 23 mai 2024*).

WIDMANN Valentin, *La Suisse pourrait rapatrier une djihadiste et sa fille détenues en Syrie*, in: RTS (www.rts.ch), 28 mars 2023, p. « https://www.rts.ch/info/suisse/13898336-la-suisse-pourrait-rapatrier-une-djihadiste-et-sa-fille-detenues-en-syrie.html » (consulté le 19.11.2024) (cité: EMERY, *Rapatriement*).

DPPC
Droit Pénal et Politique Criminelle
Derecho Penal y Política Criminal

# La recherche et l'administration de preuves numériques liées à la propagande terroriste: l'exemple d'une police cantonale en Suisse

Robin Kjelsson

**Proposition de citation**: Robin Kjelsson, La recherche et l'administration de preuves numériques liées à la propagande terroriste: l'exemple d'une police cantonale en Suisse, in: Revue DPPC, 2025, Volume 1, pp. 64-90.

URL: https://www.dppc.online

## Résumé

Cet article analyse, dans une perspective pratique, les enjeux et les difficultés liés à la recherche, à la saisie et à la conservation des preuves numériques dans le cadre d'une procédure pénale relative à la propagande terroriste. Il expose d'abord les considérations procédurales issues du Code de procédure pénale suisse, qui définissent le champ d'action de la police avant et durant l'enquête pénale. S'appuyant ensuite sur l'expérience professionnelle de l'auteur en tant que gendarme à la police cantonale neuchâteloise, sur une interview de spécialistes de l'investigation numérique et sur des directives internes de la police neuchâteloise, la contribution consacre sa partie principale à l'examen des aspects techniques de la collecte des preuves numériques.

## Resumen

Este artículo analiza, desde una perspectiva práctica, los retos y dificultades que plantea la búsqueda, la incautación y la conservación de pruebas digitales en el marco de un proceso penal relacionado con la propaganda terrorista. En primer lugar, expone las consideraciones procesales derivadas del Código de Procedimiento Penal suizo, que delimitan el ámbito de actuación policial antes y durante la investigación penal. Posteriormente, basándose en la experiencia profesional del autor como agente de la policía cantonal de Neuchâtel, en una entrevista con especialistas en investigación digital y en directrices internas de dicha institución, la contribución dedica su parte principal al examen de los aspectos técnicos de la recolección de pruebas digitales.

## Abstract

This article analyses, from a practical perspective, the challenges and difficulties associated with the search, seizure, and preservation of digital evidence in criminal proceedings related to terrorist propaganda. It first outlines the procedural considerations derived from the Swiss Criminal Procedure Code, which define the scope of police action before and during the investigation. Building on the author's professional experience as a gendarme with the Neuchâtel cantonal police, on an interview with specialists in digital forensics, and on internal guidelines issued by that institution, the main part of the contribution focuses on the technical aspects of collecting digital evidence.

# Sommaire

**Introduction** ..... **67**
**Méthodologie** ..... **69**
**I. La recherche des preuves numériques** ..... **69**
A. Généralités ..... 69
B. Bases légales et compétences ..... 70
1. Avant l'introduction de la procédure pénale ..... 71
2. Pendant la procédure pénale ..... 73
C. Méthodes de recherche ..... 77
1. Détection ..... 77
2. Identification de l'auteur ..... 79
D. Méthodes de saisie ..... 80
1. Protocoles ..... 82
2. Dangers ..... 83
**II. Les problématiques liées à l'administration des preuves** ..... **84**
A. Authentification ..... 84
B. Chaine de conservation et sauvegarde à des fins judiciaires ..... 86
**Conclusion** ..... **87**
**Bibliographie** ..... **88**

# Introduction

[1] Même si, dernièrement et sur son territoire, la Suisse semble relativement épargnée par les actes terroristes – les rares évènements ayant marqué l'opinion publique étant les attaques au couteau de Morges et de Lugano en 2020 et de Zurich en 2024 – en comparaison internationale, le danger d'attentats subsiste aux yeux des autorités[1]. Le **terrorisme**[2] ne connait pas de frontières territoriales: outre les actes matériels ponctuels perpétrés dans le monde physique, une autre réalité les a définitivement effacées, celle du monde numérique. Si celui-ci en a entre autres facilité le financement (réprimé notamment par les art. 260$^{quinquies}$ et 260$^{sexies}$ al. 2 du Code pénal suisse, ci-après CP), via les cryptomonnaies par exemple, nous laisserons de côté cet aspect dans la présente contribution[3] pour considérer son usage dans le contexte de la propagande terroriste.

[2] Par **propagande**, on entend au sens juridique suisse du terme n'importe quel acte (objectivement) perceptible par d'autres, y compris le simple geste, dans la conscience et l'intention (subjectives) que cet acte sera perçu comme de la publicité, c'est-à-dire d'agir sur les autres de telle sorte qu'ils soient gagnés aux idées exprimées ou, s'ils y ont déjà adhéré, qu'ils soient confortés dans leurs convictions[4]. En d'autres termes, il s'agit de répandre une idée en faisant de la publicité[5] pour rallier un destinataire à sa conviction ou le conforter dans son opinion préexistante[6], peu importe le vecteur.

[3] Dans ce contexte, les possibilités du numérique visant l'apologie du terrorisme ont explosé, sans mauvais jeu de mot, par l'usage des réseaux sociaux. À tel point que ceux-ci sont devenus le véhicule privilégié des terroristes[7], permettant de diffuser leur propagande auprès de millions de personnes en un instant. On peut aller jusqu'à parler de *cyberterrorisme*[8].

[4] Les **infractions** réprimant la propagande numérique terroriste en droit pénal suisse sont principalement: la participation ou le soutien à une organisation terroriste (art. 260$^{ter}$ CP)[9]; son

---

[1] Voir également: HEIMGARTNER / INHELDER, p. 1217.

[2] Il en existe probablement autant de définitions que d'auteurs différents et d'éclairages possibles (juridique, historique, sociologique, militaire, politique, etc.). Nous nous bornerons dans la présente contribution à définir le terrorisme en référence à l'article 260$^{quinquies}$ CP comme « *un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque* ». Voir également: FF 2018 6469, p. 6514; ATF 146 IV 338 c. 4.4.2; AJIL / LUBISHTANI, p. 22; LAUBER / MEDVED, p. 191.

[3] Certaines réflexions développées ci-dessous pourront toutefois y être appliquées *mutatis mutandis*.

[4] ATF 140 IV 102 c. 2.2.2; ATF 68 IV 145 c. 2; arrêt du TPF SK.2017.49 c. 2.2.3.2. Voir également: HEIMGARTNER / INHELDER, p. 1224.

[5] La publicité et la propagande ne se distinguent que par leur champ d'application (commercial pour la première, idéologique, politique ou religieux pour la seconde): arrêt du TPF SK.2022.57 c. 3.3.6.

[6] ATF 150 IV 10 c. 5.2.2.

[7] Arrêt du TPF SK.2007.4 c. 4.2.3; AJIL / LUBISHTANI, p. 38; CEP, *Extremist Content*, p. 1; LAUBER, p. 194; LEU / PARVEX, p. 762; MOREILLON / LUBISHTANI, p. 539.

[8] Arrêt du TF 6B_645/2007 c. 7.2.3.

[9] En témoignent les nombreux jugements fédéraux: arrêt du TF 6B_1104/2016; SK.2019.23. Pour un aperçu jurisprudentiel, voir: HEIMGARTNER / INHELDER, p. 1230 et AJIL / LUBISHTANI, p. 23 ss.

pendant sur l'encouragement à ses activités (art. 74 al 4 LRens)[10]; le recrutement d'adeptes (art. 260$^{sexies}$ CP)[11]; et la représentation de la violence (art. 135 al. 1 CP)[12]. Toutes ces dispositions permettent par exemple de sanctionner la mise à disposition sur Internet de forums de discussion terroristes ou la diffusion de messages sur ces plateformes[13], la diffusion de contenu terroriste sur des réseaux sociaux comme Youtube, Google+ ou Facebook[14], l'échange de messages via WhatsApp, Telegram et Facebook Messenger[15], et le téléchargement depuis l'Internet de contenu terroriste violent[16]. Faute de propagande active mais si un message sur un forum appelle à tuer des otages par exemple, ce comportement peut être constitutif de provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP)[17]. Enfin, on citera encore que si la propagande terroriste n'est pas suffisante pour être qualifiée de soutien à un groupe terroriste, le fait de propager une idéologie haineuse vis-à-vis d'un groupe de personnes est incriminé par la discrimination et l'incitation à la haine (art. 261$^{bis}$ CP)[18].

[5] Pour punir pénalement cette propagande terroriste, sans parler de la prévenir ou de la surveiller, les autorités pénales ont besoin de preuves. Or, qui dit usage de l'Internet ou de supports informatiques, dit preuves numériques. À la différence des preuves matérielles et de par leur nature, les **preuves numériques** posent des défis considérables en matière de recherche, de saisie et de préservation en vue de leur exploitation dans un procès pénal. De quoi rendre la tâche encore plus délicate qu'elle ne l'était avant l'avènement de l'ère digitale aux principaux acteurs de leur récolte, à savoir les services de police. Ceux-ci se sont adaptés en créant davantage de moyens pour combattre la cybercriminalité, notamment par l'embauche de spécialistes forensiques en informatique et en analyse.

[6] C'est donc dans cette optique que la présente contribution propose, modestement, d'offrir au lecteur juriste un éclairage technique et pratique d'enquêteurs professionnels de la **police neuchâteloise** (ci-après: abrégée PONE) sur la **récolte des preuves numériques**, dans le cadre de la propagande terroriste. L'auteur et soussigné travaille en effet à la gendarmerie de la police neuchâteloise.

---

[10] Rappelons que cet article a remplacé l'ancienne Loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées du 12 décembre 2014 (LAQEI), promulguée dans l'urgence et temporaire (jusqu'au 31 décembre 2022), qui réprimait à son art. 2 l'association, le soutien, la propagande et le recrutement au profit des groupes terroristes. Voir: AJIL / LUBISHTANI, p. 29; LEU / PARVEX, p. 756.

[11] Arrêt du TF 7B_87/2022.

[12] Particulièrement dans le domaine digital, l'al. 1$^{bis}$ sanctionne l'acquisition, l'obtention ou la possession de tels contenus par voie électronique ou d'une autre manière, permettant par cette formulation d'inclure des formes de mémoire de données ou des moyens de transmission (électroniques) non encore actuels. Voir: arrêt du TPF SK.2007.4 c. 6.2.7; HAGENSTEIN, art. 135 CP n° 64.

[13] Arrêt du TF 6B_645/2007 c. 7.3; arrêts du TPF SK.2019.23 c. 4 et SK.2007.4 c. 4.3 (avec références); AJIL / LUBISHTANI, p. 27; WOHLERS, art. 260$^{ter}$ CP n° 8; MOREILLON / LUBISHTANI, p. 542; PAJAROLA, p. 94.

[14] LAUBER / MEDVED, p. 189.

[15] Même de manière non publique mais adressée à un cercle fermé de personnes, voire à une seule: arrêt du TPF SK.2017.39.

[16] Arrêt du TPF SK.2007.4 c. 6.2.7.

[17] Arrêt du TF 6B_645/2007 c. 7.2.3.

[18] Rapport du CF, *Extrémisme*, p. 4; ATF 150 IV 10 c. 5.2.2.

## Méthodologie

[7] À l'instar des nombreux autres domaines d'action de la police (usage de l'arme, comportement en cas d'accident, par exemple), ceux de la perquisition, de la saisie et de la conservation des preuves numériques ainsi que des recherches anonymes sur Internet a fait l'objet de **directives internes** à la PONE, édictées par sa direction ou par les chefs des entités de police judiciaire. Ces circulaires, basées sur le CPP ainsi que sur la Loi neuchâteloise sur la police[19] (ci-après: LPol-NE) pour l'aspect légal, rappellent tout d'abord les limites à l'action policière. Bien plus cependant, et c'est là leur utilité principale, elles offrent pour l'aspect matériel des conseils, des comportements prescrits et des bonnes pratiques à adopter afin d'assurer au mieux le succès de la procédure pénale (préliminaire) mise en œuvre par la police, pour que soient transmises les preuves, sous forme sauvegardée et apte à l'usage judiciaire, au ministère public ou aux tribunaux, les destinataires finaux du fruit de dur labeur des techniciens.

[8] Le présent article se base donc, outre sur les références de la jurisprudence et la doctrine citées, sur les circulaires (ci-après: circ.) pertinentes édictées par la PONE en matière de preuves numériques. Par souci d'économie d'espace, elles ne seront pas reproduites ici; cependant, bien que n'étant pas accessibles librement sur Internet, leur contenu n'est pas secret et sera transmis à n'importe qui en fera la demande à sa direction (ce qui a déjà été le cas pour des journalistes, par exemple). Nous nous bornerons ici à citer le nom de la directive en question.

[9] Enfin, les techniques de saisie, de recherche et de conservation des preuves numériques sont largement affaire de spécialistes du domaine, dont les expériences acquises par la pratique seront toujours, de notre humble avis, infiniment plus riches que tout mode d'emploi. Dès lors et à l'occasion de cette contribution, deux spécialistes de l'Investigation Numérique (abrégée IN ci-après) de la PONE ont été interviewés, sur une série de questions en rapport avec la thématique. Désirant rester anonymes, ces collègues du soussigné ne seront pas cités, et leur contribution figure telle quelle dans le texte, sans référence.

# I. La recherche des preuves numériques

## A. Généralités

[10] Nous entendons par « **preuves numériques** », au sens forensique du terme, les traces consécutives à un évènement[20] qui permettent d'en détecter la survenance dans un but d'investigation judiciaire, ici sous la forme de **données** en format informatique[21]. Au sens légal du terme, on rappellera qu'une preuve peut constituer en n'importe quel élément propre à établir la vérité, dénotant par-là une définition large incluant les données numériques, et une absence de *numerus clausus* des moyens (art. 139 CPP). Ainsi, les données comprennent simplement (et de façon certes un peu tautologique) toute information susceptible d'être utilisée comme moyen de preuve[22].

---

[19] RS-NE 561.1.

[20] JAQUET-CHIFFELLE, p. 2, qui emploie les termes « preuve » et « trace » comme synonymes.

[21] JAQUET-CHIFFELLE, p. 199; LUDWICZAK GLASSEY, p. 118.

[22] BENHAMOU / OETTLI, p. 209 et réf. citées. La police n'utilise pas de définition technique particulière.

[11] Une donnée peut être numérique **par nature** (fichier sur un ordinateur, contenu d'une page Internet, enregistrements sur un serveur) ou résulter d'une **numérisation** d'un évènement matériel (photographie ou vidéo d'une chose ou d'un acte, enregistrement d'une voix)[23]. En termes numériques, LUDWICZAK GLASSEY distingue les données relatives aux abonnés (« qui » en est la cause), au trafic (ou *métadonnées*, « comment » elles sont générées) et au contenu (« quoi » est l'information elle-même)[24].

[12] On trouvera les preuves numériques sur des **supports physiques** (disque dur, ordinateur, clef USB, CD-Rom, *smartphone,* appareil GPS, etc.) ou des serveurs physiques stockant leur **source incorporelle** (l'Internet, comprenant pages web, Darkweb, moteurs de recherche, *clouds*, e-mails et comptes de messagerie, forums, chats, réseaux sociaux, applications, blockchains, etc.)[25].

## B. Bases légales et compétences

[13] Comme l'énonce l'article 24 al. 1 CPP, les principales infractions regardant le terrorisme fondent la **compétence juridictionnelle fédérale** si les actes ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger (lit. a), ou dans plusieurs cantons sans prédominance évidente dans l'un d'eux (lit. b)[26]. La doctrine et la jurisprudence ont élargi la compétence fédérale en oblitérant ces deux conditions, englobant également le soutien aux organisations terroristes depuis la Suisse[27] et peu importe si l'auteur a agi dans un seul canton: les autorités fédérales sont plus spécialisées dans ce domaine, au contraire des autorités cantonales qui n'y sont peu ou pas confrontées[28]. Avec PAJAROLA[29], nous critiquons cet argument dans la mesure où il n'est pas démontré en pratique de réelle déficience des cantons par rapport à la Confédération dans la lutte contre le terrorisme: ceux-ci disposent pour certains d'unités spécialisées et de davantage de personnel, permettant également un réseau international; de plus, leur connaissance accrue de la situation locale (intra-cantonale), notamment par leurs réseaux avec d'autres services étatiques et le contact « *de près* » avec de potentiels terroristes, reste un atout.

[14] Dans la mesure où les **autorités cantonales** (et donc ici la PONE) ont la compétence de mener les premières investigations selon certaines conditions de l'art. 27 CPP[30], et puisque la technique de récolte des preuves numériques ne diffère pas entre Confédération et cantons, ce point n'aura pas d'incidence sur la suite, partant, il ne sera pas approfondi plus avant[31]. De plus,

---

[23] JAQUET-CHIFFELLE, p. 199; POLLITT et al., p. 2, nos exemples.

[24] LUDWICZAK GLASSEY, p. 118 s.

[25] Pour des descriptions plus précises de ces éléments, voir: TIRELLI.

[26] AJIL / LUBISHTANI, p. 5; LAUBER / MEDVED, p. 186.

[27] Arrêt du TPF SK.2007.4 c. 1.1.3; BOUVERAT, art. 24 CPP nº 5.

[28] Arrêt du TPF BG.2018.57 c. 2.7; JOST / NIGGLI, art. 24 CPP nº 3 ss; BOUVERAT, art. 24 CPP nº 3; LAUBER / MEDVED, p. 190.

[29] PAJAROLA, p. 235 à 241.

[30] LAUBER / MEDVED, p. 190.

[31] Pour un aperçu historique, téléologique et pratique, voir; arrêt du TPF BG.2018.57 c. 2. Pour un argumentaire détaillé, voir: PAJAROLA, p. 236 à 245.

on notera que la lutte au sens large contre le terrorisme implique bien évidemment les cantons et les communes, dont la collaboration est capitale dans la phase préventive de détection[32].

## 1. Avant l'introduction de la procédure pénale

[15] Pour prévenir la propagande terroriste sur Internet, des outils existent en amont de la procédure pénale. Nous en esquissons brièvement certains, dans la mesure où ils touchent à la compétence ou à l'activité de la police[33] et soulèvent également des difficultés liées à l'aspect numérique.

[16] Depuis le 1er juin 2022 sont entrées en vigueur les dispositions de la Loi sur les **mesures policières de lutte contre le terrorisme** (MPT), non sous la forme d'une loi unique mais d'ajouts ou de modifications de dispositions d'autres lois fédérales, parmi elles la LMSI (particulièrement les art. 23*e* à 23*r* LMSI, dont seul l'art. 23*q* LMSI est de nature numérique) et la LSCPT (art. 1 et 11 LSCPT, voir ci-dessous). Elles visent à renforcer les mesures policières existantes en dehors d'une procédure pénale[34], possiblement avec l'usage de mesures de contrainte[35].

[17] La LMSI permet, à son article 13*e* al. 1, aux autorités policières (fédérales) de saisir tout « *matériel qui peut servir à des fins de propagande et dont le contenu incite, d'une manière concrète et sérieuse, à faire usage de la violence contre des personnes ou des objets* », également en cas de soupçon (al. 4). La diffusion par le biais d'Internet est également prise en compte, de manière limitée, à l'al. 5: il permet la suppression de contenu si le serveur est situé en Suisse (lit. a), la révocation des noms de domaine dont la gestion relève de la compétence de la Suisse (lit. a$^{bis}$) ou la recommandation au fournisseur suisse de bloquer le site si ses serveurs sont situés à l'étranger (lit. b). Enfin, la surveillance électronique et la localisation par téléphonie mobile (art. 23*q* LMSI) concerne en réalité le terroriste potentiel (art. 23*e* al. 1 LMSI) et non tout auteur de propagande, et se limite à l'obliger à porter sur lui un appareil localisable[36].

[18] La LMSI étant limitée à cause de son art. 14 al. 3 (« *le recours à des mesures de contrainte prévues par la procédure pénale n'est permis que dans le cadre d'une procédure d'enquête de police judiciaire ou d'une instruction préparatoire. Il en va de même de l'observation de faits dans des locaux privés* »), la collecte préventive d'informations sur Internet se base plutôt sur la **LRens, qui a remplacé la LMSI**[37]. On notera également que la LMSI évoque une seule disposition pénale (art. 29*a* LMSI, un délit sanctionnant le non-respect des mesures visées aux art. 23*l* à 23*q* LMSI et une contravention sanctionnant la violation de l'art. 23*k* LMSI), qui n'est pas comprise dans le catalogue d'infractions de l'art. 269 al. 2 CPP permettant une surveillance de la télécommunication.

---

[32] LAUBER / MEDVED, p. 184 évoquant le programme TETRA (TErrorist TRAcking) de Fedpol. Voir également: Rapport du CF, *Extrémisme*, p. 10; FF 2019 4541, p. 4554 et 4556; FF 2018 6469, p. 6506.

[33] Toutefois avec retenue dans le domaine préventif: AJIL / LUBISHTANI, p. 4 et 40.

[34] FF 2019 4541, p. 4542.

[35] LAUBER / MEDVED, p. 194. Pour une analyse approfondie, voir: LUBISHTANI / MONOD (constitutionnalité douteuse); AJIL / LUBISHTANI, p. 40 ss (dualité floue entre droit pénal et administratif); MOREILLON / LUBISHTANI, p. 546 (idem).

[36] LAUBER / MEDVED, p. 193.

[37] D'AVILA BENDAYA, p. 202, 204, 211. Voir également: PLATZ, pt III.3: les art. 14*a* à 18*a* LMSI ont été abrogés au profit de la LRens.

[19] Dans le contexte préventif de détection de propagande terroriste numérique, l'utilisation de moyens de surveillance et de perquisition secrète est fournie par la **LRens**[38]. De manière générale, ses mesures sont soumises à autorisation (du chef du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports, finalement du Tribunal administratif fédéral, sauf pour les recherches OSINF soient les informations publiques: art. 13 ss LRens), et concernent les menaces en matière de sécurité sans lien nécessaire avec une procédure pénale[39]. À ce titre, on citera les mesures de l'art. 26 LRens permettant de surveiller la correspondance par télécommunication et d'utiliser à cette fin des appareils techniques, pour géolocaliser ou écouter des propos privés, ou encore pour s'infiltrer dans des systèmes et réseaux informatiques[40]. Ces mesures sont exécutées secrètement (art. 26 al. 2 LRens).

[20] Dans le contexte international du risque terroriste, **l'art. 37 LRens** permet au SRC d'infiltrer des systèmes et réseaux informatiques situés à l'étranger[41], afin de perturber, empêcher ou ralentir l'accès aux informations. Enfin, l'**art. 39 LRens** permet également l'exploration du réseau câblé sur les signaux circulant en Suisse: il s'agit d'intercepter les communications internationales par le biais d'Internet, en donnant l'accès aux métadonnées et contenus des communications telles que les emails, discussions Whatsapp et réseaux sociaux. On précisera que cette surveillance n'est pas ciblée [42].

[21] Au **niveau cantonal**, l'art. 9 LRens oblige les cantons à désigner une autorité qui collabore avec le SRC et en exécute les mandats dans le cadre de la LRens. Pour le canton de Neuchâtel, il s'agit du Groupe renseignements de la PONE, instauré par l'art. 26a LPol-NE. De même, puisque le CPP ne prévoit plus de surveillance lors de l'enquête préliminaire, celle-ci doit être prévue dans le droit cantonal[43]. C'est le cas par exemple à Neuchâtel, où les art. 68 ss LPol-NE prévoient la possibilité d'observations préventives (art. 68 LPol-NE), l'utilisation de mesures techniques de surveillance (art 69 LPol-NE) dans des lieux publics, et autres recherches (art. 70 LPol-NE) et investigations (art. 71 LPol-NE) préliminaires secrètes.

[22] Enfin, on relèvera que ces mesures préventives de surveillance, intervenant certes avant la procédure pénale, sont ciblées et mises en place après la naissance de soupçons dirigés contre une personne ou un utilisateur particulier. Ainsi, il n'existe pas en Suisse de **surveillance générale** et systématique d'Internet[44]. Certaines entités peuvent effectuer une *veille* d'Internet[45] liée à des infractions précises (principalement la pédopornographie, tout comme la police effectue dans ce cadre une veille proactive[46]), mais leur rôle se limite à signaler aux autorités

---

[38] Rapport du CF, *Extrémisme*, p. 11; MÉTILLE, intro art. 269 à 281 n° 70; D'AVILA BENDAYA, p. 202.

[39] D'AVILA BENDAYA, p. 209, 211; HEIMGARTNER / INHELDER, p. 1229; PAJAROLA, p. 282.

[40] D'AVILA BENDAYA, p. 210 ss.

[41] *Ibid*, p. 221.

[42] *Ibid*, p. 222 et 223, citant l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6143/2017 du 4 juin 2019 c. 3.3 pour des détails techniques.

[43] PAJAROLA, p. 280 ss, qui relève la frontière floue entre procédure pénale et mesures policières préventives. Voir également: Rapport du CF, *Cybercriminalité*, p. 22.

[44] COTTIER, p. 691. Notons que l'art. 3 LSCPT (service de surveillance) est lié aux mesures de l'art. 269 CPP et donc à la procédure pénale, pas à une surveillance pré-procédurale.

[45] *Ibid*, citant le Service national de Coordination de la lutte contre la Criminalité sur Internet (SCOCI), rattaché à Fedpol.

[46] En plus des signalements transmis par le NCMEC (National Center for missing and exploited children), voir: Rapport du CF, *Cybercriminalité*, p. 4.

compétentes la commission d'une infraction. Enfin, aucune disposition légale n'oblige les fournisseurs de contenus Internet à procéder à une telle veille[47]. Les efforts notamment des plateformes de réseaux sociaux en ce sens sont considérés comme insuffisants[48].

## 2. Pendant la procédure pénale

[23] Qu'elle intervienne pendant l'investigation policière (art. 306 ss CPP) ou après l'ouverture de l'instruction par le ministère public (art. 308 ss CPP), la récolte des preuves numériques fait partie des mesures de contrainte[49], et son objectif est la mise en sûreté des preuves (art. 196 lit. a CPP). Outre le fait qu'elle doive respecter certains principes pour sa mise en œuvre (art. 197 CPP)[50], la compétence policière est donnée par ordre du ministère public (art. 198 al. 1 lit. a CPP) ou directement par la loi (lit. c)[51].

[24] La principale source d'obtention des preuves numériques reste la **perquisition**[52]**:** d'abord pour la saisie de supports numériques présents chez l'auteur ou dans d'autres locaux en Suisse (art. 244 CPP), puis surtout pour l'obtention des données numériques présentes sur lesdits supports. En tant qu'ils *contiennent* les informations numériques, qui ne sont donc pas visibles mais doivent être lues, ils entrent dans la catégorie large[53] des **enregistrements** auxquels l'art. 246 CPP s'applique[54]. Le simple fait de fouiller un téléphone, sans en extraire les données, constitue une perquisition[55]. Les données numériques non stockées localement mais sur un serveur distant et accessible depuis la Suisse (messages, comptes de réseaux sociaux, *clouds*) sont également concernées[56].

[25] À ce propos, on évoquera la problématique des **serveurs situés à l'étranger** et de leur accès par les autorités pénales suisses: en l'état actuel de la législation (CPP, LSCPT) et de la jurisprudence[57], il n'y a pas d'obligation des fournisseurs de service étrangers de fournir leurs données sur demande directe de l'autorité pénale[58]. Une telle obligation existe uniquement

---

[47] COTTIER, p. 691.

[48] CEP, *Extremist Content*, p. 1.

[49] Même avec l'accord de l'ayant droit en l'absence de contrainte, au demeurant non mentionné dans l'art. 246 CPP: PERRIER DEPEURSINGE, *CPP annoté*, ad art. 246; JEANNERET / KUHN, nº 14023.

[50] Notamment l'existence de soupçons concrets, la *fishing expedition* étant interdite: THORMANN / BRECHBÜHL, art. 246 CPP nº 7; HOHL-CHIRAZI, art. 246 CPP nº 5; JEANNERET / KUHN, nº 14022 ss.

[51] Par exemple dans l'urgence: THORMANN / BRECHBÜHL, art. 246 CPP nº 11; MOREILLON / PAREIN-REYMOND, art. 246 nº 2; JOSITSCH / SCHMID, art. 246 CPP nº 3.

[52] *Contra:* PLATZ pt I.1, qui semble reléguer la perquisition « physique » aux méthodes du passé.

[53] Afin de tenir compte des progrès technologiques futurs: HOHL-CHIRAZI, art. 246 CPP nº 17; MOREILLON / PAREIN-REYMOND, art. 246 nº 3; JEANNERET / KUHN, nº14020.

[54] BOMMER / GOLDSCHMID, art. 263 CPP nº 28; HOHL-CHIRAZI, art. 246 CPP nº 18; DONATSCH et al., art. 246 CPP nº 6. Il s'agit des données existant indépendamment d'une télécommunication: concernant ce point, v. plus bas.

[55] PERRIER DEPEURSINGE, *CPP annoté*, ad art. 246 et réf. citées; MOREILLON / PAREIN-REYMOND, art. 246 CPP nº 11.

[56] BENHAMOU / OETTLI, p. 212; PERRIER DEPEURSINGE, *CPP annoté*, ad art. 246 CPP; DONATSCH et al., art. 246 CPP nº 8a.

[57] ATF 143 IV 21 c. 3, arrêt du TF 1B_142/2016 c. 3.

[58] L'art. 2 LSCPT (obligation de collaborer) n'y change rien: HOHL-CHIRAZI, art. 246 CPP nº 19.

lorsque le siège du fournisseur se trouve en Suisse, ou lorsqu'il existe une filiale en Suisse et que celle-ci exerce un pouvoir de disposition sur les données[59]. Ainsi et à défaut de consentement volontaire du fournisseur[60], l'autorité pénale devra passer par l'entraide internationale pour respecter le principe de territorialité, avec les difficultés afférentes: elle présuppose l'identification du lieu de stockage des données, et surtout est d'une lenteur procédurale excessive[61]. Toutefois, et dans la mesure où les données en question sont *accessibles* depuis la Suisse, par exemple grâce au mot de passe de l'utilisateur donné, l'absence d'acte de puissance publique à l'étranger en permet la perquisition[62] [63].

[26] Les informations trouvées dans ces enregistrements étant susceptibles d'être séquestrées (art. 246 *in fine* et 263 CPP), l'ayant droit peut s'opposer au séquestre par la demande d'apposition de **scellés** (art. 248 CPP). Sans entrer dans les détails, nous relèverons que la police (et l'autorité pénale en général) a dès lors l'interdiction d'exploiter ces preuves, et doit le cas échéant demander la levée des scellés (art. 248*a* CPP) au TMC. Le fait de confier le support à la police, y compris pour un acte purement technique (une copie), est interdit[64]. Toutefois en pratique et dans la majorité des cas, puisque les supports sont prélevés par la police, ils seront conservés dans les locaux de celle-ci après l'apposition de scellés, avec interdiction de les exploiter[65]. Le tri des données scellées afin d'évaluer le bienfondé de sa demande, respectivement de la demande de levée, échoit au juge des scellés: le ministère public n'est (évidemment) pas autorisé à y participer, toutefois les services de police spécialisés (comme l'IN à la PONE) peuvent assister le juge[66]. Dans la pratique, le cas est rarissime.

[27] Les deux types de **séquestre** qui nous intéressent dans le cadre présent sont le séquestre *probatoire* (art. 263 al. 1 lit. a CPP) et le séquestre *conservatoire* (lit. d). Le premier permet de maintenir à disposition de l'autorité les données numériques qui serviront comme preuve lors du procès[67], puisqu'il peut porter sur des biens de toute nature. Si le cas est simple concernant les supports numériques (ordinateur, disque dur), la question de séquestre **d'une page web** ou d'un site internet est controversée.

---

[59] BENHAMOU / OETTLI, p. 213; LUDWICZAK GLASSEY, p. 125.

[60] Prévu par la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2012 (RS 0.311.43). Voir: LUDWICZAK GLASSEY, p. 126.

[61] Rapport du CF, *Cybercriminalité*, p. 20; ATF 143 IV 21 c. 3.2; BENHAMOU / OETTLI, p. 213; THORMANN / BRECHBÜHL, art. 246 CPP nº 4; CARTIER, p. 66; DONATSCH et al., art. 246 CPP nº 9 .

[62] HOHL-CHIRAZI, art. 246 CPP nº 19; DONATSCH et al., art. 246 CPP nº 8a. Ce qui facilite grandement celle-ci: PLATZ pt II.1.

[63] Notons qu'il n'est pas possible de forcer l'auteur à fournir ses accès: JOSITSCH / SCHMID, art. 246 CPP nº 2.

[64] BENHAMOU / OETTLI, p. 220. Cependant, l'autorité peut procéder à l'enregistrement des documents sur une clé USB, pour préserver les preuves (arrêt du TF 7B 515/2024 du 3 avril 2025 concernant l'enregistrement de documents bancaires par l'Administration fédérale des contributions).

[65] Circ. 2.107 A08 de la PONE: Procédure de mise sous scellés, qui mentionne un « lieu sûr ».

[66] *Ibid*, p. 221. *Contra:* JEANNERET / KUHN, nº 14026e, pour qui l'expert ne peut pas être de la police. Selon nous, puisque les ressources professionnelles et infrastructurelles font souvent défaut à toute autre entité que la police, le recours à ses experts semble nécessaire.

[67] JULEN BERTHOD, art. 263 CPP nº 5; MOREILLON / PAREIN-REYMOND, art. 246 nº 6.

[28] Outre l'assimilation débattue en doctrine des données web à des objets corporels matériels au sens de l'art. 69 CP[68], le blocage (pénal) d'une page web n'a pas été tranché en jurisprudence ni dans la loi[69]. Il repose sur une interprétation extensive des dispositions sur le séquestre conservatoire (art. 263 CPP: blocage *préventif*) ou la **confiscation d'objets dangereux** (art. 69 CP: blocage *définitif*), et a fait l'objet de revirements de jurisprudence cantonale[70]. Nous nous limiterons à renvoyer le lecteur à BENHAMOU et à approuver, avec lui, l'interprétation extensive pour justifier le blocage (pénal) de sites web propagandistes, à défaut de loi expresse[71].

[29] Enfin, on notera qu'en cas de saisie de données numériques par perquisition ou séquestre, le détenteur des données a la possibilité de remettre aux autorités une **copie** des enregistrements, laquelle devrait suffire aux besoins de la procédure (art. 247 al. 3 CPP). Pour ce faire, elle devrait être une reproduction exacte du support informatique, en incluant par exemple les métadonnées nécessaires à incriminer l'auteur[72]. Dans le cadre de la propagande terroriste numérique toutefois et dans la pratique, c'est la police qui effectuera une copie des données, et le support de l'auteur ou ses données seront vraisemblablement détruites, respectivement bloquées[73].

[30] Surtout dans le cadre numérique (emails, messages Whatsapp et Telegram, etc.), le séquestre est à distinguer de la **surveillance par télécommunication** des art. 269 ss CPP: d'une part et vu sa mise en œuvre à l'insu du prévenu, elle obéit à un régime spécial protégé par le secret[74] et n'est appliquée qu'en *ultima ratio;* d'autre part, elle intervient lorsque la transmission des messages et emails est en cours et que ceux-ci n'ont pas encore été « lus » par l'auteur. Dans ce cas en effet, les données ne sont pas protégées par le secret et donc la perquisition (art. 244 CPP), respectivement le séquestre (art. 263 CPP), sont applicables[75].

[31] On relèvera que le CPP règle les modalités procédurales pénales, alors que la **LSCPT** en règle le déroulement technique (à l'exclusion du champ d'application[76]), par exemple en définissant les **fournisseurs de services** de télécommunication (art. 2 et renvoi à l'art. 3 LTC) et leurs obligations (art. 26 ss LTC). Ceux-ci sont compris de manière large: il s'agit des fournisseurs d'accès Internet et de réseau mobile (par exemple Swisscom, Salt), de services de

---

[68] Le pendant pénal de la notion procédurale. Le débat dépasse la portée du présent article. Pour un aperçu, voir: COTTIER, p. 684 et JULEN BERTHOD, art. 263 CPP nº 20, réf. citées. La jurisprudence a confirmé l'analogie: ATF 140 IV 181 c. 2.4, cité par BENHAMOU, p. 513, note 47.

[69] BENHAMOU, p. 8; BOMMER / GOLDSCHMID, art 263 CPP nº 36; JULEN BERTHOD, art. 263 CPP nº 20, note 54.

[70] BENHAMOU, p. 9; COTTIER, p. 684.

[71] Dans le même sens: COTTIER, p. 685, qui cite une position favorable également du CF et note la possibilité d'un blocage administratif, voir basé sur la clause générale de police (art. 36 al. 1 lit. 3 Cst), p. 686.

[72] BENHAMOU / OETTLI, p. 217.

[73] Soit leur possession est interdite par l'art. 135 CP (HAGENSTEIN, art. 135 CP nº 110), soit il s'agit de matériel de propagande à détruire (BOMMER / GOLDSCHMID, art. 263 CPP nº 36; JULEN BERTHOD, art. 263 CPP nº 7 et 19). Voir également: arrêt du TPF SK.2019.63 dispositif.

[74] Et soumis donc l'aval du TMC: JULEN BERTHOD, art. 263 CPP nº 21a, note 62; MÉTILLE, intro art. 269 à 281 CPP nº 8. Le secret couvre autant le contenu que les données accessoires.

[75] MÉTILLE, intro art. 269 à 281 CPP nº 44 à 46; DONATSCH et al., art. 246 CPP nº 8.

[76] Arrêt du TPF SK.2013.39 c. 3.1.1; MÉTILLE, intro art. 269 à 281 CPP nº 48.

messagerie email (Gmail, Outlook), de chargement de données (Google docs) ou de communication entre usagers type *chats* (Facebook, Whatsapp, Skype), entre autres[77].

[32] À ce propos, on relèvera brièvement une **jurisprudence houleuse** par rapport aux services fournis par Facebook (réseau social) et Google (Gmail): le TF a jugé que ces services ne faisaient pas partie des télécommunications, puisqu'ils ne fournissent pas d'accès à Internet (alors qu'il en avait jugé autrement pour Facebook auparavant). Dès lors, le ministère public pouvait obtenir les données en question directement par un ordre de dépôt (art. 265 CPP) sans passer par une surveillance.[78] Ultérieurement, le TF a jugé que Facebook était un fournisseur dérivé de télécommunications, toujours sans que la surveillance ne s'y applique[79]. Cette problématique n'a plus lieu d'être en ce qui concerne le statut de fournisseurs de télécommunication des réseaux sociaux, en vertu du nouvel art. 2 lit. c LSCPT; toutefois, la doctrine reste partagée sur la question de l'usage du dépôt (art. 265 CPP) en lieu et place de la surveillance (art. 269 CPP)[80].

[33] Selon nous, si c'est à juste titre que les réseaux sociaux sont considérés comme fournisseurs (dérivés) de télécommunications, et bien que le pragmatisme dicterait l'obligation de dépôt pour s'épargner les difficultés d'une entraide internationale, il semble néanmoins que l'obtention des messages envoyés via les réseaux sociaux relève bien d'une surveillance, et non d'un séquestre potentiel de données auprès des fournisseurs. La position du TF est dès lors critiquable.

[34] Pour en revenir à la surveillance offerte par les art. 269 ss CPP, celle-ci est soumise à des conditions strictes, que nous ne développerons pas ici[81]. Nous relevons simplement que la plupart des comportements incriminés par la **propagande terroriste** évoqués (*supra* I.B à D) tombent sous le coup de la disposition (art. 135, 226, 259, 260$^{ter}$ et 261$^{bis}$ CP, art. 74 al. 4 LRens). La surveillance au sens de l'art. 269 CPP est ordonnée par le ministère public puis autorisée par le TMC, elle est adressée au **Service SCPT**[82] qui exploite un système informatique de traitement des données (art. 6 LSCPT), dont le but est de récolter les données pertinentes (comprenant les contenus mais également les métadonnées, art. 8 et 26 LSPCT), de les mettre à disposition des autorités pénales (art. 9 LSCPT), de les sécuriser et éventuellement de permettre leur analyse (art. 7 LSCPT). Les données sont obtenues auprès des fournisseurs de services numériques (y compris dérivés), qui ont l'obligation de les fournir si les conditions de la surveillance sont remplies (art. 26 ss LSCPT). Outre les données, certains renseignements

---

[77] *Ibid*, n° 26 à 34, 54. **Critique** la largeur du champ d'application: n° 31. Notons que les réseaux internes d'entreprises ne sont pas inclus: *ibid*, n° 58.

[78] ATF 143 IV 21 c. 3.1 (Facebook), arrêt du TF 1B_142/2016 c. 3.1 (Google), par opposition à l'ATF 141 IV 108 (auparavant).

[79] ATF 143 IV 270 c. 4.8 et 7.1.

[80] Indépendamment de l'emplacement en Suisse ou à l'étranger des données ou du siège du fournisseur. Semblent **contre**: BENHAMOU / OETTLI, p. 212; JULEN BERTHOD, art. 263 CPP n° 21a et note 62; MÉTILLE, intro art. 269 à 281 CPP n° 35. Semblent **pour:** THORMANN / BRECHBÜHL, art. 246 CPP n° 4; DONATSCH et al., art. 246 CPP n° 8a.

[81] Voir: MÉTILLE, art. 269 CPP n° 12 à 32.

[82] Art. 3 LSCPT; MÉTILLE, art. 269 CPP n° 3 et 9.

sont également obligatoires (comme les coordonnées de l'usager, les adresses IP, ou « toute indication » au sens large, art. 21 et 22 LSCPT)[83].

[35] Si cette surveillance est restée sans succès ou n'a aucune chance d'aboutir, l'autorité peut également ordonner l'utilisation de **dispositifs techniques spéciaux** au sens de l'art. 269$^{bis}$ CPP, comme un IMSI-Catcher. Il s'agit de simuler une antenne téléphonique, de sorte que les téléphones présents dans son champ s'identifieront auprès de cette base, permettant donc d'identifier un numéro SIM ou IMEI, de géolocaliser et d'écouter les conversations téléphoniques et ce, sans une quelconque collaboration du fournisseur[84].

[36] L'autorité peut également ordonner l'utilisation de **programmes informatiques spéciaux** introduits dans un système informatique, afin d'en intercepter puis d'en transférer les communications et données secondaires, au sens de l'article 269$^{ter}$ CPP. Il s'agit essentiellement pour la police d'installer, à la manière d'un « cheval de Troie », un GovWare dans un ordinateur ou un *smartphone*, à l'insu de son propriétaire et en exploitant une faille, afin d'en prendre le contrôle et donc de surveiller son activité. Cela permettra de lire des conversations chiffrées de bout en bout[85]: une perquisition « *en ligne* » des supports reste interdite[86].

[37] Enfin, dans le cas où les preuves numériques ne proviendraient pas d'un support détenu par l'auteur ou d'une surveillance des communications, mais seraient détenues par un tiers (comme Google ou Facebook, vu *supra*), l'**ordre de dépôt** de l'art. 265 CPP permet, sans mesure de contrainte[87], de demander au détenteur des données de fournir celles-ci. Relevons qu'il couvre tant les données stockées localement sur un support que les données stockées sur un serveur distant et inaccessible[88], avec toutefois la difficulté citée plus haut relativement aux serveurs situés à l'étranger.

## C. Méthodes de recherche

[38] Le cadre juridique ayant été posé, les chapitres suivants traiteront uniquement de l'aspect technique de la récolte des preuves numériques. Tout d'abord, elles doivent être détectées et reliées à un auteur grâce à des éléments intrinsèques ou externes.

### 1. Détection

[39] Bien que, comme nous l'avons vu, il n'existe pas de surveillance générale d'Internet, il est possible, malgré l'absence d'ouverture d'une procédure pénale (ou plutôt avant celle-ci), de détecter[89] des preuves numériques liées au terrorisme par la recherche d'informations

---

[83] Relevons que le contenu des communications est régi par l'art. 270 CPP, alors que les renseignements liés à l'identification relèvent de l'art. 273 CPP: MÉTILLE, art. 270 CPP n° 5.

[84] Même contre un refus de collaborer. MÉTILLE, art. 269$^{bis}$ CPP n° 4 et 5.

[85] THORMANN / BRECHBÜHL, art. 246 CPP n° 4; MÉTILLE, art. 269$^{ter}$ CPP n° 1, 5, 8 et 11; PAJAROLA, p. 250.

[86] HOHL-CHIRAZI, art. 246 CPP n° 20. Ce terme est néanmoins utilisé, par abus de langage: PLATZ, pt I.1.

[87] ATF 143 IV 21 c. 3.1; BENHAMOU / OETTLI, p. 211; MÉTILLE, intro art. 269 à 281 CPP n° 5.

[88] BENHAMOU / OETTLI, p. 212.

[89] Au sens forensique, il s'agit simplement d'identifier les traces pertinentes: JAQUET-CHIFFELLE, p. 196. Les plateformes de réseaux sociaux (Youtube, Facebook, Google+) disposent d'algorithmes de détection de contenus, cependant insuffisants: CEP, *Extremist Content*, p. 2.

publiquement accessibles sur Internet, ce que l'on nomme **OSINF**[90]. Ces informations sont une source importante pour les enquêtes pénales, du fait que l'Internet est utilisé partout et par chacun (surtout les réseaux sociaux)[91]. Beaucoup d'informations même supprimées ou rendues privées ultérieurement (par exemple une vidéo de propagande terroriste postée sur un forum puis effacée ensuite ou rendue privée) sont susceptibles d'être néanmoins retrouvées, puisque « *Internet a de la mémoire* »[92]: on pensera à l'outil *Wayback Machine* de la fondation Archive.org, qui parcourt l'entier du web afin de le « *photographier* » et d'en garder une archive, consultable publiquement; il faut également partir du principe qu'un contenu publié même brièvement sur Internet a pu être sauvegardé par un tiers, et donc potentiellement propagé.

[40] La recherche sur des pages Internet et les réseaux sociaux implique une quantité phénoménale de données (typiquement relatives au contenu). Des outils de **recherche avancée** permettent d'affiner les résultats, par exemple en spécifiant des localisations ou des dates, ou en excluant des formats (images, vidéos)[93]. Dans le cas d'une veille ciblée sur un site ou un thème particulier (terrorisme), on songera à la possibilité de « *scanner* » les publications par un terme précis (« #terro », « #ISIS »), ou d'utiliser une IA pour ce faire. Enfin, des outils comme THB Liberi permettent de scanner à intervalles réguliers un site ou forum donné et d'en détecter les changements. Puisque chaque site ou forum peut avoir une structure particulière, il faudra parfois que la police crée un programme spécifique à cette fin.

[41] Cette recherche OSINF ne nécessite pas de mandats particuliers et peut se faire librement par la police, dans les limites suivantes: une interaction avec la cible ou sa publication (comme une demande d'ami ou un « *like* ») est proscrite, car celle-ci ressort des recherches secrètes (avant la procédure: art. 298*a* ss CPP; après: art. 70 LPol-NE) et est réservée à des agents de police judiciaire spécialisés; dans le cadre d'enquêtes sensibles (typiquement le terrorisme), il existe des risques pour l'intégrité de l'agent ou de l'institution, ou de compromission de l'enquête; enfin, la recherche se fera exclusivement avec les infrastructures policières et des comptes d'utilisateurs créés à cette fin, par mesure de sécurité et pour éviter un traçage ou une erreur. La recherche OSINF présente des **désavantages** au niveau de la fiabilité (que nous développerons plus bas), et de l'efficacité: vu la masse de données présente sur le web, il sera inévitable qu'un enquêteur passe à côté d'informations pertinentes par erreur, par manque d'expertise ou à cause de biais cognitifs influençant ses recherches[94]. L'utilisation d'une IA permettrait de combler ces lacunes, mais elle souffre à son tour de ses propres limites, notamment de devoir être « *entrainée* » correctement et avec une base de données suffisante.

[42] Puis dans le cadre d'une procédure pénale, nous avons esquissé la possibilité d'utiliser un GovWare, soit un programme « *infiltrant* » le support d'une cible (ordinateur, *smartphone*) afin de détecter des preuves numériques. Le contexte policier parle de ***Remote forensic software***. De manière technique, ses possibilités sont puissantes: il permet de consigner les frappes sur le clavier de l'utilisateur (et donc de découvrir ses mots de passe par exemple), de scanner de manière ciblée le système afin d'en trouver les données incriminées, de lire des conversations cryptées, et d'enregistrer via le microphone ou la caméra les actions de l'auteur[95]. Son

---

[90] Circ. 2.111 de la PONE: Recherches sur Internet – Open Source Information (OSINF).

[91] Guide, p. 160 et 161.

[92] JACQUEMIN, p. 344 à 245.

[93] Guide, p. 161. Dans cette phase, on « ratissera large »: FURNER, p. 210.

[94] Europol, *Deepfakes*, p. 16; POLLITT et al., p. 3.

[95] PLATZ, pt II.1.

installation, nécessairement à l'insu de ce dernier, peut se faire par ouverture d'un lien envoyé par e-mail à la cible, ou par l'exploitation de failles de sécurité par une attaque en réseau. Puisque ces méthodes présupposent une imprudence de la cible ou une faiblesse du système d'exploitation (sans parler des nombreux systèmes différents), en plus de nécessiter des connaissances poussées du spécialiste policier, le *remote forensic software* est extrêmement difficile à installer et ne s'utilise que rarement en pratique[96].

## 2. Identification de l'auteur

[43] Au sens forensique, de manière large et incluant les domaines matériel et numérique, **l'identification** se définit comme un « *processus décisionnel tentant d'établir, avec suffisamment de confiance, qu'une information identitaire est liée à une entité spécifique dans un contexte donné à un certain moment* »[97]. La décision se base sur au moins l'un des quatre éléments suivants: l'entité (une personne ou un groupement), l'information identitaire (la connexion à un compte d'utilisateur spécifique, une vidéo postée), le contexte (un forum de discussion sur le terrorisme) et le moment (une date ou un intervalle de temps)[98]. Un seul élément peut suffire à fonder la confiance, mais bien sûr on cherchera à la renforcer par plusieurs d'entre eux.

[44] À cette fin et dans le domaine numérique, les **métadonnées** (les données relatives à l'abonné et au trafic) sont d'une importance capitale pour le travail policier. **En ligne**, les images (sous format EXCIF) ou vidéos postées sur des forums ou des réseaux sociaux peuvent contenir des informations telles que les coordonnées du lieu où la photo/vidéo a été prise, la date et l'heure, le type d'appareil voire même son utilisateur[99]. Dans de rares cas, le numéro de série de l'appareil pourrait permettre de remonter, via une demande au fabricant, au magasin commercialisant l'appareil et à l'acheteur. Les emails contiennent des informations sur la date et l'heure, et surtout les adresses IP des expéditeurs, qui sont ainsi localisables ou identifiables simplement grâce à des sites comme ip-adress.com ou fr.geoipview.com[100]. Enfin, les discussions sur réseaux sociaux permettent, via une demande au fournisseur, d'obtenir des informations sur l'utilisateur. Dans le contexte du terrorisme, les données principales seront les fichiers publiés (images, vidéos), les adresses IP des utilisateurs (sur forums, sites web) et les historiques de conversations sur réseaux sociaux, comme Telegram.

[45] Toutefois, cette méthode trouve sa **limite** en présence d'un auteur prudent ou méticuleux, qui pourra aisément rendre impossible sa localisation via son adresse IP en utilisant un *virtual private network* comme NordVPN. De même, le cryptage (aussi proposé par NordVPN) croissant des interactions sur le web rend difficile voire impossible l'identification de l'utilisateur « *depuis l'extérieur* » (i. e. en surveillant son trafic) sans une perquisition du support ou la prise de contrôle par un *remote forensic software*[101]. Enfin, et contrairement au Guide, les spécialistes de la PONE mettent en doute la « *richesse* » en métadonnées des fichiers postés en ligne: en effet, certains sites web ou réseaux sociaux (n. Instagram) modifient les fichiers *uploadés* par l'utilisateur afin

---

[96] *Ibidem.*

[97] POLLITT et al., p. 7, notre traduction.

[98] *Ibid*, nos exemples.

[99] Guide, p. 161 à 162. Des informations issues du contenu lui-même permettent parfois d'identifier l'auteur d'une photographie, comme un flash qui refléterait son visage ou la reconnaissance du lieu de la photographie.

[100] *Ibid*, p. 162.

[101] PLATZ, pt I.1; PAJAROLA, p. 251.

d'en réduire sa taille, supprimant de ce fait tout ou partie des métadonnées. Ainsi, ces fichiers serviront principalement à l'identification liée au contenu, et non à celle liée aux métadonnées.

[46] L'identification de l'auteur via des OSINF présente également des **problèmes de fiabilité:** des sites non officiels permettent à n'importe quel tiers de lier des métadonnées à un contenu, palliant certes ainsi leur suppression par des réseaux sociaux, mais rendant celles-ci non suffisamment fiables pour une utilisation judicaire.

[47] Si un **support numérique** est disponible (par saisie), l'identification de l'auteur en sera grandement simplifiée. Outre l'information identitaire (si un fichier se trouve sur l'ordinateur d'un individu, cela suffira dans la plupart des cas à l'incriminer), les *smartphones* et les ordinateurs regorgent de métadonnées liées au contexte et au moment[102]. D'une part, toute page Internet consultée est en réalité téléchargée sur le support (l'expression « *se rendre sur* » un site Internet est un abus de langage; en réalité c'est la page Internet qui se rend sur la machine de l'internaute[103]), et donc ses métadonnées (dates de connexion, utilisateur, fichiers consultés) sont consultables au moins dans la mémoire cache si la consultation est récente. D'autre part et en présence d'un *smartphone*, les données téléphoniques révèlent des informations quant aux messages émis et reçus, l'identité de l'utilisateur, l'heure et la durée des appels, et la géolocalisation[104]. De même, la difficulté des contenus de conversations cryptées est levée, puisque le cryptage « *de bout en bout* » concerne principalement le cheminement entre supports: à réception sur celui-ci, la conversation est claire et lisible. Enfin, dans une certaine mesure qui dépend de beaucoup de paramètres (système d'exploitation, type de disque dur, temps écoulé), la suppression de fichiers (sur un ordinateur par exemple) ne les efface pas entièrement du support, de sorte que des bribes de fichiers et donc des métadonnées restent accessibles[105].

[48] On terminera cette section en relevant qu'au sujet de l'identification de l'auteur liée aux métadonnées mais aussi au **contenu**, la plupart des polices cantonales font face à la difficulté d'une absence de base légale permettant un échange automatique d'informations entre cantons[106]. Les Romands ont développé des outils d'échanges d'informations pour les infractions cyber, notamment la *Plateforme d'Informations de la Criminalité Sérielle En Ligne* (PICSEL). Le but est ainsi de faciliter l'identification d'un auteur grâce aux informations déjà obtenues par d'autres polices (cantonales[107]), mais aussi d'informer sur des nouvelles manières de procéder des criminels (les *modus operandi*) et donc de renforcer la prévention[108].

## D. Méthodes de saisie

[49] Une fois l'auteur identifié, ou en cas de soupçons à son égard justifiant une perquisition de son matériel, les autorités chercheront à saisir ses supports physiques ou à sauvegarder d'une

---

[102] Guide, p. 162.

[103] TIRELLI, p. 25.

[104] Guide, p. 163.

[105] FURNER, p. 211.

[106] Rapport du CF, *Cybercriminalité*, p. 19. Neuchâtel dispose de telles bases légales: art. 38 LPol-NE, ainsi que le Concordat réglant la coopération en matière de police en Suisse romande (RS-NE 561.3), particulièrement à son art. 5 lit. b concernant le terrorisme.

[107] Le volet de coopération internationale dépasse largement la portée du présent article. Pour un aperçu, n. concernant Interpol et Europol, voir CARTIER, p. 66 ss.

[108] CARTIER, p. 62, 63. Concerne surtout la cybercriminalité au sens strict.

autre manière les données en ligne (*cloud*, etc.). La saisie des données répond à plusieurs principes.

- D'une part, son but est la **préservation** des preuves en évitant toute altération de celles-ci pour assurer la suite des activités forensiques (authentification, comparaison, etc.) et légales (mise en accusation, jugement)[109]. Outre les changements externes (manipulation de tiers, accès à distance), certaines données subissent des modifications à cause de leur « *dynamique interne* », qu'il s'agira de minimiser (par exemple, refroidir la mémoire d'un ordinateur qui « *tourne* » à plein régime, ou figer par capture d'écran un historique de localisations avant leur effacement)[110].
- D'autre part et vu la complexité grandissante du numérique, la présence d'un **expert** sera probablement nécessaire, non seulement pour l'exploitation ultérieure des données mais surtout au stade de la saisie[111]. On pensera notamment au cas où l'auteur/la cible est versé dans l'informatique. Des auteurs ont d'ailleurs mis le doigt sur les carences en matière de savoir ou de formation des enquêteurs des autorités pénales, ainsi que sur la difficulté de maintenir une expertise dans un domaine qui évolue de manière très rapide, surtout en compétition avec le secteur privé[112]. Dès lors et dans le doute, un enquêteur (ici, de la PONE) fera toujours appel aux experts de l'IN.

[50] L'expert sera également nécessaire au vu de la **masse de données** à saisir ou mettre en sûreté: au contraire des perquisitions matérielles normales, même pour des enquêtes de grande ampleur (on pensera par exemple aux milliers de plans de cannabis dans un cas de trafic de stupéfiants, ou aux pièces comptables d'une grande société réparties dans d'innombrables classeurs fédéraux dans un cas de criminalité économique), le numérique implique une quantité colossale de données virtuelles. Ce qui pose des difficultés pour leur saisie (temps, personnel à disposition), leur conservation (infrastructures) et leur tri[113]: ainsi, on procèdera à la saisie de tous les supports pertinents, mais on limitera dans un premier temps l'analyse aux appareils les plus susceptibles de renfermer les preuves (tablettes ou *smartphone* par exemple, en laissant de côté les clefs USB et les GPS)[114].

[51] Enfin, on n'insistera jamais assez sur l'importance du respect des mesures décrites ci-après, à cause de la **fragilité et de la volatilité** extrêmes des preuves numériques par leur nature[115], ce qui dictera également l'urgence et les mesures à prendre pour leur saisie. Les risques incluent la modification à distance par un tiers (consciente ou non), l'écrasement des données par le support lui-même, l'extinction de l'appareil faute de charge et donc la difficulté d'accéder à son contenu, ou même la modification par une utilisation normale du support (réception de messages, déplacement de géolocalisation).

---

[109] Guide, p. 164; JAQUET-CHIFFELLE, p. 197; PLATZ, pt II. 2; POLLITT et al., p. 12.

[110] JAQUET-CHIFFELLE, p. 197.

[111] FURNER, p. 210; Guide, p. 165.

[112] CARTIER, p. 75; Europol, *Deepfakes*, p. 15; FURNER, p. 211.

[113] BENHAMOU/OETTLI, p. 210; FURNER, p. 211.

[114] FURNER, p. 210.

[115] FURNER, p. 210; DONATSCH et al., art. 246 CPP nº 8a; PLATZ, pt II.2; Circ. 2.107 A05 de la PONE: Saisies et perquisitions en lien avec du matériel informatique.

## 1. Protocoles

[52] La priorité de prise en charge des **supports numériques**, lors d'une perquisition par exemple, sera principalement déterminée par l'urgence et par le risque de détérioration des données. Ainsi, un appareil allumé et déverrouillé sera prioritaire par rapport à un appareil verrouillé ou éteint (dans ce cas, une modification est en principe impossible). La première chose à faire est de mettre l'appareil hors réseau, par exemple en activant le « *mode avion* » ou en désactivant le wifi et/ou le *bluetooth,* ou en le plaçant dans un « *sachet de faraday* »[116]. Pour un ordinateur, on débranchera le câble réseau et on désactivera le wifi et/ou *bluetooth*.

[53] Si un support est déverrouillé, on cherchera à le maintenir en cet état, par exemple en effectuant des mouvements de souris (ordinateur ou *smartphone*) ou en prolongeant par le menu le mode veille ou le verrouillage[117]: un support verrouillé sera plus difficile à explorer en l'absence du mot de passe de l'utilisateur (voir plus bas). De surcroit et pour la même raison, on n'éteindra pas un appareil allumé. Enfin, ce sera toujours la police (enquêteur ou expert IN) et non l'auteur qui manipulera le support.

[54] En présence d'un support éteint, il faudra le laisser dans cet état et ne pas essayer de l'allumer, même en connaissance du mot de passe/code de déverrouillage[118]: le démarrage entraine immanquablement une modification des données, et en principe un appareil éteint est sécurisé. On pourra cependant retirer la carte SIM, afin d'éviter une mise en réseau (automatique) par certaines applications.

[55] Il est intéressant de relever les **difficultés** rencontrées, même par les professionnels, lors de la perquisition de supports verrouillés car éteints, protégés par un mot de passe ou un code de déverrouillage. Le fait de pouvoir « *craquer* » (*i. e.* accéder à son contenu) n'importe quel support relève plutôt de la fiction que de la réalité: les limites temporelles liées à l'essai systématique de combinaisons jusqu'à trouver la bonne (technique nommée *brut force*) sont insurmontables, surtout en présence de clefs de cryptage ou de mots de passe générés par informatique et donc d'une longueur conséquente. Souvent, des imprudences de l'auteur permettent de contourner le problème (mot de passe écrit sur un *post-it*, code reprenant une date de naissance, phrase simpliste et en rapport avec le sujet/site, etc.). Mais en l'absence d'imprudence, force est de constater qu'il est parfois **impossible de craquer** un support numérique. L'obtention du mot de passe de l'auteur est capitale.

[56] Concernant les **données en ligne** (*clouds*, serveurs des réseaux sociaux), leur saisie est confrontée aux mêmes difficultés: il y sera en principe toujours accédé depuis le support de l'auteur, et son mot de passe est dès lors capital au risque de devoir passer par l'entraide internationale, d'une grande lenteur. Enfin, la saisie des données en ligne se résume à en capturer le contenu (capture d'écran, code source de la page web) et encore, seulement les données transmises jusqu'à la dernière connexion de l'utilisateur, seul le fournisseur étant en mesure de fournir les métadonnées. La saisie de données en ligne requiert, par mesure de sécurité, l'utilisation d'une connexion Internet dissociée du réseau de l'entreprise/de l'administration.

---

[116] Poche bloquant les ondes électromagnétiques. Ce procédé déchargera la batterie.

[117] Toutefois sans enlever le code de verrouillage, cela supprimerait les données utilisateur.

[118] PLATZ, pt II. 2.

[57] Enfin, une fois le support obtenu, la procédure exige d'en copier le contenu de la manière la plus complète possible, soit d'en faire une **copie forensique** comprenant les métadonnées en vue de son authentification[119]. De manière technique, le support (ordinateur, disque dur ou clef USB) est connecté à l'ordinateur de l'IN, qui dispose d'un *bloqueur en écriture*[120], garantissant que les données ne circulent que d'une manière unilatérale et ne pourront donc être que lues, sans modification (par une interaction). Ce procédé est chronophage, et ne fonctionne pas pour les *smartphones,* qui disposent d'un système de cryptage empêchant l'extraction de données. De même, certains disques durs sont automatiquement chiffrés lorsqu'ils sont « *désolidarisés* » de leur support, empêchant leur lecture. La saisie des preuves numériques est ainsi close: l'étape suivante sera de les authentifier puis de les conserver.

## 2. Dangers

[58] La saisie des preuves numériques n'est pas exempte de certains dangers. Tout d'abord, les infrastructures policières ne sont pas à l'abri d'une **attaque cyber** de la part de pirates ou de groupements spécialisés (on pourrait penser à une « *division cyber* » d'un groupe terroriste), ce qui implique de devoir sécuriser les données numériques sur des serveurs distincts d'autres domaines de la police. Il n'y a en effet pas de locaux de stockages des supports saisis, toutes les données étant sauvegardées en ligne. Cette manière de faire demande également des réflexions pour sécuriser l'espace physique des serveurs utilisés, soit la « *salle des serveurs* » de l'infrastructure étatique. À Neuchâtel et en général, il s'agit de locaux enterrés et bétonnés de type abris antiatomiques, et placés sous alarme.

[59] Un deuxième danger réside dans de potentiels **virus** incorporés ou liés à des données numériques saisies chez un auteur. En pratique, les spécialistes se fient généralement à leur instinct: si l'auteur ne semble pas versé dans l'informatique (et en l'absence de préparation possible si la perquisition s'est faite par surprise), les supports seront ouverts via l'ordinateur normal de l'expert IN, protégé le cas échéant par un antivirus. En cas de doute ou de danger concret, le support sera ouvert ou lu par un ordinateur *froid* soit hors réseau, ou via une *sandbox* (programme créant un espace hermétique et non communiquant avec le reste du système). On relèvera enfin que le format d'un virus est en principe lié à un système d'exploitation: l'usage d'un tel système différent de celui du support pourra réduire les risques d'infection.

[60] Enfin, on présentera un danger d'aspect humain dans la saisie des preuves numériques, surtout dans le cadre du terrorisme (et également en pédopornographie): les preuves liées prenant souvent la forme d'images choquantes et sanglantes, leur exposition aux enquêteurs qui en analysent une grande quantité peut **affecter leur psychisme** et induire une forme de stress, voir des traumatismes. Pour pallier cela, il est possible de flouter les images dans leur mode lecture (donc sans altérer la qualité de l'image d'origine) ou d'en réduire la taille à une miniature, afin d'en limiter l'exposition néfaste pour l'enquêteur.

---

[119] BENHAMOU / OETTLI, p. 217.

[120] Ou *write blocker*, JAQUET-CHIFFELLE, p. 200.

# II. Les problématiques liées à l'administration des preuves

[61] Une fois saisies, les preuves numériques doivent être analysées, triées et sauvegardées par la police afin d'être transmises au ministère public ou aux tribunaux. Nous nous concentrerons ici sur les étapes forensiques de l'authentification, de la conservation et de la sauvegarde[121].

## A. Authentification

[62] **L'authentification** est, au sens forensique large, un « *processus décisionnel tentant d'établir la vérité d'une proposition avec suffisamment de confiance* »[122]. Il s'agira en somme pour la police ou le ministère public de montrer que l'auteur présumé et identifié est bien coupable de(s) l'infraction(s) retenue(s), sur la base des preuves administrées. En termes légaux, la « *confiance suffisante* » dépend des circonstances, des procédures et des questions de droit en cause: on parlera ainsi parfois de « *certitude* », de « *vraisemblance* » ou de « *soupçon* ». En droit pénal, le principe de la présomption d'innocence – *in dubio pro reo* – de l'art. 10 al. 3 CPP exige l'absence de « *doutes insurmontables* »: nous relèverons ici que la notion de confiance, au sens forensique, n'exige **pas de certitude** ou de confiance absolue, qui n'est ni réaliste, ni réalisable. Les preuves (numériques) doivent permettre de manière « *suffisamment sûre* » d'incriminer l'auteur[123]. La police, ici l'IN, évaluent celles-ci par un degré de probabilité (appelé **force indiciaire**) basé sur un ressenti intuitif, non exprimé en valeurs numériques[124].

[63] L'authentification d'une donnée ou d'un fichier peut reposer sur une **comparaison** avec d'autres éléments, numériques ou analogiques, comme la reconnaissance vocale (issue d'un enregistrement et comparée à la voix), l'identification faciale (extraite d'une vidéo ou d'une image et comparée à une base de données ou à d'autres images préalablement authentifiées) ou l'analyse de vidéos ou d'images quant à la réalité de ce qu'elles représentent[125]. Des outils similaires ont également été développés à l'usage des réseaux sociaux, comme le programme eGLYPH permettant de détecter du contenu terroriste, d'en extraire une signature électronique qui est comparée à d'autres contenus *online*[126]. Une grande partie, voire la quasi-totalité, de l'authentification passe par l'analyse des **métadonnées** d'un fichier. Ainsi et en pratique, l'adresse IP d'un email ou d'un profil d'utilisateur sur un forum ou un réseau social, reliée par une identification de l'utilisateur donnée par le fournisseur, suffira à authentifier qu'il est bien l'auteur du comportement incriminé (propagande terroriste par exemple). La perquisition de ses supports informatiques rend cette tâche plus facile, car l'entier des métadonnées est à la disposition des enquêteurs[127].

[64] Les données recueillies se présentent sous un format binaire, il est donc nécessaire de disposer d'un programme de « *lecture* » dont la tâche sera, outre d'inventorier toutes les

---

[121] Pour un aperçu général du processus forensique entier, voir POLLITT et al., p. 10 ss.

[122] POLLITT et al., p. 7, notre traduction.

[123] JAQUET-CHIFFELLE, p. 204. La dernière personne devant s'en convaincre est le juge: POLLITT et al., p. 9.

[124] Dans certains domaines des sciences forensiques, en présence d'éléments comme l'ADN pouvant faire l'objet d'une mesure probabiliste, on parlera parfois d'une probabilité « 2000 fois supérieure à … ».

[125] POLLITT et al., p. 2.

[126] CEP, *Extremist Content*, p. 2.

[127] Sans compter que dans la plupart des cas, la seule présence d'un fichier sur le disque dur ou dans l'ordinateur du prévenu suffira à l'incriminer, par exemple selon l'art. 135 CP.

données, de les présenter sous forme lisible. L'IN et les enquêteurs de la PONE utilisent le *software* **Cellebrite**[128], qui permet de présenter chaque donnée sous sa forme lisible: une adresse IP (suite de caractères), une géolocalisation (idem, ou incorporée directement sur une carte), une image, une vidéo ou un texte. Il offre également des outils de tri des données, en excluant par exemple les fichiers en deçà d'une certaine taille, et en permettant de « *taguer* » les éléments d'une certaine couleur afin de les différencier (selon leur importance, l'infraction en cause, etc.). Ce programme se veut simple d'utilisation et accessible même à un enquêteur non spécialiste: toutefois, l'IN effectue parfois ce travail en amont. Enfin, on relèvera que pour chaque analyse d'un élément de preuve électronique, les actions effectuées (extraction, sauvegarde, tri et présentation lisible) devront impérativement être consignées de manière à ce qu'un tiers puisse, le cas échéant, les refaire[129].

[65] À cause de (ou plutôt grâce à ?) la nature numérique des données, la suppression d'un fichier (par l'utilisateur ou indépendamment de sa volonté) laisse parfois subsister des bribes de celui-ci. Si cela permet d'en récupérer des éléments pertinents, une conséquence négative sera également qu'il sera moins lisible, ou détérioré. De même, des fichiers intacts (une image, une vidéo) peuvent présenter des défauts de visibilité résultant de leur création (prise de vue rapide, de loin, etc.). Ainsi, l'authentification d'une donnée passe parfois par la nécessité **d'« *améliorer* » les preuves**[130]**:** par exemple, pour une photo floue ou prise dans l'obscurité, des *softwares* permettent via des algorithmes d'améliorer les contrastes ou de préciser des contours. Ce procédé ne crée pas d'information à proprement parler, mais l'améliore. Dans d'autres cas, en présence de fichiers détériorés, il s'agira cette fois-ci de créer de l'information afin de compléter ceux-ci pour en rendre la lecture possible, par exemple en ajoutant des contours corporels autour d'un visage sur une vidéo floue[131]. À nouveau, on rappellera l'importance de protocoler toute modification du fichier original.

[66] Nous terminerons cette section en soulevant brièvement une problématique récente en matière d'authentification liée à l'IA, à savoir les ***deepfakes***. Certains auteurs les érigent en effet en l'une des menaces principales actuelles de notre société[132], et Europol les évoque en tant que contenu favorisant les groupes extrémistes en tant que propagande [133]. Nous renvoyons le lecteur à la littérature en ce qui concerne leur définition et leur fonctionnement[134]. On relèvera en revanche que grâce à leur sophistication en matière de manipulation de contenu, les *deepfakes* posent des problèmes aux autorités pénales, notamment pour l'identification de l'auteur ou des faits pertinents, et parce qu'ils ébranlent la confiance en des moyens de preuve généralement considérés comme fiables et authentiques comme les images ou vidéos représentant des faits[135].

---

[128] Cellebrite (https://cellebrite.com/en/cellebrite-software).

[129] Guide, p. 165; JAQUET-CHIFFELLE, p. 198.

[130] POLLITT et al., p. 12.

[131] Exemples de *softwares:* Amped FIVE (https://ampedsoftware.com/five), Topaz IA (https://topazlabs.com).

[132] JACQUEMIN, p. 315.

[133] Europol, *Deepfakes*, p. 10. Dans le même sens et pour la désinformation, JACQUEMIN, p. 323.

[134] Voir: Europol, *Deepfakes*, p. 7 ss et JACQUEMIN concernant la définition (p. 316), le *machine* et *deeplearning* (p. 317 à 319) et les formes (p. 319 à 320).

[135] Europol, *Deepfakes*, p. 14 ss, également pour les défis futurs des forces de police.

[67] Au stade actuel, la plupart des contenus *deepfakes* créés ou modifiés par IA sont reconnaissables en tant que tels, grâce à des détails comme l'absence de clignements d'œil ou des contours flous ou non naturels des cheveux et des membres corporels[136]. Au niveau des métadonnées, un contenu *deepfake* n'est pas identifiable comme tel, il ne possède pas de propriété intrinsèque démontrant l'intervention de l'IA. Le meilleur outil pour authentifier ou au contraire pour exclure un élément de preuve numérique reste l'œil affuté des spécialistes; toutefois et au vu de l'évolution rapide dans le domaine, celui-ci, même assisté d'une IA, ne suffira probablement plus pour détecter un *deepfake*[137].

## B. Chaine de conservation et sauvegarde à des fins judiciaires

[68] Pour garantir l'authenticité démontrée des preuves, il est capital que celles-ci soient conservées, ce qui signifie principalement d'en **éviter toute modification**[138]. Ainsi, l'analyse par la police devra être non destructive pour préserver la chaine d'intégrité: on procèdera par exemple à une photographie ou à un enregistrement au préalable (pour des données en ligne en l'absence de métadonnées: des captures d'écran et de code source de la page Internet), à une description des buts et des méthodes de l'analyse, puis à la copie[139]. Une copie est dite « *parfaite* » si le support n'a pas été altéré, et « *pure* » si l'information dans la copie est strictement identique à celle sur le support[140].

[69] En pratique, cette étape se fait déjà lors de la saisie des données: une fois celles-ci extraites (d'un support), avant ou après leur analyse, celles-ci sont stockées obligatoirement en réseau, pour des raisons de sécurité et de risque de perte des données. La police ne transmet en effet pas de supports *froids* et non-analysés aux tribunaux, mais des données lisibles. Puisqu'une numérisation est obligatoire, il s'agit alors, pour la conservation des données, de les accompagner d'un **certificat d'authenticité** qui enregistrera tout changement ou accès ultérieur à celles-ci: un journal retracera l'historique de chaque accès et de chaque personne en ayant eu l'accès[141]. Le but de toute preuve forensique est d'être compréhensible, démontrable et vérifiable[142].

[70] Afin de prévenir les modifications intentionnelles des données (en vue de les fausser pour disculper l'auteur, ou au contraire afin de l'incriminer davantage[143]), il est possible d'incorporer un **système d'horodatage**: techniquement, il s'agit de lier le certificat d'authenticité à un registre (type *blockchain*) où chaque action ou accès à la donnée est enregistré temporellement, de sorte que l'état d'une donnée est figé à un instant précis. Des accès ultérieurs s'ajoutent aux éléments précédents, mais ne peuvent modifier ceux-ci[144].

---

[136] *Ibid*, p. 16 et 17.

[137] JACQUEMIN, p. 319 et 324.

[138] FURNER, p. 210; PLATZ, pt II.2.

[139] FURNER, p. 211; JAQUET-CHIFFELLE, p. 198.

[140] JAQUET-CHIFFELLE, p. 200.

[141] FURNER, p. 210; JAQUET-CHIFFELLE, p. 201.

[142] FURNER, p. 210.

[143] Dans les deux cas, la conséquence pourrait être l'inadmissibilité de la preuve, voire une sanction pénale: Guide, p. 164

[144] Voir: JAQUET-CHIFFELLE, p. 202 à 203 pour les détails techniques.

[71] La transmission des preuves numériques aux tribunaux suppose, pour les données prélevées sur des supports, de rendre celles-ci lisibles. Dans la pratique, les copies (forensiques) des données ne sont pas transmises telles quelles, la plupart des autorités judiciaires ne disposant pas d'une infrastructure suffisante pour leur stockage ni des compétences techniques pour leur analyse. Bien plutôt, les analyses seront présentées de manière lisible dans un rapport technique au juge, avec référence aux données qui, elles, restent sur les serveurs de la police. Dans le cas des preuves en ligne liées au contenu et donc exemptes de métadonnées, elles pourront être transmises simplement sur un CD-R au tribunal.

## Conclusion

[72] La propagande terroriste, majoritairement sous la forme de publications, de partage de contenu et de diffusion de liens en ligne, a désormais une réalité concrète et croissante sur les réseaux sociaux, et de manière plus générale sur l'Internet au travers de forums, de *chats* et d'autres blogs. En l'état actuel, le droit pénal suisse est suffisant pour punir les différents comportements constitutifs de propagande terroriste. Toutefois, les difficultés se présentent au niveau procédural, surtout dans la détection, la recherche ou la saisie des preuves.

[73] De manière préventive, aucune loi n'oblige les fournisseurs de services en ligne, au sens large, à veiller au contenu diffusé sur leurs serveurs, ni à fournir leurs données autrement que de manière volontaire. De même, il n'existe pas de surveillance générale d'Internet par les services étatiques. La LRens fédérale permet, dans certaines conditions, d'effectuer des recherches secrètes, mais celles-ci, incluant des mesures de contrainte, sont assorties de la nécessité d'obtenir l'autorisation préalable des autorités. Le seul moyen de s'en affranchir étant la recherche d'OSINF, qui est également prévue par le droit cantonal mais qui suppose tout de même une approche ciblée (sur un contenu, un auteur, un site).

[74] Durant la procédure pénale, donc en présence de soupçons concrets, les autorités pénales peuvent procéder à des perquisitions, à des saisies et à des séquestres, voire à la surveillance des télécommunications, éventuellement avec des dispositifs techniques spéciaux comme l'IMSI-Catcher ou le GovWare. L'accès aux données en ligne (souvent stockées sur des serveurs situés à l'étranger) nécessite l'entraide internationale, chronophage et donc peu efficace en regard de la rapidité de circulation des données dans le monde numérique.

[75] Les difficultés pratique et technique de ces moyens d'obtention des preuves, sur des supports numériques ou en ligne, sont nombreuses. Elles englobent l'identification de l'auteur, notamment grâce aux métadonnées; la saisie des données, rendue difficile par leur volatilité, leur masse et souvent par leur chiffrement; leur conservation et la nécessité d'en éviter toute altération, donc par le biais de procédés qui en garantissent l'intégrité; leur présentation sous forme lisible et exploitable, y compris en présence de « *fragments* » de fichiers; l'authentification des contenus, qui subit la prolifération des *deepfakes* peu détectables et qui nécessite souvent d'améliorer certaines preuves; enfin, la transmission aux ministères publics et aux tribunaux, afin que la condamnation de l'auteur – le stade ultime de la chaine pénale – soit rendue possible.

[76] Au vu de l'évolution permanente et exponentielle du monde digital, ces difficultés et défis iront assurément croissant durant les prochaines années, et exigeront des adaptations rapides de l'État (en termes de législation, de personnel et d'entraide notamment) s'il entend garder un certain contrôle sur cet univers virtuel et les infractions qu'il rend possible, inévitables contreparties de la liberté d'opinion au sens large.

# Bibliographie

## Doctrine


AJIL Ahmed / LUBISHTANI Kastriot, *Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal pénal fédéral, Analyse des procédures pénales de 2004 à 2020*, in: Jusletter Weblaw, 31 mai 2021.

BENHAMOU Yaniv, *Blocage de sites web en droit suisse: des injonctions civiles et administratives de blocage au séquestre pénal*, in: Droit d'auteur 4.0., 2018, p. 1-27.

BENHAMOU Yaniv / OETTLI Jean-René, *Traitement des données par les autorités pénales: de l'accès aux données à la procédure de tri*, RPS 139/2021, 209 – 233.

BOMMER Felix / GOLDSCHMID Peter, Art. 263 CPP, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar – Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 3ème éd., Bâle 2023.

BOUVERAT David, art. 24 CPP, in: Jeanneret Yvan / Kuhn André / Perrier Depeursinge Camille (édit.), *Commentaire Romand – Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019.

CARTIER Julien, *La poursuite des cybercriminels au quotidien*, in: Perrier Depeursinge Camille et al. (édit.), *Lutter contre la cybercriminalité en Suisse*, Berne 2024, 55 – 76.

COTTIER Bertil, *Étude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de contenus illégaux sur internet*, in: Étude du Conseil de l'Europe préparée par l'Institut suisse de droit comparé, rapport n°9, Lausanne 2015.

D'AVILA BENDAYA Margareth, *Les mesures de surveillance des télécommunications sur Internet par les autorités en Suisse, en France et en Allemagne*, Berne 2024.

DONATSCH Andreas / LIEBER Viktor / SUMMERS Sarah / WOHLERS Wolfgang, art. 246 CPP, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 3ème éd., Zurich 2020 (cité: DONATSCH et al., art. 246 CPP).

FURNER Mark, *First Forensic Forum Schweiz (F3-CH) Computerforensik und Computerkriminalität*, (2004) *Recht. Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 210 – 212.

HAGENSTEIN Nadine, art. 135 CP, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar – Strafrecht II*, 4ème éd., Bâle 2019.

HEIMGARTNER Stefan / INHELDER Elena, *Strafbarkeit dschihadistischer Propaganda*, AJP (Vol. 11) 2022, 1217 – 1232.

HOHL-CHIRAZI Catherine, art. 246 CPP, in: Jeanneret Yvan / Kuhn André / Perrier Depeursinge Camille (édit.), *Commentaire Romand – Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019.

JACQUEMIN Quentin, *Le droit suisse permet-il de réprimer les deefakes ?*, in: Guillaume Florence (édit.), *La technologie, l'humain et le droit*, Berne 2023, 313 – 345.

JAQUET-CHIFFELLE David Olivier, *Continuité de la preuve (numérique). De la scène de crime au tribunal*, in: Perrier Depeursinge Camille et al. (édit.), *Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022, 193 – 204.

JEANNERET Yvan / KUHN André, *Précis de procédure pénale*, 2ème éd., Berne 2018.

JOSITSCH Daniel / SCHMID Nicolas, *Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar*, art. 246 CPP, 4ème éd., Zurich / St-Gall 2023.

JOST Lisa / NIGGLI Marcel Alexander, art. 24 CPP, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar – Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung*, 3ème éd., Bâle 2023.

JULEN BERTHOD Anne Valérie, art. 263 CPP, in: Jeanneret Yvan / Kuhn André / Perrier Depeursinge Camille (édit.), *Commentaire Romand – Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019.

LAUBER Michael / MEDVED Alexander, *Terrorismusbekämpfung: Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen*, in: Fink Daniel et al. (édit.), *Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus*, Berne 2019, 179 – 196.

LEU Nicolas / PARVEX Denis, *Das Verbot der « Al-Quaïda » und des « Islamischen Staats ». Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung der Strafbarkeit djihadistischer Propaganda und der vereitelten Ausreise in ein Konfliktgebiet*, AJP (Vol. 6) 2016, 756 – 767.

LUBISHTANI Kastriot / MONOD Hadrien, *Mesures policières de lutte contre le terrorisme*, Sécurité & Droit 1/2020, 19 – 27.

LUDWICZAK GLASSEY Maria, *Accès transfrontière aux preuves électroniques: l'avenir de l'entraide internationale en matière de cybercriminalité?*, in: Perrier Depeursinge et al. (édit.), *Lutter contre la cybercriminalité en Suisse*, Berne 2024, 117 – 130.

MÉTILLE Sylvain, intro art. 269 à 281 CPP et art. 269, 269$^{bis}$, 269$^{ter}$, 269$^{quater}$, 270 CPP, in: Jeanneret Yvan / Kuhn André / Perrier Depeursinge Camille (édit.), *Commentaire Romand – Code de procédure pénale suisse*, 2$^{ème}$ éd., Bâle 2019.

MOREILLON Laurent / LUBISHTANI Kastriot, *Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme. Étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais*, RPS 4/2018, 499 – 546.

MOREILLON Laurent / PAREIN-REYMOND Aude, art. 246 CPP, *Petit commentaire CPP*, 3$^{ème}$ éd., Bâle 2025.

PAJAROLA Umberto, *Bekämpfung von Terrorismus und Organisierter Kriminalität,* Zurich / Genève 2022.

PERRIER DEPEURSINGE Camille, *CPP annoté*, 2$^{ème}$ éd., Bâle 2020 (cité: PERRIER DEPEURSINGE, *CPP annoté*).

PLATZ Ernst, *Rechtliche Zulässigkeit von « Remote Forensic Software » in der Schweiz - Inwieweit existiert in der Schweiz eine rechtliche Grundlage für den Einsatz von "Remote Forensic Software" durch die Ermittlungsbehörden?*, (Vol. 11) 2008, 838 – 844.

POLLITT Mark et al., *A Framework for Harmonizing Forensic Science Practices and Digital/Multimedia Evidence*, in: NIST (www.nist.gov), 2018, p. « https://www.nist.gov/system/files/documents/2018/01/10/osac_ts_0002.pdf » (consulté le 11 avril 2025) (cité: POLLITT et al.).

THORMANN Olivier / BRECHBÜHL Beat, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar – Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, art. 246 CPP, 3$^{ème}$ éd., Bâle 2023.

TIRELLI Ludovic Adrien., *La répression pénale des consommateurs de pédopornographie à l'heure de l'Internet*, RJL (n° 35) 2008, 23 – 33.

WOHLERS Wolfgang, art. 260$^{ter}$ CP, in: Wohlers Wolfgang / Godenzi Gunhild / Schlegel Stephan (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar*, 5$^{ème}$ éd., Berne 2024.

## Documents officiels

### Documents officiels rendus par les autorités suisses

Conseil fédéral, Rapport concernant les poursuites pénales en matière de cybercriminalité et l'efficacité des cantons - Commission de la politique de sécurité du Conseil national, 15 février 2022, Berne 2024 (cité: Rapport du CF, *Cybercriminalité*).

Conseil fédéral, Rapport concernant les instruments efficaces pour lutter contre l'extrémisme violent, en réponse au postulat 17.3831 Glanzmann-Hunkeler, 13 janvier 2021, Berne. (Cité: Rapport du CF, *Extrémisme*).

Conseil fédéral, Message du 22 mai 2019 concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, FF 2019 p. 4541 ss. (cité: FF 2019 4541).

Conseil fédéral, Message du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 p. 6469 ss (cité: FF 2018 6469).

Conseil fédéral, Message du 18 mai 2011 relatif à l'ordonnance de l'Assemblée fédérale interdisant le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées, FF 2011 p. 4175 ss (FF 2011 4175).

### Autres documents officiels

Counter Extremism Project, *Recommendations on Tackling Extremist Content Online*, in: Counter Extremism (www.counterextremism.com) août 2018, p. « « https://www.counterextremism.com/sites/default/files/CEP%20-%20Tackling%20Extremist%20Content%20Online.pdf » (consulté le 14 mai 2025) (cité: CEP, *Extremist Content*).

Bureau de la défense du tribunal spécial pour le Liban, Guide pratique sur les enquêtes de la Défense dans le cadre des procès pénaux internationaux, in: Université de Limoges (www.unilim.fr), Leidschendam 2017, p. « https://www.unilim.fr/iirco/wp-content/uploads/sites/48/2018/01/Le-Guide-des-enquetes-de-la-Defense.pdf », (consulté le 11 avril 2025) (cité: Guide).

European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (EUROPOL), *Facing Reality ? Law Enforcement and the Challenge of Deepfakes*, in: Europol (www.europol.europa.eu), Luxembourg 2022, p. « https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Europol_Innovation_Lab_Facing_Reality_Law_Enforcement_And_The_Challenge_Of_Deepfakes.pdf » (consulté le 11 avril 2025) (cité: Europol, *Deepfakes*).

**Pages web**

Portail de la Confédération suisse*, « La Sécurité de la Suisse 2024 »: le Service de renseignement de la Confédération publie son nouveau rapport de situation*, in: Le portail du gouvernement suisse (www.news.admin.ch), Berne 2024, p. « https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=102858 » (consulté le 1er avril 2025) (cité: Rapport de situation de la Confédération).

DPPC
Droit Pénal et Politique Criminelle
Derecho Penal y Política Criminal

# La responsabilidad penal frente a la tortura en situaciones límite: dilemas jurídicos y éticos ante contextos de violencia frente a la absolutez de la dignidad humana

Sebastian G. Cruz Vargas

**Propuesta de cita:** Sebastian G. Cruz Vargas, La responsabilidad penal frente a la tortura en situaciones límite: dilemas jurídicos y éticos ante contextos de violencia frente a la absolutez de la dignidad humana, en: Revista DPPC, 2025, Volumen 1, pp. 91-114.

URL: https://www.dppc.online/es

## Resumen

El articulo analiza los dilemas jurídicos y éticos que enfrenta el Derecho Penal ante escenarios como las situaciones límite, examinando la responsabilidad penal del torturador cuando la tortura se plantea como única alternativa para evitar un daño inminente a bienes jurídicos fundamentales. Se inicia con el desarrollo de las situaciones límite en los contextos de terrorismo e inseguridad ciudadana en el Perú, donde la tortura puede hallarse como un baremo común y desproporcionado; siendo ilustrado con actos contra la vida, integridad física y bienes indispensables mediante un desarrollo de casos emblemáticos como el supuesto de "bomba de tiempo" y el caso *Gäfgen vs. Alemania*. A la par, se ha realizado un examen técnico-jurídico de las figuras de justificación (antijuridicidad) y de exculpación (culpabilidad), delineando sus límites normativos según el ámbito normativo internacional y peruano, buscando concretar ideas previas de estas categorías en relación al delito de tortura. Y, finalmente busca cumplir con el objetivo principal, el cual fue esclarecer la complejidad de calificar penalmente estos actos extremos en contextos límite mediante una reflexión crítica sobre el uso de la tortura como medio único ante una situación crítica, bajo la coherencia ética y la suficiencia jurídica del sistema penal peruano frente a tales supuestos excepcionales.



## Résumé

L'article analyse les dilemmes juridiques et éthiques auxquels le droit pénal est confronté dans des situations dites limites, en examinant la responsabilité pénale du tortionnaire lorsque la torture est envisagée comme l'unique alternative pour éviter un dommage imminent à des biens juridiques fondamentaux. L'étude s'ouvre par une analyse des situations limites dans les contextes de terrorisme et d'insécurité au Pérou, où la torture apparaît comme un recours fréquent mais disproportionné. Cette réflexion est illustrée par des atteintes à la vie, à l'intégrité physique et à d'autres biens essentiels, à travers l'examen de cas emblématiques tels que l'hypothèse de la "bombe à retardement" et l'affaire *Gäfgen c. Allemagne*. Un examen technico-juridique est ensuite mené sur les causes de justification (illicéité) et d'excuse (culpabilité), en précisant leurs limites normatives à la lumière du droit international et du droit péruvien, afin de mieux circonscrire leur portée en matière de torture. Enfin, le travail poursuit son objectif principal: éclairer la complexité de la qualification pénale de ces actes extrêmes dans des contextes limites, au moyen d'une réflexion critique sur le recours à la torture comme unique moyen dans une situation critique, et ce, au regard de la cohérence éthique et de la suffisance juridique du système pénal péruvien face à de tels cas exceptionnels.

## Abstract

This paper analyses the legal and ethical dilemmas faced by criminal law in so-called “ticking bomb” or extreme situations, examining the criminal responsibility of the torturer when torture is presented as the only alternative to prevent imminent harm to fundamental legal interests. The study begins with an analysis of such scenarios in the contexts of terrorism and public insecurity in Peru, where torture tends to emerge as a recurring yet disproportionate response. This discussion is illustrated by violations of life, physical integrity, and other essential rights, through the examination of emblematic cases such as the “ticking time bomb” hypothesis and the *Gäfgen v. Germany* case. A technical-legal assessment then follows, focusing on grounds of justification (unlawfulness) and excuses (culpability), while clarifying their normative limits under both international and Peruvian law, in order to better delineate their relevance in cases of torture. Finally, the article pursues its main objective: to shed light on the complexity of criminally qualifying such extreme acts in limit situations, through a critical reflection on the use of torture as the sole means in a critical scenario, in light of the ethical coherence and normative sufficiency of the Peruvian criminal justice system when confronted with such exceptional cases.

# Sumario

**Introducción** ..... **95**
**I. En contexto: situaciones límite** ..... **95**
**II. ¿La tortura como repuesta a los atentados contra bienes jurídicos esenciales?** ..... **101**
**III. Agotando la discusión sobre la justificación de la tortura** ..... **104**
A. Antijuridicidad ..... 104
B. De las causas de justificación ..... 104
C. Algunas opiniones en contra de la justificación de la tortura ..... 106
**IV. Si no es justificable, ¿Es exculpante, reprochable?** ..... **107**
A. La culpabilidad ..... 107
B. Estado de necesidad exculpante ..... 108
C. Miedo insuperable ..... 109
D. Exceso en la legitima defensa ..... 109
**Conclusiones** ..... **111**
**Bibliografía** ..... **113**

## Introducción

[1] El Derecho Penal, pese a su rigor y formalidad, no está exento de confrontaciones éticas y prácticas cuando se presentan a escenarios excepcionales como las situaciones límite. El presente artículo aborda estos conflictos desde la perspectiva de la responsabilidad penal del torturador en situaciones donde dicha conducta extrema se presenta como única alternativa para evitar daños inminentes a bienes jurídicos fundamentales, usando como base los contextos de terrorismo y la inseguridad ciudadana en el Perú.

[2] La investigación parte del análisis de estos contextos críticos, para luego abordar la problemática concreta del uso de la tortura como recurso desproporcionado y extremo. Para ilustrar la relevancia práctica y doctrinal, se revisan casos emblemáticos como las "*bombas de tiempo*" y el reconocido caso *Gäfgen vs. Alemania*. Asimismo, se efectuó un análisis técnico-jurídico detallado sobre las figuras penales de la justificación (antijuridicidad) y exculpación (culpabilidad), examinando sus límites normativos y la posición doctrinal predominante en el ámbito internacional y en el Perú en respuesta a los casos de tortura en situaciones límite.

[3] El objetivo central de este trabajo consiste en proporcionar claridad sobre la complejidad de calificar penalmente los actos extremos derivados de situaciones límite, proponiendo una reflexión crítica que permita evaluar la coherencia ética y la suficiencia jurídica del sistema penal peruano actual frente a estos supuestos excepcionales y la responsabilidad penal por el uso de la tortura como respuesta.

## I. En contexto: situaciones límite

[4] En principio, frente a las múltiples afectaciones que pueden generar la activación de las instituciones jurídico-penales, existen un grupo de situaciones trágicas donde, en palabras de CANTARD concurre un choque de bienes jurídicos y, de no elegir alguno, se origina una vulneración bilateral[1]. En esa línea, WILENMANN ha presentado lo que denomina "*Comunidades de peligro vitales (o mejor, de intereses de autonomía sustanciales)*"[2], explicando que se suscitarían cuando, ante diversas afectaciones vitales, unas se pueden salvar mediante una privación otras. La divergencia suscitada en estos casos, es desarrollada bajo un denominador como: condiciones de necesidad de elección, donde se aplican los criterios del estado de necesidad; no obstante, aparecen las situaciones que rompen con los requisitos del estado de necesidad, donde el criterio temporal, psicológico y social varían en función del sujeto vulnerado.

[5] Estos casos podrían denominarse por el termino coloquial de "situaciones límite", que encuentran su razón al contemplar la afectación de un bien jurídico individual indispensable a una o un grupo de personas y la misma sea posible de evitar o detener mediante una agresión al atacante o grupo de atacantes y que, por nuestra condición humana, dicha actuación se dé sin mediar las consecuencias. En estas situaciones, podemos distinguir entre contextos y actos en específico, los primeros refiriéndose a aquellos momentos histórico-sociales que se desarrollen tanto al nivel nacional como internacional, pudiendo contemplarse en un estado normal de derecho, un estado de sitio, de emergencia, durante una guerra, en conflicto armado interno o por

[1] CANTARD, 2022, p. 118.

[2] WILENMANN, 2016, p. 4.

actos de terrorismo[3]. Mientras que los segundos pueden darse mediante el ataque inminente o iniciado a los bienes jurídicos más importantes o vitales de una o un grupo de personas, como puede ser el cometimiento de algún crimen de lesa humanidad tal y como lo contempla el artículo 7[4] del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[5], los delitos contra la humanidad del Código penal peruano, el delito de secuestro, homicidio, entre otros; donde, mediante la actuación de un tercero y excediendo la justificación otorgada por el ordenamiento jurídico, se puede evitar su cometimiento o sus consecuencias. Se debe considerar que cada acto de un tercero como tal debe superar lo permitido por la norma, en otras palabras, ser antijurídico. De no serlo, podría recaer en las causas de justificación contempladas en el artículo 20º del Código penal sin ningún impedimento.

[6] Teniendo en consideración estos criterios para las situaciones límite; por razones del presente análisis, solo se utilizará este término en los siguientes contexto: un estado normal de derecho y uno afectado por el terrorismo moderno; y particularmente en un acto: la puesta en peligro de la vida e integridad física de los ciudadanos. Esta restricción a la investigación resulta necesaria por la amplitud del estudio de las situaciones límite, consideradas aun de laboratorio por la dogmática jurídico-penal.

[7] Para entender de mejor forma los contextos señalados, es necesario analizar cara uno de forma particular, comenzado por aquel con la a que se refiere bajo la denominación “estado común de derecho” en el ámbito países latinoamericanos; el cual consiste, actualmente, en un clima de inseguridad ciudadana. PRADO explica que este fenómeno no fue esporádico, sino, producto de las crisis políticas y sociales que los países han afrontado, desarrollándose a tal punto que se ha vuelto parte de la normalidad debido a su carácter incontrolable[6]. Dicho contexto tiene mucha relación con la percepción social, un ejemplo de ello es el incremento en percepción de inseguridad provocada por la migración venezolana[7]. Esta movilidad masiva de extranjeros, fuera de elementos como la xenofobia, ha provocado una creciente percepción negativa, acrecentada por los medios de comunicación masivos en un claro caso típico de criminología mediática. No obstante, como lo explica OIM Perú si bien existe una correlación del crecimiento entre migración e incremento de la criminalidad, “es relevante notar que a partir de 2022 hay una disminución

---

[3] Sobre esta distinción, PAWLIK, 2011, p. 7 entiende las diferencias jurídicas entre los derechos y actos permitidos entre el derecho en la guerra y de los terroristas, los últimos siendo catalogados más en su propia categoría.

[4] Artículo 7.1: “*A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad*” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid” (…).

[5] A diferencia del Estatuto de Roma, en el derecho penal peruano se adoptaron ciertos delitos en el titulo XIV “*Contra la humanidad*”, consistiendo en el genocidio, la desaparición forzada, la tortura la discriminación y la manipulación genética. Mientras que los otros delitos mencionados en el Estatuto de Roma se encuentran de alguna u otra forma, dispersados en el Código penal.

[6] PRADO, 2019, p. 35.

[7] Fuera de todas las repercusiones que trajo, las dos más notorias a nivel social son la percepción de inseguridad ciudadana, y el cambio del flujo laboral, que, como exponen LOVÓN et al., 2021, p. 191, resulto en una suerte de explotación laboral para los inmigrantes y reducción de las oportunidades de trabajo de los peruanos.

generalizada de población migrante y venezolana denunciada, respecto de años pasados"[8]; así, lo que pareciera ser un peligro por la migración, es una suerte de desconfianza en el propio sistema penal.

[8] Frente al estado común de derecho donde existe la inseguridad ciudadana, se ha incrementado esta realidad y percepción ante el incremento de extorciones a nivel nacional. MINTER mencionaba que, para el año 2018, un porcentaje del 10% de víctimas denunciaba el hecho, ascendiendo a 5 170 denuncias[9]. Para el año 2023, esta cifra habría multiplicado, Trinidad recogiendo los datos de la PNP, explica que en solo el primer trimestre de ese año se dieron 4 937 denuncias por extorción[10]; esto ya permite entender tanto el incremento de casos como el impacto social que acarreaba, lo cual, llevo a movilizaciones multitudinarias a partir del 2024 a causa de ese temor social. El mismo autor, explicando el comentario del politólogo LÓPEZ, refiere a que la desconfianza en las instituciones policíacas ha llevado a una reducción de las denuncias, significando que el porcentaje diferencial entre denuncias contra los casos reales se ha ampliado. Ello ha llevado a que se hable ahora de un supuesto terrorismo urbano, que llevo a la declaración de estado de emergencia[11].

[9] El mencionado terrorismo urbano resulto en una propuesta legislativa con fuerte carga política; no obstante, como fue planteada, podría contemplarse en el concepto propio de terrorismo por su amplitud como delito y fenómeno. Así, se encontraría una limitación ya existente en el plazo normativo como en la experiencia nacional, aspecto que pasaremos a desarrollar.

[10] El terrorismo como un delito es perseguido de forma internacional como nacional; en el primer ámbito, como se recoge de la Convención Interamericana contra el Terrorismo del año 2022, no se ha definido al terrorismo como tal, sino a aquellas acciones provenientes de este fenómeno que son comprendidas mediante múltiples instrumentos internacionales indicadas en el artículo 2 del citado convenio[12]. Por su parte, a nivel nacional no se cuenta regulado en el Código penal peruano[13] (CP de ahora en adelante), sino en el decreto ley n.º 25475[14], destacando los elementos

---

[8] El estudio realizado por OIM Perú, 2024, p. 8, confronta la idea de que la migración es la única causa de inseguridad, siendo que la concurrencia de delitos producidos por los peruanos supera con creces a la extranjera.

[9] MINTER, 2018, p. 24.

[10] Nota informativa «Ola de extorsiones: "La ciudadanía ya no denuncia pues ha perdido la confianza en las instituciones"» (del 26 de setiembre de 2024).

[11] No se ahondará en este contexto debido a que ya repercute en otros derechos e implicaría un mayor trabajo de contextualización, con diversos actos que pueden resultar desproporcionales al propio Estado de emergencia. Solo para acotar, a la fecha de redacción de este trabajo, la última ampliación a causa de la extorción nacional se dio desde el 16 de junio del 2025, por el plazo de 30 días; asimismo, se programó una movilización en la ciudad de Lima, por parte de gremios de transportistas, para la semana de fiestas patrias (del 27 al 28 de Julio de 2025).

[12] En el artículo 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, suscrita en el 06 de marzo del 2002 y ratificada por el Estado peruano, nos habla de varias acciones establecidas en instrumentos internacionales que se entienden por "delitos", entre ellas podemos encontrar: apoderamiento ilícito de aeronaves (1970), contra la seguridad de aviación civil (1971), delitos contra personas internacionalmente protegidas (1973), toma de rehenes (1980), actos ilícitos contra la seguridad de navegación marítima (1988), atentados cometidos con bombas (1997), de la financiación del terrorismo (1999), entre otros.

[13] Existió un capítulo referido al delito, pero fue derogado por el decreto ley n.º 25475. En la actualidad, solo se reconoce en el CP al delito de apología al terrorismo (artículo 316-A).

[14] Artículo 2. "El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos,

normativos como "(…) estado de zozobra, alarma o temor en la población (…)" y "(…) grave perturbación a la tranquilidad pública o afectación de las relaciones internacionales o a la seguridad de la sociedad o de cualquier Estado (…)". Partiendo de una comparativa entre el ámbito internacional y nacional, es notorio que existen múltiples acciones que pueden constituir un acto de terrorismo, por lo tanto, el legislador peruano ha adoptado elementos normativos amplios al entender que este delito afectaran tanto a bienes jurídicos individuales como colectivos. También, es notorio que se dejaron rezagos de aquellos hechos relevantes en el desarrollo de este fenómeno en el ámbito histórico del Perú, así como, se ha dejado la puerta abierta a los actos ilícitos que podrían suceder a futuro[15] y pueden constituir el delito de terrorismo.

[11] Para CORCOY el bien jurídico del delito de terrorismo devendría en la paz y seguridad pública en conjunto a los otros bienes jurídicos afectados de forma particular[16]; así mismo, no contempla de forma obligatoria la pertenencia a un grupo complejo como tal, siendo posible cometerlo de forma particular siempre y cuando se persiga el fin de crear un ambiente de terror en la población, se use dicha alarma social con fines políticos u otros afín[17]. Por su parte, CANCIO (2016) otorga un acervo a esta cuestión explicando que el terrorismo tendría "tres elementos esenciales: elemento colectivo, intimidación masiva y proyección política (…)"[18]. Retomando la cuestión típica, este sería un delito de resultado, pluriofensivo y de efectos permanentes en el tiempo, ya que un acto aislado no podrá constituir este hecho, requiriendo un impacto que debe ser social y contemplar una agresión a niveles internos de la propia paz en la nación. Si bien la norma de terrorismo determina varios elementos descriptivos y normativos, su exteriorización debe considerar elemento subjetivo trascendente, como lo definió en su momento el recurso de nulidad n.º 3048-2004 Lima, "la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente"[19]; esta jurisprudencia apunta más lejos al increpar que este elemento subjetivo constituiría el bien jurídico, pero se debe considerar que este elemento subjetivo resulta restrictivo con los fines nacionales e internacionales del delito de terrorismo.

[12] Históricamente, en el Perú existió un boom de la época del terrorismo desde la década de los 80' hasta el nuevo milenio. En dicho contexto ocurrieron diversos atentados terroristas[20], entre ellos, un ataque terrorista mediante el estallido de una bomba contra el congresista Fernando Olivera en 1990; o, cuando dinamitaron una central hidroeléctrica de Ayacucho en el año 1985; entre otros que se expresan como atentados contra la vida, la libertad y otros derechos. Es notorio

---

materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad o de cualquier Estado".

[15] Artículo 2 del decreto ley n.º 25475: " (…) realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación (…)"

[16] CORCOY, 2019, p. 851.

[17] Como menciona HAVERKAMP, 2011, p. 96: "Terrorismus ist eine Strategie (trans)nationaler Gruppen, um politische Ziele durchzusetzen (…), indem durch Gewalt gegen Zivilisten in der medial informierten Öffentlichkeit sowohl Angst und Schrecken als auch Sympathien und Unterstützung in der Bevölkerung erzeugt werden sollen." (p. 96). En esta cita, refiere a la finalidad de no solo causar temor o pánico, sino de obtener simpatía y acervo de la población civil ante los actos terroristas, elemento que podría pasar a constituir parte del fenómeno del terrorismo en el ámbito peruano, y, realizando la imputación correspondiente, encajar en el tipo penal de este delito.

[18] CANCIO et al., p. 37.

[19] SALA PENAL PERMANENTE, Recurso de Nulidad n.º 3048-2004 Lima, fundamento noveno.

[20] Estos atentados han sido recogidos por el Centro de documentación e investigación del Ministerio de Cultura del Perú.

que el uso de las bombas y demás actos terroristas perseguían un fin de inculcar el terror en la sociedad y un cambio político del Estado, ello como puente para atacar la propia seguridad nacional. De hecho, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) ha estimado que existió un saldo de 31 331 víctimas fatales durante el conflicto, siendo en su mayoría, víctimas de los grupos terroristas (cerca del 46%)[21], pero sin olvidar también a las víctimas por el uso irregular de la fuerza policial y militar.

[13] A la actualidad, en nuestro país se desarrolló la Política Nacional Multisectorial de Lucha contra el Terrorismo[22], la cual, determina que los actos terroristas producto de los rezagos de décadas pasadas han sido reducidos en un 50%. Aparte de este dato ciertamente alentador, también explica que aún existen actos terroristas[23], los cuales se pueden determinar bajo ciertas acciones como asaltos, ataques a los miembros de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, el uso de coches bomba, sabotajes, hostigamiento, secuestros, asesinatos, etc. Es innegable que el terrorismo a nivel peruano se desarrolla de una forma distinta a la europea, pero mantiene ciertos elementos de alarma social que resultan en ecos de una época que pareciera ya superada en nuestro país, pero con ciertos remanentes tanto facticos como jurídicos.

[14] Dejando de lado los contextos desarrollados, pasaremos a la explicación del acto que conlleva a la situación límite analizada en este trabajo. La premisa es limitar el ámbito de los atentados contra la vida, integridad física y bienes jurídicos indispensables para la persona, por lo cual, se van a considerar dos cuestiones: el caso de las ticking boms; y el caso de tratos inhumanos como el acontecido en Frankfurt[24], conocido como *Gäfgen vs. Alemania*, que contempla como causa el secuestro con puesta en peligro de la vida, y consecuente muerte de un menor.

[15] El primer caso versa sobre el uso de bombas de relojería o bombas de tiempo, GARCÍA menciona que este tema ha sido materia de diversas discusiones teóricas y morales en relación a la aplicación de la tortura en contra del sujeto que conoce la ubicación o tiene información para desactivar la bomba[25]; respecto a este debate refiere que el tema surgió en Estados Unidos (EEUU), mucho antes del incidente del 09/11[26]. Por lo tanto, como alega GRECO, se puede clasificar a este tema como un clásico para entender la prohibición o excepción de la tortura[27].

[16] Con el fin de determinar límites, mediante el análisis de LLOBET se entiende que es necesaria una explicación concreta de qué requisitos requiere el ejemplo de los *ticking boms* para que sean

---

[21] COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN (CVR), 2003, anexo 2, p. 5.

[22] MINTER, 2020. Política Nacional Multisectorial de Lucha contra el Terrorismo 2019-2023. Dirección general contra el Crimen Organizado.

[23] Como puede verse en el análisis de PRADO, 2019, pp. 457-459: la evolución moderna del terrorismo tuvo un punto aparte después del atentado del 11 de setiembre a las torres gemelas, ya no se habla de un terrorismo enfocado regionalmente, sino de uno global, que se ha expresado desde el empleo de tecnologías modernas derivadas al ciberterrorismo, como los estudios del financiamiento a estas actividades ideológicas a partir de la prevención y persecución del lavado de activos y del tráfico de drogas a nivel internacional.

[24] Citada por ROXIN, *Delito*.

[25] GARCÍA, 2016, p. 44.

[26] El incidente estadounidense de las torres gemelas, un atentado terrorista que dio origen a múltiples debates sobre la seguridad y terrorismo; también dio impulso a la postura del Derecho penal del enemigo propugnado por Günther JAKOBS.

[27] GRECO, 2007, pp. 4-5.

plausibles de ser justificadas por la legítima defensa de terceros[28]; así, es necesario concordarlo con los requisitos establecidos por la norma[29], a forma de ejemplo preliminar:

- un agresor que produce una agresión ilícita, real y actual – el terrorista que coloca una bomba que pone en peligro una o un grupo de personas, o que secuestra a una persona para ciertos fines;
- la necesidad racional de la acción defensiva – que la tortura se mantenga en equivalencia con la situación límite que se desarrolla, y que sea dirigida contra la persona que creo dicha situación;
- La falta de provocación de parte del agredido – al ser un ataque injustificado, no cabría revisar este elemento

[17] La necesidad de exactitud en este caso da lugar a opiniones como las de GARCÍA[30] y LLOBET[31], para quienes este supuesto es ciertamente hipotético y muy específico, en cuanto contemplan supuestos como la temporalidad antes de la explosión de la bomba, la ubicación del material peligroso, y la certeza de entender quién es el sujeto que dispuso o conoce información relacionada con ese aparato; en sí, se recalca su clara naturaleza teórica, pero de vulneración a la dignidad humana en el caso de usar la tortura.

[18] Tomando elementos de esa postura, ROTH indica que "El escenario de la bomba de relojería contribuye a una fantástica discusión filosófica, pero raramente se produce en la vida real —al menos no de una manera en la que no se abra la puerta a la predominancia de la tortura (…) El terreno es muy resbaladizo"[32], denotando aún más el claro debate de la colisión entre el caso de las ticking boms y la tortura, que será tema de análisis más adelante.

[19] El segundo caso es referido a un hecho ocurrido en Frankfurt[33], en el cual, el director adjunto de la policía, Wolfgang Daschner, había usado medios como amenazas y maltrato físico contra el secuestrador a fin de conseguir la ubicación de un menor de 11 años secuestrado; si bien consiguió la ubicación, el menor ya había fallecido. Este caso creo un revuelo jurídico en Alemania, aparte de los intentos de declarar la nulidad del proceso, el secuestrador fue declarado como víctima de tratos inhumanos a la luz del artículo 3 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales. Así, el acto de agresión y maltrato contra el secuestrador fue sancionado mediante una multa a los policías que emplearon los tratos degradantes y, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una multa leve impuesta al Estado alemán y una alerta sobre esta clase de casos.

[20] El caso *Gäfgen vs. Alemania* es, quizá, único en su naturaleza, ya que contempla un hecho ilícito como el secuestro de un menor de edad en conjunto a otro hecho ilícito como el uso de tratos inhumanos a fin de salvar a la víctima. También, donde el secuestrador, luego de obtener el dinero que pedía para revelar la ubicación de la víctima, fue capturado por la policía; acto seguido, se negó a revelar la ubicación del menor, hasta que fue sometido al maltrato de los policías,

---

[28] LLOBET, 2010, p. 28.

[29] Normativamente existe un párrafo en el artículo 20.3 del CP, pero no se considerará al ser redundante y estar referido a la protección de un lugar por parte de particulares.

[30] GARCÍA, 2016, p. 46.

[31] LLOBET, 2010, pp. 31-32.

[32] ROTH, 2005, p. 13.

[33] Para mayor información: Caso *Gäfgen vs. Alemania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (01 de junio de 2010).

indicando el lugar mientras era obligado a caminar descalzo luego de mencionar que su víctima ya había fallecido mucho antes del supuesto secuestro. Aquí podemos observar la idea de las situaciones límite, donde, tomando al atacante de los bienes jurídicos importantes de la víctima, e identificando concretamente al agresor, se hizo un uso desmedido de la fuerza policial a fin de intentar salvar a la víctima, que, en su compresión, ya llevaba dos días secuestrado en un ambiente perjudicial para un menor de edad.

## II. ¿La tortura como repuesta a los atentados contra bienes jurídicos esenciales?

[21] Tanto en el plano cultural como en el histórico, en el estado común de derecho se han desarrollado un sin fin de posturas y políticas para evitar el incremento en la inseguridad ciudadana. El propio derecho penal, a través de la determinación de los fines de la pena, en especial, de la prevención, desarrolló ese ámbito, aunque haya sido superado por las teorías electivas o de la unión[34], o el ejemplo histórico de la criminología y las políticas criminales como lo puede exponer WACQUANT desde la óptica de la tolerancia cero o los intentos sociales de educación juvenil[35].

[22] Por su parte, en referencia al terrorismo de los años de 1980 al 2000, han existido múltiples intentos de confrontación, a nivel peruano, teniendo a la cabeza a presidentes como Belaunde, GARCÍA y Fujimori, con especial incidencia de este último, fueron los militares quienes ejecutaron los actos en contra de los terroristas nacionales[36]. Producto de esta política agresiva, como indica HURTADO la comisión de la verdad y la reconciliación señalo que esta entrega produjo múltiples atropellos de derechos humanos por no contar con medidas preventivas para evitarlas[37]. Entre estos actos podemos observar la tortura, el homicidio y la desaparición forzada, entre otros.

[23] A nivel internacional también existió una fuerte confrontación contra el terrorismo, desde regulaciones internacionales, hasta políticas controvertidas; estas actividades tuvieron más repercusión mediante el incidente del 11 de septiembre del 2001, el cual JARQUE resume mediante el " (…) impacto de dos aviones contra el *World Trade Center* de Nueva York — centro financiero de Estados Unidos —. Un mes más tarde el presidente norteamericano George W. BUSH anunciaba el ataque contra Afganistán como respuesta a la agresión"[38]. De las políticas que usualmente se mencionan son el derribo de aviones[39], la legítima defensa preventiva[40] y el uso de la tortura o tratos denigrantes con el fin de obtener información.

---

[34] MIR, 2016, p. 96.

[35] WACQUANT, 2004, pp. 35-40.

[36] AKOS, 2011, pp. 7-9.

[37] HURTADO, 2006, p. 56.

[38] JARQUE, 2005, p. 23.

[39] Debido a que el incidente se originó mediante el secuestro y uso de aviones con fines terroristas, se volvió un debate el derribo de aviones en estas condiciones, en EE.UU. mediante el uso de políticas, o en otros países como Alemania con la La Ley de Seguridad Aérea alemana (2005), que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal el 15 de febrero del 2006.

[40] Como menciona LLOBET, 2010, p. 29, usando como referencia a LUBAN (2005): Con base en la legítima defensa (de terceros) concluye que ésta es aplicable a quien tortura para prevenir futuros ataques terroristas, puesto que actúa para proteger a otros. (…) la legítima defensa presupone un ataque, y en los supuestos de defensa preventiva el torturado no está agrediendo a nadie."

[24] Una intersección ente la experiencia nacional e internacional en la confrontación directa a aquellos contextos y actos que denominamos situaciones límite, resulta en aquellos hechos ilícitos denominados como tortura[41]. Para darle un desarrollo concreto, abatir de ahora ahondaremos sobre su trato internacional y luego, el nacional.

[25] El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en su artículo 3 menciona que "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"; mientras que La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 ha descrito a la tortura como suele ser entendida[42], una afectación al instituto de persona, dada por un funcionario público, a un individuo, con el fin de obtener algo de él.

[26] De forma más concreta y amplia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional determina a la tortura mediante el literal e) del del numeral 2, del artículo 7, "(…) se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control". Mientras que, a nivel latino americano, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 2, prescribe a la tortura como "(…) todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin (…)."

[27] En base a la normativa señalada, han existido pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que le otorgan ciertas características a la tortura. El caso Selmouni vs. Francia (del 28 de julio de 1999) interpreta este delito como uno que requiere de un mínimo de gravedad y la duración de los tratos crueles, a fin de que se determine la tortura. Por su parte, el caso de *Irlanda vs. Reino Unido* (18 de enero de 1978), en el contexto de que los agentes de Reino Unido en Irlanda usaban cinco métodos de interrogatorio crueles, explica que la tortura es una forma grabada de los tratos crueles e inhumanos. El caso *Gäfgen vs. Alemania* (03 de julio de 2010), explica que la tortura "no contempla ninguna excepción, ningún factor justificativo y ninguna puesta en equilibrio de intereses, sean cuales fueren los actos de la persona en cuestión y la naturaleza del delito que pudiera serle imputado."[43]; se explica este criterio, en cuanto se vulnera a la dignidad humana del sujeto sometido a tortura, pese a ser un valor absoluto de la persona.

[28] Ya en un plano regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene pronunciamientos sobre el tema de la tortura a nivel del Perú: el caso *Baldeón-García vs. Perú* (06 de abril del 2006), bajo una infracción al artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1978, determina la existencia de tortura en contra del señor Baldeón García en el caso de una ejecución extrajudicial, lo que permite entender que, siempre y cuando sea un funcionario público, no es necesaria la concurrencia de un proceso judicial para la calificación de la tortura; asimismo, en el caso Loayza-Tamayo vs. Perú (17 de setiembre de 1997), en su

[41] Debido a que la distinción entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes suele darse por una situación intensidad, ya que, como veremos en esta investigación, ambos vulneran a la dignidad humana, habrá partes donde se contemplen ambos supuestos, pero el enfoque principal será la tortura.

[42] Artículo 1: "(…) todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia."

[43] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Gäfgen vs. Alemania* (03 de julio de 2010), fundamento 107, p. 31.

fundamento 57., la corte tomo como suyos los argumentos de que los tratos crueles e inhumanos, en conjunto a la tortura, resultan en una grave afectación a la dignidad humana y, a la integridad física y psicológica.

[29] A nivel peruano, nuestra Constitución Política del Perú expresa, mediante el literal h, numeral 24 del artículo 2, la proscripción absoluta de la tortura, al disponer que "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes". En el plano penal, el delito de tortura, se encuentra tipificado artículo 321[44] del CP, en el capítulo de delitos contra la humanidad; conforme lo señala el recurso de nulidad n.º 1123-2015 Lima en su fundamento noveno, el tipo penal contiene tres supuestos constituyentes: el elemento material que serían las acciones de tortura, que el sujeto activo sea representante del Estado, y un elemento teleológico. Para complementar tales requisitos, el recurso de nulidad n.º 1252-2011 Cusco, establece las finalidades del delito de tortura, mientras que, en su fundamento quinto menciona "(…) a presencia de cuatro hipótesis como finalidad de ella: [I] obtener una confesión, [I] obtener información, [III] castigar a la víctima por un hecho que ha cometido, e [IV] intimidarla o coaccionarla. (…)"[45]; estos objetivos son determinantes para dicho ilícito.

[30] Del análisis normativo, nos importa entender que el sujeto activo solo será un funcionario o servidor público (la actuación del particular merece su propio apartado); que se persigue la obtención de información mediante el uso de medios lesivos contra la persona. Este delito también fue parte de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el expediente 1456-2018-PHC/TC, en el cual, hace referencia a la afectación a la dignidad humana[46], así como de la distinción ente tortura y trato inhumano, la cual, según su fundamento 6, radica en la agravación de los intensos sufrimientos y daños corporales.

[31] Finalmente, PEÑA (2018) ha precisado lo que podría entenderse como tres posturas para la determinación del bien jurídico protegido del delito de tortura: de la dignidad humana; como delito pluriofensivo respecto a la integridad moral, la dignidad, las garantías judiciales, entre otros; y desde la doctrina española, la integridad moral o personalidad jurídica como un valor de la persona[47]. De esta forma, podemos entender que, siendo la naturaleza del delito de tortura, es un concepto que trae consigo el peso del propio ordenamiento jurídico, ya que comprende desde la defensa del núcleo del ser humano, hasta el propio control del Estado sobre el uso de la fuerza pública y al derecho de castigar.

[32] Debido a esa carga jurídica que trae consigo el cometimiento del delito de tortura, la mayoría de la doctrina alega que no es posible justificarla. No obstante, surge la cuestión acerca de la

---

[44] "Artículo 321: El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, (…)".

[45] SALA PENAL TRANSITORIA, Recurso de Nulidad n.º 1252-2011 Cusco (13 de enero de 2012).

[46] En el expediente n.º 02101-2011-PA/TC Puno, el Tribunal Constitucional del Perú ha tomado la definición de dignidad humana de la STC n.º 10087-2005-PA, indicando que: (…) **la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional** portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. **Pero la dignidad también es un *dínamo* de los derechos fundamentales**; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuente* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo **defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares**, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos (…).

[47] PEÑA ALONSO, 2018, pp. 661-662.

posibilidad de alguna forma de limitar la responsabilidad del delito en la categoría de la culpabilidad, a nivel del derecho penal peruano.

# III. Agotando la discusión sobre la justificación de la tortura

## A. Antijuridicidad

[33] En el ámbito del derecho penal peruano, se tiene como claro modelo a la teoría del delito de fuente alemana, la cual tiene categorías como lo son: la tipicidad, antijuridicidad penal y la culpabilidad penal. Específicamente, la antijuridicidad, como lo explican JESCHECH y WEIGEND, se entiende desde un ámbito formal y material, que, en conjunto, deriva a que una conducta será antijurídica si va en contra de todo el ordenamiento jurídico mediante la producción del daño al bien jurídico penalmente protegido[48]. De esto último, se debe entender que se suscitaran como causas de justificación aquellas normas permisibles que se encuentren reguladas a nivel nacional, incluyendo criterios internacionales que se adopten en el Perú.

[34] Ante ello, es necesario dar una revisada rápida sobre las causas de justificación a nivel penal que tiene incidencia en los actos que se describieron como situaciones límite, para entender si pudieran tener cabida en la justificación de la tortura.

## B. De las causas de justificación

[35] La **legítima defensa**: se encuentra regulada en el artículo 20.3 del CP, es mencionada como la defensa propia o de terceros. MAQUEDA y LAURENZO explican que existe un doble fundamento de esta causa de justificación, basada en la defensa de los bienes jurídicos y la necesidad de defender el ordenamiento jurídico[49]; estos fundamentos permiten delimitar de cierta forma la actuación de las personas defendidas. Por su parte, PALERMO alude que, en el sistema de la legítima defensa, se debe considerar a la propia actuación del agresor, a partir del principio de autorresponsabilidad, siendo que el mismo no carece de calidad de persona[50], o en otras palabras, no pierde en si el sentido de persona a nivel jurídico, y por lo mismo, no tiene que cargar o tolerar una defensa que se aleje de la peligrosidad de sus agresiones antijuridicas, ya que sería desmerecer la propia naturaleza de esta causa de justificación.

[36] La postura general del doble fundamento de la legítima defensa y la consideración del agresor no son criterios opuestos, sino que se complementan debido a que la legítima defensa deviene de un acto donde coexiste tanto el agresor como el agredido/defensor; de esta forma, se tienen criterios de la propia defensa, como del nivel de tolerancia del agresor en respuesta a su acto ilícito.

[37] A partir de lo descrito, y de la propia normatividad peruana, podemos extraer tres requisitos generales para esta causa de justificación:

[48] JESCHECH / WEIGEND, 2014, pp. 345-346.

[49] MAQUEDA / LAURENZO, 2011, p. 129.

[50] PALERMO, 2007, p. 357.

- Agresión actual, ilegítima y real[51]: Esta agresión no debe ser amparada por el Derecho, tendente a la lesión o peligro de bienes vitales ajenos pudiendo incluir en el baremo de dichos bienes jurídicos a la vida, el cuerpo, la libertad, entre otros plausibles de protección jurídico penal. Sobre la actualidad, se suele desarrollar a partir del criterio de la inminencia y de la ejecución del acto, siendo un ámbito temporal muy reducido, no contemplando la anticipación ni la persecución posterior en son de castigo o venganza. Sobre la realidad, el hecho ilícito debe ser real, plausible de ser constatado *ex post* y por criterios objetivos, no imaginario; ello no excluye la posibilidad de que concurra un supuesto de error como lo prescribe el artículo 14º del CP.
- Necesidad racional de medio defensivo: Conforme lo establece MIR, existen dos perspectivas, desde el ataque (siendo que, a mayor sea la intensidad, violencia, duración, entre otros, mayor será la autorización de defensa) y desde la defensa (si la acción es para defenderse a sí mismo o a un tercero, si quería herir al agresor, o si solo rechaza la agresión)[52]. De esta forma, el medio defensivo deberá estar regido tanto a la agresión, como a la búsqueda de defensa de los bienes jurídico del agredido, no siendo solo la valoración de la proporcionalidad, sino de varios elementos concurrentes en el acto.
- Falta de provocación suficiente: si el agredido instiga la realización de la agresión, no podrá invocarse la actuación bajo la legítima defensa.

[38] Estos serían los puntos generales de la legítima defensa perfecta, no obstante, existen supuestos que superan estos límites, como la legítima defensa imperfecta, o el exceso en la legítima defensa que serán analizados en su respectivo acápite.

[39] **El estado de necesidad justificante**[53]: ubicado en el artículo 20.4 del CP, GARCÍA explica que se trataría de un "estado de necesidad donde se preserva un bien jurídico predominante al dañado"[54]. De esta forma, para su aplicación, el bien jurídico defendido debe ser mejor valorado que aquel menoscabado, excluyendo la antijuricidad debido a ese acto ante aquellos bienes indispensables del ser humano.

[40] **El cumplimiento de una obligación, deber o derecho**[55]: este lo podemos ubicar en el artículo 20.8 del CP, y se tratara de normas permisibles ante supuestos establecidos taxativamente en la norma; en la misma lista podríamos añadir al artículo 20.9 de la obediencia debida, ya que, para ambos supuestos, es necesario que el sujeto entienda que su actuación es correcta ante la ley.

---

[51] Con la última modificatoria legal de la legítima defensa, a partir de la ley n.º 32026, se añadieron los criterios de actualidad y realidad de la agresión, los cuales ya eran discutidos desde el ámbito doctrinal como jurisprudencial; no obstante, se advierte que esta modificatoria solo sirvió para esclarecer tales requisitos y limitar posibles interpretaciones extensivas (sean favorables o no al reo).

[52] MIR, 2016, p. 453. Incluso, de estas perspectivas se disgregan las formas excesiva de la legítima defensa, pero ese tema aun no entra a discusión.

[53] "4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro".

[54] GARCÍA, 2019, p. 630.

[55] "8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

[41] Tomando en consideración sus premisas básicas, ahora se pasará a los argumentos por los cuales no se podría usar estas causas de justificación del derecho penal peruano para justificar el delito de tortura:

- **La legítima defensa** tiene un doble fundamento, la individual (protección de bienes jurídicos) y supra individual (defensa del orden jurídico); en su momento se hizo referencia de una subordinación del segundo fundamento, el cual, indudablemente debe estar sujeto al respeto de la dignidad humana[56]. Este aspecto ha sido evaluado en Alemania, siendo que, BALDO, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alude a que la dignidad humana es absoluta y no admite excepciones[57]. En ese sentido, y, considerando que, bajo ciertos supuestos, tanto normativa como jurisprudencialmente se admiten excepciones al bien jurídico vida, pero no a la dignidad humana como valor de la persona, por ser, en palabras de BARAK "un derecho macro"[58], en conjunto con un principio rector del ordenamiento jurídico. Sin embargo, aún queda analizar si es posible aplicar la legitima defensa imperfecta desde el criterio del exceso, siendo necesario acudir a la categoría extrajurídica, de la culpabilidad, ya que no se podría aplicar la legítima defensa perfecta por la vulneración al objeto de defensa expresado desde la necesidad de defensa.
- Sobre el estado de necesidad justificante, no podría ser usado para sustentar la justificación del delito de tortura, en cuanto requiere de un bien jurídico predominante, existiendo un choque entre la dignidad humana y la vida, libertad o integridad de las personas afectadas en las situaciones límite.
- Del cumplimiento de una obligación, deber o derecho; y de la obediencia debida. Sobre el primero, a nivel normativo no existe una regulación que permita el uso de la tortura por implicar una afectación al propio ordenamiento jurídico y el papel garantista del Estado; respecto del segundo, hay igualmente ausencia de alguna norma que otorgue permisibilidad, ya que el recurso de casación n.º 1131-2018 Puno, en su fundamento decimocuarto, tiene como requisito que "(…) **La orden debe estar revestida de formalidades legales:** debe reunir todos los requisitos que señalan la ley o reglamentos desde un punto de vista formal (…)".[59]

## C. Algunas opiniones en contra de la justificación de la tortura

[42] Las críticas son vastas, siendo concretos, se dividen desde el trato humanitario a las personas al no usarlos como meras fuentes de información desde la perspectiva del utilitarismo[60], hasta el debate desde el rubro de la moralidad ante la práctica de la tortura.

---

[56] Está contenida en el artículo 1 de la Constitución política del Perú, marcando un fin propio del ordenamiento jurídico, BARAK, 2024, p. 153. La dignidad humana como valor y derecho constitucional. Palestra; explica que el fin del respeto a la dignidad humana resulta en "(…) la humanidad de una persona en tanto que ser humano; es la protección de la humanidad de una persona."

[57] BALDO, 2016, p. XXV.

[58] BARAK, 2024, pp. 185-186. También las denomina como derecho matriz, ya que "(…) se basa en la generalidad y tiene un rango abierto de aplicación. (…) no se centran en un tipo particular de acto, ni protegen una conducta humana particular."

[59] SALA PENAL TRANSITORIA, Recurso de Casación n.º 1131-2018 Puno (05 de diciembre del 2019), fundamento décimo cuarto, p. 14.

[60] AMBOS, 2010, pp. 504-520, el cual, mediante una crítica a la obra de BECCARIA, critica el hecho de usar la tortura con fines utilitaristas. GRECO, 2007. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs.

[43] En primer lugar, debemos considerar lo que dice FERNÁNDEZ sobre el contenido de la antijuridicidad como categoría de la teoría del delito "(…) la causa de justificación no "excepciona" la regla de la prohibición típica, pues esta no es regla sino excepción, sino que recorta su ámbito y por eso no deja el hecho justificado con el signo de "prohibido en principio" sino que le confiere el sentido inexorable de permitido de principio a fin (…)"[61]. Esto deriva en que, de existir alguna causa de justificación de la tortura, automáticamente convertiría a este delito en permitido ante la ley, lo cual acarrea un mayor peligro de lo que podría aportar.

[44] Como lo establece GARCÍA, la prohibición de la tortura es necesaria para evitar un uso desmedido de la misma como herramienta en la lucha contra el crimen[62]; GRECO también añade a esta idea que no debería darse un supuesto de excepción a la norma, ya que implicaría dotar de sentido legal al uso de la tortura y la vulneración a la dignidad del hombre[63]. Ambas ideas apoyan la prohibición legal de la tortura; en esa línea, AMBOS menciona, desde una crítica al posible abuso por parte de las personas con poder ante los débiles que ya se daba desde Becaria, implicando que se trabaja de un aspecto controvertido desde el siglo XVIII[64].

[45] Incluso, de ser posible que se mantenga como una excepción y no como una regla permitida jurídicamente, LUBAN ya advertía que, desde la aplicación de la tortura en el estado de Abu Ghraib, "Los memorandos ilustran la facilidad con la que los argumentos que pretenden que la tortura puede existir en la sociedad liberal, pero sólo como excepción, conducen rápidamente a erigir una cultura de la tortura, una red de instituciones y prácticas que regularizan la excepción y la convierten en procedimiento operativo estándar."[65] por lo cual, carece de sentido darle cualquier tipo de justificación a la tortura.

# IV. Si no es justificable, ¿Es exculpante, reprochable?

## A. La culpabilidad

[46] La categoría de la culpabilidad en la teoría del delito tiene un fundamento y composición distinta a las otras categorías, en cuanto sus elementos negativos tratan sobre la persona en sí y no del hecho, para con ello analizar si es posible exculpar a la persona del ilícito penal. Piña (2008) alude a que la determinación de la culpabilidad se suscita cuando una persona actúa excediendo las expectativas que se tiene sobre ella y su libertad, pero dicha conducta fue ocasionada por la misma sociedad[66]; ello implicaría que la sociedad no puede atribuir responsabilidad. En coherencia al anterior argumento, SILVA explica que, siguiendo la línea de que el carácter de la persona y el desarrollo de su vida tienen relevancia en su responsabilidad penal, las mismas "(…) deben ser

[61] FERNÁNDEZ, 2012, p. 59.

[62] GARCÍA, 2016, p. 52.

[63] GRECO, 2007, p. 22.

[64] En idioma original: AMBOS, 2010, pp. 504-520: "Die Folter provoziere unwahre Aussagen und privilegiere die Starken und Schuldigen gegenüber den Schwachen und Unschuldigen (Argumente 3, 4, 6), sie führe zur Verfolgung Unschuldiger wegen eventuell erfundener Taten (Argument 9). Beccaria erkennt zwar zugleich die Ungerechtigkeit der Folter mit Blick auf Unschuldsvermutung, Selbstbelastungsverbot und Willensfreiheit an (…)".

[65] LUBAN, 2005, p. 1461. En idioma original: „The memos illustrate the ease with which arguments that pretend that torture can exist in liberal society, but only as an exception, quickly lead to erecting a torture culture, a network of institutions and practices that regularize the exception and make it standard operating procedure".

[66] PIÑA, 2008, pp. 402-403.

determinantes en el juicio moral acerca de sus conductas concretas (…)"[67]. En síntesis, la vida, su condición moral de ser humano y su desarrollo personal son determinantes al momento de interponer un juicio de reproche ante un acto típico y antijurídico.

[47] La culpabilidad tiene causas de exculpación como la inimputabilidad del sujeto, el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable y el exceso en la legítima defensa, entre otros. Pasaremos a desarrollar los últimos tres, al ser aquellos con mayor relación a los actos de tortura.

## B. Estado de necesidad exculpante

[48] El estado de necesidad exculpante, establecido en el artículo 20.5[68] del CP, conforme lo desarrolla ROXIN es una disposición que implica la protección propia o de determinadas personas ante una situación grave, acabando con bienes jurídicos imprescindibles para otra persona (por ejemplo, acabar con la vida de otra persona, pese que no provocó dicho acontecimiento), concurriendo así la negación del derecho en sí mismo, pero que, por determinadas circunstancias, no es reprochado ni determinado como dañoso socialmente[69]. Como tal, es una causa de exculpación con consecuencias severas contra un tercero, pero que carece de responsabilidad penal por la concurrencia de ciertos requisitos.

[49] Si bien el artículo 20.5 del CP no esclarece de forma directa unos requisitos, conforme a su redacción y a lo establecido por la doctrina, ROXIN (2021) desarrolla los siguientes puntos: (*i*) Peligro actual: El peligro afrontado debe ser actual, sin embargo, tiene un rango mayor al de la legítima defensa, ya que no se determina como un grado de inminencia, sino la existencia de peligro o lesión en un amplio rango temporal, incluso admitiendo la prevención; (*ii*) Bienes jurídicos susceptibles: concurre ante bienes jurídicos determinados, como la vida, la libertad, la integridad personal; (*iii*) Circulo privilegiado de personas: la defensa concurre para sí mismo, o para personas en el rango familiar sanguíneo (hasta el 4º grado) y por afinidad (segundo grado); o para un amigo íntimo. (*iv*) La actuación para evitar el peligro: la actuación de los cursos salvadores, según ROXIN será completa cuando exista una voluntad de actuar para evitar el peligro, siendo así, necesario un aspecto subjetivo[70].

[50] Debido a su descripción, podría ser aplicable por ser más amplia que las otras causales de exculpación. La misma afronta dos dificultades que evitan ser la opción viable: en primer lugar, el peligro o lesión no debe haber sido cometido por el sujeto sobre el cual pesa la acción perjudicial [71], en este caso, el estado de necesidad exculpante sería suficiente para evitar la responsabilidad penal del torturador, porque la misma situación límite fue provocada por el torturado, una persona en sus plenas capacidades; en segundo lugar, tiene como límite nuestra legislación nacional, en razón de sus requisitos, que establecen solo la protección personal o de una persona con íntima relación, dejando de lado al grueso de la sociedad. Por este motivo, no sería capaz de sostener un supuesto de exculpación de la tortura en una situación límite.

---

[67] SILVA, 2025, p. 1772.

[68] "5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica."

[69] ROXIN, p. 318.

[70] ROXIN, 2021, p. 332.

[71] GARCÍA, 2019, p. 709.

## C. Miedo insuperable

[51] El miedo insuperable, establecido en el artículo 20.7 del CP[72], no requiere de mucha explicación, siendo este un supuesto anímico de la persona. Ante ello, MIR refiere que este estado de miedo o temor debe ser "insuperable" o, en otras palabras, "(…) cuando no pueda superarse su presión motivadora ni dejarse, por tanto, de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica."[73]; el autor explica que este postulado no bastara para rebasar las criticas ante esta causa de exculpación o de no responsabilidad penal, por lo cual, se requiere evaluar la situación y el miedo que se produzca bajo el baremo del hombre medio[74].

[52] Como tal, no podría ser aplicado para exculpar al delito de tortura, en cuanto debe existir una consecuencia negativa superior al cometimiento del delito, necesitando estar obligado tanto personal como moralmente a cometer el ilícito. En este caso, como se trata de una acción de salvamiento a terceros mediante la tortura, no existiría una consecuencia mayor en su contra de no realizarlo, más allá de la propia culpa de no ejercer dicha acción y dejar afectados a las víctimas.

## D. Exceso en la legitima defensa

[53] El exceso en la legítima defensa, la cual puede suscitarse desde el exceso extensivo, el cual, BALDO explica que implica una ampliación fuera del ámbito temporal común de la legitima defensa[75]; y desde el exceso intensivo, que JIMÉNEZ ha descrito como la superación del umbral de la necesidad de la defensa debido a un criterio subjetivo de la persona[76].

[54] Bajo esa lógica, y que en líneas previas se mencionó la falta a la necesidad de la defensa debido a la confrontación del objeto de defensa con el valor de la dignidad humana dañada contra el torturado, es notorio que nos encontramos en un exceso intensivo de la legítima defensa, ya que el sujeto actúa bajo un supuesto psicológico y permite o atenúa que actos defensivos sean excesivos, como amedrentar la dignidad humana de una persona.

[55] Conforme lo explica WILENMANN, este exceso de la legítima defensa puede ser completamente exculpado debido a la norma penal alemana[77]; pero en nuestro país no se puede establecer lo mismo, ya que no contamos con un supuesto literal que excluya la responsabilidad penal por algún elemento personal. No obstante, GARCÍA explica que, por la concurrencia del miedo o temor insuperable en la concurrencia de la acción defensiva excesiva, se puede aplicar los mismos efectos que estas causas de exculpación[78] (artículo 20.7 del CP).

[56] Así, debido a la vulneración de la dignidad de la persona, según nuestra norma y las regulaciones internacionales, existiría un exceso en la legítima defensa per se. Sin embargo, esta

---

[72] "7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor".

[73] MIR, 2016, p. 624.

[74] Es una forma de atribución, en la cual el Juez deberá evaluar la forma de actuar de una persona con la actuación de una persona promedio, en este caso, si un hombre promedio, similar tanto física como mentalmente, habrían actuado igual ante el supuesto que provoque el miedo en una persona.

[75] BALDO, 2016, p. 444.

[76] JIMÉNEZ, 2007, p. 64. Esta autora, en su tesis acerca del uso del medio como elemento del exceso intensivo en la legítima defensa, relaciona su postura hacia el error por parte del agredido en condiciones que produzcan una equivocación ante una situación de legítima defensa (pp. 194-196). De todas formas, la postura aquí planteada consistiría en un exceso de la legitima defensa por el conocimiento y conciencia de antijuridicidad dado por un contexto miedo insuperable normativizado a favor de un tercero, bajo el contexto de la normativa peruana.

[77] WILENMANN, 2017, p. 439.

[78] GARCÍA, 2019, p. 723.

idea puede sonar controvertida al incluir que el funcionario o servidor público debe actuar motivado por criterios personales mediante el aspecto moral, con la intención de defender un bien jurídico elemental de la persona, un miedo o temor insuperable; esto último pierde peso al entender que el lapso temporal de las situaciones límite no será siempre instantáneo, ya que debe existir un momento para evaluar o realizar el acto de tortura.

[57] De la misma forma, GARCÍA menciona que podría considerarse un supuesto aparte de la evolución normativa del estado de necesidad exculpante, alegando que "(…) no se encuentra ya definido por una situación de anormalidad psicología activada por el instinto de conservación, sino por la preservación de condiciones existenciales del necesitado."[79] De esta forma, se trataría de un estado de necesidad exculpante, con sus requisitos y límites, pero quitando un estado anímico del miedo insuperable por la búsqueda de preservación de un necesitado, en el ejemplo del autor, tratándose de la propia entidad Estatal.

[58] La tortura, como ya se vio, es un hecho típico y antijurídico, condenado por la regulación nacional e internacional; no obstante, en el baremo del reproche social, no debería haber distinciones entre la persona que protege a otra contra una agresión acabando con la vida del agresor, y la persona que tortura al agresor con la finalidad de evitar una lesión de bienes jurídicos esenciales (vida, libertad e integridad). KINDHAUSER explica que la legítima defensa tiene parte de su sustento a partir de la fórmula "el derecho no debe ceder ante el injusto"[80]. Pero dicha formula debe ser limitada por la dignidad de la persona.

[59] Bajo esta lógica, es necesario entender estos puntos: (*i*) Para el representante del Estado existe una confrontación entre el deber de respetar la dignidad humana y el deber de proteger a la persona que actúa conforme a derecho (incluyendo su propia dignidad humana); (*ii*) La legítima defensa como causa de justificación no tiene la capacidad de resolver una cuestión de respeto a la dignidad humana, ya que supera el propio sistema legal; mientras que en el exceso de la legítima defensa, si bien se permite una mayor flexibilidad frente a estos criterios, los mismos deben ser soportados por la base normativa de la legítima defensa.

[60] Por lo cual, la respuesta está en el trato de la legítima defensa en la categoría de la culpabilidad. Esta contempla ese supuesto, donde las condiciones y el desarrollo de la persona, su libertad, y el reproche que se le puede dar por sus motivaciones personales y morales.

[61]Para ello, existiría un exceso en la legítima defensa, pero no sustentado en el desarrollo psicológico del miedo insuperable, sino en la evolución normativa explicada por GARCÍA siendo esta "la preservación de condiciones existenciales del necesitado"[81]. Esto se sustenta en los siguientes puntos:

- La lesión a la dignidad humana es absolutamente antijurídica.
- El terrorista como agresor no solo lesiona a la persona o un grupo de personas, sino a la propia entidad estatal; pese a ello, niega dar cualquier información para preservar los bienes jurídicos puestos en peligro, y ello genera un estado de ansiedad en el funcionario público, el cual actúa motivado por ese aspecto interno subjetivo.

[62] Como menciona PALERMO, "si el agresor no cumple con su deber de detener la agresión, el agredido ejerce su derecho subjetivo retirando él mismo el ataque que debería haber retirado el

[79] GARCÍA, 2019, p. 723.

[80] KINDHAUSER, 2013, p. 66

[81] GARCÍA, 2019, p. 713.

agresor."[82] En el caso de terceros, se deberá asumir ese derecho a fin de defender al agredido. Así mismo, PAWLIK refiere al exceso de la legítima defensa que "Su falla en una situación de conflicto extremo no ha de ser necesariamente vista como una desviación del proyecto común de "una paz a través del Derecho"[83]; por lo cual, la figura del exceso permite entrever que es posible exculpar la pena al actuar buscando el cumplimiento del derecho, en este caso, como expectativas para la protección de la persona en el libre desarrollo de su personalidad y de sus derechos fundamentales.

[63] Considerando ello, para esta premisa es viable seguir la línea del fundamento quinto de la sentencia del Tribunal Supremo español n.º 1708/2003, donde menciona que: "El exceso intensivo puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se considera imprescindible para salvar la propia vida. También puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa, sirviendo de cobertura al exceso intensivo, si hubiera elementos para su estimación (…) son dogmáticamente compatibles (…)."[84]. Siendo así, tiene coherencia con los criterios sostenidos tanto por la legítima defensa como causa de justificación, y el contenido de la culpabilidad, pudiendo ser empleado de forma practica en el desarrollo jurisprudencial peruano.

[64] Por lo mismo, en los casos de tortura en situaciones límite, **es aplicable el exceso intensivo de la legítima defensa mediante la inserción del miedo insuperable como criterio subjetivo en un curso salvador propio de las situaciones excepcionales descritas.** Ante ello, cabe acotar que nuestro país no contempla la exculpación total por la causal explicada, sino, determina la posibilidad de reducir la pena aplicable mediante la causal de la legítima defensa imperfecta ubicada en el artículo 21 del CP[85]. De esta forma, si bien el torturador que actúe con un elemento personal y moral salvador, al menos desde la teoría del delito peruana, no podrá eximirse de la responsabilidad penal, pero tendrá una reducción en la pena por el motivo que lo llevó a ejecutar dicho delito.

## Conclusiones

[65] Los contextos de terrorismo e inseguridad social nos permiten entender que el derecho debe acrecentar los límites en el desarrollo del marco jurídico peruano y las respuestas institucionales. Esto ha permitido mantener a la dignidad humana como límite infranqueable, incluso, frente a amenazas extremas, aunque ello puede impedir la tolerancia a discursos que se alejen de ese criterio absoluto. Dentro de ello, la remisión a la tortura, desde cualquier perspectiva, resulta injustificable en un Estado de Derecho coherente en su sistema, más el debate moral de la misma se reapertura con las situaciones límite desarrolladas en este artículo.

[66] La antijuridicidad resulta ser un criterio normativo y doctrinario sólido para rechazar la permisión de la tortura. Sin embargo, el camino de la justificación se ha cerrado debido a que actos

---

[82] PALERMO, 2007, p. 357.

[83] PAWLIK, 2023, p. 408.

[84] TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sentencia n.º 1708/2003 (18 de diciembre de 2003).

[85] "Artículo 21.- Responsabilidad restringida En los casos del artículo 20°, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal (…)".

como la tortura resultan injustificables para el derecho; por ello, la culpabilidad emerge como una categoría capaz de captar matices humanos en situaciones límite, permitiendo atenuar, mas no eliminar la responsabilidad penal, al menos, en el contexto peruano. Esta idea resulta como consecuencia del desarrollo jurídico penal peruano, su norma y aplicación.

[67] Las situaciones límite implican un choque de ideas en la aplicación del Derecho Penal, ya que permiten conflicto entre la práctica común con casos inusuales e incluso teóricos. A lo largo de este análisis, se ha evidenciado que, aunque contextos extremos como el terrorismo y la inseguridad ciudadana aumentan la presión sobre el sistema jurídico, la tortura continúa siendo injustificable desde una perspectiva normativa y ética. Si bien las causales de exculpación, particularmente el exceso intensivo en la legítima defensa, ofrecen un espacio para comprender las motivaciones humanas y morales del torturador en condiciones excepcionales, no puede eximir de responsabilidad penal plena debido a la configuración del derecho penal peruano, ya que sólo permiten una reducción punitiva como reconocimiento mínimo a la tragedia inherente de tales escenarios.

# Bibliografía


AKOS MORRISS Christopher. *La novela y la memoria del conflicto armado de Sendero Luminoso en el* Perú, in: Biblioteca Virtual de la Verdad y Reconciliación (www.verdadyreconciliacionperu.com), 2011, p. « https://www.verdadyreconciliacionperu.com/admin/files/libros/713_digitalizacion.pdf ».

AMBOS Kai (2010). *Cesare Beccaria und die Folter – Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht*, ZStW (Vol. 122/3) 2010, 504 – 520.

BALDO LAVILLA Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Buenos Aires 2016.

BARAK Aharon, *La dignidad humana como valor y derecho constitucional*, Lima 2024.

CANCIO Manuel et al., *Debate: Terrorismo, contraterrorismo y derechos humanos*, 2016 Anuario de Derechos Humanos (Nº 12) 2016, 34 – 52 (cita: CANCIO et al.) « https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/42729/44700 ».

CANTARD Nicolas. *Situaciones de necesidad y comunidad de peligro*, Derecho Penal y Criminología. (Vol. 42, Nº 112) 2022,115 – 168.

CORCOY Mirentxu. *Manual de derecho penal parte especial,* 2ª ed., Valencia 2019.

FERNÁNDEZ Juan, *Derecho Penal Parte General (Vol. 1)*, 2012.

GARCÍA Juan, *¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?*, Revista Nuevo Foro Penal (Vol.12(86)) 2016, 13 – 61. « https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5627153.pdf ».

GARCÍA Percy, *Derecho Penal Parte General,* 3ª ed*.,* Piura 2019.

GRECO Luís, *Las reglas detrás de la excepción: Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*, InDret, (Vol. 4) 2007, 1 – 28. « https://acortar.link/rJS32T ».

HAVERKAMP Rita, Die Prognose von terroristischen Anschlägen: Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnisse und der Versuch zur Entwicklung eines Präventionsmodells. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Vol. 123(1)) 2011, 92 – *109*.

HURTADO Lourdes, *Trazando puentes: Conflicto armado interno, formación militar y la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú*, Informe final del Programa Regional de Becas CLACSO, 2006. « https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20190809043721/hurtado.pdf ».

JARQUE José Manuel, *El País frente a los atentados del 11-S norteamericano: "Acriticismo" y alineamiento discursivo con la postura estadounidense*, Andamios, Vol. 2(3) 2005, 23 – 50.

JESCHECH Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, *Tratado de derecho penal parte* general, 5ª ed., Breña 2014.

JIMÉNEZ Luís, *Principios del Derecho penal, ley y delito*, 2ª *ed*., Buenos Aires 1953.

JIMÉNEZ María, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Granada 2007.

KINDHÄUSER, Urs, *Acerca de la génesis de la fórmula "El derecho no necesita ceder ante el injusto*", in: Pawlik Michael et al. (édit.), *La antijuridicidad en el Derecho penal: Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo 2023, 65 – 89.

LLOBET Mariona, ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? InDret, (Vol. 3) 2010, 1 – 44. « https://indret.com/es-posible-torturar-en-legitima-defensa-de-terceros/ ».

LOVÓN, Marco, et al., *La migración venezolana en el Perú: el discurso de la explotación laboral. Lengua y Sociedad,* Revista de lingüística teórica y aplicada Vol. 20) 2021, 89 – 220. « https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9226150 ».

LUBAN, David, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb,* Georgetown University Law Center 91 Va 2005, 1425-1461. « https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/148 ».

MAQUEDA, María / LAURENZO Patricia, *El derecho penal en casos, parte general: teoría y* práctica, Valencia 2011.

MIR Santiago, D*erecho penal parte general*, 10ª ed, Montevideo / Buenos Aires 2016.

MINTER, *Cifras de la extorsión en el Perú.* Ministerio del Interior, Reporte nº 2, 2018. « https://acortar.link/eHTMhR ».

Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2024). *Migración e incidencia delictiva en el Perú*, in: Perú OIM (www.peru.oim.int), Lima 2024, p. « https://peru.iom.int/sites/g/files/tmzbdl951/files/documents/2024-08/migracion-e-incidencia_01ago.pdf » (cita: OIM, *Migración*).

PALERMO Omar, *La legítima defensa, una revisión normativista*. Barcelona 2007.

PAWLIK Michael, *El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrrorismo moderno,* Madrid 2011. « https://ortegaygasset.edu/wp-content/uploads/2019/05/Circunstancia_Numero_16_Mayo_2008.pdf ».

PAWLIK Michael, *El injusto del ciudadano*, Barcelona 2023.

PEÑA Alonso, *Derecho penal parte especial (IV tomo)*, Lima 2011.

PIÑA Juan, *Rol social y sistema de imputación*, Lima 2008.

PRADO Víctor, *Derecho penal y política criminal: problemas contemporáneos,* Lima 2019.

ROTH Kenneth, *Darfur y Abu Ghraib*, in: Human Rights Watch (www.hrw.org), 2005, p. « https://www.hrw.org/legacy/wr2k5/darfurandabughraibSP/index.htm ».

ROXIN Claus, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, InDret (Vol. 4) 2012, 1 – 25 (cita: ROXIN, *Alemania*).

Roxin Claus, *La teoría del delito en la discusión actual (Tomo II)*, Breña 2021 (cita: ROXIN, *Delito*).

STRATENWETH, Günter, *Derecho penal Parte General I: El hecho punible*, Buenos Aires 2005.

TRINIDAD Steffano, *Ola de extorsiones: "La ciudadanía ya no denuncia pues ha perdido la confianza en las instituciones"*, in: PuntoEdu PUCP (www.puntoedu.pucp.edu.pe), 2024, p. « https://puntoedu.pucp.edu.pe/coyuntura/ola-de-extorsiones-la-ciudadania-ya-no-denuncia-pues-ha-perdido-la-confianza-en-las-instituciones/ ».

VALLARTA José, *La legítima defensa: ¿Es imprecisa la carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma in statu nascendi?*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional VIII (Vol. 8) 2008, 955 – 984.

VERA Juan, *Legítima defensa y elección del medio menos lesivo*, Revista Ius et Praxis (Vol. 25(2)) 2019, 261 – 298.

WACQUANT Loïc, *Las cárceles de la miseria.* Buenos Aires 2004. « https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/03/doctrina40773.pdf ».

WILENMANN Javier, *Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad*, InDret (Vol. 1) 2016, 1 – 55. « https://indret.com/imponderabilidad-de-la-vida-humana-y-situaciones-tragicas-de-necesidad/ ».

WILENMANN Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo 2017.

DPPC
Droit Pénal et Politique Criminelle
Derecho Penal y Política Criminal

# El complejo de al-Muhaysini: sobre la propagación de la propaganda de los propagandistas

## Análisis de las sentencias del Tribunal Federal Suizo relativas a las infracciones de la ley que prohíbe Al-Qaeda/Estado Islámico por parte de los miembros de la junta directiva del Consejo Central Islámico Suizo

Ahmed Ajil

**Proposition de citation:** Ahmed Ajil, El complejo de al-Muhaysini: sobre la propagación de la propaganda de los propagandistas, en: Revista DPPC, 2025, Volumen 1, pp. 115-138.

URL: https://www.dppc.online/es

## Resumen[1]

Este artículo analiza el acto de condena de los miembros de la junta directiva del Consejo Central Islámico Suizo por infracción del antiguo artículo 2, párrafo 1, de la Ley Federal que prohíbe los grupos "Al-Qaeda" y "Estado Islámico" y las organizaciones relacionadas. A través de la producción y promoción de una entrevista con el líder espiritual de la organización siria Jaysh al-Fath (trad. Ejército de la Conquista), así como de un documental, difundieron deliberadamente propaganda a favor de Al-Qaeda. El objetivo de esta contribución es ilustrar de manera concreta el desplazamiento hacia un derecho penal de carácter preventivo que se ha producido en el marco de la lucha contra el terrorismo, con el fortalecimiento de modelos preventivos. Así mismo, se abordan las tensiones derivadas de dicho enfoque, en particular la difícil proximidad entre los actos incriminados y los delitos cometidos por la organización prohibida.



## Résumé

Cet article analyse la condamnation des membres du comité directeur du Conseil Central Islamique Suisse pour violation de l'ancien article 2, alinéa 1, de la Loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique », ainsi que les organisations apparentées. Par la production et la diffusion d'une interview avec le chef spirituel de l'organisation syrienne Jaysh al-Fath (trad. Armée de la Conquête), ainsi que d'un documentaire, ils ont sciemment diffusé de la propagande en faveur d'Al-Qaïda. L'objectif de cette contribution est d'illustrer de manière concrète le glissement vers un droit pénal à visée préventive qui s'est opéré dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, marqué par un renforcement des dispositifs à caractère préventif. Sont également abordées les tensions inhérentes à cette approche, notamment la proximité problématique entre les actes incriminés et les infractions effectivement commises par l'organisation interdite.


[1] Esta contribución es una versión traducida por el equipo editorial de la Revista DPPC, y modificada por el autor, del artículo: Ahmed Ajil, *Der al-Muhaysini-Komplex: Vom Propagieren der Propaganda von Propagandisten*, en: Jusletter, 17 de junio de 2024.

## Abstract

This article examines the conviction of the members of the executive board of the Swiss Central Islamic Council for violating the former Article 2, paragraph 1, of the Federal Act banning the groups “Al-Qaeda” and “Islamic State” as well as related organizations. Through the production and dissemination of an interview with the spiritual leader of the Syrian organization Jaysh al-Fath (translated as Army of Conquest), along with a documentary, they deliberately propagated material in support of Al-Qaeda. The aim of this contribution is to concretely illustrate the shift towards a preventive criminal law that has emerged in the context of counterterrorism efforts, characterized by the strengthening of preventive legal models. The article also addresses the tensions arising from this approach, particularly the problematic proximity between the incriminated acts and the offenses committed by the proscribed organization.

# Sumario

**Introducción** ..... **119**
**I. El derecho penal preventivo en la lucha contra el terrorismo** ..... **119**
**II. El contexto** ..... **121**
**III. El desarrollo del proceso** ..... **123**
**IV. Abdallah al-Muhaysini y el "Jaysh al-Nosra"** ..... **124**
**V. Los videos de propaganda del CCIS** ..... **125**
A. La noción de propaganda ..... 126
B. La entrevista exclusiva ..... 126
C. El documental: al-Fajr as-Sadiq ..... 127
D. La entrevista del CCIS ..... 128
**VI. Los actos punibles de los miembros del consejo administrativo del CCIS** ..... **129**
A. Los actos punibles de MCD 1 ..... 129
B. Los actos punibles de MCD 2 ..... 129
C. Los actos punibles de MCD 3 ..... 130
**VII. Los elementos subjetivos de la infracción** ..... **131**
**VIII. Análisis: ¿Cuándo deja de ser suficiente la proximidad del acto?** ..... **132**
A. La proximidad del acto ..... 132
B. Concepciones estereotipadas de los términos vinculados al mundo arabo-musulmán ..... 134
C. La previsibilidad de la punibilidad ..... 134
D. ¿El derecho penal preventivo contra el terrorismo, a cualquier precio? ..... 135
**Bibliografía** ..... **136**

## Introducción

[1] El 9 de febrero de 2024, mediante sentencias del Tribunal Federal suizo (en lo sucesivo: TF), dos miembros del Comité Directivo del Consejo Central Islámico Suizo (en lo sucesivo: CCIS) fueron condenados de forma definitiva por infracción de la Ley Federal que prohíbe los grupos "Al-Qaeda" (AQ) y "Estado Islámico" (EI) y las organizaciones relacionadas (en lo sucesivo: ley que prohíbe AQ/EI): sentencias n.º 7B_209/2022 contra el miembro n.º 2 (en lo sucesivo: MCD 2) y n.º 7B_210/2022 contra el miembro n.º 3 (en lo sucesivo: MCD 3). Estas condenas marcaron el fin de una larga odisea judicial ante las distintas instancias federales, iniciada más de ocho años antes con la apertura de un procedimiento penal contra tres miembros del comité directivo del CCIS. En el centro del procedimiento se encontraba una entrevista con el teólogo saudí Abdallah al-Muhaysini, implicado en la guerra civil siria, así como un documental sobre diversas facciones rebeldes, en particular la coalición Jaysh al-Fath (también conocida como Ejército de la Conquista). Estos contenidos fueron producidos por otro miembro del comité directivo (en lo sucesivo: MCD 1). A través de la producción, difusión y promoción de estos vídeos, los tres acusados propagaron propaganda en favor de Al-Qaeda, infringiendo así el antiguo artículo 2, párrafo 1, de la ley que prohíbe AQ/EI.

[2] El objetivo de este artículo es examinar cómo el tratamiento penal de los actos pertinentes en este caso ha llevado a una flexibilización de la definición de propaganda, a una atenuación de los requisitos de proximidad fáctica en relación con el art. 2, párr. 1, de la ley que prohíbe AQ/EI, así como a una reevaluación de los criterios que caracterizan a las organizaciones prohibidas.

[3] El análisis a nivel micro permite extraer conclusiones sobre el desplazamiento hacia un umbral precriminal. Esta tendencia, aunque criticada desde hace años en la literatura criminológica, rara vez se descompone y ejemplifica mediante casos concretos.

## I. El derecho penal preventivo en la lucha contra el terrorismo

[4] Desde mediados de la década de 2000, la lucha contra el terrorismo ha generado un nuevo enfoque de la actividad estatal hacia ámbitos donde se supone que tienen lugar procesos de radicalización susceptibles de conducir a actos de violencia terrorista[2]. Este enfoque, influenciado por la ideología del "prevencionismo"[3], se traduce en la práctica por parte de los Estados de instrumentos de diversa índole: medidas preventivas "blandas" que no implican coerción (en Suiza, por ejemplo, las medidas previstas en el Plan de acción nacional para la prevención de la radicalización y del extremismo violento[4]); medidas policiales preventivas adoptadas antes de que se cometa una infracción (como las previstas en Suiza por la Ley Federal de 25 de septiembre de 2020 sobre las medidas policiales de lucha contra el terrorismo, en lo sucesivo LMPT[5]); y medidas

[2] ZEDNER / ANDREW ASHWORTH, p. 429 y ss; SHAMILA, p. 41 y ss; SINGELNSTEIN, p. 95 y ss; ENGELSTÄTTER, p. 181 y ss.

[3] SCHMID et al., p. 602; AGUERRI / JIMÉNEZ-FRANCO, p. 823.

[4] SICHERHEITSVERBUND SCHWEIZ, *Nationaler Aktionsplan*.

[5] Las medidas policiales para la lucha contra el terrorismo (polizeilichen Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus) están en vigor desde el 1 de junio de 2022, conforme a los artículos 23*a* a 23*r* de la Ley Federal sobre Medidas para la Salvaguardia de la Seguridad Interior. Esta base legal fue introducida como parte de la reforma que dio lugar a las llamadas Medidas Policiales contra el Terrorismo (PMT), cuya exposición de motivos y mensaje

administrativas dirigidas contra ciudadanos extranjeros o personas con doble nacionalidad (expulsiones, prohibiciones de entrada al territorio nacional, retirada de la nacionalidad, revocación del derecho de asilo, medidas coercitivas en el ámbito del derecho de extranjería)[6].

[5] También se observa una orientación similar en el ámbito del derecho penal[7]. En Suiza, este fenómeno se manifiesta a través de: la introducción de nuevos instrumentos con una finalidad preventiva, como la ley que prohíbe AQ/EI (en vigor desde el 1 de enero de 2015, derogada el 1 de diciembre 2022[8]) o el art. 260$^{sexies}$ del Código Penal suizo (en vigor desde el 1 de julio de 2021) (en lo sucesivo: CP-CH); la flexibilización de los elementos constitutivos de infracciones existentes ("apoyo", "participación", "organización"), como en el caso del art. 260$^{ter}$ CP-CH[9]; la supresión de ciertos requisitos (por ejemplo, la noción de apoyo a una "actividad delictiva" de una organización terrorista ha sido sustituida por la de apoyo a cualquier "actividad", en el marco de la revisión del art. 260$^{ter}$ CP-CH[10]. Esta anticipación se justifica por la necesidad de « una intervención eficaz contra un potencial de amenaza polifacético y variable en su manifestación » y « una lucha penal eficiente contra las actividades terroristas, tras una penalización relativamente amplia en el ámbito de las actividades propagandísticas[11], exige »[12].

[6] La introducción de la ley que prohíbe AQ/EI estableció una base legal que permite actuar de manera específica y preventiva contra los grupos salafistas-yihadistas[13]. Antes del 1 de enero de 2015, el apoyo a AQ o al EI se perseguía en virtud del art. 260$^{ter}$ CP-CH[14]. La ley que prohíbe AQ/EI, cuya vigencia estaba limitada hasta finales de 2022, fue formalmente sustituida por el art. 74 de la Ley Federal de 25 de septiembre sobre inteligencia (en lo sucesivo: LRens), que prohíbe las organizaciones terroristas[15]. No obstante, los elementos materiales de dicha ley deberían seguir influyendo en la jurisprudencia relativa al nuevo art. 260$^{ter}$ CP-CH (y eventualmente al art. 260$^{sexies}$ CP-CH). A continuación, se transcriben los art. 1 y 2 de la ley que prohíbe AQ/EI:

> **Art. 1 Prohibición**
> Se prohíben los siguientes grupos y organizaciones:
> a. el grupo "Al-Qaeda";
> b. el grupo "Estado Islámico";

---

explicativo pueden consultarse en el Boletín Oficial Federal de 2019, BBl 2019 4751, p 4751. Literatura: LUBISHTANI / MONOD, p. 20 y ss; MOHLER, p. 167; ZUMSTEG, p. 125.

[6] MYTHEN / WALKLATE, p. 1118; ZEDNER, p. 319; Suiza: GIRAUDEL, p. 14 y ss; VON RÜTTE, p. 95.

[7] EMRAH BOZBAYINDIR, p. 29; MANUEL CANCIO, p. 108 y ss.

[8] SR 122, AS 2021 360.

[9] AJIL / LUBISHTANI, p. 38.

[10] BBl 2018 6427.

[11] Este calificativo debe entenderse en un sentido negativo o delictivo, es decir, como la promoción de una ideología terrorista o de una ideología política contraria.

[12] Sentencia del TF 7B_209/2022 del 9 de febrero 2024 c. 5.4.2.

[13] BBl 2014 8939.

[14] Sobre «Al-Qaïda»: ATF 142 IV 175 c. 5.4; sentencia del TF suizo 1A.194/2002 del 15 de Noviembre 2002; ATF 131 II 235, p. 241. Sobre el «Estado Islamico»: sentencia del TF suizo, 6B_1132/2016 del 7 de Marzo 2017 c. 6.1; ATF 142 IV 175 c. 5.8. Diferenciar las organizaciones terroristas de los «legítimos» combatientes de la resistencia: ENGLER, art. 260$^{ter}$ CP nº 7a.

[15] RS 121.

> c. los grupos pantalla, aquellos que emanan del grupo “Al-Qaeda” o del grupo “Estado Islámico” y las organizaciones y grupos cuyos dirigentes, fines y medios son idénticos a los del grupo “Al-Qaeda” o del grupo “Estado Islámico” o que actúan por orden de estos.
>
> **Art. 2 Disposiciones penales**
>
> 1 Quien se asocie en territorio suizo con un grupo u organización mencionados en el art. 1, les proporcione recursos humanos o materiales, organice acciones de propaganda a su favor o a favor de sus objetivos, reclute adeptos o fomente sus actividades de cualquier otra forma, será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con una multa.
>
> 2 También será punible quien cometa la infracción en el extranjero, si es detenido en Suiza y no es extraditado. Se aplican los apartados 4 y 5 del art. 7 del Código Penal.
>
> 3 El enjuiciamiento y la sentencia de los actos mencionados en los apartados 1 y 2 son competencia de la jurisdicción federal.

[7] El art. 2, apartado 1, de la ley que prohíbe AQ/EI ha sido objeto de críticas doctrinales debido a la definición amplia del concepto de “apoyo”[16]. En diversas ocasiones, el Tribunal Federal (en lo sucesivo: TF) ha señalado que esta disposición tiene por objeto proteger la seguridad pública de forma anticipada, antes de la comisión de infracciones. No obstante, la cláusula general “fomente sus actividades de cualquier otra forma” ha sido duramente criticada por su falta de precisión con respecto al principio de legalidad (art. 1 CP-CH, art. 7 CEDH). Para evitar una dilución excesiva entre los comportamientos punibles y los permitidos, es imperativo, en cada caso concreto, establecer una “cierta proximidad fáctica” entre el acto en cuestión y los delitos cometidos por la organización terrorista implicada[17].

## II. El contexto

[8] El Consejo Central Islámico Suizo (CCIS) fue fundado a finales de 2009 en el contexto de la movilización contra la iniciativa que pretendía prohibir la construcción de minaretes en Suiza. Durante varios años, la organización participó de manera activa y pública en contra de leyes e iniciativas que afectaban al islam y a los musulmanes. Según sus estatutos, el objetivo de esta asociación (en el sentido jurídico) es:

- promover activamente proyectos educativos islámicos en Suiza;
- difundir activamente conocimientos sobre el islam en Suiza, con el fin de reducir los prejuicios de la población hacia el Islam;
- constituir una identidad islámica basada en el Corán, la tradición profética auténtica (Sunna) y la jurisprudencia clásica (Fiqh), dentro del marco jurídico de la Confederación Suiza;

[16] EICKER. Sentencia del Tribunal Penal Federal (en los sucesivo: TPF) suizo SK.2020.23 del 20 de julio 2021 c. 5.3.3.

[17] ATF 148 IV 298, c. 7.2; Sentencia del TF suizo 6B_234/2022 del 8 de junio 2023 c. 5.2.3; Sentencia del TF suizo 6B_948/2016 del 22 de Febrero 2017 c. 4.2.

- representar públicamente las posturas jurídicas islámicas en Suiza y en relación con Suiza[18].

[9] El CCIS se considera una "asociación islámica" y se declara "neutral con respecto a la política partidista en Suiza, aunque puede y debe posicionarse sobre temas políticos específicos"[19].

[10] El CCIS ha sido objeto de críticas públicas en varias ocasiones, en particular por haber invitado a predicadores salafistas controvertidos como el Sr. Pierre Vogel, por llevar a cabo acciones de protesta en la Plaza Federal en reacción a caricaturas del profeta Mahoma, por acusaciones de extremismo teológico, o por condenas de su portavoz por incitación a la discriminación racial antisemita[20].

[11] Con el estallido de la Primavera Árabe y de la guerra civil en Siria, el fenómeno de los llamados "viajeros del yihad" occidentales cobró importancia. En 2013, 2014 y 2015, respectivamente 19, 24 y 27 personas viajaron a zonas de conflicto en Siria e Irak. En 2016, solo dos personas realizaron dicho viaje y, desde entonces, no se ha registrado ninguna otra migración de ese tipo, según el Servicio de Inteligencia de la Confederación (SRC)[21].

[12] Desde el inicio de la guerra civil siria, el CCIS apoyó públicamente la resistencia siria. Varios documentales muestran cómo MCD 1 organizó campañas de recolección de donaciones para enviar paquetes de alimentos a poblaciones que vivían en zonas controladas por los rebeldes[22]. Estos documentales, aún accesibles al público, se centran en los bombardeos perpetrados por Bachar al-Asad y dan voz tanto a civiles como a diversas facciones rebeldes, como el grupo Ahrar al-Sham[23].

[13] El 9 de diciembre de 2015, el Ministerio Público de la Confederación abrió un procedimiento contra MCD 1 por violación de la ley que prohíbe AQ/EI. Se acusó a MCD 1 de haber presentado de manera "propagandística" (persuasiva con un sesgo ideológico) su viaje a Siria, sin distanciarse explícitamente de las actividades de Al-Qaeda en Siria. En particular, habría entrevistado a un dirigente de la coalición yihadista Jaysh al-Fath, de la cual formaba parte también la rama siria de Al-Qaeda, Jabhat al-Nusra[24].

[14] La entrevista en cuestión (trad. "entrevista exclusiva con el Dr. Abdallah al-Muhaysini") fue publicada el 20 de noviembre de 2015 en el canal de YouTube del CCIS. Un segundo vídeo titulado "Al-Fajr as-Sadiq", también objeto de investigación, fue presentado al público durante un evento organizado el 5 de diciembre de 2015[25]. Una primera proyección, prevista para el 13 de noviembre de 2015, había sido pospuesta debido a los atentados de París[26]. Según el CCIS, estos vídeos tenían por objetivo contrarrestar el auge del Estado Islámico. El CCIS esperaba deconstruir

---

[18] Véase el sitio web del CCIS.

[19] *Ibidem.*

[20] TAGESANZEIGER, *IZRS-Sprecher;* Swissinfo, *Pierre Vogel*.

[21] Nachrichtendienst des Bundes, *Sicherheit 2018*.

[22] IZR, Benefiz-Auktion; Véanse los vídeos: IZR, *Teil I: Naim Cherni zurück im Land der islamischen Revolution - Zakat al-Fitr für Syrien*, en: Youtube (www.youtube.com), 2014, « https://www.youtube.com/watch?v=shMKD3WUIwc », (Último acceso: 02.07.2025); IZR, *Ramadan 2013 in Syrien: Eine eindrückliche Reise quer durch das Kriegsgebiet von […]*, in: Youtube (www.youtube.com), 2013, « https://www.youtube.com/watch?v=L196HGktB9o », (Último acceso: 02.07.2025).

[23] DORAN et al., *Ahar al-Sham*; STEINBERG, p. 1 ss.

[24] Bundesanwaltschaft, *Strafverfahren*.

[25] Véase sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018, p. 5; RYSER, *Dschihadisten*.

[26] NZZ, *Zentralrat*.

legítimamente el discurso propagandístico del Estado Islámico apoyándose en la voz de una figura de autoridad, que se presentaba como independiente pero proveniente del entorno yihadista en Siria[27].

## III. El desarrollo del proceso

[15] El 15 de junio de 2018, la Sala de lo Penal del TPF absolvió a MCD 2 y MCD 3 de los cargos por múltiples infracciones de la ley que prohíbe AQ/EI. En cambio, MCD 1 fue declarado culpable de cinco de los seis cargos formulados en su contra y condenado a una pena privativa de libertad de veinte meses, con suspensión condicional[28]. En su sentencia 6B_169/2019 de 26 de febrero de 2020, el TF rechazó el recurso interpuesto por MCD 1, quien cuestionaba especialmente los elementos subjetivos del delito y alegaba no haber actuado de forma intencional. Sin embargo, el TF admitió el recurso del Ministerio Público de la Confederación contra las absoluciones de los otros dos acusados (MCD 2 y MCD 3), reprochando al Tribunal Penal Federal haber exigido criterios "excesivamente formalistas"[29] en relación con el acto de acusación. El asunto fue devuelto a la instancia anterior (sentencia del TF 6B_114/2019 del 26 de febrero de 2020).

[16] El 27 de octubre de 2020, la Sala de lo Penal del TPF declaró a MCD 1 y MCD 2 culpables de violación del artículo 2, apartado 1, de la ley que prohíbe AQ/EI, y los condenó a penas privativas de libertad de 18 meses (MCD 1) y 15 meses (MCD 2), con suspensión condicional. Además, se les ordenó eliminar los dos vídeos publicados en YouTube. Los acusados interpusieron recurso contra esta sentencia.

[17] Mediante sentencia de 16 de diciembre de 2021 (sentencia CA.2020.22), la Sala de Apelaciones del TPF admitió parcialmente los recursos[30]. Redujo las penas, condenando a MCD 2 a una pena privativa de libertad de 16 meses con suspensión condicional, y a MCD 3 a una pena pecuniaria de 270 días-multa a razón de 30.00 francos suizos por día, con suspensión condicional.

[18] Los dos acusados interpusieron recurso contra dicha sentencia ante el TF. Alegaron una violación del principio de acusación, señalando que los hechos que se les imputaban no estaban suficientemente descritos (en infracción del art. 325, apdo. 1, letra f del Código de Procedimiento Penal suizo). Así mismo, reprochaban al TPF una violación del deber de motivación (previsto en el art. 50 CP-CH), derivado de su derecho a ser oídos[31], por considerar que la instancia inferior no había explicado suficientemente en qué medida Abdallah al-Muhaysini o la coalición Jaysh al-Fath estaban comprendidos en el artículo 1 de la ley que prohíbe AQ/EI. Finalmente, invocaron una violación del principio de legalidad (art. 1 CP, art. 7 apdo. 1 CEDH)[32]. El TF rechazó los recursos,

---

[27] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio de 2018 c. 4.1.3. Véase también la posición de IZR, *Der Prozess*; así como el informe enlazado allí relativo al escrito de acusación del Ministerio Público de la Confederación del 21 de abril 2018.

[28] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio de 2018, p. 95 y s.

[29] Sentencia del TF suizo 6B_114/2019 del 26 de febrero 2020 c. 2.4.

[30] El folleto distribuido por VM 2 a un periodista no fue considerado como propaganda, dado que solo remitía a un acto público y no al documental que fue calificado como propaganda. sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 3.2.2.8.

[31] Art. 29, apdo 2 de la Constitución Federal suiza (Cst.) y art. 6, apdo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

[32] Sentencias del TF suizo 7B_209/2022 y 7B_210/2022 del 9 de febrero 2024.

en la medida en que eran admisibles. Actualmente, no se descarta la posibilidad que los acusados, al igual que MCD 1[33], lleven su caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## IV. Abdallah al-Muhaysini y el "Jaysh al-Nosra"[34]

[19] Para establecer la responsabilidad penal de los miembros del Comité directivo del CCIS, era esencial demostrar el vínculo de Abdallah al-Muhaysini con la organización prohibida Al-Qaeda. Esta exigencia ya había sido establecida en la primera sentencia (SK.2017.49), confirmada por el TF. Las instancias posteriores se basaron en estas conclusiones formuladas por el TPF.

[20] Los tribunales establecieron esta relación entre Abdallah al-Muhaysini y Al-Qaeda en varios niveles:

- Respecto a su pertenencia formal[35], los jueces consideraron — a diferencia de la tesis del Ministerio Público de la Confederación — que no podía retenerse su afiliación a un grupo prohibido conforme al artículo 1 de la ley que prohíbe AQ/EI[36]. El tribunal concluyó que al-Muhaysini no tenía un vínculo (a nivel organizativo) con Al-Qaeda o Jabhat al-Nusra[37], y que debía considerarse como independiente desde el punto de vista estructural[38]. El TPF excluyó que hubiera ocupado una posición dirigente dentro del núcleo central de Al-Qaeda o de Jabhat al-Nusra, o que hubiera tenido autoridad para representar a una de estas organizaciones[39].
- En cambio, sí se confirmó su papel como líder espiritual dentro de la coalición Jaysh al-Fath. Como Jabhat al-Nusra — rama siria de Al-Qaeda — constituye un componente importante de esta coalición, junto con Ahrar al-Sham (no prohibida hasta la fecha según el art. 74 LRens), al-Muhaysini fue considerado como guía religioso de Jabhat al-Nusra.[40]
- No obstante, el TPF precisó que la ausencia de pertenencia a una organización terrorista prohibida no excluye la posibilidad de realizar actividades de propaganda a su favor[41]. En consecuencia, también deben considerarse las declaraciones públicas de al-Muhaysini a la hora de evaluar su posible carácter persuasivo en favor de Al-Qaeda o de Jabhat al-Nusra.[42] Los informes de la policía federal señalan varias declaraciones elogiosas de al-Muhaysini respecto a líderes de Al-Qaeda (Ayman al-Zawahiri) y de

---

[33] sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 3.1.4.2.

[34] En la sentencia del TPF suizo, Sala de apelaciones (CA.2020.22, c. 3.1.2), se menciona erróneamente a "Jaysh al-Nusra". Irónicamente, este lapsus freudiano — la fusión involuntaria entre Jaysh al-Fath y Jabhat al-Nusra — pone de manifiesto, de cierta forma, la proximidad constatada por los tribunales entre la coalición, por un lado, y la filial de Al-Qaeda en Siria, por otro.

[35] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.3.2.

[36] *Ídem,* c. 3.2.11.3 y 3.3.11.1.

[37] En el sentido del art. 1, letra c, de la Ley que prohíbe AQ/EI, como grupo relacionado, por coincidir en liderazgo, objetivos y medios con Al-Qaeda; véase la sentencia del TF 7B_209/2022 del 9 de febrero 2024, c. 3.4.

[38] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.2.8.2 y 3.2.9.1.

[39] *Ídem,* c. 3.2.11.3

[40] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.2.11.3, e) y f); sentencia del TPF suizo SK.2020.7 del 27 de octubre 2020 c. 4.9.7.6.

[41] *Ídem,* c. 3.2.11.3 y 3.3.11.1; *Ídem*, c. 4.9.7.1.

[42] *Ídem*; sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.2.11.3; *Ídem*, c. 4.9.7.3.

Jabhat al-Nusra (Mohammad al-Jawlani). Por tanto, sus manifestaciones lo situarían — más allá de la entrevista — entre los partidarios de la ideología de Al-Qaeda.

- Durante la entrevista, al-Muhaysini no realizó ninguna declaración directamente favorable a Jabhat al-Nusra que pudiera calificarse de propaganda explícita. Sin embargo, el tribunal estimó que sus elogios a la alianza Jaysh al-Fath — cuyo logotipo aparece, además, en el fondo — revestían de carácter propagandístico, ya que eran susceptibles de influir en el público. Al promover la yihad de Jaysh al-Fath, al-Muhaysini habría difundido "propaganda" en favor de la coalición de la que forma parte Jabhat al-Nusra[43].

[21] Debido a su papel como líder espiritual dentro de Jaysh al-Fath (que incluye a Jabhat al-Nusra), a sus declaraciones elogiosas hacia líderes y miembros de Al-Qaeda formuladas fuera de la entrevista exclusiva, así como a sus llamamientos a la juventud musulmana en Occidente para apoyar la yihad de Jaysh al-Fath, la puesta en escena de al-Muhaysini en los dos vídeos (en particular en la entrevista) fue calificada como propaganda a favor de Al-Qaeda.

[22] La relación entre al-Muhaysini y las organizaciones yihadistas es, por tanto, compleja. No obstante, estas matizaciones suelen perderse en el transcurso de las distintas fases judiciales. Así, al-Muhaysini es presentado alternativamente como "el jefe de Jabhat al-Nusra, entonces considerada como la rama siria de Al-Qaeda"[44]; "el líder espiritual de Jaysh al-Fath o de Jabhat al-Nusra"[45]; "el guía espiritual del antiguo Jabhat al-Nusra o de Al-Qaeda presente en Siria"[46]; "el guía religioso de Jabhat al-Nusra"[47]; "un partidario de la ideología extremista violenta defendida por Al-Qaeda"[48]; o incluso "el jefe del brazo sirio (Jabhat al-Nusra) del grupo terrorista Al-Qaeda"[49]. Este tratamiento poco riguroso de la interdependencia de al-Muhaysini con los acontecimientos de la guerra civil siria contribuye a facilitar la asociación de ideas entre las producciones audiovisuales del CCIS y la propaganda de Al-Qaeda. Esta dinámica será analizada con mayor detalle en las secciones siguientes.

## V. Los videos de propaganda del CCIS

[23] La punibilidad de los actos relacionados con los dos vídeos del CCIS se basa en gran medida en la puesta en escena de al-Muhaysini. Para demostrar su carácter propagandístico, los tribunales realizaron un análisis de los elementos visuales, sonoros y discursivos contenidos en dichos vídeos.

---

[43] *Ídem*, c. 3.2.11.3, f).

[44] Esta formulación se encuentra en la exposición de los hechos realizada por el Tribunal Federal (6B_169/2019, hechos B, y 7B_209/2022, B). En ella, se confunde erróneamente a al-Muhaysini con Mohammed al-Jawlani, quien, como se indica correctamente en la sentencia de primera instancia, era el "líder de la rama siria entonces denominada Jabhat al-Nusra" (Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.1).

[45] Sentencia del TF suizo 6B_169/2019 del 26 de febrero 2020, c. 2.4.

[46] Sentencia del TPF suizo SK.2020.7 del 27 de octubre 2020, c 6.2.3.

[47] Sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020.

[48] *Ídem*, c. 3.1.3.

[49] Comunicado de prensa del Tribunal Federal del 14 de Marzo de 2024 (Ultimo acceso: 02.07.2025): Publicidad de vídeos de propaganda: confirmadas las sentencias contra los miembros de la junta directiva del CCIS.

## A. La noción de propaganda

[24] Constituye una infracción por apoyo a una organización yihadista, en el sentido del art. 2, apartado 1, de la ley que prohíbe AQ/EI, la difusión consciente de propaganda objetivamente identificable en favor de dicha organización[50].

[25] La difusión de propaganda consiste en transmitir mensajes destinados a promover organizaciones prohibidas o sus objetivos a terceros. En principio, el mero hecho de comunicar un mensaje de este tipo a una sola persona ya incrementa la probabilidad de que dicha propaganda sea reproducida y difundida. Por tanto, generalmente no se requiere que la propaganda sea difundida a gran escala: el envío de contenido relacionado con el Estado Islámico, por ejemplo a través de WhatsApp a una sola persona, puede ser suficiente[51]. Desde la entrada en vigor de la ley que prohíbe AQ/EI, el alcance del concepto de propaganda se ha ampliado, en coherencia con el refuerzo del carácter anticipatorio de la represión penal (véase sección I).

[26] En el caso presente, era necesario demostrar que los vídeos estaban dirigidos a un público amplio, que el número de destinatarios ya no podía ser controlado por los productores de los vídeos y que estos tenían como objetivo influir en dicho público. Estas características, nunca impugnadas por los acusados, se consideraron acreditadas.

[27] En cambio, aún debía probarse que los vídeos constituían propaganda a favor de Al-Qaeda. Las pruebas fueron aportadas de forma distinta para cada uno de los vídeos, como se explicará a continuación. Mientras que Abdallah al-Muhaysini ocupa sin lugar a dudas un papel central en la entrevista, no desempeña un papel relevante en el documental.

## B. La entrevista exclusiva

[28] En la entrevista exclusiva, de aproximadamente 38 minutos, al-Muhaysini responde a las preguntas de MCD 1, en particular sobre la coalición Jaysh al-Fath, el Estado Islámico y su postura crítica frente a este último[52]. El tribunal evaluó en primer lugar el carácter propagandístico del vídeo, antes de determinar si dicha propaganda podía vincularse a Al-Qaeda.

[29] Dado que al-Muhaysini se dirige a la "juventud musulmana en Occidente", que el video ha sido traducido a varios idiomas y puesto a disposición de un público no arabófono, se debería considerar como propaganda[53]. En la entrevista, al-Muhaysini fomentaría la yihad al mencionar, entre otras cosas, una aleya del Corán según la cual quienes "no se lanzan al combate" serán castigados por Dios[54]. Además, presenta a los yihadistas de Jaysh al-Fath como "una alianza justa y victoriosa de combate", y califica a los combatientes como "muyahidines" o "mártires"[55]. Así, promovería propaganda a favor de Jaysh al-Fath. Así mismo, al-Muhaysini monopolizaría más del 90 % del tiempo de palabra sin que MCD 1 le plantee preguntas críticas[56].

---

[50] Véase: sentencias del TF suizo 6B_169/2019 del 26 de febrero 2020 c. 2.4 y sentencia del TF suizo 6B_948/2016 del 22 de febrero 2017 c. 4.2.2; sentencia del TPF SK.2019.63 del 18 de diciembre de 2019 c. 2.2.2 y sentencia del TPF SK.2019.23 del 15 de julio 2019 c. 3.2.2 y c. 5.1 f.

[51] Sentencia del TPF suizo SK.2021.11 del 11 de noviembre 2021 c. 3.2.3; sentencia del TPF SK.2019.74 del 7 de octubre 2020 c. 2.2.2.4; sentencia del TPF SK.2019.71 del 11 de septiembre 2020 c. II. 4.2.3.4.

[52] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.3.9., c).

[53] *Ídem*, c. 3.2.11.1.

[54] *Ídem.*, c. 3.2.11.2

[55] *Ibidem*.

[56] *Ibid*em.

[30] El tribunal consideró que este discurso constituía propaganda en favor de Al-Qaeda por las siguientes razones:

- Aunque al-Muhaysini no sea formalmente miembro de Al-Qaeda, no tenga autoridad para representar a esta organización[57] y se declare regularmente como independiente[58], ensalzaría los méritos de figuras dirigentes de Al-Qaeda, como Ayman al-Zawahiri, y aprobaría atentados cometidos por afiliados de Al-Qaeda, como el perpetrado contra Charlie Hebdo[59]. Sus críticas al Estado Islámico coincidirían con las posiciones de Al-Qaeda[60]. Además, Jabhat al-Nusra, la rama siria de Al-Qaeda, forma parte de la coalición rebelde Jaysh al-Fath[61].
- Al-Muhaysini aparecería entonces como simpatizante de Al-Qaeda y defendería sus objetivos estratégicos. Al cofundar la coalición Jaysh al-Fath, habría reforzado indirectamente a Jabhat al-Nusra. En calidad de líder religioso de Jaysh al-Fath, también se le considera, *in extenso*, como guía religioso de Jabhat al-Nusra[62].

[31] Las declaraciones pronunciadas por al-Muhaysini durante su entrevista se analizan desde un ángulo particular, debido a su relación con Jaysh al-Fath, la relación de esta última con Jabhat al-Nusra, la pertenencia de esta última a Al-Qaeda, así como por sus declaraciones en favor de Al-Qaeda formuladas fuera de la entrevista. Cuando habla de la yihad de Jaysh al-Fath, se referiría indirectamente a la yihad de Jabhat al-Nusra. Como la yihad practicada por Jaysh al-Fath correspondería "al espíritu de la guerra santa de Al-Qaeda", MCD 1, al difundir este vídeo, habría "propagado la ideología de Al-Qaeda"[63].

## C. El documental: al-Fajr as-Sadiq

[32] En el caso del documental de aproximadamente 40 minutos, titulado Al-Fajr as-Sadiq (trad. "el verdadero amanecer"), el tribunal constata en primer lugar que la puesta en escena de al-Muhaysini no puede asimilarse a la de un miembro de Al-Qaeda, dado que su pertenencia a esta organización no puede ser establecida (véanse las explicaciones anteriores, supra IV)[64].

[33] No obstante, el documental Al-Fajr as-Sadiq constituiría, según el tribunal, una forma indirecta de propaganda en favor de Jabhat al-Nusra y de la ideología de Al-Qaeda, por los medios siguientes:

- Por una parte, el documental mostraría una relación cálida y fraternal entre MCD 1 y al-Muhaysini, destinada a suscitar reacciones de carácter emocional. El vídeo revelaría "la benevolencia del realizador hacia al-Muhaysini", líder espiritual de Jaysh al-Fath (y de los grupos asociados), y simpatizante de la ideología de Al-Qaeda. Esta puesta en escena transmitiría una actitud positiva *hacia la ideología de Al-Qaeda*[65].

---

[57] *Ídem*, c. 3.2.11.3., a).

[58] *Ídem*, c. 3.2.11.3., b).

[59] *Ídem*, c. 3.2.11.3., c).

[60] *Ídem*, c. 3.2.11.3., d).

[61] *Ídem*, c. 3.2.11.3., e)

[62] *Ídem*, c. 3.2.11.3., f)

[63] *Ídem*, c.3.2.11.3.

[64] *Ídem*, c. 3.3.9.

[65] *Ídem*, c. 3.3.11.1.

- Por otra parte, los cantos religiosos (nashid, pl. anashid) que se escuchan en el documental (nashid 1 entre 7:33 y 9:44; nashid 2 entre 18:26 y 18:53) se referirían, según la valoración del tribunal, a la yihad violenta. Uno de ellos, calificado como "canto de combate contra el Monte Sion que incita al asesinato", se considera "fundamentalmente antisemita". Estos nashid incluirían un llamamiento explícito a la yihad armada. En la valoración que sigue ("glorificación de las acciones militares de Jaysh al-Fath y, por extensión, de Jabhat al-Nusra"), no resulta evidente si dicha glorificación se produce por el nashid como música de fondo, por el vídeo sobre Jaysh al-Fath, o por la combinación de ambos elementos[66]. Cabe señalar, no obstante, que según la jurisprudencia vigente, estos anashid no son penalmente sancionables, ya que no presentan ningún vínculo con un grupo prohibido ni con una organización terrorista[67]. Sin embargo, el uso de estos nashid como fondo de un vídeo sobre la coalición Jaysh al-Fath conferiría al documental, una vez más, un carácter propagandístico.

[34] El tribunal no ha identificado ningún otro elemento jurídicamente determinante que fundamente una infracción penal en el documental Al-Fajr as-Sadiq. Ninguno de los aspectos mencionados es penalmente sancionable: ya se trate de la "yihad violenta" en Siria, de los nashid en el contexto israelo-palestino, o de la puesta en escena cinematográfica de una relación de camaradería.

## D. La entrevista del CCIS

[35] La entrevista escrita, publicada el 13 de noviembre de 2015 en el sitio web del CCIS, constituye otro elemento determinante en este asunto. En dicha entrevista, MCD 3 se pronuncia sobre la guerra civil en Siria, sobre al-Muhaysini y sobre la entrevista exclusiva. Al estar destinada al público, su contenido se considera "susceptible de influir en los potenciales lectores"[68]. En ella, MCD 3 describe a al-Muhaysini de forma marcadamente positiva: lo calificaría de "erudito" y de autoridad en la lucha contra la ideología del Estado Islámico, de "figura central de mediación" con una influencia "extremadamente importante". También lo presentaría como una voz significativa de la moderación dentro del islam, comprometido "contra la opresión de las minorías" y "a favor de la clemencia en el trato de los prisioneros de guerra"[69].

[36] Tal como lo confirma la Sala de Apelaciones del TPF, estas declaraciones de tono positivo tendrían como finalidad influir favorablemente en la percepción que los lectores tengan de al-Muhaysini y de la ideología que representa[70]. Además, el entusiasmo de MCD 3 y el enlace a la entrevista en vídeo tendrían como objetivo suscitar interés por la misma[71]. La entrevista escrita se califica así como promoción de un contenido propagandístico (la entrevista exclusiva), lo que constituye, por consiguiente, una forma de propaganda a favor de al-Muhaysini[72], de la coalición

---

[66] *Ídem*, c. 3.3.9., c).

[67] Sobre la punibilidad de los nashid o anashid, véase la sentencia del TPF suizo SK.2021.22 del 11 de noviembre 2021, c. 3.3.3: los anashid deben estar vinculados a una organización prohibida para poder ser considerados como propaganda y, por tanto, como apoyo a una organización prohibida.

[68] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018; sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 3.2.2.6, p. 28.

[69] Sentencia del TPF suizo SK.2020.7 del 27 de octubre 2020 c. 5.1.5.2.

[70] Sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 3.2.2.5 y c. 3.3.3.

[71] Sentencia del TPF suizo SK.2020.7 del 27 de octubre 2020 c. 5.1 y 5.2; sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 3.2.2.5 y c. 3.3.3.

[72] Formulación usada en la sentencia del TPF suizo SK.2020.7 del 27 de octubre 2020 c. 5.1.5.2.

Jaish al-Fath y de "la Al-Qaeda a la que está afiliada"[73], o incluso de al-Muhaysini en calidad de líder espiritual[74] de dicha coalición. Finalmente, la entrevista se interpreta como una difusión de la "retórica propagandística transmitida por al-Muhaysini"[75].

## VI. Los actos punibles de los miembros del consejo administrativo del CCIS

[37] El eje central del fallo es al-Muhaysini y Jaysh al-Fath, así como sus vínculos con Jabhat al-Nusra y Al-Qaeda. A partir de este núcleo, los tres acusados son declarados culpables de propaganda de una organización prohibida, en grados de proximidad variables respecto a los delitos de la organización incriminada, como se explica a continuación.

### A. Los actos punibles de MCD 1

[38] MCD 1 fue declarado culpable principalmente por la producción y publicación de la entrevista exclusiva[76]. También fue condenado por la producción y publicación del documental Al-Fajr as-Sadiq, así como por una presentación en línea organizada con ocasión de su difusión[77]. Así, habría infringido en dos ocasiones (una por cada vídeo) el artículo 2 de la ley que prohíbe AQ/EI, al haber cometido el delito de "organizar acciones de propaganda en favor de una organización prohibida o de sus objetivos".

[39] Resulta sorprendente que, según el TPF, la infracción se haya cometido en relación con el artículo 1, letra a, de la ley que prohíbe Al-Qaeda. Sin embargo, Jabhat al-Nusra, mencionada principalmente en el contexto sirio, es considerada como un "grupo relacionado" en el sentido del artículo 1, letra c[78]. En realidad, MCD 1 fue condenado únicamente por su vinculación con Al-Qaeda, ya que Jabhat al-Nusra no desempeñó ningún papel en el veredicto de culpabilidad, sirviendo únicamente de vínculo con Al-Qaeda. El TF confirmó íntegramente la condena de MCD 1.

### B. Los actos punibles de MCD 2

[40] En cuanto a la condena penal del entonces responsable de comunicación del CCIS, MCD 2, el TF concluye en su última sentencia que cuatro de sus conductas constituirían una infracción del artículo 2, apartado 1, de la ley que prohíbe AQ/EI, de las cuales tres se basan en la cláusula general "fomentar de cualquier otra manera":

1. MCD 2 habría autorizado la publicación de la entrevista exclusiva y del documental en YouTube y en las redes sociales de MCD 1, participando así en la difusión de propaganda prohibida. El TF califica esta infracción como un caso de "promoción por otros medios",

[73] Sentencia del TPF suizo SK.2020.7 del 27 de octubre 2020 c. 6.1.2 a 6.1.4. Naturalmente, es Jabhat al-Nusra, y no Al-Qaeda en sí, quien forma parte de Jaysh al-Fath.

[74] *Ídem*, c. 6.1.2.

[75] sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020, c. 3.2.2.6.

[76] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.2.

[77] *Ídem*, c. 3.3.

[78] *Ídem*, c. 6.2.1.

considerando que MCD 2 “fomentó la propaganda que incita a la radicalización de Jabhat al-Nusra y de Al-Qaeda”[79].

2. MCD 2 publicó la entrevista escrita (cf. párrafo 6.4) en el sitio web del CCIS. En esa entrevista, MCD 3 se refiere a al-Muhaysini y a la entrevista exclusiva en términos propagandísticos. Así, MCD 2 habría apoyado activamente la difusión de propaganda prohibida. Como variante del acto, también aquí habría fomentado la propaganda radicalizadora de Jabhat al-Nusra y de Al-Qaeda[80].
3. MCD 3 habría redactado un mensaje publicado en la red social Twitter (actualmente X) con un enlace a la traducción al bosnio del documental. De este modo, habría difundido un vídeo de propaganda prohibida (el documental) y fomentado la propaganda que incita a la radicalización de Jabhat al-Nusra y de Al-Qaeda[81].

[41] La participación activa de MCD 2 en la organización del evento del 5 de diciembre, durante el cual se proyectó el documental Al-Fajr as-Sadiq, cumpliría los elementos del tipo penal contemplados en el artículo 2, apartado 1, de la ley que prohíbe AQ/EI, en su variante “organización de acciones de propaganda a favor de un grupo prohibido o de sus objetivos”[82].

[42] Aunque el Tribunal Penal Federal analizó cada acto individualmente (sentencia del TPF SK.2020.7), la Sala Penal de Apelaciones señala que es necesario tener en cuenta el contexto global que rodea los actos imputados. Las distintas actividades de difusión habrían perseguido un objetivo y un resultado comunes y, por tanto, podrían considerarse como una unidad de acción[83].

[43] En lo que respecta al grupo cuya ideología habría sido promovida por los productos de propaganda, el Tribunal Federal es menos explícito que la primera sentencia del Tribunal Penal Federal en el caso del CCIS: mientras que MCD 1 fue condenado por propaganda prohibida en favor de Al-Qaeda (letra a)[84], el Tribunal Federal deja abierta la cuestión de la culpabilidad de MCD 2 en relación con su apoyo a Jabhat al-Nusra (letra c) o a Al-Qaeda (letra a)[85].

[44] Teóricamente, es posible que en un vídeo de promoción, de alrededor 40 minutos, haya contenido influyente a favor de diferentes grupos prohibidos, en distintos momentos. No obstante, este no es el caso en el presente asunto. La justificación de que la propaganda se dirigía a Al-Qaeda se basa exclusivamente en la relación de Al-Qaeda con Jabhat al-Nusra y su pertenencia a Jaysh al-Fath, a cuya promoción se dedicaría precisamente el vídeo. El Tribunal Penal Federal considera que toda acción de promoción en favor de un “grupo relacionado” puede igualmente constituir propaganda en favor de la organización matriz. Sin embargo, los jueces no se pronunciaron con la coherencia necesaria sobre si los actos de propaganda se referían específicamente al grupo relacionado o a la organización central.

## C. Los actos punibles de MCD 3

[45] La culpabilidad de MCD 3 se basa en dos actos. En primer lugar, en la entrevista escrita (cf. VI D.), MCD 3 hablaría positivamente de al-Muhaysini y despertaría interés por la entrevista

[79] Sentencia del TF 7B_209/2022 del 9 de febrero 2024 c. 5.5.2.

[80] Sentencia del TF 7B_209/2022 del 9 de febrero 2024 c. 5.5.3.

[81] *Ídem*, c. 5.5.5.

[82] *Ídem*, c. 5.5.4.

[83] sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 3.2.2.5.

[84] Consúltese el título VI.

[85] Sentencia del TF 7B_209/2022 del 9 de febrero 2024 c. 3.4.

exclusiva. Al hacerlo, habría apoyado la difusión de propaganda prohibida (entrevista exclusiva). Como variante del acto, habría "fomentado" la propaganda en favor de Jabhat al-Nusra y de Al-Qaeda en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la ley que prohíbe AQ/EI ("fomentar de cualquier otra manera")[86].

[46] En su intervención como conferencista durante el evento del 5 de diciembre, en el que se proyectó el documental, se expresó positivamente sobre la película (mediante expresiones como "una hermosa película" y "un estreno importante", y a través del contenido de su discurso). Con su presencia y su discurso, habría apoyado la difusión de propaganda prohibida (documental). De este modo, nuevamente habría fomentado la propaganda en favor de Jabhat al-Nusra y de Al-Qaeda ("fomentar de cualquier otra manera")[87].

[47] De los tres acusados, MCD 3 es aquel cuya proximidad con los actos es menos evidente. Esto se refleja en el hecho de que, para las dos conductas incriminadas, los tribunales se basaron en la cláusula general. La menor gravedad de la infracción también queda demostrada por el hecho de que su pena fue sensiblemente reducida a lo largo de las instancias del TF.

## VII. Los elementos subjetivos de la infracción

[48] La punibilidad de una infracción de la ley que prohíbe AQ/EI presupone un acto intencional. El dolo eventual es suficiente[88].

[49] En lo que respecta a los elementos subjetivos del delito, la intención se considera acreditada para los tres acusados en todas las instancias. Resulta interesante observar que casi todos los argumentos se presentan de manera transversal para confirmar dicha intención:

- Todos ellos conocían el contexto del conflicto sirio y a los grupos involucrados en los combates, se habían enfrentado al yihadismo extremista violento implicados en el conflicto y mostrarían interés por el yihadismo extremista violento. Por ello, no podía pasarles desapercibida la cercanía entre al-Muhaysini, Jaysh al-Fath y Al-Qaeda[89].
- El argumento de los miembros del comité según el cual las producciones audiovisuales tenían como objetivo deconstruir el relato del Estado Islámico no sería convincente y parecería ser un simple pretexto. A este respecto, los jueces subrayan que el Estado Islámico no sería universalmente aprobado en el mundo islámico, ya que los gobiernos musulmanes no lo reconocen, la población huye tanto de la guerra en Siria como del propio EI, y las personas musulmanas manifiestan en Europa contra el Estado Islámico. Además, es posible criticar al EI y, a la vez, simpatizar con Al-Qaeda[90]. Por último, las críticas al EI en la entrevista exclusiva no se referirían a los elementos que llevaron al legislador a

[86] *Ídem*, c. 9.4.3.

[87] *Ídem*, c. 9.4.4.

[88] Véase TPF 2018 22 c. 2.4.1; sentencia del TPF SK.2019.63 del 18 de diciembre de 2019 c. 2.2.2). Véase también: AJIL / LUBISHTANI, nº 71.

[89] MCD 2: sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 4.1.2., Sentencia del TF 7B_209/2022 del 9 de febrero 2024 c. 6.3. MCD3: sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 4.2.1, 7B_210/2022, c. 8.3.2.

[90] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.2.12.2.

prohibir tanto al EI como a Al-Qaeda. Las críticas al EI se alinearían "perfectamente con la ideología de Al-Qaeda"[91].

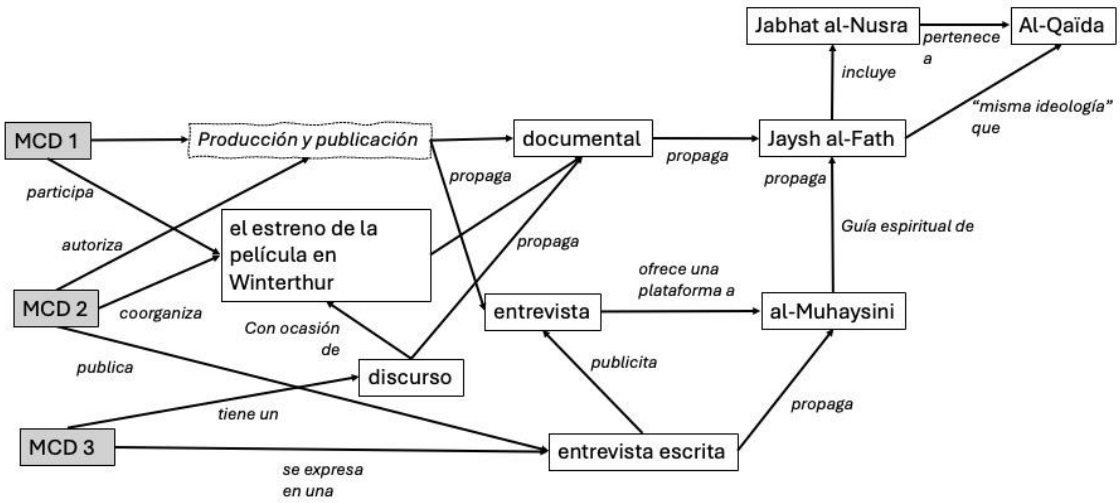
- El argumento de los acusados según el cual habrían verificado si al-Muhaysini o Jaysh al-Fath figuraban en una lista de organizaciones terroristas antes de su publicación no sería pertinente, ya que un mensaje propagandístico a favor de Al-Qaeda sería punible con independencia de la sanción de una persona concreta[92].

[50] MCD 1, además, no habría aportado pruebas que mostraran un distanciamiento respecto al grupo Al-Qaeda[93]. MCD 2 habría aprendido árabe y, por tanto, debía ser consciente del carácter propagandístico de los vídeos[94]. MCD 3 habría sabido que su presencia como presidente de la asociación aumentaría la notoriedad de la difusión del documental[95].

# VIII. Análisis: ¿Cuándo deja de ser suficiente la proximidad del acto?

## A. La proximidad del acto

[51] La cadena de responsabilidad penal que se desprende de las distintas sentencias puede representarse del siguiente modo:




[91] *Ídem*, c. 3.2.12.2. y sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 4.1.1.

[92] MCD 1: Sentencia del TF suizo 6B_169/2019 del 26 de febrero 2020 c. 2.4; Sentencia del TF 7B_209/2022 del 9 de febrero 2024 c. 8.4.2.

[93] Sentencia del TPF suizo SK.2017.49 del 15 de junio 2018 c. 3.3.1.1.

[94] *Ídem*, c. 4.9.8.; sentencia del TPF suizo CA.2020.22 del 16 de diciembre 2020 c. 4.1.1.

[95] Sentencia del TPF suizo SK.2020.7 del 27 de octubre 2020 c. 6.2.3.

[52] Como demuestra el gráfico, los actos punibles se alejan considerablemente de la organización prohibida y aún más de sus crímenes. He aquí un ejemplo de la secuencia de infracciones particularmente extensa:

> MCD 2 publica en el sitio web del CCIS una entrevista escrita, en la que MCD 3 describe de forma positiva la entrevista exclusiva, que otorga cierta visibilidad a al-Muhaysini, guía espiritual y promotor de Jaysh al-Fath, del cual forma parte Jabhat al-Nusra, que está vinculado a Al-Qaeda, y cuya ideología correspondería a la de dicho grupo.

[53] Además, la administración de la prueba se basa a menudo en fundamentos endebles (véase, por ejemplo, el carácter propagandístico del documental, apartado 6.3). La punibilidad de los actos relevantes en relación con el delito — en resumen, su apoyo promocional a Al-Qaeda — se basa en una acumulación de referencias poco claras entre las distintas producciones audiovisuales y el grupo Jabhat al-Nusra o, en su caso, la ideología de Al-Qaeda.

[54] A este respecto, cabe señalar, como se indicó anteriormente (cf. apdo. VI.B), que para los tribunales no se trata de actos individuales aislados, sino de una campaña coordinada. Sin embargo, la prueba de dicha campaña se basa precisamente en esos actos aislados. Por consiguiente, cabe preguntarse legítimamente si la "proximidad del acto" necesaria entre el hecho punible y los crímenes de la organización prohibida puede establecerse razonablemente.

[55] La complejidad de esta lógica, difícil de comprender y dominar, se refleja en las distintas sentencias. Como se ha señalado anteriormente, los jueces incurren repetidamente en imprecisiones y confusiones entre Jaysh al-Fath, Jabhat al-Nusra, Al-Qaeda y el papel de al-Muhaysini dentro de esta organización (*supra* IV). Además, debe destacarse que, respecto a los acusados MCD 2 y MCD 3, de un total de seis actos concretos, cinco se basan en la cláusula general de "fomento por otros medios" (cf. apdos. VII).

[56] Además, nunca se aclaró de forma definitiva si al-Muhaysini — cuyo vínculo con Al-Qaeda fue negado por todas las instancias — desempeña un papel relacionado con Al-Qaeda o no. Por ejemplo, cuando MCD 2 influye positivamente en la percepción de la figura de al-Muhaysini en la entrevista escrita (cf. V.D), sigue siendo difícil determinar si el problema radica en la "propaganda" a favor de al-Muhaysini, o si dicha propaganda en su favor equivale a promover la ideología de Jaysh al-Fath y, por extensión, la de Al-Qaeda.

[57] Finalmente, sigue abierta la cuestión de qué es exactamente lo que se promueve: ¿la organización como tal? ¿Sus acciones? ¿Sus objetivos? ¿Su ideología? La ley que prohíbe AQ/EI tiene en principio en cuenta a la organización y sus objetivos — aunque no está del todo claro cuáles son estos —: si en 2015 Jabhat al-Nusra, como muchos otros grupos rebeldes sirios, perseguía el objetivo de derrocar a Bachar al-Asad, ¿la información sesgada en favor de ese objetivo se vuelve punible? Existe una gran ambigüedad que los jueces no lograron resolver.

[58] En cambio, promover la ideología de un grupo supone que dicha ideología pueda atribuirse clara y exclusivamente a ese grupo. Lo cual no es posible *in casu*. La "yihad violenta" en el contexto de la guerra civil siria desde 2011 se relaciona en gran medida con la lucha contra un régimen notoriamente dictatorial, responsable de crímenes de guerra documentados durante años[96]. El legislador no tenía la intención de sancionar el apoyo a este objetivo específico. La "yihad violenta" describe una doctrina que también puede encontrarse en conceptos universalmente reconocidos, como el derecho a la legítima defensa individual y colectiva recogido en la Carta de las Naciones

[96] Entre muchos: GSTEIGER, *Die Frau*.

Unidas (en su capítulo VII)[97]. La resistencia ucraniana frente al ataque ruso también puede constituir, en este sentido, una forma de yihad violenta.

## B. Concepciones estereotipadas de los términos vinculados al mundo arabo-musulmán

[59] La comprensión reduccionista del concepto de yihad violenta se inscribe en un problema más general y estructural presente en las sentencias, y que no es atípico en el enfoque del terrorismo[98]. Así, los jueces se limitan a utilizar términos cargados de connotaciones ("yihad", "muyahidín", "mártir", "Sion", "antisemita") para calificar las actividades del CCIS o la figura de al-Muhaysini, sin explicar por qué resultan problemáticos. La falta de explicaciones sugiere una hipótesis según la cual existiría una comprensión implícita y compartida de estos conceptos. Sin embargo, esta hipótesis es sistemáticamente reduccionista, ya que se basa en una visión etnocéntrica del contexto sociopolítico árabe-musulmán y no toma en cuenta la complejidad de las concepciones ni de los conflictos en cuestión, como la guerra en Siria.

[60] Cuando al-Muhaysini califica a los combatientes de Jaysh al-Fath de "muyahidines" o de "mártires" (cf. apdo. V.B), esto significa ante todo que se trata de combatientes comprometidos con la causa que arriesgan su vida por una causa — en el contexto de la lucha contra un dictador notorio. El hecho de que tengan una comprensión religiosa de esa lucha no debería desviar la atención de su dimensión intrínsecamente política.

## C. La previsibilidad de la punibilidad

[61] La construcción compleja a través de la cual los jueces logran calificar las dos producciones como promoción en favor de Al-Qaeda se basa principalmente en los elementos objetivos del delito. Sin embargo, en la evaluación de los elementos subjetivos, dicha complejidad no se toma en cuenta. Se considera probado que los miembros del CCIS consultaron la lista de sanciones de las Naciones Unidas[99] y la del SECO[100] (que además no son fácilmente accesibles) para comprobar si al-Muhaysini o Jaysh al-Fath figuraban en ellas. No era razonablemente previsible que una entrevista crítica del EI, realizada por una persona no prohibida, que presenta positivamente a una organización no prohibida, sin mencionar una sola vez a Jabhat al-Nusra o a Al-Qaeda, pudiera ser sancionada como propaganda a favor de Al-Qaeda. Además, en el momento de los hechos, la ley que prohíbe AQ/EI nunca había sido aplicada.

[62] Por otra parte, el hecho de que el CCIS estuviera comprometido desde hacía años con la resistencia siria podría haberse tenido en cuenta. Su simpatía estaba claramente del lado de los rebeldes y su rechazo hacia Bachar al-Asad. Desde esta posición — combinada probablemente con una visión romántica de los acontecimientos y con la expectativa de un orden islámico justo desde su punto de vista — es totalmente plausible que no se dieran cuenta de que las declaraciones de al-Muhaysini podían propagar la ideología de Al-Qaeda y que ello pudiera ser punible.

---

[97] AJIL, *Politico-ideological*, p. 163; AJIL, *Decolonizing*, p. 202 ss; ALI / REHMAN, p. 321 ss.

[98] ABBAS, p. 261 ss; AJIL, *Decolonizing*, p. 203 ss, incluidas las remisiones a la literatura allí contenidas.

[99] United Nations Security Council, *Consolidated List*.

[100] SECO, *ISIL*.

[63] Finalmente, resulta absurdo pensar que una asociación como el CCIS, consciente de su posición controvertida en la opinión pública suiza, difundiría intencionadamente propaganda a favor de Al-Qaeda, sabiendo que ello supondría con toda certeza el fin de sus actividades.

## D. ¿El derecho penal preventivo contra el terrorismo, a cualquier precio?

[64] En resumen, el caso al-Muhaysini y la condena de los miembros del consejo de administración del CCIS muestran hasta dónde puede llegar el derecho penal preventivo en la lucha contra el terrorismo, es decir, a un ámbito claramente alejado de los actos de la organización prohibida, en el que la "proximidad del acto necesaria"[101] o un "vínculo suficiente"[102] no se establecen fácilmente. Hasta ahora, los tribunales federales siempre han rechazado que exista una violación del principio de legalidad (art. 1 CP, art. 7 CEDH). No obstante, queda por ver si esta práctica resistirá a un control supranacional.

[65] Además, resulta evidente que en un ámbito en el que los actos están tan alejados de los delitos propiamente dichos de la organización prohibida, el proceso de enjuiciamiento es más vulnerable a distorsiones institucionales. Ni la defensa ni los jueces fueron capaces de contrarrestar la extraordinaria cantidad de material presentado por la acusación, que trató de demostrar — o construir — el efecto propagandístico de los vídeos a favor de Al-Qaeda. El relato abiertamente unilateral de las autoridades de persecución penal, que en este caso apenas es compatible con el principio de instrucción (art. 6 CPP), domina y genera un desequilibrio de poder. Precisamente porque en esta esfera pre-criminal los hechos concretos son difíciles de precisar. Este desequilibrio tiene un impacto desproporcionado en la formación del juicio.

[66] Para la política de seguridad, una extensión tan amplia del ámbito de aplicación del derecho penal en la esfera preventiva plantea además problemas de delimitación. Si actos tan alejados de los crímenes de la organización prohibida se vuelven punibles, los servicios de inteligencia o las fuerzas policiales preventivas tendrán que intervenir de manera cada vez más anticipada. Esto podría conllevar restricciones importantes de los derechos fundamentales — lo cual sería problemático — o bien redundancias indeseables tanto en el plano económico como en el de la seguridad. Finalmente, este caso demuestra que el derecho penal puede instrumentalizarse para neutralizar políticamente a actores movilizados dentro del espectro islámico que pueden resultar incómodos — como fue el caso del CCIS.

[101] ATF 148 IV 298 c. 7.2; sentencia del TF suizo 6B_234/2022 del 8 de junio 2023 c. 5.2.3; sentencia del TF suizo 6B_948/2016 del 22 de Febrero 2017 c. 4.2.

[102] FELLMANN, p. 360.

# Bibliografía

## Doctrina


ABBAS Madeline-Sophie, *Producing 'internal suspect bodies': divisive effects of UK counter-terrorism measures on Muslim communities in Leeds and Bradford*, The British Journal of Sociology (Vol. 70) 2019, 261 – 282.

AGUERRI Jesús / JIMÉNEZ-FRANCO Daniel, *On neoliberal exceptionalism in Spain*: *a state plan to prevent radicalization*, Critical Criminology (Vol. 29 n° 4) 2021, 817 – 835.

AJIL Ahmed / LUBISHTANI Kastriot, *Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal Pénal Fédéral*, *Jusletter* del 31 de Mayo 2021.

AJIL Ahmed*, Decolonizing Terrorism,* in: Cunneen Chris, Deckert Antje, Porter Amanda, Tauri Juan, Webb Robert (éds.), *The Routledge Handbook on Decolonizing Justice,* Londres 2023, 202 – 212 (citado como: AJIL, *Decolonizing*).

AJIL Ahmed, *Politico-ideological mobilization and violence in the Arab World,* Nueva York 2023 (citado como: AJIL, *Politico-ideological*).

ALI EMRAH BOZBAYINDIR Ali, *The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?,* Criminal Law Forum, (Vol. 29) 2018, 25 – 62.

ALI Shaheen Sardar / REHMAN Javaid*, The Concept of Jihad in Islamic International Law*, Journal of Conflict and Security Law (Vol. 10) 2005, 321 – 343.

Bundesanwaltschaft, Bundesanwaltschaft eröffnet Strafverfahren, in: News Service Bund (www.news.admin.ch), 2015, p. « https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=60101 » (Último acceso: 02.07.2024) (citado como: Bundesanwaltschaft, *Strafverfahren*).

Cunneen Chris, Deckert Antje, Porter Amanda, Tauri Juan, Webb Robert (eds.), *The Routledge Handbook on Decolonizing Justice,* Londres 2023.

DORAN Michael / MCCANTS William / WATTS Clint, *The Good and Bad of Syria's Ahar al-Sham*, in: Brookings (www.brookings.edu), 2014, p. « https://www.brookings.edu/articles/the-good-and-bad-of-syrias-ahrar-al-sham/ », (Último acceso: 02.05.2024) (citado como: DORAN et al., *Ahar al-Sham*).

EICKER Andreas, *Zur Interpretation des Al-Quaïda- und IS-Gesetzes durch das Bundesstrafgericht im Fall eines zum Islamischen Staat Reisenden*, en: Jusletter del 21 de Noviembre 2016.

ENGELSTÄTTER Tobias, *Prävention durch Intervention–Terrorismusbekämpfung im Vorfeld der Rechtsgutverletzung*, in: Fischer Thomas / Hilgendorf Eric (eds.), *Gefahr*, Baden-Baden 2020, 181 – 98.

ENGLER Marc, Art. 137 – 392 CP: en: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (eds.), *Basler Kommentar zum Strafrecht II Jugendstrafgesetz*, 4ª ed., Basilea 2019.

FELLMANN Jeremias, *Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht: Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Rechtsgrundlagen*, sui generis, Zúrich 2023.

Fischer Thomas / Hilgendorf Eric (eds.), *Gefahr*, Baden-Baden 2020.

GIRAUDEL Alicia, *Im Namen der Sicherheit*, en: Jusletter del 17 de Abril 2023.

GSTEIGER Freddy, *Die Frau, die Assad das Fürchten lehren könnte*, en: SRF (www.srf.ch), 2017, p. « https://www.srf.ch/news/international/kriegsverbrechen-in-syrien-die-frau-die-assad-das-fuerchten-lehren-koennte » (Último acceso: 02.05.2024) (citado como: GSTEIGER, *Die Frau*).

IZR, *Der Prozess « Al-Muhaysini »*, in: IZR (www.izrs.ch), 2018, p. « https://www.izrs.ch/der-prozess », (Último acceso: 02.07.2025) (citado como: IZR, *Der Prozess*).

IZR, *CHF 36'256.- Für Syrien: Erfolgreiche Benefiz-Auktion in Zürich*, en: IZR (www.izrs.ch), 2013, p. « https://www.izrs.ch/chf-36256-fuer-syrien-erfolgreiche-benefiz-auktion-in-zuerich.html », (Último acceso: 02.07.2024) (citado como: IZRS, *Benefiz-Auktion*).

LUBISHTANI Kastriot / MONOD Hadrien, *Mesures policières de lutte contre le terrorisme*, Revue Sécurité & Droit (Vol. 1) 2020, 19 – 27.

MANUEL CANCIO Meliá, *Terrorism and criminal law: The dream of prevention, the nightmare of the rule of law*, New Criminal Law Review (Vol. 14.1) 2011, 108 – 122.

MOHLER Markus, *PMT-Gesetz: Verfahren und Zweckerreichung*, sui generis 2021, 167 – 177.

MYTHEN Gabe / WALKLATE Sandra, *Counterterrorism and the reconstruction of (in) security: Divisions, dualisms, duplicities, British Journal of Criminology* (Vol. 56 n° 6) 2016, 1107 – 1124.

Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (eds.), *Basler Kommentar zum Strafrecht II Jugendstrafgesetz*, 4ª ed., Basilea 2019.

NZZ, *Widerspüchliches vom Islamischen Zentralrat*, in: NZZ (www.nzz.ch), 2015, p. « https://www.nzz.ch/schweiz/aktuelle-themen/widerspruechliches-vom-islamischen-zentralrat-ld.3073 », (Último acceso: 02.05.2024) (citado como: NZZ, *Zentralrat*).

RYSER Daniel, *Die Dschihadisten von Bümpliz,* in: WOZ Die Wochenzeitung (www.woz.ch), 2016, p. « https://www.woz.ch/1634/qaasim-illi-und-der-islamische-zentralrat/die-dschihadisten-von-buempliz », (Último acceso: 02.07.2024) (citado como: RYSER, *Dschihadisten*).

SCHMID Evelyne / LUBISHTANI Kastriot / AJIL Ahmed / BOILLET Véronique / CAPUS Nadja, *Les activités terroristes, une définition terrorisante?*, en: Camille Perrier Depeursinge et al. (eds.), *Mélanges en l'honneur du Prof. Laurent Moreillon*, Lausana 2022, 593 – 604 (citado como: SCHMID et al.).

SECO, *Massnahmen gegenüber bestimmten Personen, Gruppen, Unternehmen und Organisationen, die mit den Organisationen ISIL (Da'esh) und Al-Kaida in Verbindung stehen*, en: SECO (www.seco.admin.ch), 2025, p. « https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-gegenueber-personen-und-organisationen-mit-verbindung.html », (Último acceso: 02.07.2025) (citado como: SECO, *ISIL*).

SHAMILA Ahmed, *The 'war on terror', state crime & radicalization: A constitutive theory of radicalization*, 2020.

SICHERHEITSVERBUND SCHWEIZ, Nationaler Aktionsplan, en: Sicherheitsverbund Schweiz SVS (www.svs-rns.ch), 2023, p. « https://www.svs-rns.ch/de/nationaler-aktionsplan » (último acceso: 02.07.2025) (citado como: Sicherheitsverbund Schweiz, *Nationaler Aktionsplan*).

SINGELNSTEIN Tobias, *Preventive Turn-Wie Gefahr und Risiko zum zentralen Gegenstand von Strafrecht und sozialer Kontrolle werden*, en: Fischer Thomas / Hilgendorf Eric (eds.), *Gefahr*, Baden-Baden 2020, 95 – 112.

STEINBERG Guido, *Ahrar ash-Sham – die "syrischen Taliban": die Verbündeten der Nusra-Front bieten sich dem Westen als Partner an*, SWP-Aktuell (Vol. 27) 2016, 1 – 7.

Swissinfo, *Deutscher Islamprediger Pierre Vogel legal in der Schweiz*, en: SwissInfo (www.swissinfo.ch), 27 Marzo 2010, p. « https://www.swissinfo.ch/ger/deutscher-islamprediger-pierre-vogel-legal-in-der-schweiz/8569228 », (Último acceso: 02.05.2024) (citado como: Swissinfo, *Pierre Vogel*).

Tagesanzeiger, *IZRS-Sprecher […] und Pornografie – das ist Doppelmoral*, en: Tageseinzeiger (www.tageseinzeiger.ch), 21 Abril 2016, p. « https://www.tagesanzeiger.ch/izrs-sprecher-illi-und-pornografie-das-ist-doppelmoral-830424855345 », (Último acceso: 02.05.2024) (citado como: Tagesanzeiger, *IZRS-Sprecher*).

United Nations Security Council, *United Nations Security Council Consolidated List*, en: United Nations (www.un.org), p. « https://main.un.org/securitycouncil/en/content/un-sc-consolidated-list » (Último acceso: 02.07.2025) (citado como: United Nations Security Council, *Consolidated List*).

VON RÜTTE Barbara, *Der Entzug des Bürgerrechts. Eine Einordnung der Schweizer Praxis*, sui generis 2023, 95 – 103.

ZEDNER Lucia, / ASHWORTH Andrew, *The rise and restraint of the preventive state*, Annual Review of Criminology (Vol. 2) 2019, 429 – 450.

ZEDNER Lucia, *The hostile border: Crimmigration, counter-terrorism, or crossing the line on rights?*, New Criminal Law Review (Vol. 22 n° 3) 2019, 318 – 345.

ZUMSTEG Patrice Martin, *Das geplante Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) — Verfassungsgrundlage und Verfahrensrecht*, sui generis 2021, 125 – 134.

### Documentos oficiales

Bundesamt für Polizei, *Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 22 Mai 2019*, BBl 2019 4751 (citado como: BBl 2019 4751).

Bundesamt für Justiz, *Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität*, 14 de septiembre 2018, BBl 2018 6427 (citado como: BBl 2018 6427).

Nachrichtendienst des Bundes, Sicherheit Schweiz 2018, in: News Service Bund (www.news.admin.ch), 2018, p. « https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52215.pdf » (Último acceso: 02.07.2025) (citado como: Nachrichtendienst des Bundes, *Sicherheit 2018*).

Nachrichtendienst des Bundes, *Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen*, 12 de noviembre 2014, BBl 2014 8939 (citado como: BBl 2014 8939).

DPPC
Droit Pénal et Politique Criminelle
Derecho Penal y Política Criminal

# Le champ d'application des normes pénales suisses dans le cadre de la lutte contre le terrorisme transnational

Cécile Fornerod

**Proposition de citation**: Cécile Fornerod, Le champ d'application des normes pénales suisses dans le cadre de la lutte contre le terrorisme transnational, in: Revue DPPC, 2025, Volume 1, pp. 139-165.

URL: https://www.dppc.online

## Résumé

Ce travail[1] aborde les principales problématiques liées au champ d'application des normes pénales suisses dans le cadre de la lutte contre le terrorisme transnational. Il s'agit là d'une thématique relativement complexe, soulevant des débats dans la doctrine et la jurisprudence.

Dans sa contribution, l'étudiante identifie et explique les critères de rattachement à la Suisse et les bases légales spécifiques, tout en présentant les travaux préparatoires des dispositions choisies afin d'offrir une perspective temporelle sur son sujet. Elle analyse également des arrêts rendus par le Tribunal pénal fédéral et par le Tribunal fédéral, en les mettant en contexte.

Tout d'abord, l'auteure traite du cadre international et des conventions antiterroristes auxquelles la Suisse a adhéré: elle met en évidence l'absence de définition consensuelle du terrorisme au niveau mondial, qui complique l'harmonisation des efforts internationaux. Un tableau récapitulatif des principales normes pénales suisses antiterroristes et des comportements qu'elles répriment vient clarifier les dispositions en vigueur.

L'application spatiale des normes pénales suisses antiterroristes constitue ensuite le cœur du travail, par une évocation des conflits de compétence à raison du lieu, puis par une analyse des implications spatiales des éléments constitutifs des normes pénales. Plusieurs exemples jurisprudentiels illustrent comment la Suisse applique ses lois pénales dans des contextes transnationaux. Les opinions – divergentes ou nuancées – exprimées dans la doctrine sont confrontées entre elles, en combinant théorie et cas pratiques.

Enfin, l'étudiante aborde l'application temporelle des normes pénales suisses antiterroristes, en tenant compte du principe général de non-rétroactivité des lois et de l'exception à ce principe, la *lex mitior*. Elle examine les modifications législatives entrées en vigueur en Suisse en 2021 et en 2023, en soulignant de quelle manière elles ont influencé la qualification et le jugement des infractions terroristes. Ces réformes législatives et des exemples de décisions rendues mettent en lumière le difficile équilibre à trouver entre répression préventive et respect des principes fondamentaux de l'État de droit, dans un pays peu touché jusqu'ici par le terrorisme en comparaison avec d'autres.


[1] Ce travail a été rédigé dans le cadre des études de Bachelor of Law au sein de la Faculté de droit d'UniDistance Suisse (semestre de printemps 2024).

## Resumen

Este trabajo de grado aborda las principales cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación de las normas penales suizas en el marco de la lucha contra el terrorismo transnacional. Se trata de un tema relativamente complejo, que suscita debates en la doctrina y la jurisprudencia.

En su trabajo, la estudiante identifica y explica los criterios de vinculación con Suiza y las bases legales específicas, al tiempo que presenta los trabajos preparatorios de las disposiciones elegidas para ofrecer una perspectiva temporal sobre el tema. También analiza las sentencias dictadas por el Tribunal Penal Federal y el Tribunal Federal, poniéndolas en contexto.

En primer lugar, la autora aborda el marco internacional y los convenios antiterroristas a los que se ha adherido Suiza: pone de relieve la falta de una definición consensuada de terrorismo a nivel mundial, lo que complica la armonización de los esfuerzos internacionales. Un cuadro de recapitulación de las principales normas penales suizas contra el terrorismo y de los comportamientos que reprimen las disposiciones vigentes.

A continuación, el trabajo se centra en la aplicación espacial de las normas penales suizas contra el terrorismo, evocando los conflictos de competencia por razón del lugar y analizando las implicaciones espaciales de los elementos constitutivos de las normas penales. Varios ejemplos jurisprudenciales ilustran cómo Suiza aplica sus leyes penales en contextos transnacionales. Se confrontan las opiniones —divergentes o matizadas— expresadas en la doctrina, combinando la teoría y los casos prácticos.

Por último, la estudiante aborda la aplicación temporal de las normas penales suizas contra el terrorismo, teniendo en cuenta el principio general de irretroactividad de las leyes y la excepción a este principio, la *lex mitior*. Examina las modificaciones legislativas que entraron en vigor en Suiza en 2021 y 2023, destacando cómo han influido en la calificación y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. Estas reformas legislativas y los ejemplos de sentencias dictadas ponen de relieve el difícil equilibrio que hay que encontrar entre la represión preventiva y el respeto de los principios fundamentales del Estado de derecho, en un país poco afectado hasta ahora en comparación con otros.

## Abstract

This bachelor's thesis addresses the main issues related to the scope of Swiss criminal law in the fight against transnational terrorism. This is a relatively complex topic that has sparked debate in legal doctrine and case law.

In her paper, the student identifies and explains the criteria for establishing a connection to Switzerland and the specific legal bases, while presenting the preparatory work for the selected provisions in order to provide a historical perspective on the subject. She also analyses judgments handed down by the Federal Criminal Court and the Federal Supreme Court, placing them in context.

First, the author discusses the international framework and the anti-terrorism conventions to which Switzerland has acceded, highlighting the lack of a consensus definition of terrorism at the global level, which complicates the harmonisation of international efforts. A summary table of the main Swiss criminal law provisions on terrorism and the conduct they punish clarifies the provisions in force.

The spatial application of Swiss criminal law on terrorism is then the focus of the paper, with a discussion of conflicts of jurisdiction based on location, followed by an analysis of the spatial implications of the constituent elements of criminal law. Several examples from case law illustrate how Switzerland applies its criminal law in transnational contexts. The divergent or nuanced opinions expressed in legal doctrine are compared, combining theory and practical cases.

Finally, the student addresses the temporal application of Swiss anti-terrorism criminal law, taking into account the general principle of non-retroactivity of laws and the exception to this principle, the *lex mitior*. She examines the legislative changes that came into force in Switzerland in 2021 and 2023, highlighting how they have influenced the classification and sentencing of terrorist offences. These legislative reforms and examples of court decisions highlight the difficult balance to be struck between preventive repression and respect for the fundamental principles of the rule of law in a country that has been relatively lightly affected by terrorism compared to others.

# Sommaire

**Introduction** **144**
**I. La dimension transnationale de la répression du terrorisme** **144**
A. Le cadre international de la lutte antiterroriste 144
B. Les principales normes antiterroristes 145
C. Les fondements de compétence de la Suisse et les juridictions concernées 148
**II. L'application spatiale des normes antiterroristes** **149**
A. Les conflits de compétence à raison du lieu 149
1. Les conflits positifs 149
2. Les conflits négatifs 149
B. Les implications spatiales des éléments constitutifs de normes antiterroristes 150
1. Les organisations terroristes: l'art. 260ter CP 151
2. Le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent: l'art. 260quinquies CP 155
3. Le recrutement, la formation et le voyage en vue d'un acte terroriste: l'art. 260sexies CP 157
**III. L'application temporelle des normes antiterroristes** **159**
A. L'application du droit pénal dans le temps 159
B. Les changements législatifs intervenus le 1er juillet 2021 160
1. La nouvelle teneur de l'art. 260ter CP 160
2. La nouvelle teneur de l'art. 74 LRens 161
3. L'entrée en vigueur de l'art. 260sexies CP 161
C. Les changements législatifs intervenus le 1er juillet 2023 162
**Conclusion** **163**
**Bibliographie** **164**

# Introduction

[1] Comme la plupart des pays, la Suisse s'est dotée de dispositions pénales permettant de lutter contre le terrorisme. Le terrorisme est un phénomène transnational par essence, compte tenu notamment des réseaux (sociaux) internationaux de communication voire d'encouragement au passage à l'acte qui le sous-tendent. Dans la présente étude, nous nous proposons d'aborder le champ d'application des normes pénales suisses dans le cadre de la lutte contre le terrorisme transnational, en procédant en trois étapes.

[2] Il s'agira tout d'abord (*infra* I) d'esquisser le cadre international de la lutte antiterroriste, de circonscrire les principales normes pénales suisses antiterroristes que nous allons examiner de plus près et de présenter brièvement les fondements de compétence de la Suisse, ainsi que les juridictions concernées. Ensuite, nous nous pencherons sur l'application spatiale des normes pénales suisses antiterroristes choisies (*infra* II), ce qui constituera le cœur de ce travail: d'abord en évoquant succinctement et de manière théorique les conflits de compétence, puis en observant, références jurisprudentielles à l'appui, les implications spatiales liées aux éléments constitutifs des infractions à caractère terroriste sélectionnées. Enfin, nous nous intéresserons à l'application temporelle des normes pénales suisses antiterroristes (*infra* III), en commençant par rappeler les grands principes de l'application du droit pénal dans le temps, puis en dressant un inventaire des changements législatifs intervenus en 2021 et en 2023 dans les dispositions antiterroristes qui font l'objet de la présente étude.

# I. La dimension transnationale de la répression du terrorisme

## A. Le cadre international de la lutte antiterroriste

[3] De par sa nature, le terrorisme est un phénomène international: il ne connaît pas de limites géographiques et se joue même des frontières. Il va de soi que la lutte contre le terrorisme ne concerne pas uniquement la Suisse, même lorsque des actes d'ordre terroriste y sont préparés, se produisent sur le territoire helvétique ou que leurs auteurs peuvent être poursuivis par des instances suisses en présence d'éléments d'extranéité. Pour être le plus efficace possible, la lutte contre le terrorisme – en particulier contre les agissements où celui-ci s'exerce de manière clairement transnationale – doit être menée à l'échelle internationale et implique une concertation entre pays, à la fois sur le plan législatif[2], sur le plan policier[3] et sur le plan judiciaire[4].

[4] La plupart des États, confrontés depuis un certain nombre d'années ou de décennies à une augmentation des comportements liés au terrorisme[5], ont uni leurs forces avec d'autres États sous la forme de conventions afin de coordonner leurs actions en matière de répression. La Suisse, qui est au centre du présent travail, ne fait pas exception: elle a conclu plusieurs conventions

[2] Voir notamment: PERRIN / GAFNER, p. 352.

[3] Voir par ex. DELLA VALLE, p. 51, au sujet de la lutte contre la criminalité organisée.

[4] Voir notamment: Message 2018 renforcement, p. 6526.

[5] AJIL / LUBISHTANI, n° 1; MOREILLON / LUBISHTANI, p. 500 et 507; PIETH, p. 265.

bilatérales et a adhéré à d'autres conventions, régionales ou internationales, dans le domaine de la lutte contre le terrorisme[6].

## B. Les principales normes antiterroristes

[5] Qu'est-ce au juste que le terrorisme ? Si cette notion semble intuitivement simple à concevoir dans la vie de tous les jours, tenter de définir le terrorisme dans le domaine du droit comme par d'autres approches, c'est se confronter d'emblée à un écueil bien plus périlleux. Nombreux sont les auteurs à relever qu'il n'existe aucune définition internationale et consensuelle du terrorisme[7], comme l'avait déjà constaté l'Organisation des Nations Unies (ci-après: ONU) dans ses travaux pour proposer une définition uniforme. Dans un Message de 2018, le Conseil fédéral a également souligné que « *le droit pénal international n'établit pas de définition générale du terrorisme* »[8] et qu'il « *n'existe pas de définition universelle du terrorisme* »[9]. C'est pourquoi il nous paraît plus efficace de nous pencher directement sur la définition du terrorisme telle qu'elle se dégage des principales normes pénales suisses antiterroristes elles-mêmes, qui se trouvent majoritairement au Titre 12 du Code pénal (ci-après CP): « *Crimes ou délits contre la paix publique* ». Du texte même des art. 260$^{ter}$ al. 1 let. a ch. 2, 260$^{quinquies}$ al. 1 et 260$^{sexies}$ al. 1 CP, on peut inférer que le terrorisme se définit en droit suisse comme la « *violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque* »[10].

---

[6] Nous reviendrons plus loin (*infra* II.A.1) sur quelques conventions ayant un impact déterminant sur le règlement des conflits positifs de compétence. Parmi les autres conventions qui portent plutôt sur des circonstances particulières ou sur des aspects précis de la manifestation de comportements de nature terroriste, mentionnons la Convention du 14 septembre 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (RS 0.748.710.1), la Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (RS 0.748.710.2), la Convention du 10 avril 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (RS 0.515.07), la Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (RS 0.351.5), la Convention internationale du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages (RS 0.351.4), la Convention du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (RS 0.747.71), la Convention du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (RS 0.515.08), la Convention internationale du 15 décembre 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (RS 0.353.21), la Convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (RS 0.311.43), la Convention internationale du 13 avril 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (RS 0.353.23), la Convention du 10 septembre 2010 sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale (RS 0.748.710.5), ou encore la Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (RS 0.311.54).

[7] Par ex. LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260$^{quinquies}$ n° 8; MOREILLON / LUBISHTANI, p. 503; NIGGLI et al., n° 1591; WEDER, art. 260$^{quinquies}$ n° 17.

[8] Message 2018 renforcement, p. 6476.

[9] *Idem*, p. 6480.

[10] C'est également la définition du terrorisme retenue dans l'ATF 145 IV 470 consid. 4.1. Sur le plan historique, on peut relever que la notion de terrorisme a fait sa première apparition officielle en Suisse en 1992, dans un document du DFJP intitulé « *Directives sur la mise en application de la protection de l'État* » (Directives DFJP 1992, p. 149 ss). Selon ces directives, les activités de police préventive consistent notamment à « *détecter à temps, prévenir et combattre les menées terroristes* », celles-ci étant menées « *en vue d'atteindre des buts politiques dont les partisans commettent ou cautionnent des actes de violence contre la communauté, contre des personnalités publiques ou contre des institutions de l'État, ou s'en accommodent* » (Directives DFJP 1992, p. 150 s).

[6] Outre les art. 260$^{ter}$, 260$^{quinquies}$ et 260$^{sexies}$ CP précités, les autres dispositions du Code pénal qui comportent – dans leur note marginale ou dans le corps de l'énoncé de fait légal lui-même – le mot « *terrorisme* » ou « *terroriste* » sont les art. 66*a*, 72, 78, 90 CP (Partie générale) et 305$^{bis}$ CP (Partie spéciale). Il existe encore d'autres dispositions légales suisses qui mentionnent expressément le terrorisme, en dehors du CP. Pour les besoins de la présente étude, nous avons fait le choix de retenir les art. 72, 260$^{ter}$, 260$^{quinquies}$, 260$^{sexies}$ et 305$^{bis}$ CP et d'y ajouter l'art. 74 de la loi fédérale sur le renseignement (ci-après: LRens) relatif à l'interdiction d'organisations[11], ainsi que quelques références ponctuelles à la loi sur le blanchiment d'argent (ci-après: LBA). Ce sont là en effet les normes antiterroristes qui nous paraissent les plus pertinentes en droit positif suisse et certaines sont si étroitement liées entre elles que leur champ d'application pourrait difficilement être analysé séparément.

[7] Le tableau à la page suivante synthétise, pour mémoire, les normes pénales suisses antiterroristes que nous avons sélectionnées pour ce travail, ainsi que les comportements (éléments objectifs fondamentaux de la typicité) qui permettent de retenir ou du moins de soupçonner les infractions correspondantes et donc d'envisager d'appliquer le droit pénal suisse.

[11] L'art. 74 LRens est le pendant de l'art. 260$^{ter}$ CP lorsque le Conseil fédéral a expressément interdit une organisation. Pour des développements plus complets sur les rapports entre l'art. 74 LRens et les art. 260$^{ter}$, 260$^{quinquies}$, 260$^{sexies}$ et 305$^{bis}$ CP, voir notamment: Message 2018 renforcement, p. 6523 à 6526 et p. 6544 s.

| **Disposition ou loi** | **Note marginale de la disposition ou intitulé de la loi** | **Comportement(s) réprimé(s)** |
|---|---|---|
| Art. 72 CP | Confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle ou terroriste | Exercer un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle ou terroriste (l'obtention délictueuse des valeurs est présumée, de même qu'est présumé le pouvoir de disposition de l'organisation elle-même sur ces valeurs) |
| Art. 260$^{ter}$ CP | Organisations criminelles et terroristes | Participer à ou soutenir une organisation criminelle ou terroriste |
| Art. 260$^{quinquies}$ CP | Financement du terrorisme | Réunir ou mettre à disposition des fonds (valeurs patrimoniales) en vue de financer un acte terroriste |
| Art. 260$^{sexies}$ CP | Recrutement, formation et voyage en vue d'un acte terroriste | Recruter quelqu'un pour commettre ou participer à un acte terroriste (al. 1 let. a), former (entraîner) quelqu'un à la fabrication d'armes, d'explosifs, de matériaux radioactifs, de gaz toxiques ou d'autres substances dangereuses dans le but de commettre ou participer à un acte terroriste (al. 1 let. b), se laisser former (entraîner) à cette fabrication (al. 1 let. b), entreprendre un voyage transfrontalier pour commettre un acte terroriste, y participer ou suivre une formation dans ce but (al. 1 let. c), réunir ou mettre à disposition des fonds pour financer un tel voyage (al. 2) |
| Art. 305$^{bis}$ CP | Blanchiment d'argent | Entraver la confiscation d'une valeur patrimoniale provenant d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié préalable |
| LBA | Loi fédérale concernant le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme | Omettre de vérifier l'identité du cocontractant et de l'ayant droit économique d'un compte ou d'une transaction (art. 3 à 5 et 8*a*), omettre de clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires (art. 6 et 8*a*), violer le devoir de communiquer au MROS des soupçons de financement du terrorisme (art. 9 *cum* art. 37) |
| Art. 74 LRens | Interdiction d'organisations | Participer sur le territoire suisse à une organisation interdite par le Conseil fédéral, lui apporter un soutien personnel ou matériel, organiser des actions de propagande en sa faveur ou en faveur de ses objectifs, recruter pour elle ou encourager ses activités de toute autre manière |

## C. Les fondements de compétence de la Suisse et les juridictions concernées

[8] Pour que la compétence pénale – territoriale ou extraterritoriale – de la Suisse soit fondée, il y a une condition préalable, à savoir l'exigence d'une base légale: « *Une peine ou une mesure ne peuvent être prononcées qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi* » (art. 1 CP). En droit de procédure pénale, l'exigence de base légale est en particulier formulée à travers le principe de la légalité des poursuites[12]: « *Les autorités pénales sont tenues, dans les limites de leurs compétences, d'ouvrir et de conduire une procédure lorsqu'elles ont connaissance d'infractions ou d'indices permettant de présumer l'existence d'infractions* » (art. 7 al. 1 du code de procédure pénale (ci-après: CPP)).

[9] Quant aux juridictions concernées (cantons ou Confédération), il faut distinguer deux cas de figure selon les conditions personnelles de l'auteur de l'infraction – hormis les personnes dont les actes doivent être jugés d'après le code pénal militaire (ci-après: CPM), cas à part réservé à l'art 9 al. 1 CP et que nous n'aborderons pas dans le cadre de ce travail. Si l'auteur de l'infraction est un adulte, les juridictions compétentes sont déterminées par les art. 22 et 23 CPP. Si l'auteur de l'infraction est un mineur (art. 9 al. 2 CP), elles sont déterminées par la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (ci-après: DPMin) et la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (ci-après: PPMin). En effet, l'art. 9 al. 2 CP a été introduit pour tenir compte du fait que le droit pénal des mineurs n'est plus réglementé comme auparavant par le CP parallèlement au droit pénal ordinaire, mais fait l'objet d'une loi en soi, le DPMin[13]. Bien qu'il soit indiscutablement très intéressant et utile d'étudier les comportements de nature terroriste chez les auteurs mineurs – en particulier parce que les manifestations de radicalisation apparaissent maintenant dès le plus jeune âge –, nous serons contraints, pour des raisons pratiques, de nous limiter ici au droit pénal des adultes[14].

[10] Enfin, pour les infractions spécifiquement liées au terrorisme qui nous intéressent, précisons que l'art. 24 al. 1 CPP prévoit la compétence de la juridiction fédérale s'agissant de la poursuite des infractions visées aux art. 260$^{ter}$, 260$^{quinquies}$, 260$^{sexies}$ et 305$^{bis}$ CP, lorsque les actes punissables ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger (art. 24 al. 1 let. a CPP) ou dans plusieurs cantons sans qu'il n'y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux (art. 24 al. 1 let. b CPP)[15]. En ce qui concerne la commission prépondérante à l'étranger, CAPPA indique qu'il faut comprendre ce critère en ce sens que la composante étrangère doit atteindre une masse critique telle que les instruments d'enquête dont dispose la Confédération sont plus aptes que ceux des cantons à assurer une répression efficace[16]. Quant à la compétence de poursuivre et de juger les infractions au sens de l'art. 74 al. 4 LRens, elle revient elle aussi aux autorités fédérales, en vertu de l'art. 74 al. 6 LRens.

[11] Ces quelques éléments introductifs ayant été apportés, venons-en maintenant au premier aspect du champ d'application des normes pénales suisses antiterroristes: l'application dans l'espace.

---

[12] HURTADO POZO / ILLÁNEZ, art. 1 CP n$^{os}$ 3 et 46a.

[13] ZIEGLER / WEHRENBERG, art. 9 CP n° 4.

[14] Nous renvoyons toutefois le lecteur à l'article suivant, éclairant et porteur pour l'avenir: LUBISHTANI, p. 141 ss.

[15] LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260$^{ter}$ CP n° 32.

[16] CAPPA, p. 39.

# II. L'application spatiale des normes antiterroristes

## A. Les conflits de compétence à raison du lieu

### 1. Les conflits positifs

[12] Actuellement, on ne trouve pas de norme supranationale unanimement acceptée qui délimiterait chaque souveraineté nationale ou qui instituerait une hiérarchie entre les différents droits nationaux théoriquement applicables à une infraction à caractère transnational: tout État reste en principe maître de définir comme il l'entend le champ d'application spatial de son droit pénal[17]. Par conséquent, lorsqu'un état de fait présente des éléments d'extranéité, il arrive que plusieurs États s'estiment compétents pour poursuivre l'auteur présumé de l'infraction. On parle alors de conflit positif de compétence.

[13] Pour remédier aux problèmes qui peuvent se poser lorsque plusieurs juridictions de pays différents se jugent compétentes pour la même procédure pénale (à savoir dirigée contre le même auteur présumé pour le même complexe de faits), divers mécanismes existent sur le plan international. La reconnaissance – limitée ou étendue selon les cas – d'un jugement étranger trouve son expression dans le concept de litispendance internationale, le principe de l'imputation, le principe d'extinction (parfois appelé également principe de liquidation) et le principe d'exécution[18]. La Suisse a ratifié de nombreuses conventions qui font foi lorsqu'un conflit positif de compétence se présente, notamment dans le domaine du terrorisme, afin de savoir de quelle manière régler ce conflit et de déterminer dans quelle mesure le droit suisse doit s'appliquer et sous quelle forme. Parmi ces conventions, on peut citer – de manière non exhaustive évidemment – la Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, la Convention du 16 mai 2005 du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (ci-après: CCEPT), la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (ci-après: CEExtr), la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme (ci-après: CERT), la Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (ci-après: CRFT) et la Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées. L'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne pourra malheureusement pas faire l'objet d'une analyse plus détaillée ici, mais nous en parlerons de manière ponctuelle par la suite (voir *infra* II.B.1).

### 2. Les conflits négatifs

[14] À l'inverse du conflit positif de compétence, il peut y avoir des cas dans lesquels aucun État ne revendique sa compétence pour connaître d'une infraction[19]. On parle alors de conflit négatif

---

[17] HARARI / LINIGER GROS, introduction art. 3 à 8 CP n° 7.

[18] Cf. notamment: HARARI / LINIGER GROS, introduction art. 3 à 8 CP n° 7. Comme le précisent HURTADO POZO / GODEL, nos 191, 192 et 194, « le principe d'imputation de la peine étrangère subie […] matérialise l'exclusion du principe ne bis in idem entre la poursuite en Suisse et la poursuite à l'étranger, mais rappelle à l'autorité pénale qu'elle doit tenir compte de la peine prononcée à l'étranger à condition que celle-ci ait déjà été subie en totalité ou partiellement. Elle prononce alors une peine complémentaire ». Quant au principe de liquidation ou d'extinction, il « limite la compétence de la Suisse d'enclencher une seconde poursuite (ordonnance de non-entrée en matière) et ordonne le classement de la procédure ouverte lorsque l'auteur […] a été poursuivi à l'étranger à la requête des autorités pénales suisses ». Enfin, le principe d'exécution « autorise que la peine ou la mesure prononcée à l'étranger soit exécutée en Suisse ».

[19] VILLARD, p. 145 s.

de compétence. Bien que les conflits négatifs de compétence soient indésirables dans tous les domaines du droit pénal étant donné l'impunité qu'ils engendrent, il nous paraît particulièrement important de les éviter en matière de lutte contre le terrorisme (transnational).

[15] Depuis plusieurs années, le Tribunal fédéral (ci-après: TF) réaffirme fréquemment que dans un contexte international et afin d'éviter les conflits négatifs de juridictions, il se justifie d'admettre la compétence territoriale du juge suisse même en l'absence de lien étroit entre l'infraction et le territoire helvétique[20]. L'art. 7 CP (compétence extraterritoriale) contribue également à réduire les risques de conflits négatifs, à certaines conditions, lorsqu'une infraction est commise en un lieu qui ne relève d'aucune juridiction pénale et que l'auteur ou la victime de cette infraction est de nationalité suisse[21]. En outre, VILLARD indique, à juste titre: « [*M]ême si la compétence s'examine d'office, et à toutes les étapes de la procédure, elle est évidemment avant tout vérifiée à l'ouverture de celle-ci. Or, à ce stade, la maxime in dubio pro duriore s'applique, y compris au regard du critère de rattachement, de sorte qu'en cas d'incertitude la jurisprudence tranche en faveur de la compétence du juge suisse* »[22]. Cette réalité procédurale limite à notre sens le risque de conflits négatifs de compétence.

## B. Les implications spatiales des éléments constitutifs de normes antiterroristes

[16] Il convient maintenant de mettre en rapport les normes pénales suisses antiterroristes retenues dans cette étude avec les critères existants de rattachement à la Suisse, afin d'examiner quelques cas où le droit pénal suisse s'applique dans des situations à caractère terroriste présentant des éléments d'extranéité.

[17] Tout d'abord, rappelons que le principe de la territorialité prévoit l'applicabilité du CP lorsqu'une infraction est commise en Suisse (art. 3 al. 1 CP). Cependant, *a fortiori* dès qu'un élément d'extranéité est présent dans un état de fait, l'art. 3 CP ne suffit pas à lui seul à arrêter la compétence – ou du moins la compétence exclusive – d'une juridiction suisse: « *CP 8 doit se lire en corrélation avec CP 3, puisqu'il définit les situations dans lesquelles l'on considère qu'un crime ou un délit a été commis en Suisse* »[23]. Pour les cas d'infractions terroristes à caractère transnational sur lesquels nous allons nous pencher (*infra* II.B.1, II.B.2 et II.B.3), ce sont le plus souvent les art. 3 et 8 CP (principe de l'ubiquité relative) qui fondent la compétence de la Suisse et l'application du droit pénal suisse.

[18] En effet, l'art. 4 CP (compétence défensive de l'État) nous apparaît peu pertinent en pratique, à moins qu'une infraction terroriste commise à l'étranger porte atteinte ou menace directement un bien juridique fondamental dont l'État helvétique serait titulaire: « *La limitation de la référence de CP 4 aux infractions du titre treizième implique que ce critère de rattachement ne s'applique pas aux autres infractions prévues par le CP* »[24]. De plus, « *l'ouverture d'une poursuite pénale fondée sur CP 4 présuppose une décision d'une autorité politique, soit le Conseil fédéral, et non d'une autorité judiciaire* »[25]. Cela ne serait pas impossible, mais nous n'avons pas connaissance qu'un

[20] Par ex. ATF 133 IV 171 consid. 6.3; voir également: HARARI / LINIGER GROS, art. 8 CP n° 10a; HURTADO POZO / GODEL, n° 157; VILLARD, p. 145.

[21] HURTADO POZO / GODEL, n° 218.

[22] VILLARD, p. 146, avec les références citées.

[23] HARARI / LINIGER GROS, art. 8 CP n° 6.

[24] HARARI / LINIGER GROS, art. 4 CP n° 10; dans le même sens: POPP / KESHELAVA, art. 4 CP n° 1.

[25] HARARI / LINIGER GROS, art. 4 CP n° 15a.

tel cas de figure se soit déjà présenté en lien avec le terrorisme dans l'histoire jurisprudentielle suisse. Quant à l'art. 5 CP (compétence universelle illimitée), on pourrait imaginer qu'il soit susceptible de s'appliquer si l'une des infractions listées à l'art. 5 al. 1 CP était commise à grande échelle sur des mineurs dans un but clairement terroriste, mais même dans une telle hypothèse, la question d'éventuels concours d'infractions resterait encore à clarifier et dépasserait largement le cadre de ce travail; c'est pourquoi nous n'aborderons pas ci-dessous la compétence universelle illimitée.

[19] En ce qui concerne l'art. 6 CP (compétence extraterritoriale conventionnelle), HENZELIN indique: « [*L]e crime de terrorisme n'est appréhendé par aucune convention internationale de portée générale, mais seulement par des conventions qui couvrent certaines de ses manifestations (statut particulier des personnes visées, méthodes utilisées telles que prises d'otages, attentats au moyen d'explosifs, détournements d'avions, etc.)* ».[26]. Cela ne signifie pas pour autant que les infractions à caractère terroriste que nous avons retenues pour cette étude ne puissent pas être réprimées par le droit pénal suisse sur la base de l'art. 6 CP. En effet, HURTADO POZO et GODEL précisent que l'art. 6 CP *« octroie à la Suisse une compétence de remplacement subsidiaire […] ou une obligation de poursuite […], limitée aux actes relevant de la compétence territoriale d'un État étranger avec lequel la Suisse s'est liée pour en assurer la poursuite obligatoire »*[27]. Il s'agit donc dans chaque cas d'espèce d'examiner le contenu de la convention conclue par la Suisse avec l'État étranger concerné[28]. Nous verrons plus bas que la CRFT, en particulier, a des incidences sur l'applicabilité de l'art. 6 CP en cas d'infraction à l'art. 260$^{quinquies}$ CP (cf. *infra* II.B.2).

[20] Une autre disposition qui permet parfois de fonder la compétence de la Suisse dans les cas d'infractions qui nous occupent est l'art. 7 CP (*supra* II.A.2), que ce soit sur la base d'une compétence extraterritoriale ordinaire ou sur la base d'une compétence extraterritoriale extraordinaire.

[21] Enfin, la compétence quasi-territoriale de la Suisse pourrait être donnée dans des cas d'infractions à caractère terroriste, si l'infraction était commise à bord d'un aéronef suisse (principe du pavillon, art. 97 al. 1 LA), dans l'espace aérien suisse (art. 11 al. 1 de la Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (ci-après: LA)), à bord d'un navire suisse (art. 4 al. 2 de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (ci-après: LNM)), ou même, depuis le 1$^{er}$ août 2021, à l'intérieur d'un aéronef étranger en vol hors de l'espace aérien suisse à condition que l'aéronef atterrisse en Suisse avec l'auteur de l'infraction à son bord (art. 97 al. 1$^{bis}$ LA)[29]. Nous n'avons cependant, là non plus, pas connaissance de cas d'infractions terroristes déjà réprimées par les autorités pénales suisses sur la base de cette compétence quasi-territoriale et ne ferons donc pas spécialement état de cette compétence plus bas.

## 1. Les organisations terroristes: l'art. 260$^{ter}$ CP en relation avec l'art. 74 LRens et l'art. 72 CP

[22] Avant l'introduction de l'art. 260$^{ter}$ CP dans le Code pénal le 1$^{er}$ août 1994, la Suisse, à la différence de ses pays voisins et de bien d'autres États, ne prévoyait aucune disposition générale réprimant les diverses formes de soutien apporté à un groupement criminel, ce qui constituait notamment un obstacle à l'octroi de l'entraide judiciaire, la condition de la double incrimination

[26] HENZELIN, art. 6 CP n° 8.

[27] HURTADO POZO / GODEL, n° 209; voir également: HENZELIN, art. 6 CP n$^{os}$ 9 et 14.

[28] Cf. HENZELIN, art. 6 CP n° 32.

[29] Voir: LUDWICZAK GLASSEY, p. 251, qui parle à ce propos de « *compétence rétroactive de l'État d'atterrissage* ».

n'étant pas remplie[30]. Aujourd'hui, l'art. 260ter al. 5 CP en particulier, en vigueur depuis le 1er juillet 2021, permet de poursuivre en Suisse quiconque soutient une organisation criminelle ou terroriste ou participe à celle-ci à l'étranger si cette organisation exerce ou doit exercer une partie de son activité criminelle ou terroriste en Suisse[31]. Cette règle de compétence constitue une extension des règles générales de compétence des art. 3 ss CP[32]. En effet, en vertu du principe de l'ubiquité relative, la notion d'exercice d'une activité terroriste doit s'entendre non seulement du lieu de commission effective ou projeté des actes terroristes de l'organisation, mais aussi du lieu dans lequel leur résultat se produit ou doit se produire (cf. art. 8 al. 1 et 2 CP)[33]. Lorsque l'organisation terroriste déploie son activité à l'étranger et qu'elle est soutenue depuis la Suisse ou que des actes de participation sont commis en Suisse, le droit suisse est applicable en vertu de la règle générale de l'art. 3 al. 1 CP (compétence territoriale)[34].

[23] Un cas jugé par le TPF[35] illustre l'application conjointe de l'art. 3 al. 1 CP et de l'art. 8 al. 1 CP pour justifier l'application du droit pénal suisse, alors que plusieurs actes du prévenu visés par l'art. 260ter CP avaient été commis à Bâle et d'autres actes dans des lieux incertains: « *Gemäss Art. 3 Abs. 1 StGB ist dem Schweizerischen Strafgesetzbuch unterworfen, wer in der Schweiz ein Vergehen oder ein Verbrechen begeht. Weiter bestimmt Art. 8 Abs 1 StGB, dass ein Verbrechen oder Vergehen als da begangen gilt, wo der Täter es ausführt oder pflichtwidrig untätig bleibt, und da, wo der Erfolg eingetreten ist. […] Der Straftatbestand der kriminellen Organisation sieht eine ergänzende Zuständigkeit für die Verfolgung von Taten im Rahmen von Art. 260ter StGB vor […]: Strafbar ist demnach auch, wer die Tat im Ausland begeht, wenn die Organisation ihre verbrecherische Tätigkeit ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt.* ».[36]

[24] Dans un arrêt de 2008[37], le TF a considéré, à la suite du tribunal pénal fédéral (ci-après: TPF)[38], que la mise à disposition de sites internet pour favoriser la propagande d'une organisation terroriste réalisait l'élément constitutif de soutien à une organisation criminelle au sens de l'art. 260ter CP. Bien que le recourant ait argué que l'utilisation de forums sur des sites internet publics lui apparaissait comme un moyen de communication totalement inadéquat pour planifier et entreprendre des activités criminelles, la Cour des affaires pénales a relevé que les sites incriminés « *avaient aussi été utilisés, d'une part comme moyen de communication vers le public à des fins de guerre psychologique (annonces et revendications d'attentats; publications de documents à caractère violent, etc.) et, d'autre part, à destination de personnes susceptibles d'utiliser ces informations (informations relatives à la confection et à l'utilisation d'explosifs, par exemple)* »[39]. De plus, comme les sites du recourant avaient été utilisés par des organisations criminelles pour transmettre des informations dont la diffusion constitue en elle-même déjà une activité criminelle, la mise à disposition de ces sites relevait bien d'une contribution directe aux activités criminelles de ces organisations au sens de l'art. 260ter CP.

---

[30] LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260ter CP n° 1; DE VRIES REILINGH, p. 290.

[31] LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260ter CP n° 28.

[32] WEDER, art. 260ter n° 36b.

[33] Cf. notamment: LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260ter CP n° 29; HARARI / LINIGER GROS, art. 8 CP n° 53.

[34] LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260ter CP n° 31.

[35] TPF SK.2013.39 du 2 mai 2014.

[36] TPF SK.2013.39 précité consid. 1.1.

[37] TF 6B_645/2007 du 2 mai 2008.

[38] TPF SK.2007.4 du 21 juin 2007.

[39] TF 6B_645/2007 du 2 mai 2008 consid. 7.3.3.1 et 7.3.3.2.

[25] Pour ce qui est plus précisément de la compétence *ratione loci* du TPF dans le cas que nous venons d'évoquer, il faut relever que l'auteur de l'infraction à l'art. 260ter CP était domicilié en Suisse (dans le canton de Fribourg) au moment des faits et que le Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) a fait état dans son acte d'accusation de l'ouverture de six sites internet successifs, hébergés respectivement en Suisse, au Canada, en Suisse, aux Pays-Bas, en Suisse (puis au Canada) et en France[40]. En outre, ces sites comportaient de multiples renvois les uns aux autres (liens, *banners*) lorsqu'ils étaient actifs en même temps. Le TPF a statué sur sa compétence de la manière suivante: « *À teneur de l'art. 337 al. 1 CP[41], la juridiction fédérale est compétente pour connaître des infractions à l'art. 260ter CP si les actes punissables ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger, ou dans plusieurs cantons, sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux. […] Selon l'acte d'accusation […], les actes de soutien à une organisation criminelle imputés à A. ont été accomplis à U. (canton de Fribourg) "et en tout autre lieu". Les actes considérés consistent en substance à avoir ouvert des sites sur le réseau Internet, à les avoir mis à disposition de nombreuses organisations criminelles étrangères pour y diffuser des messages ou des revendications de crimes, à avoir permis l'utilisation de ces sites pour diffuser des informations sur la fabrication d'explosifs et avoir enfin diffusé sur ces sites des images représentant des actes de violence commis par des groupements terroristes* »[42].

[26] Il ne faut jamais oublier cependant que la compétence de la Suisse dépend de l'existence d'une base légale suffisamment précise pour que les personnes soumises au droit pénal suisse puissent savoir, avant d'adopter un certain comportement, que celui-ci est pénalement répréhensible en Suisse (cf. art. 1 CP et *supra* I.C). Ainsi, dans un arrêt du TF de 2019[43] faisant suite à un jugement du TPF de 2018[44], aucune infraction à l'art. 260ter CP n'a été retenue à l'encontre d'individus qui avaient pourtant fait de la propagande et collecté des fonds pendant dix ans en Suisse pour le mouvement «*Liberation Tigers of Tamil Eelam*» – à l'origine de divers actes à caractère terroriste au Sri Lanka selon le TF – car ce mouvement n'avait jamais été classé par la Suisse parmi les organisations criminelles ou terroristes: conformément au principe de la légalité, une infraction visée par l'art. 260ter CP n'était pas prévisible pour les prévenus[45].

[27] Sur ce point, l'art. 74 LRens joue un rôle déterminant dans l'applicabilité de l'art. 260ter CP. Il permet au Conseil fédéral d'interdire par voie de décision « *une organisation ou un groupement qui, directement ou indirectement, propage, soutient ou promeut d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent, menaçant ainsi concrètement la sûreté intérieure ou extérieure* » de la Suisse (art. 74 al. 1 LRens). Le Conseil fédéral précise qu'une telle interdiction – qui peut être prononcée pour cinq ans au plus, mais avec la possibilité de plusieurs prolongations de cinq ans en cinq ans – doit se fonder sur une décision des Nations Unies[46].

[28] C'est sur la base de l'art. 74 al. 4 LRens, en vigueur dans sa teneur actuelle depuis le 1er juillet 2021, que la participation et le soutien à une organisation terroriste précise peuvent être réprimés: « *Quiconque s'associe sur le territoire suisse à une organisation ou à un groupement interdit visé à l'al. 1, met à sa disposition des ressources humaines ou matérielles, organise des actions de*

---

[40] Cf. TPF SK.2007.4 du 21 juin 2007, Faits, A.

[41] L'art. 337 CP a été abrogé au 1er janvier 2011, c'est actuellement l'art. 24 al. 1 CPP qui s'appliquerait au cas d'espèce (cf. *supra* I.C).

[42] TPF SK.2007.4 du 21 juin 2007 consid. 1.1 et 1.1.1.

[43] ATF 145 IV 470.

[44] TPF SK.2016.30 du 14 juin 2018.

[45] ATF 145 IV 470 consid. 4; CASSANI et al., p. 559 s.

[46] Message 2018 renforcement, p. 6522.

*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* ». La question d'un éventuel concours entre l'art. 74 al. 4 LRens et l'art. 260$^{ter}$ CP est complexe et nous renvoyons le lecteur aux intéressantes réflexions de HEIMGARTNER et INHELDER à ce sujet, qui tiennent compte du bien juridique protégé par ces deux dispositions et des peines maximales encourues[47].

[29] Les effets de l'art. 260$^{ter}$ CP sont particulièrement importants en matière d'entraide internationale[48]. Dans ce domaine, DE VRIES REILINGH notamment souligne que « *la première influence de l'adoption de l'art. 260$^{ter}$ CP s'est – positivement – fait ressentir […] en ce sens qu'il a rapidement et dans de très nombreux cas pu être donné suite aux demandes adressées depuis l'étranger, spécialement par la confiscation en Suisse de valeurs patrimoniales provenant de ce type d'activités* »[49]. C'est pourquoi il nous paraît important d'associer l'art. 72 CP à l'étude du champ d'application de l'art. 260$^{ter}$ CP, d'autant plus que la saisie des avoirs est un outil essentiel de la lutte contre les organisations terroristes.

[30] Conformément à l'art. 72 CP, toutes les valeurs patrimoniales sur lesquelles une organisation terroriste exerce un pouvoir de disposition peuvent être confisquées[50]. Cette norme prévoit un renversement du fardeau de la preuve en posant la présomption du pouvoir de disposition de l'organisation terroriste sur toutes les valeurs patrimoniales appartenant à un membre ou à une personne qui l'a soutenue[51]. Cela signifie que si des biens sont à la disposition de l'organisation terroriste, ils seront confisqués même s'ils sont d'origine licite, puisque l'objectif de la règle est de frapper l'organisation terroriste y compris dans le cadre de ses activités économiques licites[52]. Certes, la confiscation « *implique que la juridiction suisse soit compétente pour poursuivre la personne propriétaire des valeurs délictueuses pour appartenance ou soutien à une organisation criminelle au sens de l'art. 260$^{ter}$ CP* »[53]. Cette compétence peut notamment se fonder sur l'art. 260$^{ter}$ al. 5 CP[54]. En revanche, il n'est pas nécessaire qu'une condamnation soit prononcée en Suisse en application de l'art. 260$^{ter}$ CP; tout au plus un acquittement exclut-il l'application de l'art. 72 CP, sous réserve de faits nouveaux[55].

[31] La Cour des plaintes du TPF a eu l'occasion de se prononcer en 2022 au sujet d'une confiscation (art. 72 CP) sur le compte bancaire suisse de l'épouse d'un membre d'une organisation criminelle au sens de l'art. 260$^{ter}$ CP[56]. En l'occurrence, le membre de l'organisation criminelle, condamné en Italie, n'était pas le titulaire ni l'ayant droit économique formel du compte:

---

[47] HEIMGARTNER / INHELDER, p. 1229.

[48] Cf. par ex. NIGGLI et al., n° 1588.

[49] DE VRIES REILINGH, p. 291.

[50] LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260$^{ter}$ CP n° 40.

[51] HEIMGARTNER, art. 72 CP n° 4; LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260$^{ter}$ CP n° 40.

[52] Cf. CAPPA, p. 41, à propos des organisations criminelles, mais cela s'applique également aux organisations terroristes à ce jour, compte tenu précisément de la nouvelle teneur de l'art. 260$^{ter}$ CP.

[53] ATF 134 IV 185 consid. 2.1. Cet arrêt a été rendu à propos d'une organisation criminelle, mais il est transposable aux organisations terroristes aujourd'hui étant donné la nouvelle note marginale et la nouvelle teneur de l'art. 260$^{ter}$ CP.

[54] Cf. ATF 134 IV 185 consid. 2.1, qui faisait référence à l'époque à l'art. 260$^{ter}$ ch. 3 a CP, correspondant à l'actuel art. 260$^{ter}$ al. 5 CP.

[55] Arrêt 6B_422/2013 du 6 mai 2014 consid. 3.2 et 11.

[56] TPF BB.2022.95 du 18 novembre 2022.

il disposait uniquement d'une procuration individuelle sur le compte de son épouse[57]. Cela a néanmoins suffi pour que la Cour des plaintes du TPF admette une disponibilité claire et constante des avoirs concernés (« *una chiara e costante disponibilità fattuale dei beni in questione* ») et donc la confiscation de ces avoirs en vertu de l'art. 72 CP[58].

[32] En matière d'entraide judiciaire, les cas de demandes d'extradition vers l'étranger concernant des personnes se trouvant en Suisse et soupçonnées de soutien ou de participation à une organisation terroriste au sens de l'art. 260$^{ter}$ CP ont fait l'objet de nombreux arrêts du TF. Pour qu'une demande d'extradition soit acceptée, il faut d'abord vérifier que la condition de la double incrimination est bien remplie, puis examiner s'il existe entre la Suisse et l'État requérant une convention spécifique relative à l'extradition. Le TF (à la suite de l'Office fédéral de la justice) a dû régulièrement s'assurer que la personne dont l'extradition était demandée à la Suisse n'était pas poursuivie par l'État requérant sur la base d'un délit politique ou dans le cadre d'un combat de résistance légitime.

[33] Ainsi, le TF a rejeté l'exception de délit politique soulevée par un citoyen turc suite à une demande d'extradition des autorités de poursuite pénales allemandes qui l'accusaient d'appartenir à une organisation à l'étranger rattachée à l'organisation paramilitaire séparatiste kurde PKK dont le but ou l'activité visait à commettre des assassinats ou des meurtres[59]. De même, le TF a admis l'extradition vers l'Allemagne d'un citoyen turc soupçonné d'avoir organisé des récoltes de fonds pour la TIKKO, une organisation antigouvernementale de combat d'extrême gauche active en Turquie[60]. Le TF a également rejeté l'exception de délit politique invoquée par un ressortissant turc qui s'opposait à son extradition vers la Turquie au motif qu'il était d'origine kurde et qu'il était persécuté politiquement en Turquie[61]. La personne poursuivie était accusée d'avoir commis des crimes violents graves dans le cadre d'actions terroristes du PKK. Dans ce cas-là, le TF a néanmoins subordonné l'exécution de la décision d'extradition à la prestation de garanties supplémentaires de la part de l'autorité requérante quant au respect des droits de l'homme par la Turquie dans le traitement du prévenu[62]. Dans tous les exemples cités ci-dessus, l'examen de la CEExtr et/ou de la CERT – auxquelles la Suisse et les États requérants étaient parties – a été décisif pour trancher la question de la double incrimination et celle du délit politique.

## 2. Le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent: l'art. 260$^{quinquies}$ CP en relation avec l'art. 305$^{bis}$ CP et la LBA

[34] Nous le disions au début de cette étude: le terrorisme a une dimension transnationale et nécessite une approche internationale. Preuve en est l'adoption de l'art. 260$^{quinquies}$ CP réprimant le financement du terrorisme, qui a trouvé son impulsion dans une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies prise quelques jours après les attentats du 11 septembre 2001[63].

---

[57] MOREILLON / MAZOU / AHMED, p. 278.

[58] TPF BB.2022.95 du 18 novembre 2022 consid. 2.4.

[59] ATF 146 IV 338.

[60] ATF 142 IV 175.

[61] ATF 133 IV 76.

[62] ATF 133 IV 76 consid. 4.9.

[63] Résolution n° 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 28 septembre 2001 sur les menaces contre la paix et la sécurité résultant d'actes terroristes (S/RES/1373 [2001]); v. ég. PIETH, p. 265 s.; TRECHSEL / VEST, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 1.

[35] Certains auteurs se montrent critiques quant à la nécessité et même à l'utilité de l'art. 260$^{quinquies}$ CP, en relevant que les art. 260$^{ter}$ et 260$^{bis}$ CP étaient en général déjà applicables avant son introduction; ils reconnaissent toutefois l'importance pratique de l'art. 260$^{quinquies}$ CP dans le domaine de l'entraide judiciaire[64]. À ce sujet, HURTADO POZO et GODEL rappellent d'ailleurs la compétence conventionnelle de la Suisse (art. 6 CP): « *Les art. 7 par. 4 et 10 par. 1 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (CRFT) exigent la poursuite du financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$ CP), sur la base d'une compétence de remplacement, dans le cas où l'auteur ou l'autrice présumée de l'infraction se trouve sur le territoire suisse et n'est pas extradée* »[65].

[36] L'objet du délit de l'art. 260$^{quinquies}$ CP est tout type de valeurs patrimoniales, une notion qui recouvre « *les avantages économiques en tous genres, qu'ils consistent en une augmentation des actifs ou en une diminution des passifs* »[66]; cette notion est identique à celle de l'art. 305$^{bis}$ CP[67]. Les actes punissables sont le fait de réunir des fonds ou le fait de fournir des fonds, de les mettre à disposition. Ainsi, l'administration (gestion) de valeurs patrimoniales en amont est également punissable si elle consiste à collecter ou à mettre à disposition des fonds à des fins terroristes[68], ce qui rend le champ d'application de l'art. 260$^{quinquies}$ CP assez large. De plus, il n'est pas nécessaire que les valeurs patrimoniales réunies ou mises à disposition aient contribué à un acte terroriste (planifié ou tenté)[69]. L'infraction est consommée dès que les valeurs patrimoniales ont été collectées ou transférées[70]. Le financement du terrorisme est donc une infraction de mise en danger abstraite et de nature formelle[71].

[37] Cependant, subjectivement, l'art. 260$^{quinquies}$ al. 2 CP exclut explicitement le dol éventuel et exige que l'auteur ait une connaissance certaine du résultat (utilisation à des fins terroristes des valeurs patrimoniales réunies ou mises à disposition)[72]. Cet élément constitutif subjectif de l'infraction limite donc le champ d'application de l'art. 260$^{quinquies}$ CP.

[38] En revanche, l'art. 260$^{quinquies}$ CP peut s'appliquer non seulement à des personnes physiques, mais également à des entreprises, conformément à l'art. 102 al. 2 CP[73]. PIETH souligne que cela peut avoir une importance considérable, en particulier pour les prestataires de services financiers[74].

[39] Le champ d'application de l'art. 260$^{quinquies}$ CP peut avoir des ramifications surprenantes. Par exemple, plusieurs auteurs qui se sont penchés sur les cyberattaques ont mis en lumière le risque que représentait le fait de payer une rançon dans l'hypothèse où l'argent serait demandé par un groupe terroriste. Ils en arrivent à la conclusion que « *le paiement de la rançon par la victime d'une attaque par ransomware peut […] être une mise à disposition de fonds constitutive d'une infraction de financement du terrorisme (art. 260$^{quinquies}$ CP) lorsque la victime a conscience de financer un*

---

[64] TRECHSEL / VEST, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 1; dans le même sens: PIETH, p. 267.

[65] HURTADO POZO / GODEL, n° 210.

[66] Message 2002, p. 5065.

[67] PIETH, p. 268; TRECHSEL / VEST, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 2.

[68] Message 2002, p. 5065; PERRIN / GAFNER, p. 358; TRECHSEL / VEST, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 3.

[69] TRECHSEL / VEST, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 3; WEDER, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 2.

[70] WEDER, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 7.

[71] MOREILLON / LUBISHTANI, p. 522.

[72] Message 2002, p. 5065; TRECHSEL / VEST, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 3.

[73] TRECHSEL / VEST, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 7; voir ég. PERRIN / GAFNER, p. 362; PIETH, p. 268.

[74] PIETH, p. 269.

*acte terroriste et l'accepte* »[75], d'autant plus qu'il n'est pas nécessaire que l'acte terroriste soit par la suite réellement commis ou que le financement y ait effectivement contribué[76]. Certes, la personne ou l'entreprise qui a payé la rançon pourra plaider des motifs justificatifs et soutenir qu'elle a agi sous la contrainte du cyberattaquant, mais à moins que l'attaque par *ransomware* ait porté sur « *une infrastructure jugée critique (p.ex. hôpital où la vie des patients serait menacée)* »[77], cette contrainte ne sera prise en compte que comme élément d'atténuation de la peine et non comme motif d'exemption de peine.

[40] Comme le souligne le Conseil fédéral[78], le financement du terrorisme doit être considéré comme une infraction préparatoire du blanchiment d'argent, c'est pourquoi l'art. 305$^{bis}$ CP et la LBA sont en lien étroit avec l'application de l'art. 260$^{quinquies}$ CP. Le bien juridique protégé par l'art. 305$^{bis}$ CP est l'administration de la justice pénale. L'infraction est intentionnelle, étant précisé que le dol éventuel suffit: l'auteur doit avoir connaissance de circonstances faisant naître le soupçon pressant de faits constituant légalement un crime et s'accommoder de l'éventualité que ces faits se soient produits. Pour ce qui est du champ d'application spatial de l'art. 305$^{bis}$ CP, il faut souligner que selon l'art. 305$^{bis}$ ch. 3 CP, « *le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'État où elle a été commise* ». Quant à la LBA, qui lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, elle impose aux banques des règles de diligence et de comportement destinées à lutter contre le blanchiment d'argent et à permettre aux autorités pénales de trouver les personnes coupables et de confisquer le produit des infractions[79].

## 3. Le recrutement, la formation et le voyage en vue d'un acte terroriste: l'art. 260$^{sexies}$ CP

[41] L'art. 260$^{sexies}$ CP a été introduit dans le Code pénal pour mieux répondre aux exigences de certaines dispositions de la CCEPT et du Protocole additionnel du 22 octobre 2015 à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (ci-après: P.A.CCEPT) et pour « *combler les lacunes du dispositif pénal réprimant les actes préparatoires en dehors d'organisations telles qu'Al-Qaïda ou l'État islamique* »[80]. L'infraction visée à l'art. 260$^{sexies}$ CP est une norme de mise en danger abstraite et de nature formelle[81]. L'art. 260$^{sexies}$ CP comprend un élément de recrutement (al. 1 let. a), un élément de formation (al. 1 let. b) et un élément de voyage transfrontalier (al. 1 let. c). L'al. 2 y ajoute un élément de financement du voyage. Selon l'art. 8 CCEPT, une infraction terroriste ou la participation à une telle infraction n'a pas besoin d'être commise ni tentée à la suite des comportements mentionnés: seule l'intention de promotion correspondante est déterminante[82].

---

[75] BENHAMOU / WANG, p. 83 s.

[76] LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260$^{quinquies}$ CP n° 17.

[77] BENHAMOU / WANG, p. 84; voir ég. SARRASIN / PANGRAZZI / MEIER, p. 1081 et 1085, qui, elles, estiment plus grand le risque d'une violation de l'art. 260$^{ter}$ al. 1 let. b CP par dol éventuel que le risque d'une violation de l'art. 260$^{quinquies}$ CP.

[78] Message 2002, p. 5066.

[79] ATF 143 III 653 consid. 4.3.

[80] Message 2018 renforcement, p. 6519.

[81] MOREILLON / LUBISHTANI, p. 535.

[82] VEST, art. 260$^{sexies}$ CP n° 1.

[42] En ce qui concerne le comportement de recrutement actif, l'infraction de l'art. 260sexies al. 1 let. a CP ne peut être commise qu'intentionnellement – le recrutement doit avoir pour visée la commission d'un acte terroriste – et elle est consommée lorsque la démarche et les intentions de l'auteur sont perceptibles par la personne que celui-ci cherche à enrôler[83]. Quant au recrutement passif, il n'est pas érigé en infraction par l'art. 260sexies CP. D'une part, ni la CCEPT ni le P.A.CCEPT n'exigeaient une punissabilité en amont sur ce point. D'autre part, le Conseil fédéral souligne dans son Message de 2018 que « *la simple décision prise par la personne recrutée est peu tangible et difficile à prouver* » et que « *les incertitudes quant à ce qu'elle savait au moment où elle a accepté le recrutement sont de nature à mettre à mal la sécurité du droit et à semer le doute quant au caractère punissable de l'acceptation* »[84].

[43] Certains auteurs se montrent extrêmement critiques envers l'art. 260sexies al. 1 let. c CP, qui réprime le voyage transfrontalier à des fins terroristes: NIGGLI par exemple va jusqu'à parler de « *Gesinnungsjustiz* » ou de « *Gesinnungsstrafrecht* »[85], car il estime que la punissabilité de cette variante repose exclusivement sur les éléments subjectifs de l'infraction. Concernant plus précisément le champ d'application spatial de l'art. 260sexies al. 1 let. c CP, NIGGLI ajoute, non sans une ironie qui frise l'irrévérence: « [*D*]*ie fragliche Gesinnung ist nach der Norm nur strafwürdig, wenn Ziel der Reise das Ausland ist. Nun ist geläufig, dass bestimmte Verhaltensweisen nur im Inland strafbar sind (Territorialitätsprinzip), andere aber im In- wie im Ausland (Universalitätsprinzip). Dass aber eine Verhaltensweise nur strafbar sein sollte, wenn sie das Ausland anvisiert, während eine Reise zum Zwecke eines terroristischen Aktes in der Schweiz ganz offenbar nicht strafwürdig erscheint, ist wohl ein Novum. Das ist weder territorial, noch universal, sondern nur blöd* »[86]. Pour notre part, nous trouvons quelque peu exagéré de parler de droit pénal de l'opinion et privilégions l'approche plus nuancée de HEIMGARTNER / INHELDER, qui rappellent que selon la doctrine dominante, on n'est en présence d'un véritable droit pénal de l'opinion que lorsque la simple pensée est sanctionnée au sens d'une attitude intérieure réprouvée, détachée d'un comportement punissable[87] – ce qui ne nous semble pas être le cas en l'occurrence.

[44] Le Message de 2018 précise encore à propos de l'art. 260sexies CP: « *La let. c sanctionne quiconque entreprend un voyage à l'étranger ou depuis l'étranger dans le dessein de commettre un acte terroriste, d'y participer ou de suivre un entraînement dans ce but. […] Subjectivement parlant, la punissabilité est là aussi liée au fait que l'auteur agit dans la perspective de la commission d'un acte terroriste. Il n'est pas nécessaire, pour que l'infraction soit consommée, que le voyageur arrive à sa destination; il suffit qu'il en prenne le chemin* »[88].

[45] Un jugement du TPF de 2016[89] illustre à notre sens parfaitement cette hypothèse de voyage commencé mais non terminé prévue par le Conseil fédéral. Dans cet arrêt, une infraction à l'art. 260ter CP avait été envisagée à l'encontre du prévenu subsidiairement à une violation de la LAQEI, mais nous supposons qu'à ce jour, l'art. 260sexies al. 1 let. c CP – qui n'existait pas encore à l'époque – pourrait s'appliquer à ce cas[90]. Le prévenu avait été arrêté à l'aéroport de Zurich alors

---

[83] Message 2018 renforcement, p. 6483 et 6520.

[84] *Idem*, p. 6521.

[85] NIGGLI, TEXTO, introduction, p. LXXIII; NIGGLI et al., n° 1630.

[86] NIGGLI, TEXTO, introduction, p. LXXIII.

[87] HEIMGARTNER / INHELDER, p. 1220.

[88] Message 2018 renforcement, p. 6521 s.

[89] TPF SK.2016.9 du 15 juillet 2016, confirmé par l'arrêt du TF 6B_948/2016 du 22 février 2017.

[90] C'est pour cette raison que nous avons choisi d'évoquer cet arrêt du TPF dans la section II.B.3 plutôt que dans la section II.B.1.

qu'il s'apprêtait à prendre l'avion pour Istanbul afin de rejoindre une zone de combat djihadiste. Sa destination finale projetée n'était en effet pas Istanbul, mais la Syrie: « *Die Reiseabsicht bis nach Syrien ins Kampfgebiet gibt der Beschuldigte zu, hingegen bestreitet er die Absicht, sich einer Organisation anzuschliessen. Seine Kontakte lassen jedoch keine Zweifel offen, dass er sich einer Organisation zur Verfügung stellte. Seine zahlreichen Internet-Recherchen lassen keine Zweifel offen, dass es sich dabei um den IS handelte.* »[91].

[46] Enfin, l'art. 260$^{sexies}$ al. 3 CP établit expressément la punissabilité de l'acte commis à l'étranger et les conditions applicables à cet égard[92]. Il couvre les agissements à l'étranger lorsque l'acte terroriste doit être commis en Suisse ou contre la Suisse[93]. Le renvoi de l'art. 260$^{sexies}$ al. 3 à l'art. 7 al. 4 et 5 CP règle l'imputation d'un éventuel jugement prononcé à l'étranger selon le principe d'extinction (art. 7 al. 4 CP) ou le principe de l'imputation (art. 7 al. 5 CP)[94].

[47] Après avoir examiné l'application spatiale des normes pénales suisses antiterroristes, passons au deuxième aspect du champ d'application de ces normes: l'application dans le temps.

# III. L'application temporelle des normes antiterroristes

## A. L'application du droit pénal dans le temps

[48] L'art. 2 CP est la clé de voûte de l'application dans le temps du droit pénal. Il énonce une règle dont le but est de régir les conflits de lois dans le temps pouvant surgir lorsque la loi pénale évolue[95]. L'art. 2 al. 1 CP consacre le principe général de l'interdiction de la rétroactivité: « *Est jugé d'après le présent code quiconque commet un crime ou un délit après l'entrée en vigueur de ce code* ». L'art. 2 al. 2 CP déroge à l'art. 2 al. 1 CP en prévoyant le principe de la *lex mitior*: « *Le présent code est aussi applicable aux crimes et aux délits commis avant la date de son entrée en vigueur si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si le présent code lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction* ». Inscrits dans l'ordre juridique suisse, le principe de l'interdiction de la rétroactivité et l'exception de la *lex mitior* trouvent également leur fondement dans diverses conventions internationales auxquelles la Suisse est partie[96].

[49] Pour déterminer quelle est la loi la plus favorable au prévenu, la jurisprudence commande de comparer, de façon concrète et globale, la situation de l'auteur jugé selon l'ancien et le nouveau droit: « *La jurisprudence interdit le "panachage" des différents droits. Il est par exemple exclu d'appliquer l'ancien droit pour déterminer la quotité de la sanction, et le nouveau droit pour décider de l'assortir (ou non) du sursis. De surcroît, lorsque le prévenu a commis plusieurs infractions à juger simultanément, le juge doit déterminer pour chacune d'elles lequel de l'ancien ou du nouveau droit est le plus favorable. La jurisprudence fédérale enjoint donc au juge de commencer par*

---

[91] TPF SK.2016.9 du 15 juillet 2016 consid. 1.9.

[92] WEDER, art. 260$^{sexies}$ CP n° 18.

[93] VEST, art. 260$^{sexies}$ CP n° 8.

[94] WEDER, art. 260$^{sexies}$ CP n° 18.

[95] DONGOIS / LUBISHTANI, art. 2 CP n° 1.

[96] Cf. DONGOIS / LUBISHTANI, art. 2 CP n° 4. Ces auteurs mentionnent également – aux niveaux européen et international – l'art. 7 par. 1 CEDH («Pas de peine sans loi»), qui réunit les principes de la légalité et l'interdiction de la rétroactivité, et l'art. 15 par. 1 PIDCP, qui prescrit, outre l'interdiction de la rétroactivité, l'application de la *lex mitior*.

*examiner les conditions de la punissabilité, puis, lorsqu'elles sont équivalentes, de comparer les sanctions auxquelles le prévenu est concrètement exposé.* »[97]

[50] Le juge suisse amené à appliquer les normes antiterroristes que nous avons retenues pour ce travail doit évidemment prendre en considération les différents changements intervenus dans ces normes au fil du temps, afin de tenir compte à la fois du principe général de l'interdiction de la rétroactivité et de l'exception de la *lex mitior*. On peut distinguer deux dates de modifications législatives importantes à cet égard: le 1er juillet 2021 et le 1er juillet 2023.

## B. Les changements législatifs intervenus le 1er juillet 2021

### 1. La nouvelle teneur de l'art. 260ter CP

[51] L'art. 260ter CP a été révisé en juillet 2021, essentiellement afin d'adapter la législation en matière de lutte pénale contre le terrorisme aux exigences actuelles, tout en développant la capacité de coopération internationale. L'applicabilité de la norme aux organisations terroristes a été expressément établie dans le texte de l'art. 260ter CP ainsi que dans sa note marginale[98]. La peine d'emprisonnement maximale est passée de cinq à dix ans et une peine minimale d'au moins trois ans a été introduite pour les auteurs exerçant une influence déterminante au sein de l'organisation criminelle ou terroriste[99]. En outre, la mention explicite du critère de secret de la structure et de l'effectif de l'organisation comme élément constitutif objectif a été supprimée dans la nouvelle disposition, car cette exigence légale avait été reconnue par la jurisprudence et la doctrine comme très difficilement applicable et rendait extrêmement compliqué le travail des enquêteurs et des autorités de poursuite pénale[100].

[52] En ce qui concerne le soutien à l'organisation, il n'a plus besoin d'être apporté à l'activité criminelle (ou terroriste) en tant que telle, puisqu'il peut également prendre d'autres formes, à condition qu'il soit susceptible d'augmenter de manière significative le degré potentiel de menace ou de dangerosité de l'organisation[101]. L'objectif principal de cette modification de l'art. 260ter CP était que « *l'appartenance à une organisation criminelle, sans contribution tangible à ses activités, suffise à fonder la punissabilité* »[102], *ce qui constitue une « punissabilité en amont* »[103], dans le sens où le champ de la punissabilité est déplacé en amont de l'acte illicite proprement dit[104], en amont de la phase généralement répréhensible de l'*iter criminis*[105].

[53] Ainsi la modification de l'art. 260ter CP a-t-elle renforcé la punissabilité de la diffusion de propagande djihadiste sur la base du nouvel art. 260ter al. 1 let. b CP, comme le relèvent HEIMGARTNER et INHELDER: « *Die am 1. Juli 2021 in Kraft getretene Novelle von Art. 260ter StGB hat die diesbezügliche Strafbarkeit verstärkt, indem nunmehr Organisationen wie IS und Al-Qaïda und künftige Terrorgruppierungen durch die explizite Aufnahme von terroristischen Organisationen*

---

[97] PERRIER DEPEURSINGE / VUILLE, p. 342, avec les références citées.

[98] TRECHSEL / VEST, art. 260ter CP n° 1; WEDER, art. 260ter CP n° 3b. L'art. 72ter et l'art. 305bis ch. 2 let. a CP ont également été modifiés dans le même sens au 1er juillet 2021 pour refléter ce changement de l'art. 260ter CP.

[99] Cf. not. CAPPA, p. 40; AJIL / LUBISHTANI, n° 42.

[100] Message 2018 renforcement, p. 6508 s.

[101] Cf. not. WEDER, art. 260ter n° 23c; AJIL / LUBISHTANI, n° 57.

[102] Message 2018 renforcement, p. 6507.

[103] *Idem*, p. 6508.

[104] WEDER, art. 260ter n° 29.

[105] MOREILLON / LUBISHTANI, p. 527.

*und die Abschaffung der Tatbestandsmerkmale des geheimen Aufbaus und der geheimen Zusammensetzung als tatbestandsmässige Organisationen gelten. Propaganda-aktivitäten zugunsten solcher Organisationen stellen tendenziell tatbestandsmässige Handlungen dar, weil es nunmehr ausreicht, dass die terroristische Organisation in ihrer Tätigkeit unterstützt wird, wogegen die alte Fassung vorausgesetzt hat, dass die verbrecherische Tätigkeit der Organisation unterstützt wird.* […] *Indem der neue Art. 260ter Abs. 1 lit. b StGB nur noch Unterstützung einer kriminellen Organisation voraussetzt, ist das Kriterium der Tatnähe nunmehr obsolet und es reicht in objektiver Hinsicht aus, dass eine Unterstützungshandlung geeignet ist, die Organisation als solche zu stärken und ihr Gefährdungspotential im Allgemeinen auf relevante Weise zu erhöhen* »[106].

[54] Une autre transformation de l'art. 260ter CP au 1er juillet 2021 est l'introduction de l'al. 2, qui vise à ce que les services humanitaires ne soient pas affectés, du moins lorsque l'organisme qui les dispense reste impartial[107]. Pour ce qui est de la référence à l'art. 3 al. 2 CP, elle a été remplacée par une référence à l'art. 7 al. 4 et 5 CP. Enfin, signalons deux changements mineurs, d'ordre linguistique: « *celui qui* » a été remplacé par « *quiconque* » et certains temps verbaux ont été modifiés (passage du futur au présent).

## 2. La nouvelle teneur de l'art. 74 LRens

[55] Depuis le 1er juillet 2021, la peine encourue en cas d'infraction au sens de l'art. 74 al. 4 et 5 LRens n'est plus une peine privative de liberté de trois ans au plus, mais une peine privative de liberté de cinq ans au plus. Ce changement se justifiait notamment par le fait que l'ancienne LAQEI, dont la nouvelle teneur de l'art. 74 LRens a permis l'abrogation[108], prévoyait une peine maximale de cinq ans, et par la nécessité d'une mise en adéquation de la peine maximale de l'art. 74 LRens avec celle (de cinq ans également) prévue par l'art. 260quinquies et le nouvel art. 260sexies CP[109].

[56] La référence à l'organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) a été supprimée dans l'art. 74 al. 2 LRens. Un nouvel alinéa 4bis a été rajouté, pour permettre au juge d'atténuer la peine sur la base de l'art. 48*a* CP si l'auteur de l'infraction s'efforce d'empêcher la poursuite de l'activité de l'organisation interdite ou du groupement interdit. L'art. 74 al. 6 LRens a, quant à lui, complètement changé de contenu: alors qu'il portait auparavant sur la confiscation de valeurs patrimoniales, il évoque depuis le 1er juillet 2021 la compétence de la juridiction fédérale pour la poursuite et le jugement des infractions au sens de l'art. 74 al. 4 et 5 LRens. Enfin, dans l'art. 74 al. 7 LRens, la mention du MPC et de l'Office fédéral de la police a disparu: seul le SRC subsiste.

## 3. L'entrée en vigueur de l'art. 260sexies CP

[57] Selon l'état de fait auquel il sera confronté et la date à laquelle il statuera, le juge devra aussi prendre en compte le nouvel art. 260sexies CP introduit dans le Code pénal au 1er juillet 2021. Le

---

[106] HEIMGARTNER / INHELDER, p. 1225 s.

[107] L'actualité récente concernant le financement de l'UNRWA (Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient) a toutefois illustré à quel point la notion d'impartialité est particulièrement difficile à interpréter dans le domaine de l'aide humanitaire en plein cœur des situations de conflit.

[108] Relevons en effet que le Conseil fédéral a prolongé, à compter du 1er décembre 2022 et pour une durée de cinq ans, l'interdiction des groupes Al-Qaïda et État islamique ainsi que des groupes de couverture, des groupes qui agissent sur ordre ou au nom de ceux-ci et des groupes qui propagent, soutiennent ou promeuvent d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent en référence à Al-Qaïda ou l'État islamique (FF 2022 2548). Cette décision de prolongation a permis d'abroger la LAQEI.

[109] Message 2018 renforcement, p. 6524.

contenu de cette disposition ayant été abordé plus haut (*supra* III.B.3), nous ne reviendrons pas sur celui-ci en détail, mais nous contenterons de signaler quelques éléments qui nous paraissent pertinents pour le juge, notamment concernant les conventions qui sont à l'origine de l'introduction de l'art. 260sexies CP et sur la relation entre cette norme et d'autres normes antiterroristes déjà existantes avant son introduction.

[58] L'art. 260sexies CP, conçu au moment du démantèlement de l'État Islamique, est le fruit des art. 6 et 7 CCEPT et des art. 3 à 6 P.A.CCEPT[110]. Comme il introduit un ensemble d'infractions de mise en danger abstraite, les deux textes conventionnels mentionnés ci-dessus sont nécessaires pour interpréter l'art. 260sexies CP, que certains auteurs jugent parfois peu clair[111].

[59] Le recrutement en vue de commettre une infraction terroriste ou d'y participer était déjà couvert par l'art. 260ter CP, mais le nouvel art. 260sexies CP couvre également la tentative et la participation[112]. La formation en vue de commettre une infraction terroriste était, selon VEST, déjà couverte par le droit en vigueur par le biais des art. 260bis et 260ter CP ou les éléments constitutifs d'une menace pour la collectivité comme les art. 223 à 226ter CP, mais l'introduction de l'art. 260sexies al. 1 let. b CP répond à l'obligation formulée à l'art. 7 CCEPT et à l'art. 3 P.A.CCEPT[113]. Quant au voyage transfrontalier à des fins terroristes de l'art. 260sexies al. 1 let. c CP, il correspond à la pièce maîtresse du P.A.CCEPT[114].

[60] Dans son Message de 2018, le Conseil fédéral précise: « *Pour que l'art. 260sexies CP soit applicable, il n'est pas forcément nécessaire que l'infraction commise présente un lien avec une quelconque organisation; il peut très bien s'agir d'auteurs isolés* »[115].

[61] Quant aux éventuels concours entre le nouvel art. 260sexies CP et l'art. 260ter CP ou l'art. 74 LRens, le Conseil fédéral prévoit que si le recrutement, l'entraînement ou le voyage en vue d'un acte terroriste ne représente qu'une partie du soutien ou de la participation à une organisation et que l'application d'une seule disposition ne suffit pas à couvrir toute l'illicéité de l'acte, il y a concours idéal entre les deux dispositions pénales[116].

## C. Les changements législatifs intervenus le 1er juillet 2023

[62] Au 1er juillet 2023, les quotités de peines inscrites dans le Code pénal, dans le Code pénal militaire et dans le droit pénal accessoire ont été modifiées afin qu'elles soient harmonisées et mieux coordonnées entre elles[117]. Les normes antiterroristes au centre de cette étude n'ont cependant subi que peu de changements au 1er juillet 2023. En ce qui concerne les peines proprement dites, l'art. 305bis ch. 2 CP a été amputé du passage suivant: « *En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire de 500 jours-amende au plus est également prononcée* ».

[63] Les autres changements sont uniquement d'ordre linguistique. L'art. 305bis ch. 1 CP a subi des modifications analogues à celles qui avaient été pratiquées dans l'art. 260ter CP au 1er juillet 2021:

---

110 VEST, art. 260sexies CP n° 1.

111 *Ibidem*.

112 VEST, art. 260sexies CP n° 2.

113 *Idem*, n° 3.

114 Message 2018 renforcement, p. 6501; VEST, art. 260sexies CP n° 4.

115 Message 2018 renforcement, p. 6545.

116 *Ibidem*.

117 Cf. Message 2018 harmonisation, p. 2891.

« *celui qui* » a été remplacé par « *quiconque* » et certains temps verbaux ont été transformés du futur au présent, ou – pour respecter la concordance des temps – du présent au passé. Dans l'art. 260$^{quinquies}$ CP, le seul changement est le remplacement de « *celui qui* » par « *quiconque* » à l'al. 1. Les autres normes antiterroristes faisant l'objet de cette étude n'ont pas été affectées.

[64] Les divers changements législatifs de 2021 et 2023 répertoriés ci-dessus montrent que la tâche des juges suisses pour qualifier les infractions de nature terroriste et déterminer les peines et mesures applicables s'annonce ardue au regard des conflits de normes potentiels pour des faits ayant eu lieu avant le 1er juillet 2021, entre le 1er juillet 2021 et le 1er juillet 2023 ou après le 1er juillet 2023.

## Conclusion

[65] En une période marquée par l'augmentation des comportements de nature terroriste ou d'inspiration terroriste dans le monde et la complexification des réseaux transnationaux et des méthodes de communication qui caractérisent les organisations terroristes, les enjeux liés au champ d'application des normes antiterroristes suisses sont nombreux.

[66] Cette étude a permis de situer le droit pénal suisse antiterroriste dans un contexte international influencé par de multiples conventions, dont les effets se font sentir sur l'évolution des dispositions pénales nationales. Les exemples de cas jugés montrent également comment ces normes s'articulent dans un cadre où les enjeux de compétence territoriale et temporelle rendent leur application particulièrement complexe. Les réformes législatives récentes de 2021 et 2023 traduisent un effort d'adaptation à ces défis, bien qu'elles soulèvent des questions sur l'équilibre à trouver entre répression préventive et respect des principes fondamentaux de l'État de droit.

[67] En ce qui concerne l'application du droit pénal suisse aux affaires transnationales, aucune lacune n'a été relevée. La compétence quasi-universelle prévue pour ces actes reflète une volonté claire des États, y compris la Suisse, d'assurer la poursuite et le jugement des infractions terroristes commises à l'étranger. Cette approche souligne l'engagement international à éviter les zones d'impunité et à renforcer la coopération dans la lutte contre le terrorisme globalisé.

[68] Le défi posé au législateur et aux autorités pénales suisses en matière de lutte contre le terrorisme est immense. L'enjeu pour la Suisse, comme pour d'autres pays, réside dans la capacité à concilier des impératifs contradictoires: intervenir suffisamment tôt pour désamorcer les menaces tout en préservant les garanties offertes par les principes de la légalité, de la prévisibilité juridique et du respect des libertés individuelles. Alors que des agissements d'inspiration terroriste semblent émerger même dans un pays historiquement peu touché en comparaison avec d'autres États, il est essentiel que la réponse pénale reste mesurée, fondée sur des analyses rigoureuses et ne soit pas guidée par l'émotion légitime que provoquent les actes visant à terroriser les citoyens en frappant souvent au hasard. Un équilibre réaliste et réfléchi, tenant compte de l'évolution des menaces tout en préservant les fondements démocratiques, demeure l'objectif à poursuivre pour préserver la sécurité sans compromettre les droits fondamentaux.

# Bibliographie

## Doctrine


AJIL Ahmed / LUBISHTANI Kastriot, *Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal pénal fédéral – Analyse des procédures pénales de 2004 à 2020*, Jusletter 31 mai 2021.

BENHAMOU Yaniv / WANG Louise, *Cyberattaque et ransomware – Risques juridiques à payer et assurabilité des rançons*, RSDA Vol. 95/1, 2023, pp. 80 – 90.

CAPPA Rosa Maria, *Il sistema svizzero di contrasto alle organizzazioni criminali – Riflessioni prospettiche*, Forumpoenale 1/2023, pp. 38 – 44.

CASSANI Ursula et al., *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2019)*, SRIEL Vol. 30/4, 2020, pp. 535 – 575 (cité: CASSANI et al.).

DELLA VALLE Nicoletta, *Détecter et combattre les activités de la criminalité organisée en Suisse*, JdT 2024 II, pp. 45 – 59 ss.

DE VRIES REILINGH Jeanine, *La répression des infractions collectives et les problèmes liés à l'application de l'article 260ter CP relatif à l'organisation criminelle, notamment du point de vue de la présomption d'innocence*, RJB 138/2002, pp. 285 – 315.

Donatsch Andreas (édit.), *StGB/JStG Kommentar – Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG*, 21e éd., Zurich 2022.

DONGOIS Nathalie / LUBISHTANI Kastriot, art. 2 CP, in Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I (art. 1 à 110 CP) – Commentaire romand*, 2e éd., Bâle 2021.

HARARI Maurice / LINIGER GROS Miranda, introduction art. 3-8 et art. 3, 4 et 8 CP, in Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I (art. 1-110 CP) – Commentaire romand*, 2e éd., Bâle 2021.

Heckendorn Urscheler Lukas (édit.), *Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé*, Zurich 2014.

HEIMGARTNER Stefan, art. 34 à 110 CP, in Donatsch Andreas (édit.), *StGB/JStG Kommentar – Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG*, 21e éd., Zurich 2022.

HEIMGARTNER Stefan / INHELDER Elena, *Strafbarkeit dschihadistischer Propaganda*, PJA, 2022, pp. 1217 – 1232.

HENZELIN Marc, art. 6 et 7 CP, in Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I (art. 1 à 110 CP) – Commentaire romand*, 2e éd., Bâle 2021.

HURTADO POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 4e éd., Genève / Zurich 2023.

HURTADO POZO José / ILLÁNEZ Federico, art. 1 CP, in Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I (art. 1 à 110 CP) – Commentaire romand*, 2e éd., Bâle 2021.

Jeanneret Yvan / Straüli Bernhard (édit.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal – Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, Zurich 2021.

LIVET Ludivine / DOLIVO-BONVIN Marie, art. 258 à 260quinquies CP, in Macaluso Alain / Moreillon Laurent / Queloz Nicolas (édit.), *Code pénal II (art. 111 à 392 CP) – Commentaire romand*, Bâle 2017.

LUBISHTANI Kastriot, *Terrorisme et droit pénal des mineurs: une équation complexe valant le détour par Winterthour*, 2/(2022) Forumpoenale, pp. 141 ss.

LUDWICZAK GLASSEY Maria, *Vol en vol et compétence internationale en chute libre*, in: Jeanneret Yvan / Straüli Bernhard (édit.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal – Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, Zurich 2021, 245 – 256.

Macaluso Alain / Moreillon Laurent / Queloz Nicolas (édit.), *Code pénal II (art. 111 à 392 CP) – Commentaire romand*, Bâle 2017.

MOREILLON Laurent / LUBISHTANI Kastriot, *Aspects choisis de l'incrimination du terrorisme – Étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais*, RPS 136, 2018, pp. 499 – 521.

Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I (art. 1-110 CP) – Commentaire romand*, 2e éd., Bâle 2021.

MOREILLON Laurent / MAZOU Miriam / AHMED Naël, *La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2022*, JdT 2023 IV, pp. 271 – 317.

NIGGLI Marcel Alexander, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung und Nebenerlasse*, TEXTO StGB/stopp Gesetzesausgabe,10e éd., Bâle 2022 (cité: NIGGLI, TEXTO).

NIGGLI Marcel Alexander et al., *Strafrecht BT*, Bâle 2023 (cité: NIGGLI et al.).

PERRIER DEPEURSINGE Camille / VUILLE Joëlle, « *Lost in translation* »*: lex mitior et peine pécuniaire*, in: Jeanneret Yvan / Straüli Bernhard (édit.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal – Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, Zurich 2021, 341 – 349.

PERRIN Bertrand / GAFNER Julien, *Droit pénal – Le droit de la lutte antiterroriste*, in: Heckendorn Urscheler Lukas (édit.), *Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé*, Zurich 2014, 351 – 367.

PIETH Mark, *Strafrecht – Besonderer Teil*, 2e éd., Bâle 2018.

POPP Peter / KESHELAVA Tornike, introduction art. 3 et art. 1 à 4 et 6 à 9 CP, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht I (Art. 1 à 136 StGB) – Basler Kommentar*, 4e éd., Bâle 2019.

SARRASIN Delphine / PANGRAZZI Sara / MEIER Pauline, *The Legal Risks of Ransomware Payments*, PJA 2023, pp. 1077 ss.

Trechsel Stefan / Pieth Mark (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar*, 4e éd., Zurich / St-Gall 2021.

TRECHSEL Stefan / VEST Hans, art. 260quinquies CP, in Trechsel Stefan / Pieth Mark (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar*, 4e éd., Zurich / St-Gall 2021.

VEST Hans, art. 260sexies CP, in Trechsel Stefan / Pieth Mark (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar*, 4e éd., Zurich / St-Gall 2021.

VILLARD Katia, *La compétence territoriale du juge pénal suisse (art. 3 et 8 CP) – Réflexions autour d'évolutions récentes*, RPS 135/(2017), 145 – 171.

WEDER Ulrich, art. 187 à 264*n* et 333 à 392 CP, in Donatsch Andreas (édit.), *StGB/JStG Kommentar – Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG*, 21e éd., Zurich 2022.

ZIEGLER Andreas / WEHRENBERG Stefan, art. 9 et 101 CP, in Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I (art. 1 à 110 CP) – Commentaire romand*, 2e éd., Bâle 2021.

## Documents officiels

Message du Conseil fédéral du 14 septembre 2018 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 p. 6469 ss (cité: Message 2018 renforcement).

Message du Conseil fédéral du 25 avril 2018 concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié, FF 2018 p. 2889 ss (cité: Message 2018 harmonisation).

Message du Conseil fédéral du 26 juin 2002 relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi que la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, FF 2002 p. 5014 ss (cité: Message 2002).

Directives du Département fédéral de justice et police (DFJP) du 9 septembre 1992 sur la mise en application de la protection de l'État, FF 1992 IV p. 149 ss (cité: Directives DFJP 1992).

## Appel à contributions

DPPC 2026 (2)

Le droit pénal au service des politiques migratoires

Email : submit@dppc.online

## Convocatoria a contribuciones

DPPC 2026 (2)

El derecho penal al servicio de las políticas migratorias

Email : submit@dppc.online

Revue DPPC / Revista DPPC

c/o Thierry Godel

Case postale

1701 Fribourg

Email : info@dppc.online

Email : editor@dppc.online

www.dppc.online