

Poser une question à un fonctionnaire : une instigation à violation du secret de fonction ?

Réflexions sur une conception restrictive de l'instigation

Cette contribution s'intéresse à la nécessité d'adopter une conception restrictive de l'instigation. Elle met en évidence l'importance du contexte incitatif, qui confère à l'instigateur une prise sur l'auteur direct. À la lumière de deux arrêts récents rendus par le Tribunal fédéral sur l'instigation sous forme de question et de demande, et de trois courants doctrinaux restrictifs, elle met en évidence l'importance du contexte incitatif, qui confère à l'instigateur une prise sur l'auteur direct. En d'autres termes, le contexte offre à l'instigateur un levier pour décider autrui à commettre une in-fraction. La présente contribution explique cette notion de prise, et préconise une conception restrictive de l'instigation, éloignée de tout modèle trop schématique. Dans cette optique, la violation du secret de fonction sert d'exemple concret pour illustrer la problématique.

| | |
|--|----|
| I. Introduction | 54 |
| II. L'instigation sous forme d'une question ou d'une demande : aperçu | 54 |
| III. Une conception restrictive de l'instigation | 56 |
| IV. L'importance du contexte de la prise de décision : l'instigation comme processus global | 59 |
| V. Synthèse | 63 |

Citation :

ALEXIA BLANCHET, Poser une question à un fonctionnaire : une instigation à violation du secret de fonction ?, *sui generis* 2026, p. 53

Alexia Blanchet, Doctorante au Département de droit pénal de l'Université de Genève, Avocate-stagiaire. Alexia Blanchet a rédigé une thèse de doctorat intitulée « La responsabilité pénale individuelle au sein de l'entreprise », qu'elle soutiendra prochainement. Elle est actuellement avocate-stagiaire à Genève. L'autrice remercie chaleureusement Sarah Alborzi, Joanna Baumann, Fabio Burgener et Hélène Rodriguez-Vigouroux pour leurs relectures critiques et leurs précieuses suggestions.

DOI : <https://doi.org/10.21257/sg.291>

Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution – Partage dans les mêmes conditions 4.0 International.

I. Introduction

- 2 Le 10 septembre 1997, un journaliste du *Blick* téléphone au Ministère public zurichois. Il entre en contact avec l'assistante d'un procureur, et l'informe qu'il souhaite savoir si des personnes récemment appréhendées à la suite du braquage de la poste de Fraumünster du 1^{er} septembre 1997 avaient déjà été condamnées auparavant. L'assistante lui fournit les informations requises¹.
- 3 Après cet événement, une procédure pénale avait été ouverte à l'encontre du journaliste, menant à sa condamnation, par le Tribunal fédéral, pour instigation à violation du secret de fonction en vertu des art. 24 al. 1 et art. 320 ch. 1 CP². L'affaire est ensuite montée à la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé cette condamnation contraire à la liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH³.
- 4 Cette affaire a suscité de vives réactions chez la doctrine, mue par la même critique intuitive « tout le monde a le droit de poser des questions ! »⁴. Les moyens d'instiguer ont donc généré une abondante doctrine. Plus de 20 ans plus tard, cette condamnation trouve encore un écho dans la doctrine et la jurisprudence. En 2021, SCHLEIFER a par exemple développé une nouvelle conception restrictive de l'instigation, notamment en réponse à cette condamnation⁵ et, en 2025, deux arrêts du Tribunal fédéral ont ravivé le débat⁶.
- 5 La présente contribution trouve son élan dans ces deux arrêts récents sur l'instigation sous forme respectivement de question et de demande. Elle propose un aperçu de la jurisprudence et de la doctrine en la matière (N 5 ss), s'intéresse à la nécessité d'adopter une conception restrictive de l'instigation, avec un regard particulier sur les infractions propres pures, et met en évidence l'importance du

contexte incitateur, qui confère à l'instigateur une prise sur l'auteur direct (N 20 ss). Dans cette optique, cette conception restrictive s'articule autour de trois courants développés en réaction à la condamnation du journaliste du *Blick*, et la violation du secret de fonction sert d'exemple concret pour illustrer la problématique.

II. L'instigation sous forme d'une question ou d'une demande : aperçu

1. Bref retour sur un cas emblématique et sa portée

Afin de mieux saisir la portée des deux arrêts récents qui ont servi d'élan à la présente contribution, un bref retour sur l'affaire du journaliste du *Blick* s'impose.

Selon le Tribunal fédéral, lorsqu'une infraction implique la communication de renseignements, soit la réponse à une question, la question posée relève objectivement de l'instigation : « [e]n posant la question, on ne crée pas uniquement une situation dans laquelle la personne interrogée va probablement commettre une infraction en donnant une réponse. Par la question, on exprime au contraire le souhait, la demande d'une réponse ; on incite à une réponse et on provoque ainsi la volonté délictuelle du destinataire »⁷. Les juges fédéraux ont en outre considéré que l'absence de lien personnel entre l'assistante du Procureur et le journaliste, et la décision prise librement par l'assistante de communiquer les informations couvertes par le secret ne s'avéraient pas pertinents⁸. En posant une question à la fonctionnaire, le journaliste s'est donc rendu coupable d'instigation à violation du secret de fonction⁹.

Cet arrêt a été vivement critiqué en doctrine. Pour certains auteurs, il traduit une nécessité de limiter la punissabilité de l'instigation¹⁰. Pour d'autres, le journaliste a effectivement adopté un comportement typiquement contraire au droit pénal, mais justifié par la sauvegarde d'intérêts légitimes¹¹.

Cette affaire est montée à la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé que cette condamnation constituait une violation de la liberté d'expression du journaliste¹². À cet égard, la Cour soulève un élément fondamental. Alors que le Tribunal fédéral considère que le journaliste, en tant

1 ATF 127 IV 122; JdT 2002 IV 118, p. 119.

2 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

3 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101).

4 FELIX BOMMER, Anstiftung und Selbstverantwortung, plädoyer 3/2002, p. 37. Voir, parmi d'autres : GREGOR T. CHATTON / STÉPHANE GRODECKI, Art. 10 CEDH; art. 24 et 320 CP; condamnation d'un journaliste pour instigation à violation du secret de fonction; violation de la liberté d'expression, PJA 2006, p. 745 ss; MARC FORSTER, in : Niggli/Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, Jugendstrafrecht, Band I, 4^{ème} éd., Bâle 2019, art. 24 N 16e (cit. BSK StGB-AUTERE); ANDREAS NOLL, Ist die an BGE 127 IV 122 geübte Kritik berechtigt?, PJA 2003, p. 895 ss; MICHA NYDEGGER, Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung, Diss. Lucerne, Zurich 2012, p. 267 ss; FRANZ RIKLIN, EMKR-Widrigkeit der Bestrafung eines Journalisten wegen Anstiftung als Folge eines Auskunftsbegehrens, sic! 2006, p. 794 ss.

5 SVEN SCHLEIFER, Anstiftung und Kommunikationstheorie, RPS 2021, p. 312 ss.

6 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_382/2025, 6B_383/2025 du 10 septembre 2025; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025.

7 ATF 127 IV 122, consid. 2b/bb; JdT 2002 IV 118, p. 123.

8 ATF 127 IV 122, consid. 2c; JdT 2002 IV 118, p. 123.

9 ATF 127 IV 122, consid. 2c; JdT 2002 IV 118, p. 123.

10 BOMMER (n. 4), p. 37 ss; NOLL (n. 4), p. 895 ss; NYDEGGER (n. 4), p. 267 ss; SCHLEIFER (n. 5), p. 312.

11 BSK StGB-FORSTER, art. 24 N 16e; RIKLIN (n. 4), p. 796.

12 Arrêt de la CEDH 77551/01 du 25 avril 2006 (Dammann c. Suisse), § 28.

que chroniqueur expérimenté, ne pouvait pas ignorer le caractère confidentiel des informations recueillies, la Cour met en exergue la responsabilité de l'État, tenu de former ses fonctionnaires : « il appartient aux Etats d'organiser leurs services et de former leurs agents de sorte qu'aucun renseignement ne soit divulgué concernant des données considérées comme confidentielles. Ainsi, le gouvernement défendeur assume, en l'espèce, une partie importante de la responsabilité pour l'indiscrétion commise par l'assistante du parquet du canton de Zurich »¹³. La Cour précise que le journaliste n'a pas usé de la ruse, de la menace ou exercé des pressions sur l'assistante du Procureur¹⁴.

- 10 Les principes développés dans l'arrêt Dammann contre Suisse n'ont, à notre connaissance, pas encore été examinés par le Tribunal fédéral, les arrêts subséquents en matière d'instigation à violation du secret de fonction n'ayant pas trait à la liberté de la presse¹⁵. La question de la responsabilité de l'État n'a donc pas été analysée, mais elle a trouvé un écho dans la jurisprudence ultérieure.
- 11 Ainsi, le 3 novembre 2015, la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral, appelée à se prononcer sur l'application de la prescription longue prévue par le droit pénal au comportement d'un avocat (art. 60 al. 2 CO)¹⁶, l'a reconnu coupable d'instigation à violation du secret de fonction. Il lui était reproché de s'être renseigné auprès du chef de la police du canton de Genève sur les interventions policières à l'encontre de l'ex-compagnon de sa cliente.
- 12 Selon les juges fédéraux, lorsqu'une infraction consiste à divulguer des informations en réponse à une demande, la demande ne crée pas simplement une situation dans laquelle une personne peut éventuellement décider de commettre une infraction, mais elle provoque le comportement du détenteur de l'information. Par conséquent, une telle demande relève assurément de l'instigation¹⁷. La teneur exacte de la requête adressée au chef de la police n'est pas décrite, mais le Tribunal fédéral substitue le terme de « demande » se à celui de « question », employé dans son arrêt relatif au journaliste du *Blick*¹⁸. En outre, le Tribunal fédéral a rejeté l'argument de la cour cantonale qui, dans la lignée de l'arrêt Dammann contre Suisse, a considéré que le chef de la police, investi de pouvoirs et de responsabilités étendues, devait écarter toute influence et n'était pas susceptible d'être instigué¹⁹.

13 Arrêt de la CEDH 77551/01 du 25 avril 2006 (Dammann c. Suisse), § 55.

14 Arrêt de la CEDH 77551/01 du 25 avril 2006 (Dammann c. Suisse), § 55.

15 Voir BENOÎT CHAPPUIS / URSULA CASSANI, *L'instigation à un acte illicite par un avocat*, Revue de l'avocat 2016, p. 385 ss.

16 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

17 Arrêt du Tribunal fédéral 4D_42/2015 du 3 novembre 2015, consid. 4.

18 Arrêt du Tribunal fédéral 4D_42/2015 du 3 novembre 2015, consid. 4.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 4D_42/2015 du 3 novembre 2015, consid. 4.

2. Deux arrêts récents

a) La condamnation de l'ami d'un fonctionnaire pour instigation à violation du secret de fonction

Le 21 août 2025, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation d'une personne pour instigation à violation du secret de fonction. Il lui était reproché d'avoir régulièrement, pour le compte de tiers, demandé des renseignements sur le statut du dossier de certains administrés à l'un de ses amis, examinateur-auditeur à l'Office cantonal de la population des migrations genevois, par message ou autour d'un café²⁰.

En premier lieu, le recourant se prévaut du fait que son ami n'a opposé aucune résistance lorsqu'il était interrogé sur les dossiers en cours dans le cadre de discussions informelles, ce qui ne suffit pas à relever de l'instigation²¹. En second lieu, il conteste avoir agi intentionnellement, car il pensait être légitimé à demander ces informations²².

Avant de rejeter le second grief, le Tribunal fédéral rappelle que l'instigateur ne doit pas vaincre la résistance de l'auteur direct pour être punissable, et que les demandes répétées du recourant ont indubitablement fait naître chez son ami fonctionnaire la résolution délictueuse de violer son secret de fonction²³. Il applique ainsi les principes développés dans l'arrêt relatif à la condamnation du journaliste du *Blick*, et repris dans son arrêt consacrant la condamnation de l'avocat, en substituant le terme de « demande » au terme de « question »²⁴. En outre, les juges fédéraux écartent l'application des principes développés dans l'arrêt Dammann contre Suisse, cette affaire ne concernant pas la liberté de la presse²⁵. Il ne se prononce donc ni sur les devoirs de l'État en matière de formation de ses agents, ni sur la responsabilité accrue qui leur incombe en tant que garants du secret de fonction.

b) La condamnation d'un détenu pour instigation à assassinat

Dans un arrêt du 10 septembre 2025, relatif à une instigation à assassinat, le Tribunal fédéral, partisan d'une conception extensive de l'instigation, rappelle que tous les moyens susceptibles de décider autrui à commettre une infraction, comme une simple demande, une suggestion ou une invitation implicite, constituent une instigation²⁶. Il relève aussi les critiques récentes formulées par certains

20 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4.

22 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.6.

23 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4.

24 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4.

25 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4.

26 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_382/2025, 6B_383/2025 du 10 septembre 2025, consid. 3.6.2.

auteurs de doctrine qui préconisent une conception restrictive de l'instigation. Les juges fédéraux laissent ouverte la question de savoir si l'adoption d'une telle conception de l'instigation s'avère nécessaire²⁷.

3. L'instigation : principes généraux

a) Définition

17 L'instigation constitue, comme la complicité, une forme de participation accessoire. Selon le principe d'accessorité, l'instigateur participe à un comportement typiquement contraire au droit pénal et illicite (accessorité limitée), ayant au moins reçu un commencement d'exécution (accessorité réelle)²⁸. L'art. 24 al. 1 CP consacre donc une clause d'extension de la typicité, permettant de punir quiconque, sans réaliser les éléments constitutifs d'une infraction déterminée, suscite chez autrui, de manière causale, la résolution délictueuse de la commettre²⁹. L'instigation, même lorsqu'elle porte sur une infraction propre pure comme la violation du secret de fonction, est une infraction commune, pouvant être l'œuvre de n'importe qui³⁰. Elle implique une influence intellectuelle ou psychique directe sur la formation de volonté d'autrui³¹. En outre, l'auteur ne doit pas encore avoir pris la décision de commettre l'infraction³².

18 Subjectivement, l'instigation suppose l'intention, le dol éventuel étant suffisant³³. L'intention de l'instigateur doit porter sur le fait que son intervention était susceptible de décider autrui à commettre une infraction³⁴.

27 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_382/2025, 6B_383/2025 du 10 septembre 2025, consid. 3.6.2.

28 ANDREAS DONATSCH / GUNHILD GODENZI / BRIGITTE TAG, *Strafrecht I: Verbrechenlehre*, 10^{ème} éd., Zurich 2022, p. 158; GÜNTER STRATENWERTH / FELIX BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 5^{ème} éd., Berne 2024, § 13 N 96.

29 ATF 144 IV 265, consid. 2.3.2; ATF 128 IV 11, consid. 2a; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 158; BERNHARD STRÄULI, in: Moreillon/Macaluso/Queloz/Dongois (édit.), *Commentaire romand, Code pénal I*, 2^{ème} éd., Bâle 2021, Intro aux art. 24 à 27 N 6 (cit. CR CP I-AUTEUR·E).

30 PHILIPPE GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd. (mise à jour par BERNHARD STRÄULI), Genève 2005, p. 299; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 1.

31 ATF 128 IV 11, consid. 2a. Voir aussi ATF 144 IV 265, consid. 2.3.2; ATF 127 IV 122, consid. 2b/aa; JdT 2002 IV 118, p. 122; ATF 116 IV 1, consid. 3c; JdT 1991 IV 162, p. 163.

32 ATF 144 IV 265, consid. 2.3.2; ATF 128 IV 11, consid. 2a; ATF 127 IV 122, consid. 2b/bb; JdT 2002 IV 118, p. 123.

33 Sauf lorsque la disposition spéciale exige la conscience au degré maximal, comme la calomnie (art. 174 CP). ATF 128 IV 11, consid. 2a; ATF 127 IV 122, consid. 4; JdT 2002 IV 118, p. 125; ATF 116 IV 1, consid. 3d; JdT 1991 IV 162, p. 164; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 162 s.; STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 99.

34 ATF 128 IV 11, consid. 2a; ATF 127 IV 122, consid. 4; JdT 2002 IV 118, p. 125; ATF 116 IV 1, consid. 3d; JdT 1991 IV 162, p. 164; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 162.

b) La notion de décider autrui à commettre une infraction en doctrine

En droit suisse, comme en droit allemand (§ 26 dStGB)³⁵, l'instigation prend la forme d'une infraction matérielle pure, laquelle ne décrit pas le comportement incriminé³⁶. Une multitude de comportements sont donc susceptibles de relever de l'art. 24 al. 1 CP. À cet égard, la doctrine est tiraillée entre une conception extensive et une conception restrictive de l'instigation.

Par exemple, pour SCHEINFELD, la simple création d'une situation dans laquelle une personne peut prendre la décision de commettre une infraction constitue déjà une instigation³⁷. Un autre courant, qui tend à s'imposer, adopte à juste titre une conception plus restrictive de l'instigation³⁸. Pour ce courant, selon le contexte, certains comportements relèvent de l'instigation, comme un ordre, une sommation, une demande, une invitation concluante ou une entreprise de persuasion³⁹. En revanche, d'autres comportements, tels qu'une question⁴⁰, une suggestion, un conseil, l'indication d'une occasion, une information factuelle ou un renseignement ne suffisent en principe pas aux fins de l'instigation⁴¹.

III. Une conception restrictive de l'instigation

1. La nécessité d'adopter une conception restrictive de l'instigation

Cette conception restrictive de l'instigation constitue, en grande partie, une réaction à la condamnation du journaliste du *Blick*. Deux arguments majeurs justifient d'adopter une telle conception. Tout d'abord, d'un point de vue pratique, réprimer toutes les formes d'incitation comporte le risque d'entraver la liberté d'expression⁴².

35 Deutsches Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (dStGB).

36 BOMMER (n. 4), p. 34; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 2.

37 JÖRG SCHEINFELD, in: Erb/Schäfer (édit.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, § 1-37, 5^{ème} éd., Munich 2024, § 26 N 36 (cit. Mü-Ko dStGB-AUTEUR·E).

38 BOMMER (n. 4), p. 38 s.; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 160; NYDEGGER (n. 4), p. 311 ss; SCHLEIFER (n. 5), p. 333; STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 25; STEFAN TRECHSEL / CHRISTIAN GETH, in: Trechsel/Pieth (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 5^{ème} éd., Zurich/St. Gall 2025, art. 24 N 4 (cit. PK StGB-AUTEUR·E); BETTINA WEISSER, in: Eisele/Bosch/Hecker (édit.), *Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch*, StGB, 31^{ème} éd., Munich 2025, § 26 N 3 ss (cit. TK dStGB-AUTEUR·E).

39 CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 25; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 3 ss.

40 PK StGB-TRECHSEL/GETH, art. 24 N 4.

41 CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 25; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 7. Moins restrictifs: DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 159, admettent que des renseignements purement factuels peuvent, selon le contexte, relever de l'instigation.

42 BOMMER (n. 4), p. 35 s.; STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101; Dans le même sens: TK dStGB-WEISSER, § 26 N 1.

- 22 Outre la condamnation du journaliste, celle de l'avocat pour instigation à violation du secret de fonction met en évidence les problèmes pratiques soulevés par une conception extensive de l'instigation. La demande de renseignement, tant à des fonctionnaires qu'à des membres d'institutions privées, fait partie intégrante de l'exercice du métier d'avocat⁴³. Plusieurs auteurs ont donc émis la crainte de voir l'avocat être paralysé dans l'accomplissement de son mandat, l'empêchant ainsi de respecter son devoir de diligence⁴⁴. Cette crainte s'avère d'autant plus fondée que l'avocat peut difficilement se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité⁴⁵.
- 23 Ensuite, l'argument principal pour restreindre le champ d'application de l'art. 24 CP réside dans la peine encourue par l'instigateur⁴⁶. En effet, l'instigateur est puni comme l'auteur direct car, contrairement à l'art. 25 CP qui prévoit une atténuation de la peine pour le complice, l'art. 24 al. 1 CP ne prévoit aucune atténuation de la peine⁴⁷. Ainsi, la seule existence d'un rapport de causalité naturelle entre le comportement incitatif, la prise de résolution délicate par l'auteur direct et la commission de l'infraction ne suffit pas⁴⁸. Il faut encore que le comportement incitatif dépasse les limites du risque autorisé, et contrevienne ainsi au devoir de prudence⁴⁹.
- 24 L'instigation suppose donc une influence déterminante sur la formation de volonté de l'auteur direct⁵⁰. Cette condition est réalisée lorsqu'il existe un contact psychique et une collusion entre les deux agents, soit une invitation directe et univoque à commettre une infraction⁵¹. Dans la présente contribution, le contact psychique et la collusion prennent la forme d'une prise de l'instigateur sur l'auteur direct. En d'autres termes, l'instigateur doit avoir un levier pour décider autrui à commettre l'infraction. Cette prise peut être relationnelle, affective, émotionnelle, hiérarchique ou psychologique⁵².

43 CHAPPUIS/CASSANI (n. 15), p. 389.

44 CHAPPUIS/CASSANI (n. 15), p. 391.

45 Dans ce sens : CHAPPUIS/CASSANI (n. 15), p. 390.

46 BOMMER (n. 4), p. 35; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 159; NYDEGGER (n. 4), p. 311; SCHLEIFER (n. 5), p. 331.

47 BOMMER (n. 4), p. 39 s.; NYDEGGER (n. 4), p. 283; SCHLEIFER (n. 5), p. 331; STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101. Dans le même sens : TK dStGB-WEISSER, § 26 N 1 et N 3.

48 BOMMER (n. 4), p. 35; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 1.

49 BOMMER (n. 4), p. 35; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 21.

50 STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 22 et N 24; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 3 s.

51 CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 22 et N 24; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 3 s.

52 Dans le même sens : OLIVER HARRY GERSON, *Strafgrund, Wesen, Tathandlung der Anstiftung*, § 26 StGB, *Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 2*, ZIS 2016, p. 302.

2. Le cas particulier des infractions propres pures

a) L'ancrage légal

Lors de l'examen du comportement incitatif et de sa composante collusive, on ne saurait faire abstraction du type d'infraction commise par l'auteur direct et du bien juridique protégé par la disposition spéciale⁵³. La prise en compte du bien juridique protégé par la disposition spéciale ressort même de l'art. 26 CP, qui prévoit une atténuation de la peine pour l'instigateur ou le complice *extraneus* participant à une infraction propre pure ou mixte commise par un *intraneus*. Par exemple, le journaliste, l'avocat ou « Monsieur ou Madame Tout-le-Monde »⁵⁴ qui décide un fonctionnaire à violer son secret bénéficie d'une atténuation de la peine au sens de l'art. 26 CP. Cette atténuation de la peine se justifie, car, contrairement aux fonctionnaires, ces *extranei* n'entretiennent pas une relation étroite avec l'intérêt de la collectivité à la discrétion des fonctionnaires et membres des autorités, nécessaire à l'accomplissement des tâches de l'État sans entrave, bien juridique protégé par l'art. 320 CP⁵⁵.

Le législateur a donc restreint la participation à l'illégalisme pour certaines infractions, qui ne peuvent être commises à titre principal que par un cercle restreint de personnes. Par cette restriction, il reconnaît que toute personne hors de ce cercle n'assume pas la même responsabilité à l'égard du bien juridique protégé par la disposition spéciale⁵⁶.

b) La responsabilité accrue liée au devoir particulier : l'exemple des fonctionnaires

Dans l'arrêt Dammann contre Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a soulevé la question du traitement de « l'incitateur » qui s'adresse au titulaire d'un devoir particulier, en l'occurrence au fonctionnaire. La Cour a reconnu la responsabilité de l'État, tenu de former ses agents.

La responsabilité accrue des fonctionnaires a trouvé un écho dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Toutefois, la condamnation de l'avocat et celle de l'ami du fonctionnaire révèlent une certaine réticence chez les juges fédéraux à reconnaître cette responsabilité accrue des

53 BOMMER (n. 4), p. 38; NOLL (n. 4), p. 897; CLAUS ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Munich 2003, § 26 N 80 s.; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 7; *Contra* : JEAN-MARC VERNIORY, in : Macaluso/Moreillon/Queloz (édit.), *Commentaire romand, Code pénal II*, 2^{ème} éd., Bâle 2025, art. 320 N 40 (cit. CR CP II-AUTEUR-E).

54 Expression reprise de GRAVEN (n. 30), p. 95.

55 BOMMER (n. 4), p. 38. Sur la question du bien juridique protégé par l'art. 320 CP, voir : Arrêt du Tribunal fédéral 6B_532/2017 du 28 février 2018, consid. 2.1.

56 NOLL (n. 4), p. 897.

fonctionnaires, lorsqu'ils doivent se prononcer sur la responsabilité pénale des tiers qui les interrogent. Ces arrêts révèlent également la difficulté à ancrer cette problématique dans l'analyse du comportement incitativ. Par exemple, dans l'affaire de l'avocat, la cour cantonale avait considéré que le chef de la police, en tant que fonctionnaire tenu de résister à l'influence de tiers, ne pouvait pas être instigué⁵⁷. Or, une telle solution ne s'avère pas concevable. Seule une personne déjà décidée à commettre l'infraction n'est pas instigable, et revêt donc la qualité d'*omnimodo facturus*⁵⁸. On ne saurait créer un amalgame entre la qualité de fonctionnaire, la responsabilité accrue qui en découle, et la qualité d'*omnimodo facturus*, soit d'auteur ne pouvant être instigué. La responsabilité accrue du fonctionnaire ne l'empêche pas d'être instigué.

29 En outre, comme l'ami du fonctionnaire s'en prévaut dans l'arrêt du 21 août 2025, cette responsabilité accrue du fonctionnaire semble parfois artificiellement rattachée à l'idée que l'instigateur n'est punissable que lorsqu'il surmonte une forme de résistance chez l'auteur direct⁵⁹. Or, cette idée de résistance surmontée par l'instigateur repose sur une conception morale de l'instigation, désormais écartée par la doctrine majoritaire et la jurisprudence⁶⁰. Cette idée subsiste encore chez certains auteurs, qui ont inspiré la présente contribution⁶¹. Il convient toutefois de se rallier avec la doctrine majoritaire, car ce concept de résistance entre en contradiction avec la conception moderne de l'instigation⁶². En effet, l'instigation ne réprime plus une infraction commise à l'encontre de l'auteur direct, corrompu par l'instigateur, mais la participation à la mise en danger ou la lésion du bien juridique protégé par la disposition spéciale⁶³.

30 La responsabilité accrue du fonctionnaire n'implique pas une conception particulièrement restrictive de l'instigation⁶⁴. L'art. 26 CP compense déjà cette responsabilité

57 Arrêt du Tribunal fédéral 4D_42/2015 du 3 novembre 2015, consid. 4.

58 DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 159; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 13.

59 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4.

60 ATF 144 IV 265, consid. 3.2; ATF 128 IV 11, consid. 2; ATF 127 IV 122, consid. 2b/aa; JdT 2002 IV 118, p. 122; ATF 116 IV 1, consid. 3c; JdT 1991 IV 162, p. 163; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 157 ss; BSK StGB-FORSTER, Vor. art. 24 N 2; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 28; TK dStGB-WEISSER, Vor § 25 N 17. Sur la question de la *Korruptionstheorie* et de l'abandon de la participation à la faute au profit de la participation à l'illégalisme, voir; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 N 120 ss.

61 Voir BOMMER (n. 4), p. 37; SCHLEIFER (n. 5), p. 335.

62 BOMMER (n. 4), p. 37.

63 Sur la participation à l'illégalisme de l'instigateur, voir: DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 157 s.; CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 N 123.

64 Voir notamment: BOMMER (n. 4), p. 38; CHAPPUIS/CASSANI (n. 15), p. 387; NYDEGGER (n. 4), p. 311 ss; CR CPI-STRÄULI, art. 24 N 24 s.; STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101. Voir aussi: Arrêt du Tribunal

accrue liée au devoir particulier de l'*intranus*. Cette disposition prend déjà en compte le fait que l'instigateur *extraneus* ne vient que se greffer à la lésion ou la mise en danger du bien juridique diligentée par l'*intranus*⁶⁵.

3. Présentation de trois courants restrictifs

La présente contribution s'inspire de trois courants restrictifs, développés en réaction à la condamnation du journaliste du *Blick*. 31

Selon BOMMER, poser une question demeure dans les limites du risque autorisé et ne relève pas de l'instigation⁶⁶. En revanche, une question qui s'accompagne d'une pression, d'une contrainte, d'une tromperie ou de la promesse d'une contrepartie peut être constitutive d'une instigation⁶⁷. Seules des invitations directes et univoques qualifiées (« *qualifizierte Aufforderung* »), qui impliquent de surmonter une forme de résistance, tombent donc sous le coup de l'art. 24 CP⁶⁸. 32

Pour NYDEGGER, seules des invitations obligatoires ou contraignantes qui modifient substantiellement les motivations de l'auteur direct constituent une instigation⁶⁹. N'importe quelle incitation ne saurait porter atteinte à la liberté de décision de l'auteur direct⁷⁰. L'instigateur doit donc faire en sorte que, chez l'auteur direct, la peur de la sanction s'efface au profit d'un autre avantage ou inconvénient⁷¹. Ces invitations contraignantes ou obligatoires peuvent prendre différentes formes, comme la promesse d'une récompense, la menace d'une rupture amicale ou amoureuse, un licenciement, ou l'exclusion d'un groupe⁷². Le critère déterminant est la modification substantielle de la motivation⁷³. En outre, l'influence de l'invitation contraignante ou obligatoire doit subsister et lier l'auteur direct jusqu'à l'exécution de l'infraction⁷⁴. Tout comportement incitativ qui n'atteint pas ce degré d'intensité doit soit relever de la complicité psychique (art. 25 CP), soit rester impunissable⁷⁵. 33

fédéral 6B_382/2025, 6B_383/2025 du 10 septembre 2025, consid. 3.6.2, dans lequel le Tribunal fédéral laisse la question ouverte.

65 MICHA NYDEGGER, Was heisst « anstiften » – zum Diskussionsstand um die Voraussetzungen der Anstiftungshandlung gemäss Art. 24 StGB, recht 2004, p. 109 s. Visiblement d'un autre avis: NOLL (n. 4), p. 897.

66 BOMMER (n. 4), p. 39. Dans le même sens: STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101.

67 BOMMER (n. 4), p. 38. Dans le même sens: STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101.

68 BOMMER (n. 4), p. 38.

69 NYDEGGER (n. 4), p. 326.

70 NYDEGGER (n. 4), p. 325.

71 NYDEGGER (n. 4), p. 319.

72 NYDEGGER (n. 4), p. 311.

73 NYDEGGER (n. 4), p. 311 s.

74 NYDEGGER (n. 65), p. 111 s.

75 NYDEGGER (n. 65), p. 113.

34 SCHLEIFER part des travaux de BOMMER et NYDEGGER. Il exige, comme BOMMER, que l'instigateur brise une forme de résistance chez l'auteur direct⁷⁶. Il conçoit l'instigation comme un projet d'influence communicative en deux étapes, et subdivise le comportement incriminé par l'art. 24 CP en deux éléments objectifs constitutifs⁷⁷. Tout d'abord, l'instigateur doit exercer une influence spécifique liée à l'infraction considérée : il plante la graine dans l'esprit de l'auteur direct. Ensuite, l'instigateur doit exercer une influence motivante sur l'auteur direct, qui sert d'engrais jusqu'à ce que la plante, soit la résolution délictueuse, finisse de croître⁷⁸. Cette seconde influence vise précisément à briser toute forme de résistance chez l'auteur direct⁷⁹.

35 Il relève le point faible de la conception de NYDEGGER : l'instigateur doit toujours maîtriser l'avantage ou l'inconvénient dont il se sert pour modifier substantiellement la motivation de l'auteur direct, ce qui n'est pas toujours concevable⁸⁰. Pour cet auteur, une simple question ne suffit pas aux fins de l'instigation, à moins que d'autres circonstances, comme la relation entretenue entre « l'incitateur » et l'auteur direct ou un rapport d'autorité permettent de briser toute forme de résistance chez l'auteur direct⁸¹. Il distingue les questions à visée informative, insuffisantes pour relever de l'art. 24 CP, et les demandes ou les questions suggestives, qui constituent une instigation⁸².

4. Une conception restrictive plus modérée

36 Ces trois courants restrictifs proposent plusieurs pistes de réflexions convaincantes, auxquelles il convient de souscrire, car l'instigation implique effectivement une modification de la perception ou des motivations de l'auteur direct.

37 La présente contribution préconise toutefois une conception restrictive plus modérée de l'instigation. Ainsi, pour relever de l'instigation, une question ne doit donc pas nécessairement s'accompagner d'une tromperie, d'une forme de contrainte, ou de pressions psychiques. L'instigateur ne doit pas surmonter une forme de résistance⁸³.

76 SCHLEIFER (n. 5), p. 335.

77 SCHLEIFER (n. 5), p. 337.

78 SCHLEIFER (n. 5), p. 336 ss.

79 SCHLEIFER (n. 5), p. 336 ss.

80 SCHLEIFER (n. 5), p. 336.

81 SCHLEIFER (n. 5), p. 339.

82 SCHLEIFER (n. 5), p. 339.

83 ATF 144 IV 265, consid. 3.2; ATF 128 IV 11, consid. 2a; ATF 127 IV 122, consid. 2b/aa; JdT 2002 IV 118, p. 122; ATF 116 IV 1, consid. 3c; JdT 1991 IV 162, p. 163; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 157 ss; BSK StGB-FORSTER, Vor. art. 24 N 2; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 28; TK dStGB-WEISSER, Vor. § 25 N 17.

L'instigation ne doit pas non plus inviter l'auteur direct à commettre une infraction de manière contraignante et obligatoire et le lier ainsi à l'entreprise délictueuse jusqu'à l'exécution de l'infraction. L'instigation constitue un processus global et doit systématiquement être inscrite dans son contexte⁸⁴.

Cette conception plus modérée est axée principalement sur l'exploitation du contexte par l'instigateur, qui s'en sert pour influencer la psyché de l'auteur direct⁸⁵. Elle implique d'abord une double lecture du comportement incitatif. Il s'agira ensuite de dépasser la dichotomie question/demande, et de s'écarter de tout modèle trop schématique de l'instigation, comme la conception de Schleifer, bien que brillamment construite.

IV. L'importance du contexte de la prise de décision : l'instigation comme processus global

1. Le sens du comportement incitatif et la dichotomie question/demande

Une première lecture du comportement incitatif s'impose, car identifier son sens est une première étape fondamentale pour reconnaître sa composante collusive⁸⁶. Le langage comporte d'innombrables subtilités⁸⁷. L'existence d'une instigation dépend de la forme du comportement incitatif et du sens que peut raisonnablement leur conférer son interlocuteur⁸⁸. Par exemple, un hochement de tête peut parfois servir à signaler son écoute⁸⁹, ou à exprimer une simple approbation du plan de l'auteur direct⁹⁰, et s'avérer insuffisant pour relever tant de l'instigation que de la complicité⁹¹. Or, un hochement de tête, par exemple en direction d'un objet particulier, peut constituer une instigation à le dérober et à commettre ainsi un vol⁹². Selon la conception préconisée dans cette contribution, un tel hochement de tête suffit, s'il s'inscrit

84 Dans le même sens : GERSON (n. 52), p. 299 ss.

85 Dans le même sens : GERSON (n. 52), p. 299 ss.

86 BOMMER (n. 4), p. 36; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 159; BSK StGB-FORSTER, art. 24 N 16; ROXIN (n. 53), § 26 N 80 s.; SCHLEIFER (n. 5), p. 331; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 25; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 7. Dans ce sens : ATF 100 IV 1, consid. 4b. *Contra* : CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 46.

87 SCHLEIFER (n. 5), p. 341.

88 BOMMER (n. 4), p. 36; DONATSCH/GODENZI/TAG (n. 28), p. 159; ROXIN (n. 53), § 26 N 81; SCHLEIFER (n. 5), p. 326; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 25.

89 JINNI A. HARRIGAN, Proxemis, Kinesics, and Gaze, in : Harrigan/Rosenthal/Scherer (édit.), *The new handbook of methods in nonverbal behavior research*, Oxford University 2005, p. 139.

90 SCHLEIFER (n. 5), p. 325.

91 Sur la question de la simple approbation du plan de l'auteur direct : ATF 70 IV 12, consid. 3; JdT 1944 IV 39; CR CP I-STRÄULI, art. 25 N 16.

92 CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 23.

dans un contexte qui permet à l'auteur direct d'en comprendre la portée⁹³.

- 40 Cette première lecture du comportement incitatif ne suffit toutefois pas. La problématique de la dichotomie question/demande démontre parfaitement la difficulté et les limites de l'exercice. La question et la demande sont parfois distinguées⁹⁴, parfois classées dans la même catégorie⁹⁵, parfois assimilées⁹⁶. Pour le courant qui opère la distinction, une question à visée purement informative ne suffit pas aux fins de l'instigation⁹⁷. En revanche, la demande, par exemple le fait de s'adresser à une personne déterminée en lui demandant « peux-tu tuer X ? » constitue une instigation⁹⁸.
- 41 La distinction entre la question et la demande n'est pas toujours évidente. En effet, selon la théorie des actes de langage développée par AUSTIN et reprise par SEARLE⁹⁹, poser une question constitue en réalité une forme particulière de demande¹⁰⁰. La distinction entre les deux ne dépend pas de la syntaxe, mais de leur sens implicite. Dans certaines configurations, la demande, même formulée de manière interrogative, et sa composante collusive sont claires. Par exemple, la personne qui prononce la phrase « peux-tu tuer X ? » ne s'informe en principe pas sur les capacités de son interlocuteur, mais lui demande de commettre un meurtre¹⁰¹.
- 42 La jurisprudence en matière d'instigation à violation du secret de fonction démontre la difficulté pratique que représente cette distinction. Le changement de formulation opéré par le Tribunal fédéral, qui ne se réfère plus à la notion de question, mais à celle de demande, sans examiner la teneur des propos ou des messages entre l'instigateur et l'auteur direct, accentue cette difficulté et entretient même une forme d'ambiguïté¹⁰². Il convient donc

93 CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 23.

94 Voir par exemple : SCHLEIFER (n. 5), p. 339 ; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 25.

95 Voir par exemple BSK StGB-FORSTER, art. 24 N 16.

96 Voir par exemple Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4D_42/2015 du 3 novembre 2015, consid. 4.

97 BOMMER (n. 4), p. 26 ; STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 101 ; SCHLEIFER (n. 5), p. 339 ; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 25 ; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 7.

98 BOMMER (n. 4), p. 36 ; SCHLEIFER (n. 5), p. 317 et p. 339 ; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 24 s. Dans le même sens : BSK StGB-FORSTER, art. 24 N 16, qui semble toutefois considérer qu'il s'agit d'une question.

99 Sur la transposition de cette théorie à la punissabilité de l'instigation, voir : SCHLEIFER (n. 5), p. 330.

100 JOHN R. SEARLE, Les actes de langage, Essai de philosophie du langage, Paris 1972, p. 111.

101 Voir SEARLE (n. 100), p. 111.

102 Ce changement de formulation est également constaté en langue allemande. Dans sa version non traduite, le terme *Frage* (question) est utilisé dans l'ATF 127 IV 122, consid. 2b/bb, alors que dans un

de dépasser la dichotomie question/demande, qui pose d'importants problèmes de délimitation lorsque l'infraction réprime précisément la divulgation d'informations, comme l'art. 320 CP.

2. L'exploitation du contexte pour décider autrui à commettre une infraction

La première lecture du comportement incitatif fournit de précieux indices sur le sens qu'une personne peut lui conférer. Elle est indispensable lorsqu'aucun autre élément du contexte ne permet de conférer une prise à l'auteur direct. Dans ce cas, seuls les comportements incitatifs manifestes et directs suffisent aux fins de l'instigation.

Cette première lecture ne tient toutefois pas suffisamment compte du fait que cette signification dépend d'un nombre illimité de facteurs, aussi aléatoires que l'humeur du jour de son destinataire¹⁰³. Parmi ces facteurs figure le fait que, comme de nombreux auteurs en psychologie sociale l'ont démontré, persuader quelqu'un et le déterminer à prendre une décision sans même le lui demander, en exploitant le contexte global et en dépassant ainsi le message transmis, est possible¹⁰⁴. Cette première lecture du comportement incitatif ne permet donc pas encore de déceler la prise que l'instigateur a sur l'auteur direct. Une seconde lecture du comportement incitatif s'impose.

Le contexte dans lequel nous évoluons influence notre perception, notre attention et, bien entendu, notre prise de décision¹⁰⁵. Le contexte influence le processus décisionnel, mais aussi la représentation que se fait la personne des différentes options et de leurs conséquences¹⁰⁶. Chaque personne est autonome, construit sa propre perception de la réalité, mais cette perception n'est pas autonome et dépend largement de facteurs externes, qui viennent confirmer, infirmer, modifier, renforcer, tordre cette perception¹⁰⁷.

Il faut ainsi interpréter l'instigation à la lumière de son contexte et l'appréhender de manière graduelle. L'instigation peut prendre la forme d'un acte unique. Selon les

arrêt plus récent, qui reprend également les principes développés à l'enseigne de cet ATF, le Tribunal fédéral utilise le terme *Bitte* (demande) : Arrêt du Tribunal fédéral 6B_382/2025, 6B_383/2025 du 10 septembre 2025, consid. 3.6.2.

103 GERSON (n. 52), p. 301.

104 Voir notamment ROBERT-VINCENT JOULE / JEAN-LÉON BEAUVOIS, La soumission librement consentie, 6^{ème} éd., Paris 2010.

105 MIKHAIL S. SPEKTOR / SUDEEP BHATIA / SEBASTIAN GLUTH, The elusiveness of context effects in decision making, Trends in Cognitive Sciences 2021, p. 843.

106 AMOS TVERSKY / DANIEL KAHNEMAN, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, Science 1981, p. 453 ss ; SPEKTOR/BHATIA/GLUTH (n. 105), p. 848.

107 GERSON (n. 52), p. 302 s.

circonstances, elle peut aussi constituer un processus global, par lequel l'instigateur exploite le contexte pour décider autrui à commettre une infraction. En d'autres termes, l'instigateur peut entrer en contact psychique avec l'auteur direct et orienter sa psyché vers la commission d'une infraction en exploitant le contexte dans lequel ils interagissent¹⁰⁸.

a) L'exploitation des émotions de l'auteur direct

47 Globalement, les émotions influencent fortement la prise de décision¹⁰⁹. À cet égard, il faut distinguer les émotions intégrales, soit celles qui sont directement liées à un événement précis ou une décision déterminée, des émotions incidentes, qui n'ont pas de lien avec l'événement ou la décision, mais qui ont d'autres origines¹¹⁰. Les émotions intégrales désignent par exemple la colère ou la peur ressentie face à un agresseur¹¹¹, mais aussi la joie et l'excitation d'appartenir à un groupe, d'obtenir une récompense ou une forme de reconnaissance, ou d'avoir un sentiment de contrôle¹¹². Elles influencent la perception des différentes options et la prise de décision, car dès qu'elles existent dans l'esprit de la personne, elles ne disparaissent pas aisément¹¹³. En effet, elles modifient sa propre perception d'elle-même, la rendant plus ou moins confiante, et sa perception des risques auxquels elle s'expose¹¹⁴. La personne en proie à ces émotions surestimera ou sous-estimera davantage certains risques¹¹⁵.

48 Par exemple, la colère peut amplifier la satisfaction à l'idée d'attaquer une personne, et la peur peut amplifier la perception du risque d'être arrêté par la police¹¹⁶. La peur peut aussi porter sur la perte du lien, notamment avec l'instigateur, ce qui pousse l'auteur direct à se conformer à ses attentes¹¹⁷. Ces émotions offrent une prise à l'instigateur, s'il parvient à les amplifier, les inhiber, les modifier, ou simplement les exploiter. Par exemple, l'instigateur dispose d'une prise sur l'auteur direct, s'il parvient à amplifier son désir de reconnaissance et recadrer sa perception

pour que la joie d'être reconnu détermine sa prise de décision¹¹⁸.

b) L'importance du contexte relationnel

La relation entre l'instigateur et l'auteur direct occupe une place centrale. Logiquement, plus l'instigateur entretient une relation étroite avec l'auteur direct, plus le contexte relationnel lui confère une prise sur l'auteur direct¹¹⁹. En effet, l'instigateur sait quelles vulnérabilités exploiter pour recalibrer la perception d'une personne et la déterminer à commettre une infraction. Par exemple, l'instigateur, conscient que son ami souffre d'une horrible peur de l'abandon, dispose d'un levier redoutable pour le décider à commettre une infraction. Le risque, pour l'auteur direct, de vivre une rupture amicale ou amoureuse, ou d'être exclu du groupe offre une prise à l'auteur direct¹²⁰. Une personne sera plus encline à commettre une infraction si elle risque d'être quittée par son partenaire ou exclue, que si elle ne risque aucune conséquence en cas de refus¹²¹. On ne saurait donc suivre le Tribunal fédéral, lorsqu'il relève que l'absence de lien personnel entre l'instigateur et l'auteur direct s'avère sans pertinence¹²².

Dans le même sens, l'auteur direct agissant sous l'ascendant d'une personne sera plus disposé à s'exécuter. Celui qui craint de se faire licencier s'il refuse d'exécuter un ordre illégal sera plus enclin à se décider à commettre une infraction¹²³. En outre, la prise de l'instigateur sur l'auteur direct qui agit sous son ascendant ou dans un rapport de dépendance trouve un ancrage légal à l'art. 48 let. a ch. 4 CP. Cette disposition prévoit une atténuation de la peine pour l'auteur direct qui agit sous l'ascendant d'une personne à laquelle il doit obéissance ou de laquelle il dépend. La situation financière de l'auteur direct ou la personnalité plus ou moins forte des personnes concernées peut créer un rapport de dépendance¹²⁴. La seule existence d'un tel rapport ne suffit pas pour atténuer la peine de l'auteur direct¹²⁵. Il faut que la pression qui résulte de ce rapport limite sa liberté de décision¹²⁶. Cette pression se détermine par l'influence concrète de la manifestation de

108 Dans le même sens : GERSON (n. 52), p. 302 ; NYDEGGER (n. 4), p. 315.

109 JENNIFER S. LERNER / YE LI / PIERCARLO VALDESOLO / KARIM S. KASSAM, *Emotion and Decision Making*, *Annual Review of Psychology* 2015, p. 801 ; CLAIRE NEE, *The impact of emotion on offender decision making : advancing our understanding through virtual re-enactment*, *Psychology, Crime & Law* 2024, p. 7.

110 LERNER/LI/VALDESOLO/KASSAM (n. 109), p. 802.

111 TIMOTHY C. BARNUM / STARR J. SOLOMON, *Fight or flight: Integral emotions and violent intentions*, *Criminology: An interdisciplinary Journal* 2019, p. 664.

112 NEE (n. 109), p. 7 ss. Voir aussi DIRK FABRICIUS, *Emotionen und Strafrecht*, in : Berner/Fass (édit.), *Sichtbares und Unsichtbares*, Berlin 2014, p. 199 ; NYDEGGER (n. 4), p. 315.

113 BARNUM/SOLOMON (n. 111), p. 662 ; LERNER/LI/VALDESOLO/KASSAM (n. 109), p. 802.

114 BARNUM/SOLOMON (n. 111), p. 662 s. ; NEE (n. 109), p. 7.

115 BARNUM/SOLOMON (n. 111), p. 663 ; NEE (n. 109), p. 7.

116 BARNUM/SOLOMON (n. 111), p. 671.

117 FABRICIUS (n. 112), p. 204 ; NYDEGGER (n. 4), p. 320 s.

118 Dans le même sens : GERSON (n. 52), p. 302.

119 Dans le même sens : NYDEGGER (n. 4), p. 325 ; SCHLEIFER (n. 5), p. 339. *Contra* : ATF 127 IV 122, consid. 2b ; JdT 2002 IV 118, p. 123.

120 NYDEGGER (n. 4), p. 311.

121 NYDEGGER (n. 4), p. 311.

122 ATF 127 IV 122, consid. 2b ; JdT 2002 IV 118, p. 123. Voir toutefois : Arrêt du Tribunal fédéral 6B_721/2020 du 11 février 2021, consid. 6.2.

123 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_721/2020 du 11 février 2021, consid. 6.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6P.36/2005, 6S.121/2005 du 18 mai 2005, consid. 10.1.

124 ATF 102 IV 237, p. 238 s. ; JdT 1978 IV 36, p. 36 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_721/2020 du 11 février 2021, consid. 6.1.

125 ATF 102 IV 237, p. 238 s. ; JdT 1978 IV 36, p. 36 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_721/2020 du 11 février 2021, consid. 6.1.

126 ATF 102 IV 237, p. 238 s. ; JdT 1978 IV 36, p. 37 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_721/2020 du 11 février 2021, consid. 6.1.

volonté de l'instigateur sur l'auteur direct plutôt que par sa forme extérieure¹²⁷.

- 51 Par exemple, le fait de donner du travail à l'auteur direct, de l'argent et de la drogue, et de devenir son créancier à hauteur de plusieurs milliers de francs crée une situation de dépendance¹²⁸. Il ne fait aucun doute que de telles circonstances confèrent à l'instigateur une prise sur l'auteur direct.
- 52 Une pression sociale moins importante confère déjà une prise sur l'auteur direct. Les faits d'une affaire allemande¹²⁹ illustrent parfaitement cette forme de prise : l'auteur d'un viol qui se tourne vers son comparse et lui demande « Tu veux aussi ? » peut être instigateur, si son interlocuteur sait qu'il risque de se faire ridiculiser et traiter de lâche s'il refuse¹³⁰. Cette question est une instigation à viol, et pas une simple question sur les envies du destinataire¹³¹. Contrairement à l'avis de NYDEGGER, dans cette situation, l'auteur du viol dispose d'une prise sur son interlocuteur, même s'ils n'entretiennent pas de relation particulière¹³².

c) L'exemple de la théorie de l'engagement

- 53 En outre, d'autres phénomènes influencent notre prise de décision et peuvent octroyer à l'instigateur une prise sur l'auteur direct. Par exemple, la théorie d'engagement implique d'avoir recours, sans contrainte ou moyen de pression, à la persuasion, en induisant un processus interne chez son interlocuteur, qui le lie à l'adoption d'un premier comportement¹³³.
- 54 L'engagement existe dès que l'auteur direct exécute ce premier comportement, car il engendre la pression d'accomplir le second comportement souhaité, plus difficile à obtenir, soit la commission d'une infraction¹³⁴. L'accomplissement de cet acte, souvent une faveur, octroie une prise à l'instigateur. Plus ces premiers actes sont nombreux, plus obtenir l'adoption du comportement souhaité sera aisé¹³⁵. Ce mécanisme, pris dans son ensemble, crée une persistance, parce que l'interlocuteur s'approprie la décision de

127 Arrêt du Tribunal fédéral 6P.36/2005, 6S.121/2005 du 18 mai 2005, consid. 10.1.

128 Arrêt du Tribunal fédéral 6P.36/2005, 6S.121/2005 du 18 mai 2005, consid. 10.2.

129 BGH 5 StR 147/79 vom 29. Mai 1979, consid. I.3b.

130 ROXIN (n. 53), § 26 N 82; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 7.

131 ROXIN (n. 53), § 26 N 82; NYDEGGER (n. 4), p. 322; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 7.

132 ROXIN (n. 53), § 26 N 82; TK dStGB-WEISSER, § 26 N 7. *Contra*: NYDEGGER (n. 4), p. 322.

133 NICOLAS GUÉGUEN / ROBERT-VINCENT JOULE, L'engagement : de la technique du pied-dans-la-porte à la communication engageante, in : Morchain/Somat (dir.), La psychologie sociale : applicabilité et applications, Rennes 2010, p. 92.

134 GUÉGUEN/JOULE (n. 133), p. 92.

135 GUÉGUEN/JOULE (n. 133), p. 92.

s'exécuter¹³⁶. Pour prendre un exemple, demander l'heure à une personne avant de lui demander un service plus difficile à obtenir augmente les chances qu'elle accepte ce service. Un instigateur peut se servir de ce mécanisme pour décider autrui à commettre une infraction.

Par exemple, en matière d'instigation à violation du secret de fonction, poser une simple question à un fonctionnaire reste dans les limites du risque autorisé et ne relève pas de l'instigation¹³⁷. En revanche, si, à la suite d'une première réponse, d'autres questions de plus en plus intrusives sont posées, l'engagement que « l'incitateur » crée peut relever de l'instigation¹³⁸. L'instigation ne réside donc pas dans la simple question, mais dans l'exploitation de l'engagement qu'il a suscité par la succession de questions, qui lui offre une prise sur l'auteur direct¹³⁹. Appréhender l'instigation comme un processus global permet de retenir qu'une pluralité d'actes individuellement insuffisants pour relever de l'instigation, présentent ensemble une composante collusive, car le premier acte permet à l'instigateur d'avoir une prise sur l'auteur direct et crée ainsi une persistance.

d) La propension latente à commettre une infraction

En outre, la propension latente à commettre une infraction peut aussi octroyer à l'instigateur une prise sur l'auteur direct¹⁴⁰. Les modèles trop schématiques de l'instigation se heurtent ici à un premier obstacle. Pour SCHLEIFER, celui qui ne plante pas la graine, mais participe à la faire germer n'est que complice psychique de l'infraction commise¹⁴¹. Or, s'adresser à un fonctionnaire soigneusement choisi, car connu pour être particulièrement bavard relève plutôt de l'instigation¹⁴². Dans ce cas, l'instigation réside dans le processus global, soit la sélection minutieuse d'un fonctionnaire particulièrement bavard, qui n'attend qu'un appel pour révéler ce qu'il sait, dans l'intervention de l'instigateur comme catalyseur de cette propension à violer le secret de fonction, et dans les questions qu'il lui pose pour obtenir des informations confidentielles¹⁴³.

e) La pluralité de participants

Les modèles trop schématiques se heurtent à un second obstacle. L'instigateur ne peut pas toujours, à lui seul, tel un

136 GUÉGUEN/JOULE (n. 133), p. 92.

137 GUÉGUEN/JOULE (n. 133), p. 92.

138 GUÉGUEN/JOULE (n. 133), p. 92.

139 GUÉGUEN/JOULE (n. 133), p. 92.

140 ATF 144 IV 265, consid. 2.3.2; ATF 128 IV 11, consid. 2; STRATENWERTH/BOMMER (n. 28), § 13 N 102; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 12.

141 SCHLEIFER (n. 5), p. 339.

142 ATF 127 IV 122, consid. 2b/cc; JdT 2002 IV 118, ATF 124 IV 34, consid. 2c; JdT 2006 IV 140; ATF 116 IV 1, consid. 2c; JdT 1991 IV 162; CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 12.

143 CR CP I-STRÄULI, art. 24 N 12.

stratège, contrôler et stabiliser la résolution délictueuse de l'auteur direct et veiller à ce qu'elle le lie de manière contraignante ou obligatoire jusqu'à la commission de l'infraction. La résolution délictueuse suscitée par l'instigateur ne doit pas être inébranlable¹⁴⁴. Dans le même sens, l'auteur direct ne peut pas toujours conscientiser les avantages et les inconvénients de la commission de l'infraction¹⁴⁵. Ces impossibilités n'excluent pas l'existence d'une prise sur l'auteur direct.

58 Un instigateur ne doit donc pas contrôler ou cimenter la résolution délictueuse¹⁴⁶. Un autre participant peut par exemple se charger d'accomplir cette tâche. Si, après l'intervention de l'instigateur, mais avant la commission de l'infraction, l'auteur direct hésite ou émet quelques réserves, et qu'un autre participant les écarte, renforce et cimenter la résolution délictueuse, ce participant est complice psychique de l'infraction¹⁴⁷. Ces hésitations ne signifient pas encore que l'instigateur n'a pas eu de prise sur l'auteur direct ou qu'il n'a pas fait naître sa résolution délictueuse. L'intervention subséquente d'un complice psychique peut même octroyer une prise à l'instigateur, lorsqu'elle est planifiée. Exiger une maîtrise complète du processus décisionnel par l'instigateur n'est pas concevable¹⁴⁸, et risque de poser des problèmes de délimitation, notamment avec l'activité médiate.

59 En définitive, l'instigateur ne plante pas une graine, qu'il doit ensuite faire germer. Il entre en contact psychique avec l'auteur direct et provoque une étincelle, qui devient ensuite un incendie ou une explosion¹⁴⁹.

f) Le journaliste, l'avocat et l'ami de fonctionnaire sont-ils instigateurs ?

60 Les condamnations du journaliste, de l'avocat et de l'ami de fonctionnaire permettent de présenter la portée d'une conception plus restrictive de l'instigation. Pour reconnaître l'ami du fonctionnaire coupable d'instigation à violation du secret de fonction, le Tribunal fédéral semble se fonder sur le caractère répété des demandes adressées, sans examiner la teneur des propos¹⁵⁰. Des questions répétées, posées dans un climat de confiance lié à la relation entretenue¹⁵¹, confèrent à l'ami du fonctionnaire un privilège par rapport aux autres administrés. Ainsi, la personne qui use de ce privilège pour obtenir des informations auprès

de son ami, tout en sachant qu'elle contourne le système de communication d'informations, peut être instigatrice, car ce privilège lui octroie une prise sur son ami fonctionnaire. Dans un tel contexte, une question (répétée) peut présenter une composante collusive¹⁵².

À l'inverse, en appliquant une conception plus restrictive, le journaliste du *Blick* qui interroge l'assistante du Procureure et l'avocat qui pose des questions au chef de la police ne sont pas instigateurs à violation du secret de fonction, car ils ne disposaient d'aucune prise sur leur interlocuteur. En revanche, s'ils avaient posé de nombreuses questions à la suite, pris le temps de créer une relation de confiance avec le fonctionnaire, ou soigneusement choisi un agent particulièrement bavard, ils auraient été instigateurs.

V. Synthèse

Une conception restrictive de l'instigation se justifie, notamment en raison de la peine pleine et entière encourue par l'instigateur¹⁵³. Plusieurs courants restrictifs se sont donc développés après la condamnation du journaliste du *Blick* pour instigation à violation du secret de fonction¹⁵⁴. Ces courants offrent des pistes de réflexion convaincantes, mais il convient d'adopter une conception restrictive plus modérée de l'instigation, éloignée de tout modèle trop schématique¹⁵⁵. L'instigation peut être un processus global, qui suppose que l'instigateur ait une prise sur l'auteur direct. Cette prise dépend largement du contexte¹⁵⁶, et ne suppose pas que l'instigateur brise une forme de résistance chez l'auteur direct. Lorsqu'aucun élément du contexte ne permet de conférer une prise à l'instigateur, son comportement incitatif doit être manifeste. En revanche, lorsque d'autres éléments du contexte, comme une relation étroite entre l'instigateur et l'auteur direct, l'exploitation des émotions de l'auteur direct ou de ses vulnérabilités, ou l'existence d'un processus de persuasion, lui octroient une prise, une question, prise dans ce contexte, suffit aux fins de l'instigation¹⁵⁷.

Reste à voir comment évoluera la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui vient de laisser la question de la nécessité de restreindre la punissabilité de l'instigation ouverte¹⁵⁸.

144 ROXIN (n. 53), § 26 N 200.

145 Visiblement aussi SCHLEIFER (n. 5), p. 336.

146 Voir aussi GERSON (n. 52), p. 299.

147 ATF 149 IV 57, consid. 3.2.3 ; CR CP I-STRÄULI, art. 25 N 15 ; ROXIN (n. 53), § 26 N 199 s.

148 Dans le même sens : GERSON (n. 52), p. 297.

149 GERSON (n. 52), p. 299.

150 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_643/2024 du 21 août 2025, consid. 2.4.

151 BOMMER (n. 4), p. 37. Voir aussi NYDEGGER (n. 4), p. 321 ; SCHLEIFER (n. 5), p. 339.

152 Cf. SCHLEIFER (n. 5), p. 339.

153 Cf. N 22.

154 Cf. N 30 ss.

155 Cf. N 55 ss.

156 Cf. N 38 ss.

157 Cf. N 38 ss.

158 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_382/2025, 6B_383/2025 du 10 septembre 2025, consid. 3.6.2.

Abstract

Dieser Beitrag befasst sich mit der Notwendigkeit, die Anstiftung restriktiv auszulegen. Der Beitrag hebt die Bedeutung des deliktischen Kontexts hervor, in welchem der Anstifter Einfluss auf den unmittelbaren Täter ausübt. Vor dem Hintergrund zweier jüngster Urteile des Bundesgerichts zur Anstiftung wird die Bedeutung dieses Kontextes der Anstiftung untersucht. Mit anderen Worten: Der Kontext bietet dem Anstifter einen Hebel, um andere zur Begehung einer Straftat zu bewegen. Der vorliegende Beitrag erläutert diesen Begriff des Einflusses und plädiert für eine restriktive Auffassung der Anstiftung, die sich von allzu schematischen Modellen distanzieren soll. Dabei dient die Verletzung des Amtsgeheimnisses als konkretes Beispiel zur Veranschaulichung der Problematik.