



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

[Signature]

[QR Code]

EJPD

**Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des
Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem da-
zugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des straf-
rechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und or-
ganisierte Kriminalität**

Vorentwurf und erläuternder Bericht

Bundesamt für Justiz
Bern, Juni 2017

Übersicht

Terrorismus stellt einen Angriff auf die pluralistische Gesellschaft dar und bedroht die Freiheit, die Sicherheit und die grundlegenden Rechte jeder einzelnen Person. Nationalistisch, religiös oder politisch motivierter Terrorismus hinterlässt jedes Jahr Tausende von getöteten, verletzten und traumatisierten Opfern rund um den Globus. Es liegt im Interesse jedes Staates, sein gesetzliches Instrumentarium gegen Terrorismus regelmäßig zu überprüfen und auf eine veränderte Bedrohungslage entsprechend zu reagieren. Mit dieser Vorlage passt die Schweiz ihre Gesetzgebung im Bereich der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung den aktuellen Erfordernissen an und baut ihre Fähigkeit zur internationalen Zusammenarbeit mit anderen Staaten weiter aus.

Die Anschläge in den USA vom 11. September 2001 und die seither in zahlreichen Ländern verübten Terrorakte haben die Staatengemeinschaft in ihrer Überzeugung bestärkt, dass die erfolgreiche Prävention und Bekämpfung des Terrorismus nur mit Hilfe gemeinsamer Anstrengungen und wirkungsvoller zwischenstaatlicher Zusammenarbeit erfolgen kann.

Auch Europa blieb in den vergangenen Jahren von terroristischen Akten und ihren Folgen nicht verschont. Schwere Anschläge ereigneten sich insbesondere in Belgien, Deutschland, England, Frankreich, Norwegen, Russland, Spanien und der Türkei. Vor diesem Hintergrund erfolgte im Rahmen des Europarates die Ausarbeitung des Übereinkommens vom 16. Mai 2005 zur Verhütung des Terrorismus sowie des dazugehörigen Zusatzprotokolls vom 22. Oktober 2015. Kernpunkte des Übereinkommens bilden die Pflicht der Vertragsstaaten zur Kriminalisierung der öffentlichen Aufforderung zu Terrorismus sowie der Rekrutierung und Ausbildung von Terroristen. Das Zusatzprotokoll ergänzt einerseits den Inhalt des Übereinkommens und übernimmt andererseits die aus der Resolution 2178 vom 24. September 2014 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen herührenden Verpflichtungen, indem das Reisen für terroristische Zwecke sowie entsprechende Finanzierungs- und Unterstützungshandlungen unter Strafe gestellt werden.

Die Schweiz hat das Übereinkommen des Europarates am 11. September 2012 und das Zusatzprotokoll am 22. Oktober 2015 unterzeichnet. Das geltende schweizerische Recht vermag den durch die beiden Abkommen aufgestellten Verpflichtungen bezüglich Strafbarkeit, Prävention und internationaler Kooperation bereits heute weitgehend zu genügen. Das geltende Strafrecht verfügt jedoch kaum über Tatbestände, die den Kernbereich der Abkommen explizit regeln. Es deckt deren Inhalt durch andere Strafbestimmungen (Delikte gegen Leib und Leben, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen Al-Qaïda und Islamischer Staat sowie verwandter Organisationen) teilweise ab. Entsprechend wird in dieser Vorlage die Einführung einer neuen Strafbestimmung vorgeschlagen, die das Vorfeld einer geplanten terroristischen Handlung zusätzlich abdeckt, indem sie die Anwerbung und Ausbildung sowie das Reisen für terroristische Zwecke und entsprechende Finanzierungshandlungen unter Strafe stellt.

Der Kampf gegen die organisierte Kriminalität und gegen terroristische Organisationen stellt die zuständigen schweizerischen Behörden heute vor besondere Herausforderungen, welche über die aus der Umsetzung des Europaratsübereinkommens und seines Zusatzprotokolls entstehenden Verpflichtungen hinausgehen. Komplexe Strukturen, kombiniert mit einer breiten Vernetzung und einer beachtlichen Durch-

setzungsmacht der Organisation gegen innen und aussen machen das ausserordentliche Gefährdungspotenzial von kriminellen und terroristischen Organisationen aus.

In Umsetzung der Motion 15.3008 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates schlägt der Bundesrat daher eine Revision der Strafnorm gegen kriminelle Organisationen vor. Er berücksichtigt dabei auch die Kritik von Strafverfolgungsbehörden, insbesondere der Bundesanwaltschaft, an der geltenden Strafbestimmung. Neben der Anpassung einzelner gesetzlicher Kriterien für das Vorliegen einer kriminellen oder terroristischen Organisation, welche eine massvolle Ausweitung der Strafbarkeit zu Folge hat, wird insbesondere auch eine Erhöhung der Strafandrohung vorgeschlagen. Dies gilt einerseits für Personen, die innerhalb einer kriminellen oder terroristischen Organisation einen bestimmenden Einfluss ausüben, sowie andererseits für alle Personen, die eine terroristische Organisation unterstützen oder sich an einer solchen beteiligen. Dem Prinzip der Verhältnismässigkeit und dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot wird dabei aber nach wie vor die notwendige Bedeutung beigemessen.

Darüber hinaus werden Anpassungen des Organisationsverbotes gemäss Artikel 74 des neuen Nachrichtendienstgesetzes vorgesehen. Im Vordergrund stehen dabei die Einführung der Bundeszuständigkeit für die Strafverfolgung sowie die Anpassung der Strafandrohung, welche mit dem geltenden Bundesgesetz gegen die Organisationen Al-Qaida und IS in Einklang gebracht werden.

Weiter wird im Rahmen dieser Vorlage vorgeschlagen, das Bundesgesetz über die Rechtshilfe in Strafsachen den neuen Herausforderungen an die internationale Zusammenarbeit anzupassen und zwei Bestimmungen einzuführen: Zum einen soll die vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln gesetzlich verankert werden, wobei die notwendigen Grundvoraussetzungen gemäss Rechtshilfegesetz gewahrt werden. Zum anderen soll auch die Einsetzung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen im Gesetz geregelt werden. In seiner jüngsten Rechtsprechung weist das Bundesgericht auf die Notwendigkeit der Schaffung einer Rechtsgrundlage hin, um solche zeitgemässen Rechtshilfemaßnahmen zuzulassen.

Angesichts der internationalen Bedeutung des Schweizer Finanzplatzes ist im Kampf gegen die Terrorismusfinanzierung eine Verstärkung der internationalen Zusammenarbeit zwischen den Meldestellen für Verdachtsmeldungen (Financial Intelligence Unit, FIU) erforderlich. In diesem Sinne sieht der vorliegende Gesetzesentwurf eine Erweiterung der Kompetenzen der Meldestelle für Geldwäscherei vor. In Zukunft soll diese die Möglichkeit haben, sich nicht nur auf Basis einer Verdachtsmeldung an die Finanzintermediäre wenden zu können, sondern auch wenn Informationen ausländischer Partnerstellen vorliegen.

Die Neuerungen sind für die verstärkte internationale Zusammenarbeit bei der Bekämpfung des Terrorismus von besonderer Bedeutung. Mit mehreren vorgeschlagenen Massnahmen kann ferner der Kritik begegnet werden, die von der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei (Groupe d'Action Financière, GAFl) im Rahmen ihrer 2016 durchgeföhrten Prüfung des Schweizer Systems zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung geäussert worden ist.

Inhaltsverzeichnis	
Übersicht	2
1 Grundzüge des Übereinkommens des Europarates vom 16. Mai 2005 zur Verhütung des Terrorismus und des Zusatzprotokolls vom 22. Oktober 2015	6
1.1 Ausgangslage und Entstehung des Übereinkommens	6
1.2 Überblick über den Inhalt des Übereinkommens	6
1.3 Entstehung des Zusatzprotokolls	7
1.4 Überblick über den Inhalt des Zusatzprotokolls	7
1.5 Würdigung des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls	8
1.6 Weitere internationale Standards	8
2 Die Bestimmungen des Übereinkommens und ihr Verhältnis zum schweizerischen Recht	9
3 Die Bestimmungen des Zusatzprotokolls und ihr Verhältnis zum schweizerischen Recht	29
4 Die neuen Bestimmungen im Schweizerischen Recht	36
4.1 Artikel 260 ^{ter} VE-Strafgesetzbuch: Kriminelle und terroristische Organisationen	36
4.1.1 Ausgangslage	36
4.1.2 Erläuterungen zur revidierten Strafbestimmung	38
4.1.2.1 Allgemeines	38
4.1.2.2 Kriterien der Geheimhaltung sowie der Unterstützung der verbrecherischen Tätigkeit	38
4.1.2.3 Strafandrohung der Regelung gegen kriminelle Organisationen	40
4.1.2.4 Strafbarkeit der blossen Zugehörigkeit?	41
4.1.2.5 Einführung zusätzlicher gesetzlicher Merkmale?	43
4.1.2.6 Ausdrückliche gesetzliche Regelung der terroristischen Organisation	43
4.1.2.7 Beibehaltung der Zuständigkeitsregeln	45
4.1.2.8 Konkurrenz zwischen Art. 260 ^{ter} VE-StGB und den Grundtatbeständen	45
4.2 Artikel 260 ^{sexies} VE-Strafgesetzbuch: Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat	46
4.2.1 Ausgangslage	46
4.2.2 Erläuterungen zur neuen Strafbestimmung	47
4.3 Anpassung von Artikel 74 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG): Organisationsverbot	49
4.3.1 Ausgangslage	49
4.3.2 Erläuterungen zum revidierten Organisationsverbot	50
4.4 Rechtshilfegesetz: Anpassungen im Bereich der dynamischen Strafrechtshilfe	52
4.4.1 Ziele der gesetzgeberischen Anpassungen	52

4.4.2	Artikel 80d ^{bis} VE-IRSG: Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln	53
4.4.2.1	Ausgangslage	53
4.4.2.2	Erläuterungen zur neuen Bestimmung	54
4.4.3	Artikel 80d ^{ter} VE-IRSG: Gemeinsame Ermittlungsgruppen	56
4.4.3.1	Ausgangslage	56
4.4.3.2	Erläuterungen zur neuen Bestimmung	57
4.5	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung: geänderte Kompetenzen der Meldestelle für Geldwäscherei	58
4.5.1	Stärkere Kompetenzen der MROS	58
4.5.1.1	Bewertung der Kompetenzen der MROS durch die GAFI	59
4.5.1.2	Grundsätze der Egmont-Gruppe	60
4.5.1.3	Kurzer Rechtsvergleich	61
4.5.1.4	Ergänzung von Artikel 11a GWG durch einen neuen Absatz 2 ^{bis}	62
4.5.1.5	Erläuterungen zu Artikel 11a Absatz 2 ^{bis} GWG	63
4.5.2	Meldepflicht der Händlerinnen und Händler bei Verdacht auf Terrorismusfinanzierung	65
4.5.2.1	Ergänzung zu den Änderungen des GwG betreffend die Händlerinnen und Händler	65
4.5.2.2	Erläuterung der neuen Bestimmungen	65
4.6	Weitere geprüfte Fragen und gesetzliche Anpassungen	66
4.6.1	Strafrechtliche Konkurrenzen	66
4.6.2	Artikel 260 ^{quinquies} StGB: Finanzierung des Terrorismus	67
4.6.3	Prüfung der Einführung einer spezifischen Terrorismus-Strafnorm	68
4.6.4	Prüfung der Einführung einer Strafnorm gegen die Rechtfertigung oder Verherrlichung von Terrorismus	69
4.6.5	Weitere gesetzliche Anpassungen	71
4.6.6	Geltungsdauer des Bundesgesetzes gegen Al-Qaïda, IS und verwandte Organisationen	72
5	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	73
6	Auswirkungen	73
6.1	Auswirkungen auf den Bund und die Kantone	73
6.2	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	75
6.3	Auswirkungen auf die Informatik	75
7	Verhältnis zur Legislaturplanung	75
8	Rechtliche Aspekte	75
8.1	Verfassungsmässigkeit	75
8.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	76
Bundesbeschluss (Vorentwurf)		

1 Grundzüge des Übereinkommens des Europarates vom 16. Mai 2005 zur Verhütung des Terrorismus und des Zusatzprotokolls vom 22. Oktober 2015

1.1 Ausgangslage und Entstehung des Übereinkommens

Das Übereinkommen des Europarates vom 16. Mai 2005 zur Verhütung des Terrorismus hat zum Ziel, das bestehende Instrumentarium im internationalen Kampf gegen den Terrorismus zu ergänzen. Kernpunkte des Übereinkommens bilden die Pflicht der Vertragsstaaten zur Kriminalisierung der öffentlichen Aufforderung zu Terrorismus sowie der Rekrutierung und Ausbildung von Terroristen. Die Staaten wahren dabei, gemäss den Grundsätzen des Europarates, menschenrechtliche, demokratische und rechtsstaatliche Prinzipien.

Im Jahre 2003 wurde, auf Beschluss des Ministerkomitees des Europarates, eine Expertengruppe zur Terrorismusbekämpfung¹ eingerichtet, welche im Februar 2005 den Entwurf für ein entsprechendes Übereinkommen vorlegte². Das Übereinkommen wurde am 16. Mai 2005 zur Unterzeichnung aufgelegt und ist am 1. Juni 2007 in Kraft getreten.

Die Schweiz hat an der Ausarbeitung des Übereinkommens mitgewirkt und dieses am 11. September 2012 unterzeichnet. Es wurde bis heute durch 38 Länder des Europarates ratifiziert³.

1.2 Überblick über den Inhalt des Übereinkommens

Das Übereinkommen fügt sich ein in die Reihe internationaler Übereinkünfte, deren gemeinsames Ziel die Bekämpfung und Prävention von Terrorismus ist. Den völkerrechtlichen Rahmen bilden insbesondere die geltenden Anti-Terrorismus-Übereinkommen der Vereinten Nationen, ihrer angegliederten Organisationen sowie des Europarates, welche durch die Schweiz bereits umgesetzt und ratifiziert worden sind⁴. Im Vergleich zur Mehrzahl der bestehenden internationalen Verträge umschreibt das vorliegende Übereinkommen keine neuen terroristischen Haupttaten. Es bestraft vielmehr Verhaltensweisen, welche zwar keine Terrorakte darstellen, die jedoch über das Potenzial verfügen, terroristische Haupttaten herbeizuführen oder zu erleichtern.

Das Übereinkommen will jedoch die zwingende Strafbarkeit hypothetischer Ketten von Ereignissen, die in einem bloss theoretischen Konnex zu Terrorakten stehen, vermeiden. Ein ausreichender Zusammenhang bleibt Voraussetzung, damit eine – gegenüber den erwähnten Terrorismusabkommen – weitere Vorverlagerung der Strafbarkeit vorgenommen werden kann.

Der Begriff der terroristischen Straftat ist für die Anwendung des Übereinkommens von zentraler Bedeutung. Das internationale Strafrecht kennt allerdings nach wie vor

¹ Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER).

² Für die Arbeiten bedeutsam waren insbesondere die Empfehlung 1550 (2002) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates über die Bekämpfung des Terrorismus und die Achtung der Menschenrechte sowie die entsprechenden Leitlinien vom 11. Juli 2002 des Ministerkomitees.

³ Stand April 2017.

⁴ Sektoriale Übereinkommen, zum Beispiel in den Bereichen Seeschifffahrt, Zivilluftfahrt oder Nuklearterrorismus sowie Finanzierung des Terrorismus; vgl. dazu auch nachfolgend Kap. 2 mit Verweisen.

keine allgemeine Definition des Terrorismus. Entsprechend umschreibt das Abkommen den Begriff nicht eigenständig, sondern verweist in Artikel 26 sowie in seinem Anhang auf die erwähnten bestehenden internationalen Übereinkommen gegen den Terror. Verschiedene Staaten haben, unabhängig von den zwingenden Erfordernissen des Abkommens, den Terrorismusbegriff in einer allgemeinen Strafnorm verankert. Die Aufnahme einer solchen Legaldefinition mit separater Strafbestimmung in das Schweizer Recht ist im Folgenden unabhängig von der Umsetzung des vorliegenden Übereinkommens zu prüfen (vgl. Ausführungen in Kap. 4.6.3).

Konkret verpflichtet das Übereinkommen die Vertragsstaaten zur Kriminalisierung des öffentlichen Aufforderns zu terroristischen Straftaten, des Anwerbens sowie der Ausbildung für Terrorismus. Das Übereinkommen enthält daneben weitere innerstaatlich zu treffende Massnahmen gegen Terrorismus sowie Regelungen über die internationale Zusammenarbeit, darunter Rechtshilfe und Auslieferung.

1.3 Entstehung des Zusatzprotokolls

Am 24. September 2014 verabschiedete der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die Resolution 2178 über die Bedrohung der internationalen Sicherheit und des Friedens durch terroristische Handlungen.⁵ In dieser Resolution fordert der Sicherheitsrat die Staaten unter anderem dazu auf sicherzustellen⁶, dass die Reisetätigkeit zwecks Begehung einer terroristischen Straftat oder zwecks verschiedener Vorbereitungshandlungen hierzu sowie die Finanzierung und Organisation solcher Reisen unter Strafe gestellt sind.

Der Europarat hat mit der Erarbeitung und Verabschiedung des vorliegenden Zusatzprotokolls gleichzeitig auf die wachsende terroristische Bedrohung durch Personen reagiert, welche eine zum Beispiel dschihadistisch motivierte Reise mit terroristischer Zielsetzung unternehmen oder von einer solchen Reise zurückkehren. Gleichzeitig konnte der Europarat seine Handlungsfähigkeit als internationale Organisation im Bereich der strafrechtlichen Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen unter Beweis stellen.

Die Schweiz hat sich an der Ausarbeitung des Zusatzprotokolls, welche unter grossem Zeitdruck erfolgte, intensiv beteiligt, und gehört zu den 17 Erstunterzeichner-Staaten, welche dieses am 22. Oktober 2015 signiert haben. Das Zusatzprotokoll tritt nach der sechsten Ratifikation am 1. Juli 2017 in Kraft.⁷

1.4 Überblick über den Inhalt des Zusatzprotokolls

Das Zusatzprotokoll des Europarates zum Übereinkommen zur Verhütung des Terrorismus setzt einerseits die aus Ziffer 6 der Resolution 2178 vom 24. September 2014 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen herrührenden Verpflichtungen um und ergänzt andererseits den Inhalt des zugrundeliegenden Übereinkommens.

Konkret verpflichtet das Zusatzprotokoll die Vertragsstaaten zur Kriminalisierung

- von Reisen für terroristische Zwecke,
- deren Finanzierung und Unterstützung sowie

⁵ S/RES/2178 (2014)

⁶ Ziffer 6 der Resolution.

⁷ Derzeit sechs Ratifikationen (Albanien, Bosnien und Herzegowina, Dänemark, Italien, Moldawien und Monaco), Stand April 2017.

- des passiven Aspekts der Ausbildung («Ausgebildet-Werden») für Terrorismus.

1.5

Würdigung des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls

Zahlreiche internationale Übereinkommen befassen sich mit der Verhütung und Bekämpfung von terroristischen Akten als solche, so etwa das Übereinkommen über die Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen mit Bezug auf die internationale Zivilluftfahrt, das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrtzeugen, das Internationale Übereinkommen zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge oder das Internationale Übereinkommen zur Bekämpfung nuklearterroristischer Handlungen⁸. Die Schweiz hat in den vergangenen Jahren die entsprechenden Schritte zur Umsetzung und Ratifikation der entsprechenden Verträge unternommen. Sie leistet heute als Vertragsstaat zu den internationalen Übereinkommen ihren Beitrag im internationalen Kampf gegen den Terrorismus. In diesem Sinne ist das Ziel des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates, die nationalen Gesetze im europäischen Raum und darüber hinaus zu harmonisieren, wo nötig weiter zu entwickeln und die internationale Zusammenarbeit zu verstärken, zu begrüssen.

Während die früheren internationalen Übereinkommen regelmässig den terroristischen Akt als solchen bekämpften, geht das Ziel der vorliegenden beiden Abkommen darüber hinaus. Ins Recht gefasst und bestraft werden sollen nicht terroristische Akte als solche, sondern Handlungen im Vorfeld, welche im Hinblick auf die Begehung eines solchen Terroraktes ausgeführt werden und welche geeignet sind, die unmittelbare oder mittelbare Gefahr eines terroristischen Anschlags zu begründen oder zu erhöhen.

Diese breit gefächerte Vorverlagerung von Strafbarkeiten⁹ stellt im Rahmen des internationalen Strafrechts eine Besonderheit dar und ist vergleichbar mit dem internationalen Übereinkommen vom 9. Dezember 1999 gegen die Terrorismusfinanzierung¹⁰. Umso wichtiger ist es, bei der Umsetzung der Erfordernisse gemäss den Abkommen dem Prinzip der Verhältnismässigkeit und dem Bestimmtheitsgebot in der textlichen Ausgestaltung der Strafnormen die genügende Beachtung zu schenken. Konkret geht es darum, die entsprechenden Strafbarkeiten unter steter Beachtung der grundrechtlichen Verpflichtungen wie etwa der Meinungsäusserungsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit, der Religionsfreiheit oder dem Recht auf Freizügigkeit zu begründen.

1.6

Weitere internationale Standards

Die Problematik der Reisen für terroristische Zwecke sowie der Finanzierung und Organisation solcher Reisen ist auch Gegenstand weiterer internationaler Instrumente.

⁸ Für die Fundstellen siehe die Ausführungen zu Art. 1 des Übereinkommens.

⁹ Es soll in diesem Zusammenhang jedoch nicht von zwei *umfassenden* Präventions-Abkommen gesprochen werden (vgl. Ziffer 25 des erläuternden Berichts des Europarates zum Übereinkommen, abrufbar unter <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list-/conventions/treaty/196>, im folgenden EB). Es erfolgt vielmehr eine Beschränkung auf diejenigen konkreten Verhaltensweisen, für welche die internationale Staatengemeinschaft die Notwendigkeit einer verhältnismässigen Bestrafung festgestellt hat.

¹⁰ Vgl. nachfolgend, Kap. 2.

te. Zu erwähnen sind die Resolution 2178 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 24. September 2014 und die Empfehlungen der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei (Groupe d'Action Financière, GAFI)¹¹, welche als internationaler Standard bei der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung gelten. In der Resolution 2178 werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, Reisen zu terroristischen Zwecken sowie die Finanzierung und Organisation solcher Reisen unter Strafe zu stellen. Nach der Verabschiedung dieser Resolution hat die GAFI beschlossen, ihre Empfehlungen zu revidieren, um klarzustellen, dass die Terrorismusfinanzierung auch die Finanzierung der Reisen von Personen umfasst, die in einen Staat reisen, der nicht der Staat ihrer Ansässigkeit oder Staatsangehörigkeit ist, um terroristische Handlungen zu begehen, zu planen, vorzubereiten oder sich daran zu beteiligen oder Terroristen auszubilden oder sich zu Terroristen ausbilden zu lassen¹². In diesem Zusammenhang wies die GAFI darauf hin, dass die Reisen als eine Hauptform der materiellen Unterstützung terroristischer Organisationen betrachtet werden können und dass der finanzielle Bedarf der betreffenden Personen – vor allem für den Transport, die Unterkunft, die Kommunikationsmittel und die Nahrung – relativ bescheiden ist.¹³ 2016 besuchte die GAFI die Schweiz und überprüfte namentlich die Bestimmungen, die die Terrorismusfinanzierung sowie die Unterstützung einer terroristischen Organisation sanktionieren. Sie ist zum Schluss gekommen, dass die Schweiz die Empfehlung 5 (Straftat der Terrorismusfinanzierung) grösstenteils erfüllt. Sie hat jedoch auch auf eine Lücke bezüglich der Finanzierung von Reisen zu terroristischen Zwecken hingewiesen, die keinen Zusammenhang mit einer terroristischen Organisation oder einem Terrorakt aufweisen.

2

Die Bestimmungen des Übereinkommens und ihr Verhältnis zum schweizerischen Recht

Artikel 1 Begriffsbestimmung

Das Übereinkommen verzichtet im Rahmen von Artikel 1 darauf, den Begriff des Terrorismus eigenständig zu definieren. Stattdessen wird als «terroristische Handlung» jede strafbare Handlung im Sinne der im Anhang aufgeführten internationalen Übereinkommen bezeichnet.¹⁴ Es handelt sich hierbei um elf einschlägige Übereinkommen der Vereinten Nationen im Kampf gegen den Terrorismus.¹⁵

¹¹ Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, Les recommandations du GAFI, Février 2012 (Mises à jour en 2013 et 2016).

¹² Ziffer 3 der Interpretativnote zur GAFI-Empfehlung 5.

¹³ FATF Guidance, Criminalising terrorist financing (Recommendation 5), October 2016, § 41.

¹⁴ Charakteristisch für Terrorhandlungen, so Ziffer 46 EB, ist der Zweck der Einschüchterung der Bevölkerung, der Nötigung einer Regierung oder Organisation oder der Destabilisierung der politischen oder verfassungsmässigen Ordnung.

¹⁵ Sämtliche aufgeführten Übereinkommen der Vereinten Nationen wurden durch die Schweiz umgesetzt und ratifiziert, zuletzt am 23. Oktober 2003 die Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus und gegen Bombenterrorismus, SR **0.353.22** und SR **0.353.21**, sowie gegen Nuklearterrorismus am 14. November 2008, SR **0.353.23**.

Noch keine Aufnahme in den Anhang des Übereinkommens des Europarates gefunden haben das durch die Schweiz bereits umgesetzte und ratifizierte, international aber noch nicht in Kraft getretene Peking-Übereinkommen vom 10. September 2010 über die Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen in der internationalen Zivilluftfahrt sowie das entsprechende Zusatzprotokoll vom 10. September 2010 zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen.

Im Rahmen der Verhandlungen zum vorliegenden Übereinkommen wurde nach eingehender Diskussion davon abgesehen, nur eine Auswahl an «Hauptstrafaten»¹⁶ gemäss den aufgeführten Konventionen der Vereinten Nationen als relevante Straftaten zu definieren. Vielmehr soll die Aufforderung, Rekrutierung und Ausbildung zu Terrorismus in einem umfassenden Sinn unter Strafe gestellt werden. Entsprechend gelten als terroristische Handlungen im Sinne der vorliegenden Konvention verschiedene Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit oder gegen fremdes Eigentum, zum Beispiel im Zusammenhang mit Geiselnahmen, der Entführung von Flugzeugen, der Entwendung und des Einsatzes von Nuklearmaterial oder von Sprengstoffen. Ebenso als Terrorakte gelten, aufgrund des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus¹⁷, die Zurverfügungstellung und das Sammeln von Finanzmitteln im Hinblick auf die Begehung eines terroristischen Aktes.

Aus dieser Konstellation ergeben sich einige Besonderheiten bei der Umsetzung des vorliegenden Strafrechts-Übereinkommens:

- *Vorverlagerung und Ausweitung der Strafbarkeit:*

Durch den Verweis auf strafbare Handlungen gemäss anderen Übereinkommen, in welchen zum Teil wiederum auf andere Übereinkommen verwiesen wird, sowie angesichts des Charakters der Strafbestimmungen¹⁸ des vorliegenden Übereinkommens ergeben sich Strafbarkeitsketten, welche mit einer ausgeprägten Vorverlagerung und Ausweitung der Strafbarkeit einhergehen.¹⁹ Dieses Problem wurde während der Verhandlungen zum Übereinkommen erkannt und auch durch die Schweiz thematisiert. Im Text des Übereinkommens sowie des Erläuternden Berichts des Europarates wird, den Bedenken und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragend, daher festgehalten, dass nur Verhaltensweisen zu bestrafen seien, die über das Potenzial verfügen, terroristische Handlungen herbeizuführen.²⁰ Das Übereinkommen inkriminiert keine Verhaltensweisen, die aufgrund einer denkbaren Abfolge von Ereignissen einen bloss hypothetischen Bezug zu Terrorakten haben können, denen es aber am praktisch vorliegenden Konnex zu solchen Straftaten mangelt. In diesem Zusammenhang zu betonen ist die auch die fundamentale Bedeutung der Unschuldsvermutung im Sinne von Artikel 32 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV)²¹, welche für jede Person bis zum Zeitpunkt ihrer rechtskräftigen Verurteilung gilt.

- *Bestimmtheit des Konventionstexts:*

Aufgrund der fehlenden allgemeingültigen Definition des Terrorismus²² vermag der

¹⁶ Damit hätte sich das vorliegende Übereinkommen ausschliesslich auf den jeweiligen Kernbereich der bestehenden Übereinkommen der Vereinten Nationen bezogen.

¹⁷ Art. 2 Ziff. 1 des Finanzierungübereinkommens, siehe oben.

¹⁸ Art. 5 ff.

¹⁹ So müsste zum Beispiel der Versuch der Anstiftung zur Rekrutierung einer Person zum Zweck der Gehilfenschaft zum Sammeln von Geld im Hinblick auf die Begehung einer terroristischen Handlung unter Strafe gestellt werden, was nicht zuletzt in rechtspolitischer sowie beweisrechtlicher Hinsicht zu grossen Problemen sowie zu unverhältnismässigen oder aussichtslosen Strafverfahren führen würde.

²⁰ Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens und Ziff. 49 EB.

²¹ SR 101

²² Die Arbeiten an einem umfassenden Anti-Terrorismus-Übereinkommen der Vereinten Nationen sind auf absehbare Zeit blockiert. Hauptziel eines solchen Vertrages muss die Definition des Terrorismus unter Anwendung derselben Voraussetzungen für die Strafbarkeit aller Beteiligten bleiben (Freiheitskämpfer, staatliche Verbände; vgl. die Ausführungen zur Frage der Einführung einer allgemeinen Terrorismus-Strafnorm ins schweizerische Recht, Kap. 4.6.3).

Text des Übereinkommens nicht in allen Punkten Klarheit darüber zu schaffen, wie weit die Strafbarkeit reichen soll. Die Staaten sollen daher im Rahmen der Umsetzung des Übereinkommens ins innerstaatliche Recht dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip²³ Nachachtung verschaffen. Grundrechte wie zum Beispiel das Recht auf freie Meinungsäußerung und die Versammlungsfreiheit²⁴ sind zu wahren. Einschränkungen sind entsprechend sorgfältig zu prüfen auf ihre Verhältnismässigkeit sowie auf die Respektierung des Kerngehaltes des jeweiligen Grundrechts²⁵.

- *Vorbehalte und Erklärungen:*

Im Übereinkommen findet sich keine explizite Auflistung von Vorbehaltsmöglichkeiten oder von möglichen einschränkenden Erklärungen durch die Mitgliedstaaten, womit das Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge²⁶ anwendbar ist. Jedoch kamen die Staaten im Rahmen der Ausarbeitung überein, einzelne Bereiche des Übereinkommens ausdrücklich zu nennen, zu welchen Staaten Erklärungen oder Vorbehalte abgeben können²⁷.

Artikel 2 Zweck

Die Bestrebungen der Vertragsparteien zur Terrorismusprävention und zur Minde rung der fatalen Folgen von Terrorismus sollen auf nationaler und internationaler Ebene verstärkt werden.

Artikel 3 Innerstaatliche Massnahmen zur Verhütung des Terrorismus

Die zu ergreifenden Massnahmen sollen, unter Wahrung der Menschenrechte, terroristische Straftaten verhindern und deren Auswirkungen mindern. Informationsaus tausch, Schutz- und Koordinationsmassnahmen sowie die Ausbildung von Fachkräften sollen verstärkt werden. Nach Artikel 3 Absatz 2 treffen die Vertragsparteien die erforderlichen Massnahmen, um die Zusammenarbeit zwischen den innerstaatlichen Behörden zu verbessern und weiterzuentwickeln, damit terroristische Straftaten und ihre nachteiligen Auswirkungen verhindert werden.

Diese Bestimmung ist in Verbindung mit Artikel 4 des Übereinkommens zu sehen und soll den Informationsaustausch zur Verhütung terroristischer Straftaten fördern. Durch die international und national beschafften Informationen können terroristische Straftaten auf beiden Ebenen wirksamer bekämpft werden. Daneben soll der gesellschaftliche Dialog verstärkt geführt werden.²⁸ Die Zivilgesellschaft kann in die Bestrebungen miteinbezogen werden.²⁹ In der Schweiz arbeiten Bund und Kantone

²³ Art. 1 StGB

²⁴ Art. 16 und 22 BV sowie Art. 10 und 11 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR **0.101**). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die genannten Grundrechte nicht uneingeschränkt gelten.

²⁵ Vgl. Art. 36 BV.

²⁶ SR **0.111**, Art. 19 ff. Ein Vertragsstaat kann in diesem Fall einen Vorbehalt anbringen, soweit dieser mit dem Ziel und Zweck des Vertrags nicht unvereinbar ist.

²⁷ Ziff. 28 EB. Dies ist der Fall bezüglich der Anwendung des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (SR **0.353.22**) sowie in Bezug auf die Art. 5, 9 sowie 14 Abs. 1 Bst. c des vorliegenden Übereinkommens.

²⁸ Abs. 3

²⁹ Abs. 4. Hier konnte im Rahmen der Verhandlungen dem Ansinnen einiger Staaten, wonach eine generelle Pflicht der Bürger zur Mitwirkung im Kampf gegen den Terror bestehet, entgegengesetzt werden.

unter anderem über die Kantonspolizei zusammen, um die Informationen auszutauschen, die zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit für die Terrorbedrohung nützlich sind. Die Kantone leiten die in nächster Nähe gewonnenen Informationen an den Bund weiter. Im Umgang mit heiklen Situationen verfolgt jeder Kanton eine auf die lokalen Begebenheiten angepasste Strategie.

Artikel 4 Internationale Zusammenarbeit bei der Verhütung des Terrorismus

Die Vertragsparteien gewähren einander, soweit erforderlich und angemessen, Unterstützung bei der Terrorismusprävention. Die internationale Zusammenarbeit bei der Verhütung des Terrorismus ist für eine möglichst effektive Terrorismusbekämpfung wesentlich. Die gegenseitige Unterstützung ist bereits Gegenstand verschiedener Übereinkünfte, namentlich des Europarates oder der Organisation der Vereinten Nationen. Die Schweiz hat beispielweise bereits eine Verbindungsstaatsanwältin zu Eurojust und Verbindungspersonen und Polizeiattachés ins Ausland entsandt, und der direkte Kontakt zwischen den Gerichtsbehörden, der mit den Instrumenten des Europarates eingeführt worden ist, fördert die Zusammenarbeit im Sinne dieser Bestimmung.

Im Kampf gegen den Terrorismus und gegen die zugrundeliegende (organisierte) Kriminalität müssen die zuständigen Behörden sehr schnell handeln. Durch das Gebot der raschen Erledigung nach Artikel 17a des Bundesgesetzes vom 20. März 1981³⁰ über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wie das Günstigkeitsprinzip, das heisst dass die für die Rechtshilfe günstigere Regelung Vorrang hat,³¹ wird die Zusammenarbeit verbessert.

Ziel dieser Zusammenarbeit ist es, terroristische Aktivitäten zu verhindern. Damit Terroranschläge besser verhütet und namentlich in Europa rascher untersucht werden können, soll das Gesetz entsprechend durch zwei neue Bestimmungen ergänzt werden. Die Einzelheiten der neuen Artikel 80d^{bis} und 80d^{ter} VE-IRSG werden in den Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Bestimmungen ausgeführt. Es soll im Wesentlichen eine «dynamische Rechtshilfe» geschaffen werden, die ein rascheres Einschreiten erlaubt, damit insbesondere der Terrorismus und die damit verbundene Kriminalität besser verhütet und verfolgt werden können. Daher werden eine neue Bestimmung zur vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln sowie ein neuer Artikel zu gemeinsamen Ermittlungsgruppen vorgeschlagen, mit denen die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den ausländischen Behörden effizienter und schneller gestaltet werden soll.

Artikel 5 Öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat

Die erste Strafbestimmung gemäss Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, das öffentliche Verbreiten einer Botschaft mit dem Vorsatz der Anstiftung zu einem

³⁰ Rechtshilfegesetz, IRSG (SR 351.1)

³¹ Siehe namentlich die Rechtsprechung des Bundesgerichts, z. B. BGE 140 IV 123 E. 2 S. 126; 137 IV 33 E. 2.2.2 S. 41; 135 IV 212 E. 2.3 S. 215 oder 122 II 140 E. 2 S. 142, in dem das Günstigkeitsprinzip erläutert wird, nach welchem die Regelung anwendbar ist, die für die Rechtshilfe günstiger ist, unabhängig davon, ob es eine innerstaatliche oder eine internationale Regelung ist.

Terrorakt unter Strafe zu stellen. Durch die Tathandlung muss die Gefahr begründet werden, dass eine oder mehrere solcher Akte begangen werden. Die Aufforderung kann direkt oder indirekt erfolgen; die Gefährdung muss glaubhaft erscheinen und wesentlich sein.³²

Die direkte öffentliche Aufforderung³³ zur Begehung einer terroristischen Straftat wird durch den geltenden Artikel 259 StGB³⁴ abgedeckt. Gemäss der Bestimmung macht sich strafbar, wer öffentlich zu einem Verbrechen oder gewalttätigen Vergehen auffordert. Der Auffordernde muss die Beeinflussung wollen. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob die Äusserungen richtig (oder überhaupt) wahrgenommen werden.³⁵ Entsprechend ist es für die Strafbarkeit ohne Bedeutung, ob der eigentliche Terrorakt begangen oder zumindest versucht wird.³⁶

Die indirekte Aufforderung, mittels welcher eine ein Delikt darstellende Handlung beispielsweise als notwendig und gerechtfertigt³⁷ dargestellt wird, wird ebenfalls durch Artikel 259 StGB abgedeckt. Der Aufforderungscharakter muss eindeutig sein, während das anvisierte Delikt jedoch nicht detailliert beschrieben sein muss.³⁸

Artikel 5 des Übereinkommens³⁹ wird damit durch das geltende Schweizer Recht abgedeckt.

Artikel 6 Anwerbung für terroristische Zwecke

Artikel 6 des Übereinkommens verpflichtet die Vertragsstaaten, das Bestimmen⁴⁰ einer Person zur Begehung einer terroristischen Straftat, zur Teilnahme an einer solchen oder zum Anschluss an eine Gruppierung zwecks Begehung einer terroristischen Tat unter Strafe zu stellen. Den Staaten steht es frei, den Ausdruck «Bestimmen» im Hinblick auf das nationale Recht selbst zu definieren. Das Delikt gilt als vollendet, sobald der Anwerber das nach seiner Vorstellung Notwendige vorgekehrt hat, um die Rekrutierung abzuschliessen.⁴¹

Das Anwerben zum Anschluss an eine Gruppierung zwecks Begehung von Terrorakten wird teilweise durch Artikel 260ter StGB⁴² abgedeckt. Gemäss dieser Bestimmung wird, neben der Beteiligung, auch die Unterstützung einer kriminellen Organisation durch eine Person⁴³ unter Strafe gestellt. Als kriminelle Organisation gilt

³² Ziff. 100 EB

³³ Als direkt gilt eine Aufforderung, wenn die zugrundeliegende Botschaft den terroristischen Akt oder dessen Ziele explizit nennt oder diese aus dem Inhalt der Botschaft konkret ableitbar sind.

³⁴ Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit.

³⁵ Vgl. G. Fiolka, in: Basler Kommentar (2013), N 10 zu Art. 259.

³⁶ Vgl. Trechsel/Vest, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), StGB PK, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 5 zu Art. 259.

³⁷ Gemäss Erläuterndem Bericht des Europarates (EB, Ziff. 99 f.) müssen für die Strafbarkeit auch hier der Vorsatz des Auffordernden und die wesentliche Gefährdung gegeben sein und nachgewiesen werden.

³⁸ G. Fiolka, Basler Kommentar (2013), N 12 zu Art. 259.

³⁹ Zu welchem im Übrigen die Möglichkeit der Anbringung einer Erklärung oder eines Vorbehaltes besteht.

⁴⁰ In den offiziellen Sprachfassungen des Europarates «to solicit» (e) und «solliciter» (f).

⁴¹ Vgl. Ziff. 109 und 112 EB. Es ist nicht notwendig, dass der Angeworbene eine Tat begeht oder sich effektiv einer terroristischen Gruppierung anschliesst.

⁴² Kriminelle Organisation, insb. Ziff. 1 al. 1.

⁴³ Hierbei kann es sich auch um eine der Organisation nicht zugehörige, aussenstehende Person handeln.

regelmässig auch eine terroristische Organisation⁴⁴, wobei die Tatbestandsmerkmale der Geheimhaltung und der genügenden Strukturierung gegeben sein müssen. Als Unterstützung gilt jeder wesentliche Beitrag zur Stärkung der Organisation, zum Beispiel in logistischer oder personeller Hinsicht.⁴⁵ Wird die Anwerbung durch ein Mitglied der Organisation vorgenommen, dürfte die Strafbarkeit aufgrund der Mitgliedschaft vorgehen.⁴⁶ Erfolgt die Anwerbung in der Schweiz, sind die schweizerischen Behörden für die Strafverfolgung zuständig, auch wenn die Organisation ihre Aktivitäten nur im Ausland entfaltet.⁴⁷

Bezüglich der verbotenen Gruppierungen Al-Qaïda sowie Islamischer Staat und verwandter Organisationen findet die Strafbestimmung von Artikel 2 des entsprechenden Bundesgesetzes⁴⁸ Anwendung. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird dabei unter anderem bestraft, wer die Aktivitäten einer solchen Organisation in irgendeiner Weise fördert, worunter auch die Rekrutierung neuer Mitglieder fällt.

Durch das geltende Recht nicht lückenlos abgedeckt wird das Erfordernis des Übereinkommens⁴⁹, wonach auch der Versuch der Rekrutierung unter Strafe zu stellen ist. Gemäss herrschender Lehre und dem Willen des Gesetzgebers wird die Strafbarkeit von Versuch und Teilnahme bezüglich Artikel 260^{ter} StGB und eine damit einhergehende Ausweitung der Strafbarkeit auf die versuchte Unterstützung einer kriminellen Organisation abgelehnt. Dieses Verhalten bleibt gemäss schweizerischem Recht grundsätzlich straflos⁵⁰, ausser es handelt sich eine versuchte Rekrutierung zu Gunsten einer verbotenen Organisation im Sinne der oben genannten Gesetzgebung.

Ein einschränkender Vorbehalt durch die Schweiz bezüglich dieses Aspekts der Strafbarkeit könnte bei kritischer Betrachtung als mit dem Ziel und Zweck des Übereinkommens unvereinbar und damit als unzulässig eingestuft werden⁵¹.

Angesicht der festgestellten partiellen Straflosigkeit gewisser Handlungen im Vorfeld von terroristischen Aktivitäten und zu Gunsten einer spezifischen und klaren Gesetzgebung im Bereich der Anwerbung und Rekrutierung für terroristische Zwecke wird die Einführung einer neuen Strafbestimmung vorgeschlagen, durch welche der Sachverhalt explizit abgedeckt wird (vgl. zur neuen Bestimmung im Einzelnen Kap. 4.2). Mit der Schaffung einer separaten Strafbestimmung kann, neben der verbesserten Beachtung des Gebotes der Bestimmtheit von strafrechtlichen Gesetzesstexten, sichergestellt werden, dass auch Teilnahmehandlungen und die versuchte Tatbegehung gemäss den allgemein gültigen Regeln strafrechtlich erfasst werden können.

⁴⁴ Unter den Begriff der kriminellen Organisation fallen gemäss Gerichtspraxis unter anderem auch islamistische Gruppierungen (Islamischer Staat, Märtyrer für Marokko, das Netzwerk Al-Qaïda), die kosovo-albanische Untergrundorganisation ANA, die türkische TKP/ML beziehungsweise TIKKO, die italienischen Brigate Rosse und die baskische ETA (BGE 132 IV 132 ff., Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2016 (IC_644/2015), Urteil des Bundesstrafgerichts vom 18. März 2016; SN.2016.5).

⁴⁵ Vgl. H. Baumgartner, in: Basler Kommentar (2013), N 12 zu Art. 260^{ter}.

⁴⁶ Die Unterstützungsaktion wird somit durch die Mitgliedschaft umfasst.

⁴⁷ Erfolgt die Unterstützung hingegen im Ausland, muss zumindest die Absicht der Organisation bestehen, auf Schweizer Territorium aktiv zu werden, Art. 260^{ter} Ziff. 3 StGB.

⁴⁸ SR 122.0

⁴⁹ Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens.

⁵⁰ BBI 1993 III 304; Baumgartner, a.a.O., N 12 zu Art. 260^{ter}; Trechsel/Vest, a.a.O., N 15 zu Art. 260^{ter}.

⁵¹ Vgl. Ausführungen zu Art. 1 des Übereinkommens.

Aus dem Rechtsvergleich vom 22. Januar 2016 des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne über die Rekrutierung und Ausbildung von Terroristen⁵² ergibt sich, dass Dänemark, Deutschland und Italien das Rekrutieren für terroristische Taten explizit unter Strafe stellen. Alle drei Länder sehen als Strafe eine Freiheitsstrafe vor. Auch in Österreich ist es strafbar, zu terroristischen Zwecken zu rekrutieren, jedoch hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit nicht ausdrücklich geregelt. Schliesslich enthält auch das französische Recht einen Straftatbestand über das Rekrutieren zu terroristischen Zwecken. Dieser unterscheidet sich von den anderen Ländern dadurch, dass er nicht das reine Werben unter Strafe stellt, sondern dass der Täter eine Person durch Versprechen einer Gegenleistung oder durch Drohung zur Teilnahme bringen muss.

Zusätzlich zu den erwähnten Vorschriften können in diesen Ländern weitere Straftatbestände anwendbar sein, die jedoch nicht spezifisch das Rekrutieren zu terroristischen Zwecken betreffen. Genannt werden kann beispielsweise der Tatbestand der Provokation und öffentlichen Verherrlichung terroristischer Taten in Frankreich sowie das Verbreiten von Propagandamaterial verfassungswidriger Vereinigungen in Deutschland.

Die Strafverfolgungsbehörden des Bundes weisen auf verschiedene Schwierigkeiten im Rahmen von Strafuntersuchungen hin, welche wegen Handlungen im Vorfeld von terroristischen Aktivitäten ausgeführt werden. Die Anordnung von Überwachungsmassnahmen im Sinne des Strafprozessrechts kann insbesondere am fehlenden oder nicht nachweisbaren Bezug zu einer kriminellen Organisation scheitern. Die Einführung einer spezifischen Strafnorm ohne notwendigen Bezug zu einer terroristischen Organisation wird das Verfahren auf eine andere, besser geeignete gesetzliche Grundlage stellen.

Das Übereinkommen sieht von einer Kriminalisierung des (passiven) Anwerben-Lassens zum Zwecke des Terrorismus ab. Den Staaten bleibt es jedoch unbenommen, unter Wahrung der Prinzipien der Verhältnismässigkeit und Rechtsstaatlichkeit eine solche Strafbarkeit einzuführen. Von dieser weitergehenden Möglichkeit haben verschiedene Staaten Gebrauch gemacht, während andere auf die Strafbarkeit des Rekrutierten verzichtet haben.

Dänemark und Italien haben das passive Rekrutiert-Werden ausdrücklich unter Strafe gestellt, und zwar in der gleichen Strafnorm wie die aktive Rekrutierung. Der Strafraum ist in beiden Fällen geringer als für die aktive Rekrutierung. Deutschland, Frankreich und Österreich verfügen demgegenüber über keine spezifische Regelung des Sich-Anwerben-Lassens. Je nach Rechtsordnung und Einzelfall kann die Tat unter die strafbare Beteiligung an einer terroristischen Organisation fallen.

Die Kriminalisierung des Sich-Anwerben-Lassens geht mit einer ausgesprochen weitgehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit einher, verbunden mit hohen Anforderungen an die Beweislage: Einerseits ist der innere Entschluss des Rekrutierten, sich auf die betreffende Tätigkeit oder Zugehörigkeit einzulassen, kaum nachweisbar. Andererseits besteht eine erhebliche Unklarheit des Rekrutierten auch bezüglich seiner eigenen Vorstellungen, worauf er sich durch sein Akzept überhaupt einlässt.

⁵² In die Betrachtungen einbezogen wurden Dänemark, Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich. Das Gutachten ist abrufbar auf der Website des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung unter <http://www.isdc.ch/media/1344/e-2017-02-15-156-strafbarkeit-publication.pdf>. Eine Zusammenfassung ist erhältlich in Newsletter Nr. 42 des Instituts, abrufbar unter http://www.isdc.ch/media/1304/newsletter-new-year-edition-2017_final.pdf.

Neben diesen Gesichtspunkten stellt sich auch die Frage der Strafwürdigkeit: Birgt der blosse Entschluss, ohne konkrete, gegen aussen sichtbare Aktivität, sich im Hinblick auf eine unter Umständen unbestimmte Tätigkeit zur Verfügung zu stellen, bereits ein genügendes Gefährdungspotenzial, um eine Strafverfolgung anzustreben?

Es wird hier die Auffassung vertreten, dass das strafrechtliche Instrumentarium im Falle des blossen Einverständnisses, sich rekrutieren zu lassen⁵³, noch nicht zur Anwendung gelangen soll.⁵⁴ Das Gefährdungspotenzial für die öffentliche Sicherheit und die Bevölkerung ist zu diesem Zeitpunkt schwach. Andere gesetzliche Massnahmen und Möglichkeiten, nicht zuletzt basierend auf dem neuen Nachrichtendienstgesetz⁵⁵, stehen zur Verfügung, um zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit des Landes weitere Erkenntnisse über die gesamte Situation zu sammeln. Eine andere Einschätzung und eine bereits unter geltendem Recht bestehende Strafbarkeit ergibt sich, wenn der Betreffende konkrete Anstalten trifft, eine Straftat zu organisieren oder sich an einer Organisation zwecks Begehung von Straftaten zu beteiligen. Manifestiert sich der Umstand der Rekrutierung in der Teilnahme des Rekrutierten an terroristischen Ausbildungen oder im Antritt einer entsprechenden Reise, so kommt der neu vorgeschlagene Artikel 260^{sexies} VE-StGB zur Anwendung⁵⁶.

Es wird daher vorgeschlagen, die Strafbarkeit des Anwerbens für Terrorismus in einer neuen Strafnorm explizit einzuführen, während auf die noch weiter ins Vorfeld hineinreichende Kriminalisierung des Rekrutierten verzichtet wird.

Artikel 7 Ausbildung für terroristische Zwecke

Artikel 7 verpflichtet die Vertragsstaaten zur Kriminalisierung der Unterweisung in der Herstellung oder im Gebrauch von Sprengstoffen, Waffen oder gefährlichen Stoffen und zur Strafbarerklärung der Unterweisung in anderen spezifischen Methoden oder Verfahren. Die Unterweisung erfolgt mit dem Ziel, eine terroristische Straftat zu begehen oder zu einer solchen beizutragen, jeweils in Kenntnis der Tatsache, dass die vermittelten Fähigkeiten für diesen Zweck eingesetzt werden sollen. Als Waffen gemäss Übereinkommen sind Vorrichtungen zu verstehen, von denen toxische oder biologische Wirkstoffe, Strahlung oder Radioaktivität ausgehen und die eine Gefahr für Leib und Leben oder für das Eigentum darstellen.⁵⁷ Der Verweis auf die Strafbarkeit der Unterweisung «in anderen spezifischen Methoden oder Verfahren» erscheint mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot als heikel, da kein tatbestandsmässiger Bezug zu einem konkreten Tatmittel oder zu einer konkreten Vorgehensweise geschaffen wird. Die Umsetzung des in seinen Auswirkungen weit reichenden Artikels 7 hat demnach unter besonderer Berücksichtigung

⁵³ Wohlgerichtet nicht für eine konkrete oder geplante Straftat. In diesem Fall ist das Vorliegen einer strafbaren Vorbereitungshandlung oder Gehilfenschaft zu einer versuchten Haupttat zu prüfen.

⁵⁴ Gedanke der *ultima ratio*. Umso wichtiger kann es hingegen sein, in dieser Phase in nachrichtendienstlicher Hinsicht tätig zu sein und möglichst breit Erkenntnisse über Abläufe, Strukturen und einzelne Personen zu sammeln sowie mit ausländischen Partnerdiensten auszutauschen.

⁵⁵ Bundesgesetz über den Nachrichtendienst, BBI 2015 7211.

⁵⁶ Vgl. Kap. 4.2 sowie die Ausführungen zum nachfolgenden Art. 7, wo im Bereich der Ausbildung für Terrorismus die Strafbarkeit des Ausgebildeten (neben derjenigen des Ausbildners) vorgeschlagen wird.

⁵⁷ Ziff. 120 EB

des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von Artikel 12 Absatz 2 des Übereinkommens sowie seines spezifischen Kerngehaltes⁵⁸ zu erfolgen.

Nicht als Ausbildung im Sinne von Artikel 7 gilt beispielsweise das unaufgeforderte Veröffentlichen von Bauplänen für Sprengsätze via Internet oder von Anleitungen für die Handhabung von Waffen, ohne dass der Urheber Kenntnis über Empfänger und geplante deliktische Weiterverwendung der Information besitzt.⁵⁹

Soweit der Bezug zu einer Gruppierung mit terroristischer Zielsetzung hergestellt wird, findet der Tatbestand der kriminellen Organisation beziehungsweise der Unterstützung derselben Anwendung. Geht es um die Ausbildung oder Instruktion für ein genügend spezifizierbares Gewaltverbrechen gegen Personen oder Einrichtungen⁶⁰, ist das Vorliegen einer strafbaren Vorbereitungshandlung im Sinne von Artikel 260^{bis} StGB zu prüfen. Voraussetzung ist, dass die Handlung systematisch und über einen gewissen Zeitraum betrieben wurde und soweit fortgeschritten ist, dass die verbrecherische Absicht objektiv erkennbar ist und das Verhalten auf eine der in der betreffenden Strafbestimmung aufgelisteten Taten ausgerichtet ist.⁶¹ Eine blosse Gedankenspielerei genügt nicht.⁶² Das Delikt muss aber nach Ort, Zeit und Art noch nicht näher spezifiziert sein.

Im Falle einer konkret geplanten Terrortat, zu welcher ausgebildet wird, ist auch die Frage der Anstiftung und Gehilfenschaft⁶³ zu prüfen. Gehilfenschaft als untergeordnete Förderung einer Haupttat verlangt keine strenge Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non* und setzt nicht voraus, dass die Haupttat vollendet wird. Straflos bleibt hingegen die versuchte Gehilfenschaft.⁶⁴

Der Inhalt von Artikel 7 des Übereinkommens wird somit durch verschiedene Tatbestände des geltenden schweizerischen Strafrechts abgedeckt. Findet die Ausbildung für Terrorismus jedoch nicht im Rahmen oder zu Gunsten einer terroristischen Organisation statt und geschieht sie nicht im Hinblick auf eine konkret geplante oder in ihrem Ansatz erkennbare strafbare Handlung, sondern wird die Ausbildung sozusagen «auf Vorrat» betrieben, ohne Konnex zu einer näher spezifizierbaren Haupttat, liegt kein strafbares Verhalten vor. Auch die Bestimmungen der Artikel 224 und 226 Absatz 3 StGB beziehen sich lediglich auf einen Teilbereich der Strafbarkeit gemäss Europarats-Übereinkommen.⁶⁵

Angesichts dieser nicht vollständig gewährleisteten Strafbarkeit wird die Schaffung einer neuen Strafnorm vorgeschlagen, welche die Ausbildung für Terrorismus explizit unter Strafe stellt. Eine Einordnung unter die Delikte gegen den öffentlichen

⁵⁸ Die Unterweisung in unmittelbar gefährlichen Tätigkeiten oder mit gefährlichen Substanzen oder Mitteln.

⁵⁹ Dies geht aus dem Wortlaut der Bestimmung («...in Kenntnis der Tatsache ...») und dem Grundsatz des Übereinkommens, wonach hypothetische Gefährdung keine Strafbarkeit begründen soll, hervor.

⁶⁰ Von solchen Delikten kann angesichts der in Frage stehenden terroristischen Handlungen ausgegangen werden.

⁶¹ Trechsel/Vest, 2013, N 5 zu Art. 260^{bis}. Es handelt sich hierbei insbesondere um die Tatbestände der vorsätzlichen Tötung, schweren Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Entführung, Geiselnahme, Brandstiftung sowie des Mordes und des Raubs.

⁶² Baumgartner, 2013, N 11 zu Art. 260^{bis}.

⁶³ Art. 24 und 25 StGB

⁶⁴ Vgl. Trechsel/Vest, 2013, N 8 zu Art. 25. Strafbar ist jedoch die versuchte Anstiftung.

⁶⁵ Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht, Anleitung zum Gebrauch von Sprengstoffen und giftigen Gasen.

Frieden⁶⁶ erscheint naheliegend. Angesichts der vergleichbaren inhaltlichen Ausgangslage spricht nichts gegen eine redaktionelle Vereinigung der beiden Tatbestände gegen das Anwerben und gegen die Ausbildung für Terrorismus. Im Rahmen der Umsetzung von Artikel 7 des Übereinkommens können die von den Strafverfolgungsbehörden des Bundes geäußerten Anliegen⁶⁷ aufgenommen werden. Von besonderer Bedeutung wird auch hier sein, dass die Vorverlagerung der Strafbarkeit mit der gebotenen Bestimmtheit und mit gebührender Zurückhaltung vorgenommen wird.

Das Übereinkommen kriminalisiert, analog zur Rekrutierung, nicht das (passive) Empfangen einer Ausbildung für Terrorismus. Hingegen besteht eine entsprechende Kriminalisierungspflicht in Artikel 3 des Zusatzprotokolls⁶⁸. Verschiedene europäische Staaten haben von dieser weitergehenden Möglichkeit bereits Gebrauch gemacht.

Dänemark, Italien und Österreich haben sowohl das aktive Ausbilden wie auch das passive Ausgebildet-Werden explizit in ihre Strafgesetzgebung aufgenommen und unter Strafe gestellt. Österreich bestraft zusätzlich auch die Zurverfügungstellung von anleitenden Informationen sowie das (passive) Selbststudium, während sowohl das italienische wie auch das französische Recht die Eigenschulung zu terroristischem Zweck unter Strafe stellen. Die Ausbildung als solche ist in Frankreich hingegen nur strafbar, wenn die Informationen sich auf die Herstellung zerstörerischer Gerätschaften beziehen. In Deutschland schliesslich sind sowohl die aktive wie auch die passive Seite der Ausbildung nur teilweise durch das Strafgesetz geregelt. Es existiert kein einzelner, expliziter Tatbestand. Hingegen gibt es mehrere Straftatbestände, die jeweils Teilbereiche der Strafbarkeit abdecken⁶⁹.

Die Einführung der Strafbarkeit der Terrorausbildung ist wiederum verbunden mit einer Vorverlagerung der Strafbarkeit. Die Tathandlung ist jedoch, im Gegensatz zur passiven Seite des Rekrutiert-Werdens, nicht beschränkt auf einen täterseitigen inneren Entschluss, sondern besteht in einem von aussen erkennbaren Verhalten des Betreffenden, welcher eine terroristische Ausbildung durchläuft⁷⁰. Neben diesen objektiven Kriterien kann auch davon ausgegangen werden, dass der Betreffende sukzessive Hinweise auf die Art und den Inhalt sowie die Ausrichtung und den Zweck der Ausbildung erhält und sich so ein Bild über die Folgen seines Handelns machen kann⁷¹. Es ist davon auszugehen, dass der für Terrorismus Ausgebildete über ein massgeblich erhöhtes Gefährdungspotenzial verfügt, welches den Einsatz des Strafrechts rechtfertigt.

Entsprechend wird vorgeschlagen, zur Umsetzung von Artikel 3 des Zusatzprotokolls und Artikel 7 des Übereinkommens nicht nur das Vermitteln einer terroristischen Ausbildung, sondern auch das Empfangen einer solchen Ausbildung unter Strafe zu stellen.

⁶⁶ Art. 258 ff. StGB; als weniger angebracht erscheint eine Einordnung unter die gemeinschaftlichen Delikte (Art. 221 ff. StGB).

⁶⁷ Vgl. auch die Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens.

⁶⁸ Vgl. hierzu Kap. 3.

⁶⁹ So z.B. die Agententätigkeit zu Sabotagezwecken oder die Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.

⁷⁰ Im Gebrauch von gefährlichen Substanzen oder Waffen oder im Einsatz von anderen gefährlichen Techniken, vgl. Wortlaut von Art. 7 des Übereinkommens.

⁷¹ Dies im Gegensatz zur passiven Seite des Rekrutiert-Werdens.

Artikel 8 Unerheblichkeit der tatsächlichen Begehung einer terroristischen Straftat

Es ist gemäss Artikel 8 des Übereinkommens für die Begründung der Strafbarkeit im Sinne der Artikel 5 bis 7 nicht notwendig, dass eine terroristische Handlung tatsächlich begangen wird.

Bezüglich der öffentlichen Aufforderung zur Begehung eines Terroraktes⁷² begründet die Bestimmung keine spezifischen Umsetzungsprobleme. Eine Abdeckung durch das schweizerische Strafrecht besteht unabhängig davon, ob die Haupttat tatsächlich begangen wird. Angesicht der vorgeschlagenen Ausweitung des Strafrechts und der Einführung einer spezifischen Strafbestimmung gegen die Anwerbung und Ausbildung für Terrorismus wird die Strafbarkeit auch hier unabhängig vom Umstand gewährleistet sein, ob ein terroristischer Akt tatsächlich begangen worden ist. Das geltende Recht, zusammen mit den vorgeschlagenen Änderungen, steht damit mit den Anforderungen von Artikel 8 des Übereinkommens im Einklang.

Artikel 9 Ergänzende Straftatbestände

Die Vertragsstaaten werden dazu verpflichtet, die Beteiligung als Mittäter, Gehilfe oder Organisator an einer im Übereinkommen genannten Taten unter Strafe zu stellen.⁷³ Ebenso muss, bezüglich der Artikel 6 und 7, die versuchte Tatbegehung strafbar sein.⁷⁴ Schliesslich ist auch der Tatbeitrag zur Begehung einer strafbaren Handlung gemäss Übereinkommen durch eine Gruppe unter Strafe zu stellen.

Die Strafbarkeit des Teilnehmenden führt bezüglich Artikel 5 des Übereinkommens, welcher bereits durch einen eigenständigen Tatbestand des schweizerischen Rechts abgedeckt wird⁷⁵, zu keinen Schwierigkeiten. Wird zur Umsetzung der Artikel 6 und 7 des Übereinkommens wie vorgeschlagen ein eigener Straftatbestand geschaffen, sind die allgemeinen Regeln des innerstaatlichen Rechts zu Versuch und Teilnahme auch auf diesen anwendbar. Die Anforderungen des Übereinkommens nach Artikel 9 sind somit erfüllt.⁷⁶

Gemäss Ziffer 1 Buchstabe c von Artikel 9 muss der Tatbeitrag an die Begehung einer strafbaren Handlung im Sinne des Übereinkommens durch eine Gruppe unter Strafe gestellt werden. Der Beitrag zu Gunsten der Gruppe muss vorsätzlich erfolgen und entweder den kriminellen Zweck der Gruppe fördern (i) oder im Wissen um das konkrete kriminelle Vorhaben der Gruppe (ii) geleistet werden.⁷⁷ Diesem Erfordernis wird durch das geltende Recht und mit den in dieser Vorlage vorgeschlagenen Anpassungen Genüge getan. Schon die geltende Strafbestimmung gegen kriminelle Organisationen⁷⁸ stellt nicht nur im Kampf gegen mafiose Strukturen ein effizientes Mittel dar, sondern findet gemäss konstanter Rechtsprechung und Lehre auch auf terroristische Organisationen Anwendung⁷⁹. Neben der strafbaren Beteiligung an

⁷² Art. 5 des Übereinkommens.

⁷³ Art. 9 Ziff. 1 Bst. a und b

⁷⁴ Art. 9 Ziff. 2

⁷⁵ Art. 259 StGB

⁷⁶ Das geltende Recht, ohne ergänzende spezifische Strafbestimmung, würde den Anforderungen von Art. 9 überwiegend, aber nicht lückenlos entsprechen.

⁷⁷ Der Regelung liegen die beiden Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die Terrorismusfinanzierung sowie gegen terroristische Bombenanschläge zugrunde, SR **0.353.22** und SR **0.353.21**.

⁷⁸ Art. 260^{er} StGB

⁷⁹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter Kap. 4.1.

einer solchen Organisation bestraft das Gesetz auch deren Unterstützung. Als Unterstützung gilt jeder massgebliche Beitrag zur Stärkung der Organisation, jedoch muss kein Tatbeitrag zu einem konkreten Delikt vorliegen. Die strafbare Unterstützung kann auch in einer an sich neutralen, legalen Tätigkeit bestehen.⁸⁰

Diese bereits heute breit gefächerte Strafbarkeit der Beteiligung und Unterstützung soll nun ergänzt werden durch eine mit einer massvollen Erweiterung der Strafbarkeit einhergehenden Anpassung des Wortlauts der Strafbestimmung von Artikel 260^{ter} StGB sowie durch die explizite Regelung der Strafbarkeit der Unterstützung und Beteiligung an einer terroristischen Organisation.⁸¹ Damit sind die Anforderungen gemäss Artikel 9 Ziffer 1 Buchstabe c des Übereinkommens erfüllt.

Artikel 10 Verantwortlichkeit juristischer Personen

Die Vertragsparteien verpflichten sich dazu, die Verantwortlichkeit von juristischen Personen für die Beteiligung an den in der Konvention genannten Straftaten zu gewährleisten. Die Verantwortlichkeit kann strafrechtlicher, zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Art sein und soll der Strafbarkeit einer natürlichen Person, welche die Straftat begangen hat, nicht entgegenstehen.

Zahlreiche internationale Strafrechtsübereinkommen kennen ähnliche, zum Teil identische Regelungen zur Verantwortlichkeit von Unternehmen. So sieht etwa die Strafrechtskonvention des Europarates vom 27. Januar 1999 über die Korruption⁸² ebenfalls die Verantwortlichkeit für Unternehmen vor, ohne jedoch auf den zivil-, verwaltungs- oder strafrechtlichen Aspekt einzugehen. Die Staaten müssen sicherstellen, dass auch juristische Personen angemessenen Sanktionen oder Massnahmen, darunter Geldsanktionen, unterliegen.⁸³ Der trotz einer gegenläufigen internationalen Tendenz nach wie vor verbreitete Grundsatz, wonach sich Unternehmen nur beschränkt haftbar machen können, wird durch das Übereinkommen geschützt.

Die strafrechtliche Unternehmenshaftung wurde im Jahre 2003 in das Schweizer Recht eingeführt.⁸⁴ Eine primäre oder konkurrierende Verantwortlichkeit besteht für gewisse Deliktskategorien, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alles Zumutbare und Erforderliche vorgekehrt hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

Die durch die Europaratskonvention umfassten Straftaten fallen teilweise unter die erwähnten Deliktskategorien. Eine primäre Haftbarkeit liegt vor in Fällen von organisierter Kriminalität sowie bei der Finanzierung des Terrorismus⁸⁵.

Gleichzeitig wurde eine allgemeine subsidiäre Verantwortlichkeit der juristischen Person für alle Verbrechen und Vergehen in das Schweizer Recht eingeführt. Diese regelt den Fall, dass die Tat im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen wurde und wegen mangelhafter Organisation keiner bestimmten Person zugeordnet werden kann. Die Strafe ist Busse bis fünf Millionen Franken.

Neben der strafrechtlichen Haftung stehen im schweizerischen Recht das Instrument der verwaltungsrechtlichen Haftung und die entsprechenden Sanktionen zur Verfü-

⁸⁰ Z.B. das Erbringen einer IT-Dienstleistung für eine Gruppierung im Wissen um deren deliktische Ausrichtung.

⁸¹ Vgl. hierzu Kap. 4.

⁸² SR **0.311.55**, SEV 173, Art. 18.

⁸³ Vgl. Art. 11 des Übereinkommens.

⁸⁴ Art. 102 StGB

⁸⁵ Art. 260^{ter} und 260^{quinquies} StGB

gung, beispielsweise der Entzug einer Bewilligung oder der Verweigerung der Zulassung einer Unternehmung in einem Marktsegment oder Tätigkeitsbereich. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht kann beispielsweise einer Bank, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit entziehen.⁸⁶ Daneben können Personenverbindungen und Anstalten mit widerrechtlichem Zweck das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen. Entsprechend sind sie aufzuheben, und ihr Vermögen fällt dem Gemeinwesen zu.⁸⁷ Bestehen Mängel in der Organisation einer Gesellschaft und werden diese innert Frist nicht behoben, so kann das Gericht die Gesellschaft auflösen.⁸⁸ Schliesslich stehen zivilrechtliche Mittel zur Verfügung, damit Unternehmen, zu deren Gunsten ein leitender Angestellter Straftaten verübt oder seine Aufsichtspflicht vernachlässigt hat, für den eingetretenen Schaden haftbar gemacht werden können.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das schweizerische Recht den Anforderungen von Artikel 10 des Übereinkommens genügt. Neben der allgemein gültigen subsidiären Haftbarkeit ist die primäre Unternehmenshaftung anwendbar auf Delikte im Zusammenhang mit einer kriminellen Organisation sowie auf den Tatbestand der Terrorfinanzierung. Daneben stehen die im Übereinkommen vorgesehenen zivil- und verwaltungsrechtlichen Mittel zur Verfügung.

Artikel 11 Sanktionen und Massnahmen

Die Vertragsstaaten werden dazu verpflichtet, Straftaten im Sinne des Übereinkommens mit angemessenen, wirksamen und abschreckenden Sanktionen zu ahnden. Das geltende schweizerische Recht entspricht diesem Erfordernis, indem die einschlägigen Handlungen mit Freiheitsstrafe bedroht sind. Gemäss Absatz 3 von Artikel 11 sollen auch juristische Personen angemessenen Sanktionen oder Massnahmen, welche strafrechtlicher oder anderer Natur sein können und auch Geldstrafen umfassen, unterliegen. Das schweizerische Recht genügt diesen Anforderungen.

Artikel 12 Bedingungen und Garantien

Die Bestimmung verpflichtet die Staaten zur Wahrung der Menschenrechte⁸⁹ und statuiert die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit⁹⁰ bei der Kriminalisierung und Prävention gemäss Übereinkommen. Dem Aspekt der Wahrung der Prinzipien der Notwendigkeit und der Verhältnismässigkeit wird insbesondere bei der Umsetzung der Bestimmungen gemäss Artikel 6 und 7 des Übereinkommens Nachachtung verschafft, indem die neu vorgeschlagenen Strafbestimmungen eine klar definierte und nicht unverhältnismässig ins Vorfeld eingreifende Strafbarkeit begründen.

Artikel 13 Schutz, Entschädigung und Unterstützung für Opfer des Terrorismus

⁸⁶ Art. 23^{quinquies} des Bankengesetzes vom 8. November 1934, SR **952.0**

⁸⁷ Art. 52 und 57 ZGB, SR **210**

⁸⁸ Art. 731b OR, SR **220**

⁸⁹ Abs. 1

⁹⁰ Abs. 2, vgl. auch Ziff. 150 f. EB.

Die Bestimmung verpflichtet die Vertragsstaaten zur Ergreifung von Massnahmen zum Schutz und zur Unterstützung der Opfer von Terrorismus. Zu den Massnahmen können finanzielle Unterstützung und die Leistung von Entschädigung gehören.

Wer durch eine in der Schweiz begangene Straftat in seiner körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist, hat nach dem Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Opferhilfe (Opferhilfegesetz, OHG)⁹¹ Anspruch auf Opferhilfe. Der Anspruch besteht unabhängig davon, ob der Täter oder die Täterin ermittelt worden ist. Auch die Angehörigen haben Anspruch auf Opferhilfe.⁹² Das Gesetz wird von den Kantonen vollzogen. Bei ausserordentlichen Ereignissen kann der Bund die Zusammenarbeit koordinieren und dem betroffenen Kanton Abgeltungen gewähren.⁹³ Die Hilfe umfasst Beratung, Soforthilfe und längerfristige Hilfe, Kostenbeiträge für längerfristige Hilfe Dritter sowie Entschädigung und Genugtuung.⁹⁴ Die Vorgaben von Artikel 13 des Übereinkommens sind damit erfüllt.

Artikel 14 Gerichtsbarkeit

Jeder Vertragsstaat wird verpflichtet, die Gerichtsbarkeit über die Straftaten gemäss Übereinkommen zu begründen, wenn die Tat in seinem Hoheitsgebiet oder an Bord eines unter seiner Flagge registrierten Luftfahrtzeugs oder Schiffes begangen wird, oder wenn die Straftat durch einen Staatsangehörigen begangen wird.

Diese Regelungen über die Gerichtsbarkeit entsprechen dem geltenden Schweizer Recht und werden durch das Territorialitätsprinzip, das Flaggenprinzip sowie das aktive Personalitätsprinzip wiedergegeben⁹⁵. Letzteres findet bei Auslandstaten Anwendung unter der Voraussetzung, dass die Tat auch am Begehungsort strafbar ist.⁹⁶ Das Übereinkommen sieht eine solche Einschränkung auf am Tatort strafbare Verhaltensweisen aber nicht vor. Der Gesetzgeber hat jedoch bereits heute im Bereich der hier relevanten Delikte auf das Prinzip der doppelten Strafbarkeit verzichtet⁹⁷, und es wird auch bezüglich der neuen Strafbestimmungen gegen die Rekrutierung, die Ausbildung und das Reisen für Terrorismus vorgeschlagen⁹⁸, auf das strikte Kriterium der Strafbarkeit am Begehungsort zu verzichten. Der Schweizer Richter wird damit für im Ausland begangene Taten im Sinne des Übereinkommens zuständig sein, wenn der Täter sich in der Schweiz befindet oder wenn das Gewaltverbrechen gegen unser Land begangen werden soll. Entsprechend kann die Schweiz darauf verzichten, an dieser Stelle einen Vorbehalt anzubringen.

Die Vertragsstaaten haben des Weiteren gemäss Übereinkommen⁹⁹ die Möglichkeit, ihre Gerichtsbarkeit auch in anderen Fällen zu begründen, etwa wenn die Straftat von einer staatenlosen Person begangen wird, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im

⁹¹ SR **312.5**

⁹² Art. 1 OHG

⁹³ Art. 32 OHG

⁹⁴ Art. 2 OHG

⁹⁵ Art. 3 StGB (in Verbindung mit Art. 97 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt, SR **748.0**, und Art. 4 des Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge, SR **747.30**).

⁹⁶ Prinzip der doppelten Strafbarkeit, Art. 7 Abs. 1 Bst. a StGB. Der Strafbarkeit am Begehungsort gleichgestellt ist die Situation, wo dieser Ort keiner Strafgewalt unterliegt.

⁹⁷ Vgl. bspw. Art. 5, 185 oder 264m StGB.

⁹⁸ Vgl. Kap. 4.2.

⁹⁹ Jedoch keine vertragliche Verpflichtung, Art. 14 Abs. 2.

Hoheitsgebiet hat. Das geltende Schweizer Recht kennt diese fakultativen Zuständigkeitsregelungen zumindest teilweise¹⁰⁰.

Die Begründung der Gerichtsbarkeit über die im Übereinkommen genannten Straftaten für den Fall, dass sich der Verdächtige auf Schweizer Hoheitsgebiet befindet und nicht ausgeliefert wird, ist kein Novum. Verschiedene Übereinkünfte, namentlich solche gegen den Terrorismus, umfassen bereits die Pflicht, in Anwendung des Grundsatzes «aut dedere aut iudicare» (entweder ausliefern oder verfolgen) entweder ein Auslieferungsverfahren einzuleiten oder die Strafverfolgung aufzunehmen. In diesem Sinne weist Artikel 14 Absatz 3 eine Verbindung zu Artikel 18 des Übereinkommens auf, in dem der Grundsatz «ausliefern oder verfolgen» verankert ist.¹⁰¹

Artikel 15 Ermittlungspflicht

Die Vertragsstaaten werden verpflichtet, im Fall der geltend gemachten Anwesenheit eines Straftäters auf ihrem Hoheitsgebiet den Sachverhalt zu untersuchen und, gegebenenfalls, die Anwesenheit der Person zum Zweck der Strafuntersuchung oder der Auslieferung sicherzustellen. Artikel 15 Absatz 1 sieht eine Untersuchungspflicht vor für den Fall, dass in einem Vertragsstaat Informationen – in der Regel via Interpol – über eine Person eintreffen, welche sich an einer Straftat im Sinne dieses Übereinkommens beteiligt hat oder dieser verdächtigt wird. Absatz 2 umschreibt Massnahmen, um die Anwesenheit des Täters oder der einer Straftat im Sinne des Übereinkommens Verdächtigen bis zur Verfolgung oder Auslieferung zu sichern. Verhängte staatliche Massnahmen dienen insbesondere dazu, die Flucht der betreffenden Person zu verhindern. Die Schweiz erfüllt diese Voraussetzungen. Im Auslieferungsverfahren gilt die innerstaatliche Regel, wonach die betreffende Person grundsätzlich in Haft zu halten ist.¹⁰²

Artikel 16 Nichtanwendbarkeit des Übereinkommens

Artikel 16 schränkt den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens ein, sobald ein Bezug zum Ausland fehlt. Das Übereinkommen findet, insbesondere bezüglich Rechtshilfe und Auslieferung¹⁰³, keine Anwendung, wenn die Straftat in einem einzigen Land begangen wird, der Verdächtige Angehöriger dieses Staates ist und er sich im Hoheitsgebiet desselben Staates befindet und kein anderer Staat seine Zuständigkeit¹⁰⁴ begründen kann.

¹⁰⁰ Art. 4, 6 und 7 StGB

¹⁰¹ Der Verweis auf die Ausführungen zu Artikel 18 gilt insbesondere a) in Bezug auf den Bedarf der Schweiz an Informationen des ersuchenden Staates, wenn die Schweiz ein Auslieferungsverfahren einleitet sowie wenn sie die Strafverfolgung aufnimmt; b) wenn die auszuliefernde Person die Schweizer Staatsbürgerschaft besitzt und der Auslieferung nicht im Sinne von Artikel 7 IRSG zustimmt; c) wenn die Einhaltung der Mindeststandards gemäss der Europäischen Menschenrechtskonvention oder dem Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR **0.103.2**) nicht gewährleistet ist; d) in Bezug auf die Tatsache, dass die Schweiz auch ohne Übereinkommen auf Ersuchen des Tatortstaates an dessen Stelle die Strafgewalt ausüben kann, wenn die Auslieferung nicht zulässig ist (stellvertretende Strafverfolgung nach Art. 85 ff. IRSG).

¹⁰² Art. 47 ff. IRSG und insb. BGE **111** IV 108.

¹⁰³ Ziff. 183 EB

¹⁰⁴ Nach Art. 14 Abs. 1 oder 2.

Artikel 17 Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen

Dieser Artikel betrifft die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen¹⁰⁵ bei Ermittlungen und Verfahren zu Straftaten, die vom Übereinkommen erfasst sind. Nach Artikel 17 Absatz 1 gewähren die Staaten einander bei strafrechtlichen Ermittlungen sowie Verfahren bezüglich der im Übereinkommen genannten Straftaten weitestgehend Hilfe. Diese Pflicht ist in praktisch sämtlichen multilateralen und bilateralen völkerrechtlichen Instrumenten zur Rechtshilfe in Strafsachen sowie zur Auslieferung verankert.

In Artikel 17 Absatz 2 ist nach dem völkerrechtlichen Grundsatz «pacta sunt servanda»¹⁰⁶ festgehalten, dass die Vertragsparteien in Anwendung der zwischen ihnen bestehenden Verträge sowie nach ihrem innerstaatlichen Recht zusammenarbeiten. In der Schweiz ist die Zusammenarbeit gestützt auf das IRSG¹⁰⁷ bereits ohne Vertrag möglich, dies namentlich im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen und der Auslieferung.

Artikel 17 Absatz 3 bezieht sich auf die Rechtshilfe auf dem Gebiet der Straftaten, für die nach Artikel 10 des Übereinkommens eine juristische Person verantwortlich gemacht werden kann. Die Schweiz kooperiert gemäss ständiger Rechtsprechung auch auf diesem Gebiet. Dies insbesondere dann, wenn die schweizerischen Vollzugsbehörden im Falle von Hausdurchsuchungen, Kontosperren, Beschlagnahmen von Unterlagen, Einziehungsbeschlagnahmen von Gegenständen oder Vermögenswerten und erhobenen Informationen über die Herausgabe an die ausländischen Behörden entscheiden müssen.¹⁰⁸ Die Schweiz erfüllt demnach die im Übereinkommen statuierten Pflichten.

Gemäss Artikel 17 Absatz 4 des Übereinkommens können zusätzliche Mechanismen erwogen werden, um Informationen oder Beweismittel zu teilen. Die Schweiz verfügt auf Grundlage völkerrechtlicher Instrumente¹⁰⁹ und gemäss innerstaatlichem Recht¹¹⁰ bereits über die Möglichkeit, Beweismittel und Informationen unter bestimmten Voraussetzungen unaufgefordert zu übermitteln. So kann eine schweizerische Strafverfolgungsbehörde Beweismittel, die sie für ihre eigene Strafuntersuchung erhoben hat, unaufgefordert an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde übermitteln, wenn diese Übermittlung aus ihrer Sicht für die Einleitung eines Strafverfahrens oder die Erleichterung einer hängigen Strafuntersuchung geeignet ist. Auch die neuen Artikel 80d^{bis} VE-IRSG zur vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln sowie 80d^{ter} VE-IRSG zur Errichtung gemeinsamer Ermittlungsgruppen begründen solche Mechanismen. Sie tragen zur Modernisierung der internationalen Strafrechtshilfe der Schweiz bei und steigern deren Effizienz vor allem bei der Verhütung terroristischer Handlungen.

¹⁰⁵ Im Sinne des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen (EUeR; SR **0.351.1**) und, für die Schweiz, des entsprechenden Zweiten Zusatzprotokolls (ZPII EUeR; SR **0.351.12**), des Europäischen Auslieferungsübereinkommens (SR **0.353.1**) und der entsprechenden vier Zusatzprotokolle (SR **0.353.11**; SR **0.353.12**; SR **353.13** und SR **0.353.14**) sowie der multilateralen und bilateralen Abkommen zur Rechtshilfe in Strafsachen und zur Auslieferung zwischen den Vertragsparteien.

¹⁰⁶ Verträge sind einzuhalten.

¹⁰⁷ Art. 1 IRSG

¹⁰⁸ Siehe namentlich BGE **137** IV 134; **133** IV 40; **129** II 269 E. 2; **116** I^b 456 E. 3b oder **107** I^b 260 E. 2c.

¹⁰⁹ Z. B. Art. 19 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, SR **0.311.54** oder Art. 49 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption, SR **0.311.56**.

¹¹⁰ Art. **67a** IRSG

Artikel 18 Auslieferung oder Strafverfolgung

In Artikel 18 Absatz 1 wird auf Artikel 14 Absatz 3 verwiesen und der international gefestigte Grundsatz «aut dedere aut iudicare» verankert, wonach der ersuchte Staat entweder ein Auslieferungsverfahren einleiten¹¹¹ oder die Strafverfolgung aufnehmen muss, wenn er den Verdächtigen nicht ausliefert. Wenn die Schweiz um Auslieferung ersucht wird, benötigt sie in beiden Fällen Informationen, ob sie nun ein Auslieferungsverfahren einleitet¹¹² oder die Auslieferung ablehnt und die Strafverfolgung aufnimmt¹¹³.

Eine Auslieferung ist nicht möglich, wenn die gesuchte Person Schweizer Bürgerin ist und der Auslieferung nicht zustimmt¹¹⁴ oder wenn nicht gewährleistet ist, dass die Mindeststandards zum Schutz der individuellen Rechte eingehalten werden, die nach der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte gelten¹¹⁵.

Die Pflicht zur Strafverfolgung von Verdächtigen, die nicht ausgeliefert werden, ist für die Schweiz nicht neu. Auch ohne das Übereinkommen kann die Schweiz auf Ersuchen des Staates, in dem die Tat begangen worden ist, an dessen Stelle die Strafgewalt ausüben, wenn die Auslieferung nicht zulässig oder angezeigt ist.¹¹⁶

Artikel 18 Absatz 2 des Übereinkommens bezieht sich auf die Fälle, in denen die Vertragspartei einen eigenen Staatsangehörigen nach innerstaatlichem Recht nur unter der Bedingung ausliefert oder überstellt, «dass die betreffende Person ihr rücküberstellt wird, um die Strafe zu verbüßen, die als Ergebnis des Gerichts- oder anderen Verfahrens verhängt wird, dessentwegen um ihre Auslieferung oder Überstellung ersucht wurde». Diese Bestimmung gilt für die Schweiz nicht, da Artikel 7 IRSG die Auslieferung eigener Staatsangehöriger regelt. Diese müssen ihre schriftliche Zustimmung geben, die bis zur Anordnung der Übergabe widerrufen werden kann. Ohne Zustimmung der Person wird in Einklang mit Artikel 18 Absatz 1 des Übereinkommens die Strafverfolgung aufgenommen.

Artikel 19 Auslieferung

Artikel 19 Absatz 1 ist eine übliche Klausel, die in zahlreichen Instrumenten zur Bekämpfung des Terrorismus und der internationalen Kriminalität enthalten ist. Nach dieser Bestimmung sind die Vertragsparteien verpflichtet, Straftaten im Sinne des Übereinkommens als Straftaten zu betrachten, die gemäss den bestehenden Auslieferungsverträgen der Auslieferung unterliegen.

¹¹¹ Art. 47 ff. IRSG

¹¹² Die Schweiz handelt in Einklang mit völkerrechtlichen Abkommen (z. B. Art. 12 ff. des Europäischen Auslieferungsübereinkommens, EAUe; SR **0.353.1**) und Art. 32 ff. IRSG, insbesondere Art. 28 Abs. 3 und 41 IRSG.

¹¹³ In diesem Fall muss die ausländische Behörde ein Strafverfolgungsersuchen einreichen und insbesondere die Strafakten und die vorhandenen Beweismittel dem Bundesamt für Justiz (BJ) übermitteln. Das BJ leitet das Ersuchen sowie die Akten zur Untersuchung des ersuchenden Staates an die zuständige Schweizer Behörde weiter. Die Strafverfolgung erfolgt gemäss den in der Schweiz geltenden Vorschriften.

¹¹⁴ Art. 7 Abs. 1 IRSG

¹¹⁵ Namentlich BGE **124** II 132 E. 3a.

¹¹⁶ Stellvertretende Strafverfolgung nach Art. 85 ff. IRSG.

Die Kann-Bestimmung nach Artikel 19 Absatz 2 ist für die Schweiz nicht relevant, da sie gestützt auf innerstaatliches Recht¹¹⁷ unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen bereits ohne Vertrag ausliefern kann.

Artikel 19 Absatz 3 fordert von den Vertragsparteien, die die Auslieferung nicht vom Bestehen eines Vertrags abhängig machen, die im Übereinkommen genannten Straftaten vorbehaltlich der im Recht der ersuchten Vertragspartei vorgesehenen Bedingungen unter sich als der Auslieferung unterliegende Straftaten anzuerkennen. In der Schweiz regelt das IRSG das Auslieferungsverfahren und unterstellt dieses verschiedenen Bedingungen wie einer Mindeststrafe, der beidseitigen Strafbarkeit sowie der Einhaltung der durch die EMRK und den UNO-Pakt II gewährten Garantien.¹¹⁸

Artikel 19 Absatz 4 ist eine übliche Klausel betreffend die Gerichtsbarkeit¹¹⁹, die auch in verschiedenen anderen völkerrechtlichen Instrumenten enthalten ist¹²⁰ und mit der die Zusammenarbeit erleichtert werden soll mit dem Ziel, dass der Täter einer im Übereinkommen genannten Straftat sich nicht der Strafverfolgung entziehen kann.

Artikel 19 Absatz 5 steht in Verbindung mit Artikel 26 Absatz 2. Er entspricht der Praxis, die in verschiedenen völkerrechtlichen Vertragswerken zur Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit im Bereich der terroristischen Straftaten entwickelt worden ist. Folge dieser Regelung ist, dass Artikel 3 Absatz 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens sowie andere Verträge, die nicht mit dem vorliegenden Übereinkommen übereinstimmen, namentlich bilaterale Verträge, entsprechend ausgelegt werden. Die Schweiz nimmt diese Anpassungen seit vielen Jahren vor.

Artikel 20 Ausschluss der Ausnahmeregelung für politische Straftaten

Artikel 20 regelt die «Entpolitisierung» der terroristischen Straftaten gemäss dem Übereinkommen in Bezug auf die Rechtshilfe und die Auslieferung. Diese Klausel folgt einem Trend, der mit der Verabschiedung des Europäischen Übereinkommens zur Bekämpfung des Terrorismus¹²¹ im Januar 1977 begonnen hat. Die Vereinten Nationen sind dieser Stossrichtung in späteren Übereinkünften zur Terrorismusbekämpfung gefolgt.¹²² Terroristische Straftaten wiegen derart schwer, dass die Auslieferung bzw. Rechtshilfe zwischen den Staaten nicht mit dem Argument einer «politischen Straftat» verhindert werden soll. Bei solchen Verbrechen müssen die Staaten stärker zusammenarbeiten und sich unterstützen, um durch eine rasche und wirksame Kooperation zu verhindern, dass die terroristische Bedrohung zunimmt.

¹¹⁷ Art. 32 ff. IRSG

¹¹⁸ Art. 2 sowie 32 ff. IRSG

¹¹⁹ Art. 14 des Übereinkommens.

¹²⁰ Namentlich in Art. 11 Abs. 4 des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (SR **0.353.22**) oder Art. 13 Abs. 4 des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung nuklearterroristischer Handlungen (SR **0.353.23**).

¹²¹ SR **0.353.3**

¹²² Namentlich das Internationale Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus und das Internationale Übereinkommen zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge (SR **0.353.21**) enthalten eine solche Regelung. Siehe ebenfalls Art. 3 Abs. 2 des Auslieferungsvertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika (SR **0.353.933.6**).

Durch die vorliegende Bestimmung werden die geltenden Rechtshilfe- und Auslieferungsinstrumente in Bezug auf die Einstufung der vom Übereinkommen erfassten Straftaten geändert. Im innerstaatlichen Recht ist die «Entpolitisierung» bestimmter schwerer Straftaten bereits in Artikel 3 Absatz 2 IRSG verankert.¹²³ Es finden verschiedene Grundsätze der Zusammenarbeit Anwendung; eine solche Regelung entspricht dem Schweizer Recht.¹²⁴

In Artikel 20 Absätze 2 bis 6 wird geregelt, unter welchen Bedingungen und wie Vorbehalte angebracht werden können. Die Schweiz braucht keinen Vorbehalt anzubringen. Bei Handlungen, die in den von der Schweiz ratifizierten Übereinkünften der Vereinten Nationen «entpolitisiert» werden, beruft sich diese schon seit Längerem nicht auf die Ausnahmeregelung für politische Straftaten. Im Übrigen kann ein Staat, der einen Vorbehalt angebracht hat, nach Artikel 20 Absatz 4 nicht verlangen, dass die anderen Staaten die Ausnahmeregelung auf ihn nicht anwenden.

Artikel 21 Diskriminierungsklausel

Artikel 21 ist eine obligatorische Klausel zum Diskriminierungsverbot. Damit soll vermieden werden, dass eine Person unter Vorgabe anderer Gründe wegen ihrer Rasse, ihrer Religion, ihrer Staatsangehörigkeit, ihrer ethnischen Herkunft oder ihrer politischen Anschauungen verfolgt wird. Diese Bestimmung ist auch Teil anderer völkerrechtlicher Übereinkünfte¹²⁵ und soll verhindern, dass der ersuchte Staat kooperiert, wenn einer der Diskriminierungsgründe nach Artikel 21 vorliegt. Es geht darum, der verfolgten Person einen Schutz in Einklang mit den rechtlichen Mindeststandards¹²⁶ demokratischer Staaten zu gewährleisten und sich so vor missbräuchlichen Ersuchen zu schützen.

Das Besondere an Artikel 21 ist, dass das Ersuchen nicht hinsichtlich der Art der Tat geprüft wird, sondern hinsichtlich des Motivs des Ersuchens. So kann die betroffene Person gegenüber dem ersuchten Staat geltend machen, nicht mit dem ersuchenden Staat zusammenzuarbeiten, wenn dieser die eigentlichen Beweggründe für das Ersuchen verheimlicht. Dies ist häufig schwer nachzuweisen, sofern das Regime des ersuchenden Staates nicht die Merkmale einer Gewaltherrschaft aufweist.

Wenn die betreffende Person nicht ausgeliefert wird, nimmt die Schweiz in Anwendung von Artikel 18 des Übereinkommens allerdings die Strafverfolgung selber auf. Andererseits beachtet die Schweiz in ihrer Rechtsordnung unter bestimmten Voraus-

¹²³ Artikel 20 geht zwar über den Gehalt von Artikel 3 Absatz 2 IRSG hinaus, da er das auf Artikel 3 Absatz 1 IRSG gestützte Ermessen des Bundesgerichts namentlich im Bereich der Auslieferung einschränkt, wenn die Person, die ausgeliefert werden soll, geltend macht, dass sie aus politischen Gründen verfolgt wird.

¹²⁴ Art. 1 IRSG, nach dem das Völkerrecht vorbehalten ist. Siehe ebenfalls BGE **122** II 485, in dem der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen statuiert wird (das Völkerrecht geht innerstaatlichem Recht vor, außer wenn dieses für die Zusammenarbeit günstiger ist als der völkerrechtliche Vertrag), den Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl **2011** 3613) sowie R. Zimmermann, «La coopération judiciaire internationale en matière pénale», vierte Auflage 2014, S. 233–234.

¹²⁵ Namentlich Art. 3 Abs. 2 des Europäischen Auslieferungübereinkommens, Art. 5 des Europäischen Übereinkommens zur Bekämpfung des Terrorismus oder Art. 16 Abs. 4 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.

¹²⁶ Im Sinne des UNO-Pakts II und der EMRK.

setzungen verschiedene Grundsätze wie namentlich das Recht auf Asyl¹²⁷ und das Non-Refoulement-Gebot. Sie überprüft ferner, ob einer Person Folter oder die Todesstrafe droht – Gefahren, die im Übrigen auch im Rahmen des Europarates bekämpft werden.

Artikel 22 Unaufgeforderte Übermittlung von Informationen

In Artikel 22 wird statuiert, dass die Vertragsparteien Informationen, die sie bei ihren Ermittlungen gewonnen haben, unaufgefordert übermitteln können, wenn diese der empfangenden Vertragspartei helfen können, das gemeinsame Ziel der Kriminalitätsbekämpfung besser zu erreichen. Die Bestimmung ist namentlich an Artikel 11 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen¹²⁸ angelehnt und betrifft die Rechtshilfe allgemein. Dies entspricht der generellen Tendenz bei der Bekämpfung der Geldwäscherie, des organisierten Verbrechens, der Cyberkriminalität und der Korruption. Demnach können sich die Vertragsparteien ohne vorheriges Ersuchen Informationen über Ermittlungen oder Verfahren mitteilen. Das schweizerische Recht kennt bereits eine solche Bestimmung: Artikel 67a IRSG regelt die «Unaufgeforderte Übermittlung von Beweismitteln und Informationen» sowie die dafür geltenden Bedingungen und Schranken.

Für die Schweiz ist wichtig, dass für die Übermittlung der Informationen Bedingungen gestellt werden können. Dies ist in Artikel 22 Absatz 2 denn auch festgehalten. Nach Artikel 22 Absatz 3 ist der Staat, der die Informationen empfängt, an diese Bedingungen gebunden. Für die unaufgeforderte Übermittlung und die damit verbundenen Bedingungen gilt somit der Grundsatz «alles oder nichts»: Entweder hält sich der empfangende Staat an die Bedingungen oder er darf die übermittelten Informationen nicht verwenden. Es ist jedoch zu präzisieren, dass die Behörden in bestimmten Staaten aufgrund des innerstaatlichen Rechts zum Handeln verpflichtet sind, wenn sie Zugang zu Informationen haben. Diese Länder können sich auf Artikel 22 Absatz 4 berufen, wonach sie erklären können, dass es für die Übermittlung von Informationen ihrer Zustimmung bedarf. Die Schweiz muss folglich beachten, welche Staaten¹²⁹ eine Erklärung nach Artikel 22 Absatz 4 des Übereinkommens abgeben.¹³⁰

Wie bei Artikel 22 des Übereinkommens besteht der Zweck der beiden neuen Artikel 80d^{bis} VE-IRSG zur vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln sowie 80d^{ter} VE-IRSG zur Errichtung gemeinsamer Ermittlungsgruppen darin, die justizielle Zusammenarbeit zwischen den Staaten zu beschleunigen und effizienter zu gestalten.

Artikel 23 Unterzeichnung und Inkrafttreten

¹²⁷ Art. 55a IRSG regelt die Koordination zwischen dem Auslieferungs- und dem Asylverfahren.

¹²⁸ Siehe die Erläuterungen zu Artikel 17 des Übereinkommens.

¹²⁹ Zum Zweiten Zusatzprotokoll haben unter anderem Belgien, Deutschland, Norwegen, die Ukraine und das Vereinigte Königreich eine Erklärung abgegeben.

¹³⁰ In einer allfälligen Erklärung behält sich der betreffende Staat vor, nicht an die Bedingungen der anderen Vertragsparteien gebunden zu sein (und nicht, dass die Informationen, die seine Behörden übermitteln, einer oder mehreren Bedingungen unterliegen, wie dies bei der Schweiz in Anwendung des Grundsatzes der Spezialität der Fall ist).

Das Übereinkommen kann von Mitgliedstaaten des Europarates, von der Europäischen Union und von an der Ausarbeitung beteiligten Staaten unterzeichnet werden.¹³¹ Die Bestimmungen über das Inkrafttreten entsprechen dem üblichen Wortlaut von Übereinkommen des Europarates. Das Übereinkommen ist entsprechend nach Ratifikation durch den sechsten Staat am 1. Juni 2007 in Kraft getreten¹³². Für die Schweiz wird das Übereinkommen am ersten Monatsanfang nach Ablauf einer Frist von drei Monaten nach der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde durch unser Land in Kraft treten.

Artikel 24 Beitritt zum Übereinkommen

Das Ministerkomitee des Europarates kann, unter einhelliger Zustimmung der Vertragsstaaten, weitere Staaten zum Beitritt zum Übereinkommen einladen. Von dieser Möglichkeit wurde bisher im vorliegenden Übereinkommen noch nicht Gebrauch gemacht; bei den Vertragsstaaten handelt es sich bisher ausschliesslich um Mitgliedstaaten des Europarates.

Weitere Schlussbestimmungen (Art. 25–32 sowie Anhang)

Die Schlussbestimmungen entsprechen den üblichen Formulierungen in Übereinkommen des Europarates und betreffen den räumlichen Geltungsbereich, die Wirkungen des Übereinkommens, allfällige Änderungen des Übereinkommens¹³³, die Überarbeitung des Anhangs¹³⁴, die Beilegung von Streitigkeiten¹³⁵, Konsultationen zwischen Vertragsparteien, die Kündigung des Vertrages sowie Notifikationen.

Die zuständige Expertengruppe des Europarates hat im Jahre 2010, unter Vorsitz der Schweiz, den Überprüfungsmechanismus für das Übereinkommen beschlossen. Der Mechanismus führt mit seinen jährlich zwei Sitzungen¹³⁶ der Mitgliedstaaten und einem System von schriftlichen, themenbezogenen Beiträgen der Staaten zu keinem nennenswerten Mehraufwand.

3 Die Bestimmungen des Zusatzprotokolls und ihr Verhältnis zum schweizerischen Recht

Artikel 1 Zweck

Der Zweckartikel orientiert sich massgeblich am zugrundeliegenden Übereinkommen und gibt punkto Umsetzungsbedarf ins innerstaatliche Recht nicht zu weiteren Bemerkungen Anlass.

¹³¹ Als Nicht-Mitgliedstaaten des Europarates sind aufgeführt: Heiliger Stuhl, Kanada, Japan, Vereinigte Staaten und Mexiko; vgl. Ziff. 249 EB.

¹³² Siehe Kap. 1.1.

¹³³ Solche Änderungen wurden bisher nicht vorgenommen, und es sind auch keine entsprechenden Arbeiten im Hinblick auf eine Änderung absehbar.

¹³⁴ Gemäss Art. 28 kann die im Anhang zur Konvention aufgeführte Liste von Anti-Terror-Übereinkommen mittels Mehrheitsbeschluss (Möglichkeit des Widerspruchs durch einzelne Vertragsstaaten) abgeändert oder ergänzt werden. Vgl. auch die Ausführungen zu Art. 1 des Übereinkommens.

¹³⁵ Es wurde bisher kein Streitbeilegungsmechanismus aktiviert.

¹³⁶ Die Sitzungen finden jeweils direkt im Vorfeld der Sitzungen der Expertengruppe CODEXTER statt.

Artikel 2 Beteiligung an einer Vereinigung oder einer Gruppe für terroristische Zwecke

Diese Bestimmung verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, die Beteiligung an einer Vereinigung oder einer Gruppierung mit dem Ziel, an einer terroristischen Straftat dieser Vereinigung oder Gruppe mitzuwirken, zu bestrafen. Von der Strafbarerklärung des Versuchs, der Gehilfenschaft und der Anstiftung¹³⁷ wurde angesichts der bereits bestehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit und im Interesse einer genügenden Bestimmtheit der Normen und Beweisbarkeit eines Verhaltens abgesehen.

Im Rahmen der Verhandlungen wurde diskutiert, Artikel 6 des zugrundeliegenden Übereinkommens¹³⁸ mittels Zusatzprotokoll auf passive Verhaltensweisen auszudehnen. Rasch wurde jedoch klar, dass die Mehrheit der Staaten den Vorgang des *Angeworben-Werdens* für Terrorismus als rein inneren Vorgang und damit nicht als genügend bestimmbar und strafwürdig erachtet. Entsprechend wurde entschieden, auf ein konkretes Verhalten abzustellen und die Mitwirkung in einer Vereinigung oder Gruppe als bestrafungswürdigen Sachverhalt zu definieren, womit den Kriterien der Bestimmbarkeit und Erkennbarkeit gegen aussen Genüge getan werden konnte.

Die vorliegend inkriminierte Verhaltensweise dürfte bereits unter dem geltenden innerstaatlichen Recht fast aller Mitgliedstaaten des Europarates strafbar sein, so auch in der Schweiz. Artikel 260^{er} StGB umfasst die Unterstützung sowie die Beteiligung an einer kriminellen Organisation, wobei gemäss Lehre und konstanter Rechtsprechung auch terroristische Organisationen unter den Anwendungsbereich des Straftatbestandes fallen¹³⁹. Abhängig vom konkreten Tatbeitrag ist jeweils auch eine strafbare Vorbereitung¹⁴⁰ zu einer terroristischen Handlung oder eine entsprechende Haupttat, der Versuch¹⁴¹ hierzu oder eine strafbare Teilnahmehandlung¹⁴² zu prüfen. Beziiglich der verbotenen Gruppierungen Al-Qaïda sowie Islamischer Staat und verwandter Organisationen findet die Strafbestimmung von Artikel 2 des entsprechenden Bundesgesetzes¹⁴³ Anwendung.

Im Hinblick auf die Umsetzung von Artikel 2 des Zusatzprotokolls ergibt sich kein Anpassungsbedarf im geltenden schweizerischen Recht.

Artikel 3 Erhalt einer Ausbildung für terroristische Zwecke

Artikel 3 des Zusatzprotokolls verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, den Erhalt einer Ausbildung in der Herstellung oder im Gebrauch von Sprengstoffen, Waffen oder gefährlichen Stoffen sowie einer Ausbildung in anderen spezifischen Methoden oder Verfahren, jeweils mit dem Ziel, einen Terrorakt zu begehen oder zu einem solchen beizutragen, unter Strafe zu stellen.

Die Bestimmung stellt damit das passive Gegenstück zu Artikel 7 des zugrundeliegenden Übereinkommens dar, welcher die aktive Ausbildung unter Strafe stellt¹⁴⁴.

¹³⁷ Vgl. Art. 9 des Zusatzprotokolls.

¹³⁸ Anwerbung für terroristische Zwecke, siehe vorne.

¹³⁹ Vgl. Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens.

¹⁴⁰ Art. 260^{bi} StGB

¹⁴¹ Art. 22 StGB

¹⁴² Art. 24 oder 25 StGB

¹⁴³ SR **122.0**; vgl. auch die Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens.

¹⁴⁴ Vgl. die Ausführungen zu Art. 7 des Übereinkommens.

Auch vorliegend wird, wie bei Artikel 2 des Zusatzprotokolls, auf die Erforderlichkeit der Strafbarkeit von Teilnahmehandlungen verzichtet.

Soweit der Bezug zu einer Gruppierung mit terroristischer Zielsetzung besteht, können der Tatbestand der kriminellen Organisation oder die Strafbestimmung von Artikel 2 des Gesetzes gegen Al-Qaida und IS sowie verwandte Organisationen Anwendung finden. Geht es um die Instruktion für ein genügend spezifizierbares Gewaltverbrechen, ist das Vorliegen einer strafbaren Vorbereitungshandlung¹⁴⁵ oder eine ebenfalls strafbare Anstiftung oder andere Teilnahme¹⁴⁶ zu prüfen. Geschieht der Erhalt der Ausbildung jedoch ohne Konnex zu einem geplanten Terrorakt oder zu einer Gruppierung oder Vereinigung, liegt grundsätzlich kein nach Schweizer Recht strafbares Verhalten vor¹⁴⁷.

Daher wird, wie bereits im Rahmen der Ausführungen zu Artikel 7 des Übereinkommens ausgeführt, die Schaffung einer Strafbestimmung vorgeschlagen, welche auch den Erhalt einer Ausbildung für terroristische Zwecke ausdrücklich unter Strafe stellt.¹⁴⁸ Die Tathandlung besteht in einem von aussen erkennbaren Verhalten der betreffenden Person. Bei der konkreten Umsetzung ins schweizerische Recht kann der Tatbestand mit den Erfordernissen des zugrundeliegenden Übereinkommens abgestimmt und die entsprechenden Regelungen bezüglich der Ausbildung und deren Erhalts in einer einzigen neuen Strafbestimmung wieder gegeben werden.¹⁴⁹

Artikel 4 Auslandsreisen für terroristische Zwecke

Artikel 4 bildet den eigentlichen Kern des Zusatzprotokolls und verpflichtet die Staaten in enger Anlehnung an die Erfordernisse von Ziffer 6 der Sicherheitsrats-Resolution 2178¹⁵⁰, terroristisch motivierte Reisen ins Ausland¹⁵¹ unter Strafe zu stellen. Vom Anwendungsbereich des Zusatzprotokolls und der Resolution ausgenommen bleiben aufgrund des einschränkenden Aspekts der *Foreign Terrorist Fighters* Reisen innerhalb eines Staates sowie Reisen in einen Staat, dessen Nationalität die betreffende Person besitzt oder wo sie ansässig ist, wo sie somit nicht «fremd» im Sinne der Resolution ist. Die Staaten sind jedoch frei, auf dieses die Strafbarkeit einschränkende Kriterium zu verzichten, soweit damit die Souveränität anderer Länder nicht eingeschränkt wird¹⁵².

Die Staaten können zusätzliche verfassungsrechtlich bedingte Voraussetzungen vorsehen, mittels welcher die Strafbarkeit beschränkt wird. Strafbar gemäss Zusatzprotokoll ist auch der Versuch, eine entsprechende Reise zu unternehmen.¹⁵³

Artikel 4 geht mit einer erheblichen Vorverlagerung der Strafbarkeit einher. Das Konfliktpotenzial zwischen der Strafbarkeit und den nationalen und völkerrechtli-

¹⁴⁵ Art. 260^{bis} StGB

¹⁴⁶ Art. 24 ff. StGB

¹⁴⁷ Siehe auch die Ausführungen zu Art. 7 des Übereinkommens.

¹⁴⁸ Vgl. die Ausführungen unter Kap. 2 sowie den Vorschlag für einen neuen Art. 260^{sexies} VE-StGB unter Kap. 4.2.

¹⁴⁹ Siehe Kap. 4.2 zu Art. 260^{sexies} VE-StGB.

¹⁵⁰ Vgl. Kapitel 1.3 zur Entstehung des Zusatzprotokolls.

¹⁵¹ Reisen zwecks Begehung oder Unterstützung einer terroristischen Straftat, zwecks Beteiligung an einer solchen oder zwecks Ausbildung für Terrorismus.

¹⁵² Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 94 MStG, welcher den fremden Militärdienst unter Strafe stellt.

¹⁵³ Art. 4 Abs. 3 des Zusatzprotokolls.

chen Grundsätzen der persönlichen Freiheit und der Bewegungs- und Reisefreiheit ist offensichtlich. Entsprechend sieht das Zusatzprotokoll Möglichkeiten vor, den Anwendungsbereich der Bestimmung einzuschränken und zu spezifizieren.

In der Schweiz laufen zur Zeit zahlreiche Strafverfahren im Bereich des radikalen Dschihadismus, unter anderem gegen sogenannte Dschihad-Reisende, wegen Zuwerdnerhandlung gegen Artikel 2 des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen Al-Qaida und Islamischer Staat sowie verwandter Organisationen und wegen Unterstützung oder Beteiligung an einer kriminellen Organisation¹⁵⁴. Es wurden sowohl Verhaftungen in der Schweiz, anlässlich der beabsichtigten Ausreise, wie auch im Ausland vorgenommen. Die erste Verurteilung eines Dschihad-Rückkehrers erfolgte mittels Strafbefehl der Schweizerischen Bundesanwaltschaft im Dezember 2014¹⁵⁵.

Zur Zeit kann aufgrund der geltenden Rechtslage und der Bestrebungen der zuständigen Strafverfolgungsbehörden, im Bereich von sogenannten Dschihad-Reisen eine rigorose Haltung an den Tag zu legen und entsprechendes Verhalten konsequent zu verfolgen, davon ausgegangen werden, dass die Schweiz den Verpflichtungen gemäss Artikel 4 des Zusatzprotokolls weitgehend nachkommt. Diese vorläufige Einschätzung basiert insbesondere auf dem Umstand, dass die Resolution des Sicherheitsrats in ihrer Präambel die Bedeutung der Grundfreiheiten herausstreckt und das Zusatzprotokoll des Europarates dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der Bestimmtheit von Strafnormen und dem national und international verankerten Prinzip der Reise- und Bewegungsfreiheit grosse Bedeutung einräumt. Die Reisetätigkeit soll nur unter bestimmten Umständen¹⁵⁶ und bei Vorliegen eines terroristischen Vorsatzes der betreffenden Person als strafbar erklärt werden.

Bei der Beurteilung der Frage der Einführung einer spezifischen Strafbestimmung gegen das Reisen für terroristische Zwecke ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass das entsprechende Bundesgesetz gegen Al-Qaida, den IS sowie verwandte Organisationen mit der einschlägigen Strafbestimmung durch den Gesetzgeber befristet verabschiedet wurde. Das Gesetz gilt bis am 31. Dezember 2018¹⁵⁷. Dieses Element der zeitlichen Befristung spricht für die Einführung einer eigenen Strafbestimmung, welche das Reisen für terroristische Zwecke unter Strafe stellt. Für die Einführung einer spezifischen Strafnorm spricht auch der Umstand, dass eine solche Norm unabhängig von der Nennung einer national oder international definierten Organisation ausgestaltet werden kann und damit generelle Gültigkeit verfügt, was die Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit von Strafbarkeiten mittelfristig erhöht.

¹⁵⁴ Art. 260^{ter} StGB

¹⁵⁵ Der Betreffende wurde angesichts seiner persönlichen Situation sowie des nicht schweren Unrechtsgehalts seiner Tat zu 600 Stunden gemeinnütziger Arbeit bedingt verurteilt. Weiter wurde eine ambulante therapeutische Massnahme angeordnet.

¹⁵⁶ «...very particular conditions...», Ziff. 47 des Erläuternden Berichts zum Zusatzprotokoll (im folgenden EB ZP), abrufbar unter <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list-conventions/treaty/217>.

¹⁵⁷ Art. 4 Abs. 2. Auf der Grundlage des neuen Nachrichtendienstgesetz (NDG) vom 25. September 2015 (noch nicht in Kraft) kann der Bundesrat gemäss Art. 74 eine Organisation oder Gruppierung verbieten, welche mittelbar oder unmittelbar terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten propagiert, unterstützt oder in anderer Weise fördert und damit die innere oder äussere Sicherheit konkret bedroht, und die Beteiligung und Unterstützung unter Strafe stellen. Ein Verbot stützt sich auf einen entsprechenden Beschluss der Vereinten Nationen oder der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, vgl. nachfolgend Kap. 4.3.

In vier¹⁵⁸ der fünf untersuchten Länder ist es strafbar, eine terroristisch motivierte Reise zu unternehmen. Lediglich in Dänemark gibt es kein solches Verbot. Deutschland und Italien haben das Verbot solcher Reisen explizit in ihren Strafgesetzbüchern geregelt. In Österreich gibt es zwar keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gegen terroristisch motivierte Reisen, jedoch sieht die Rechtsprechung solche Reisen als Form der strafbaren Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung an.

In Anbetracht der nach wie vor erheblichen Fallzahlen, des Vergleichs mit ausländischen Rechtsordnungen sowie insbesondere angesichts der Anforderungen von internationalen Organisationen an ihre Mitgliedstaaten wird die Einführung einer spezifischen Strafbestimmung vorgeschlagen, welche das Reisen im Hinblick auf eine terroristische Handlung unter Strafe stellt. Es spricht nichts gegen eine redaktionelle Vereinigung dieses Tatbestandes mit demjenigen, welcher die Ausbildung und Anwerbung für Terrorismus unter Strafe stellt, im Gegenteil: Systematisch sowie inhaltlich vermag eine solche Zusammenlegung der Strafbestimmungen die Übersichtlichkeit der Strafgesetzgebung sowie deren Lesbarkeit zu erhöhen.

Artikel 5 Finanzierung von Auslandsreisen für terroristische Zwecke

Artikel 5 des Zusatzprotokolls dient ebenfalls der Umsetzung der aus Ziffer 6 der Sicherheitsrats-Resolution 2178 herührenden Verpflichtung und hält die Staaten dazu an, die Finanzierung (als Sammeln oder Zur-Verfügung-Stellen von Vermögenswerten) von Reisen im Sinne von Artikel 4 unter Strafe zu stellen. Der Täter muss dabei wissen¹⁵⁹, dass die Vermögenswerte im Hinblick auf terroristisch motivierte Reisen verwendet werden sollen.

Der Erläuternde Bericht zum Zusatzprotokoll sieht vor, dass Staaten keine separaten Strafnormen gegen die Finanzierung von terroristisch motivierten Reisen vorsehen müssen. Sie können stattdessen strafbare Vorbereitungshandlungen oder die Strafbarkeit aufgrund von Gehilfenschaft vorsehen¹⁶⁰. Es bleibt den Staaten jedoch unbenommen, separate Normen einzuführen.

Deutschland und Italien haben, analog zur Strafbarkeit der Reisen für terroristische Zwecke, auch deren Finanzierung ausdrücklich unter Strafe gestellt. Österreich und Frankreich bestrafen die Terrorismusfinanzierung als solche, ohne auf den Aspekt des Reisens separat einzugehen. Strafbarkeit ist also gegeben, solange die Reisetätigkeit als solche im jeweiligen nationalen Recht bereits als terroristische Tat eingestuft werden kann. Dasselbe gilt für die gesetzliche Regelung in Dänemark.

Es wird, in Anlehnung an die Umsetzung des Hauptdelikts gemäss Artikel 4 des Zusatzprotokolls vorgeschlagen, eine spezifische Regelung bezüglich der Finanzierung von terroristisch motivierten Reisen einzuführen. Die neue Regelung kann ebenfalls in die neue Bestimmung aufgenommen werden, welche bereits die Ausbildung, Anwerbung und das Reisen unter Strafe stellt.¹⁶¹ Durch die Einführung dieser Strafbestimmung könnte zudem eine Schwachstelle beseitigt werden, die von der GAIFI im Rahmen der Länderprüfung der Schweiz im Jahr 2016 identifiziert worden ist. Denn in ihrem Bericht ist die GAIFI zum Schluss gelangt, dass die Finanzierung terroristisch motivierter Reisen im unwahrscheinlichen Fall, dass die Reise ohne

¹⁵⁸ Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich.

¹⁵⁹ Und nicht bloss in Kauf nehmen.

¹⁶⁰ Ziff. 58 EB ZP

¹⁶¹ Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 260^{sexies} Abs. 2 VE-StGB unter Kap. 4.2.

Verbindung zu einer Organisation oder einer terroristischen Handlung unternommen wird, nicht unter Strafe steht.¹⁶² Diese Besorgnis geht darauf zurück, dass immer mehr sogenannte «clone actors» auftreten, d. h. Personen, die beschliessen, zu terroristischen Zwecken ins Ausland zu reisen, ohne Mitglied einer terroristischen Organisation zu sein oder vorher ein Mitglied einer solchen Organisation kontaktiert zu haben.

Artikel 6 Organisation oder sonstige Erleichterung von Auslandsreisen für terroristische Zwecke

Artikel 6 des Zusatzprotokolls verpflichtet die Vertragsstaaten, wiederum in Anlehnung an die Resolution 2178 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen¹⁶³, das Organisieren und anderweitige Erleichtern von Reisen zu terroristischen Zwecken unter Strafe zu stellen. Auch hier hält der Erläuternde Bericht zum Zusatzprotokoll fest, dass die Staaten die Strafbarkeit mittels Gehilfenschaft oder strafbaren Vorbereitungshandlungen gewährleisten und von der Einführung spezifischer Strafbestimmungen absehen können.

Es wird, wie bei der Finanzierung von Reisen zu terroristischen Zwecken und unter Berücksichtigung der Anforderungen gemäss der Sicherheitsrats-Resolution, eine spezifische Regelung bezüglich des strafbaren Organisierens und Rekrutierens in der Strafnorm gegen terroristisch motivierten Reisen vorgeschlagen. Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen könnten die Unterstützungshandlungen zwar auch unter den Tatbestand der kriminellen oder terroristischen Organisation¹⁶⁴ subsumiert oder als Zu widerhandlung gegen die Al-Qaida und IS Gesetzgebung¹⁶⁵ eingestuft werden. Wie bei der Finanzierung von terroristischen Auslandreisen ergeben sich jedoch Strafbarkeitslücken, wenn sich kein Bezug zu einer Terrororganisation herstellen lässt. Dabei werden die entsprechenden Strafbestimmungen nur ausnahmsweise gleichzeitig Anwendung finden, namentlich wenn der Unrechtsgehalt der Tat nicht durch *eine* mit genügend schwerer Strafe versehene Strafnorm bereits vollständig abgedeckt wird.

Artikel 7 Informationsaustausch

Gemäss Artikel 7 des Zusatzprotokolls verpflichten sich die Vertragsstaaten, in Übereinstimmung mit ihrem nationalen Recht das Notwendige vorzukehren, damit einschlägige Informationen über Terrorreisende unter den betreffenden Ländern rechtszeitig ausgetauscht werden. Zu diesem Zweck bezeichnen die Staaten eine 24/7-Kontaktstelle.

Vorliegend geht es, gemäss dem eindeutigen Willen der Staaten anlässlich der Verhandlungen sowie dem Wortlaut des Erläuternden Berichts, nicht um den Austausch von Informationen aus dem Bereich der Internationalen Strafrechtshilfe¹⁶⁶.

¹⁶² GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, Décembre 2016, Annexe 2, Critère 5.2bis, S. 180.

¹⁶³ Siehe auch Ausführungen zu Art. 5 des Zusatzprotokolls.

¹⁶⁴ Art. 260^{ter} VE-StGB

¹⁶⁵ SR 122.0

¹⁶⁶ Hier besteht ein konzeptioneller Unterschied zur entsprechenden 24/7-Stelle gemäss dem Europarats-Übereinkommen über die Cyberkriminalität, Art. 35, SR 0.311.43, wo die Schweiz Vertragsstaat ist und wo es in bedeutsamen Masse auch um den Austausch von Rechtshilfeinformationen geht.

Vielmehr sollen polizeilich relevante Erkenntnisse möglichst rasch übermittelt werden können.

Eine entsprechende Kontaktstelle für den internationalen Austausch polizeilicher Erkenntnisse besteht in der Schweiz bereits. Die Einsatzzentrale fedpol (EZ fedpol) ist für in- und ausländischen Partnerorganisationen rund um die Uhr erreichbar. Bei Bedarf stellt die EZ fedpol auch den unmittelbaren Kontakt mit den zuständigen schweizerischen Behörden sicher. Die in Artikel 7 vorgesehenen Aufgaben werden somit unter Verzicht auf die Schaffung einer separaten Kontaktstelle durch die bestehende EZ fedpol wahrgenommen.

Artikel 8 Bedingungen und Garantien

Die Bestimmung von Artikel 8 verpflichtet die Vertragsstaaten zur Wahrung der Menschenrechte und statuiert die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit bei der Umsetzung des Zusatzprotokolls. Obwohl die entsprechende Bestimmung des zugrundeliegenden Übereinkommens¹⁶⁷ auch ohne explizite Erwähnung für das Zusatzprotokoll gelten würde, wurde im Rahmen der Verhandlungen entschieden, die genannten Aspekte und Prinzipien auch an dieser Stelle ausdrücklich als Kernelemente des Zusatzprotokolls zu wiederholen.

Artikel 9–14 Verhältnis zwischen diesem Protokoll und dem Übereinkommen, Unterzeichnung und Inkrafttreten, Beitritt zum Protokoll, Räumlicher Geltungsbereich, Kündigung, Notifikation

Zu diesen abschliessenden Bestimmungen, welche sich in jedem Strafrechts-Instrument des Europarates finden, sind kaum weitere spezifische Bemerkungen anzubringen. Die für das Inkrafttreten des Zusatzprotokolls notwendige Anzahl Ratifikationen wurde, analog zum zugrundeliegenden Übereinkommen, auf sechs festgesetzt.¹⁶⁸ Das Zusatzprotokoll kann von Mitgliedstaaten des Europarates, von der Europäischen Union und von an der Ausarbeitung beteiligten Staaten unterzeichnet werden¹⁶⁹. Ein Staat kann das Zusatzprotokoll nur ratifizieren, wenn er gleichzeitig oder vorgängig das Übereinkommen ratifiziert.

Die Bestimmungen über das Inkrafttreten entsprechen dem üblichen Wortlaut von Übereinkommen des Europarates¹⁷⁰. Das Zusatzprotokoll tritt am 1. Juli 2017 in Kraft¹⁷¹. Für die Schweiz wird es am ersten Monatsanfang nach Ablauf einer Frist von drei Monaten nach der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde durch unser Land in Kraft treten.

Der Bundesrat macht dem Europarat, gestützt auf Artikel 7 des Zusatzprotokolls, die Mitteilung, wonach das Bundesamt für Polizei die zuständige 7/24 Kontaktstelle ist.

¹⁶⁷ Art. 12 des Übereinkommens in Verbindung mit Art. 9 zweiter Satz des Zusatzprotokolls.

¹⁶⁸ Art. 10 Abs. 1 und 2

¹⁶⁹ Unter Vorbehalt der Unterzeichnung des zugrundeliegenden Übereinkommens.

¹⁷⁰ Vgl. auch die Ausführungen zu Art. 23 des Übereinkommens.

¹⁷¹ Siehe auch Kap. 1.3.

Am 10. Dezember 2010 hat der Bundesrat in seinem Bericht über allfällige Änderungen oder Ausweitungen der Strafnormen gegen das organisierte Verbrechen¹⁷² festgehalten, dass sich die Strafnorm gegen die organisierte Kriminalität (Art. 260^{ter} StGB) grundsätzlich bewährt hat. Schwierigkeiten bei der Bekämpfung verschiedener Formen organisierter Kriminalität, welche nur teilweise die gesetzlichen Merkmale einer kriminellen Organisation gemäss Artikel 260^{ter} StGB aufweisen, seien nicht primär darauf zurückzuführen, dass sie durch bestehende Strafbestimmungen nicht erfasst würden. Das Problem sei vielmehr darin zu sehen, dass eine umfassende und nachhaltige Bekämpfung solcher Kriminalitätsformen auf lokaler und kantonaler Ebene teilweise auf Schwierigkeiten stösse oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich sei. Der Bundesrat hielt fest, dass sich in diesem Zusammenhang insbesondere auch die bisherige Arbeit und die Erfahrungen der Kantone bei der Strafverfolgung als für den Fortgang der weiteren Arbeiten als wesentlich erwiesen.

In den darauf folgenden Jahren wurde die innerstaatliche Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung komplexer Kriminalitätsformen, unter anderem organisierter Kriminalität, effizienter ausgestaltet und entsprechend optimiert. Zu erwähnen ist die am 14./15. November 2013 abgeschlossene Rahmenvereinbarung zwischen dem EJPD und der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und Direktoren (KKJPD) betreffend die Polizeikooperation zwischen der Bundeskriminalpolizei und den kantonalen sowie städtischen Polizeikorps.¹⁷³ Die Vereinbarung regelt die Zusammenarbeit zwischen der Bundeskriminalpolizei und den Kantonen, insbesondere im Bereich der kriminalpolizeilichen Tätigkeiten. Sie präzisiert, mit welchen Massnahmen eine Steigerung der Effizienz und Effektivität der Polizeikooperation zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Verfolgung aller Formen von komplexer Kriminalität erreicht werden kann. Die Rahmenvereinbarung stützt sich auf die bestehenden gesetzlichen Regelungen, insbesondere auf die in der eidgenössischen Strafprozessordnung¹⁷⁴ gesetzlich geregelten Zuständigkeiten der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte. Die Rahmenvereinbarung wird begleitet von einem Leistungskatalog, der diejenigen Leistungen enthält (z.B. Ermittlungsunterstützung), welche die Bundeskriminalpolizei (BKP) zu Gunsten kantonaler Polizeikorps erbringen kann.

Mit demselben Ziel verabschiedete die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz¹⁷⁵ am 21. November 2013 die Empfehlung über die Zusammenarbeit im Bereich der Verfolgung von komplexer Kriminalität, insbesondere von Menschenhandel.¹⁷⁶ Die Empfehlung ergänzt die Vereinbarung zwischen der KKJPD und dem EJPD durch den Einbezug der Perspektive der Strafverfolgung bzw. der Staatsanwaltschaften. Sie führt zu einer Steigerung der Effizienz und Optimierung der Zusammenarbeit zwischen den kantonalen Staatsanwaltschaften und der Bundesan-

¹⁷² Abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2010/2010-12-10/ber-br-d.pdf>.

¹⁷³ Abrufbar unter <https://www.kkjpd.ch/de/aktuell/veroeffentlichungen>.

¹⁷⁴ SR 312.0

¹⁷⁵ KSBs, heute Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz SSK.

¹⁷⁶ Abrufbar unter <https://www.ssk-cps.ch/empfehlungen>.

waltschaft im Bereich der Verfolgung von komplexer Kriminalität, insbesondere von Menschenhandel, ohne eine Zusammenarbeit in anderen Bereichen der organisierten Kriminalität auszuschliessen.

Am 10. Februar 2015 reichte die Kommission für Rechtsfragen des Ständерates, nachdem aktuelle Fälle von Strafuntersuchungen wegen des Verdachts auf Unterstützung und Beteiligung an kriminellen Organisationen¹⁷⁷ grosse Beachtung und ein erhebliches Echo in den Medien ausgelöst hatten, eine Motion ein, mit welcher der Bundesrat beauftragt wurde, eine Änderung der Strafnorm von Artikel 260^{ter} StGB vorzuschlagen¹⁷⁸. Damit soll den in den letzten Jahren geltend gemachten Schwierigkeiten bei der Bekämpfung des organisierten Verbrechens Rechnung getragen werden. Zu prüfen sei namentlich, ob Anpassungen der Definition der kriminellen Organisation, der Tathandlungen sowie der Strafdrohung angezeigt sind. Die Motion wurde in der Folge durch das Parlament angenommen.

An ihrer Sitzung vom 3. September 2015 beschloss die Strafrechtskommission der KKJPD, eine Arbeitsgruppe unter Leitung des Bundesanwalts einzusetzen mit dem Auftrag, einen Gesetzesvorschlag zur Frage des künftigen Inhalts der Strafbestimmung von Artikel 260^{ter} StGB auszuarbeiten. Gestützt auf die Erfahrungen aus der Praxis wurde eine materiell-rechtliche Anpassung des Tatbestandes vorgeschlagen. Die Arbeiten wurden unabhängig von Parlament und Verwaltung durchgeführt. Der Präsident der KKJPD liess mit Schreiben vom 8. September 2016 die Vorschläge der Arbeitsgruppe der Vorsteherin des zuständigen EJPD zukommen, verbunden mit dem Ersuchen, diese im Rahmen der Anpassungen der Strafgesetzgebung zu berücksichtigen.

Der Vorschlag der Arbeitsgruppe sieht insbesondere vor, dass die blosse Zugehörigkeit zu einer entsprechenden Organisation, ohne erkennbaren Beitrag zu den Aktivitäten der Organisation, bereits unter Strafe gestellt wird. Des Weiteren wird ein qualifizierter Tatbestand vorgeschlagen, welcher es erlauben soll, zentrale Figuren des organisierten Verbrechens härter zu bestrafen. Damit verbindet sich eine Verschärfung des oberen Strafrahmens von heute fünf Jahren Freiheitsstrafe auf zehn (Grundtatbestand) respektive 20 (qualifizierter Tatbestand) Jahre. Weiter werden neu Mindeststrafen von sechs Monaten respektive drei Jahren vorgeschlagen. Angelegt werden sodann eine gesetzliche Definition der einzelnen Elemente der kriminellen Organisation sowie die explizite Regelung der strafrechtlichen Konkurrenzen: Für den Tatbestand der kriminellen Organisation soll nicht länger der Grundsatz der Subsidiarität gelten, das heisst der Täter soll zusätzlich bestraft werden, wenn er zu Gunsten einer kriminellen Organisation eine Straftat begeht.

Daneben schlägt die Strafrechtskommission einen neuen Straftatbestand gegen terroristische Organisationen vor mit einem ähnlichen Aufbau wie der Tatbestand gegen kriminelle Organisationen. Zusätzlich regt sie an, nachfolgend an die Definition im Gesetz eine beispielhafte Aufzählung von terroristischen Organisationen¹⁷⁹ vorzunehmen. Die Mindeststrafandrohung für die terroristische Organisation wird sodann auf ein Jahr festgesetzt.

¹⁷⁷ Vgl. hierzu z.B. die Medienmitteilung vom 18. März 2016 des Bundesamtes für Justiz, in welcher die Anordnung von Auslieferungshaft im Falle von 15 mutmasslichen Mitgliedern einer mafiosen Organisation bekannt gegeben wurde, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-08.html>.

¹⁷⁸ Motion 15.3008

¹⁷⁹ Al-Qaida, IS und verwandte Organisationen.

4.1.2 Erläuterungen zur revidierten Strafbestimmung

4.1.2.1 Allgemeines

Die Strafnorm gegen die organisierte Kriminalität hat sich grundsätzlich bewährt und stellt ein effizientes Mittel im Kampf gegen diese besondere Art der Kriminalität dar. Gleichzeitig wurde aber der Ruf von Seiten der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere der Bundesanwaltschaft, gehört. Im Rahmen der Arbeiten an dieser Vorlage wurde auf diese Anliegen und Vorschläge entsprechend eingegangen und es wird eine revidierte Fassung des Tatbestandes vorgeschlagen. Zu berücksichtigen ist dabei der Umstand, dass es sich bei der Strafbestimmung von Artikel 260^{ter} VE-StGB um einen sogenannten Vorfeld-Tatbestand handelt, mit welchem eine ausgeweitete Strafbarkeit geschaffen worden ist. Strafbar ist bereits die blosse Beteiligung des Täters an einer Organisation oder eine Unterstützung derselben, ohne dass irgendein Zusammenhang mit einer innerhalb der Organisation begangenen Straftat besteht. Bestraft wird mithin auch ein, isoliert betrachtet, an sich legales Verhalten. Den Kriterien der Verhältnismässigkeit und der sprachlichen Bestimmtheit ist deshalb bei einer Ausweitung der Strafnorm, nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit, besonderes Augenmerk zu schenken. Unverhältnismässige oder nicht genügend trennscharfe Eingriffe in Grundrechte sind zu vermeiden.

Der vorliegende Entwurf für eine revidierte Strafbestimmung gegen kriminelle Organisationen orientiert sich im Aufbau an der bestehenden Strafnorm. Die systematische Einordnung unter den Delikten gegen den öffentlichen Frieden¹⁸⁰ wird beibehalten.

Das geltende Recht umschreibt die kriminelle Organisation mit Hilfe der Elemente der Geheimhaltung sowie des verbrecherischen Zwecks. Lehre und Rechtsprechung sowie die damalige Botschaft zur Einführung von Artikel 260^{ter} StGB ins schweizerische Recht¹⁸¹ haben weitere Kriterien und Elemente entwickelt, welche aber nicht kumulativ gegeben sein müssen. Sie sollen jedoch qualitativ und quantitativ in einem Ausmass vorliegen, das das ausserordentliche Gefährdungspotenzial der Organisation belegt und das auch eine Ursache darstellen kann für auftretende Schwierigkeiten im Rahmen der Strafverfolgung gegen kriminelle Organisationen.

4.1.2.2 Kriterien der Geheimhaltung sowie der Unterstützung der verbrecherischen Tätigkeit

Das Kriterium der Geheimhaltung bezieht sich nicht zwingend auf die Existenz der Organisation als solche. Es kann sich auf die interne Geheimhaltung¹⁸² bezüglich Aufbau und Zusammensetzung richten, wobei jedoch eine systematische Verschleierung als erforderlich erachtet wird. Massgeblich für die Einführung des Kriteriums war die Überlegung, dass durch qualifizierte Geheimhaltung die Macht gegen innen und aussen und das Gefährdungspotenzial der Organisation erhöht sowie gleichzeitig die Arbeit von Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden erheblich erschwert werden kann. Es ist indessen nicht zu bestreiten, dass dieses gesetzliche Erfordernis

¹⁸⁰ Art. 258 ff. StGB

¹⁸¹ Vgl. hierzu Engler, in Basler Kommentar, 2013, N 5 ff. zu Art. 260^{ter} und BBl 1993 III 277, insb. 295 ff.

¹⁸² Nicht aber nur Verschwiegenheit, z.B. gegen aussenstehende Personen oder Vertretern von Strafverfolgungsbehörden.

der Geheimhaltung in der Lehre und Praxis zuweilen als nicht praktikabel bezeichnet worden ist¹⁸³.

Es wird daher vorgeschlagen, auf dieses im geltenden Recht statuierte und damit grundsätzliche zwingende Typisierungsmerkmal zu verzichten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Element der Geheimhaltung im Rahmen der Bestimmung einer kriminellen Organisation bedeutungslos wird. Es soll im Rahmen der Gesamtbeurteilung des deliktischen Potenzials der Organisation weiterhin Berücksichtigung finden und neben Merkmalen wie Hierarchie, Arbeitsteilung, Dauer, Professionalität und interne Durchsetzungsmacht¹⁸⁴ als typisches Kriterium gelten, das auf die Existenz einer solchen gefährlichen Organisation hinweist.

Die Streichung des gesetzlichen Kriteriums der Geheimhaltung unter Absatz 1 der Bestimmung soll die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden in einem wesentlichen Punkt erleichtern und die Bedeutung der Strafbestimmung auch im Bereich der internationalen Strafrechtshilfe weiter ausbauen, ohne dass deshalb der Anwendungsbereich der Strafnorm unverhältnismässig ausgeweitet oder die Bestimmtheit der Norm eingeschränkt würde. Artikel 260^{ter} VE-StGB ist weiterhin nur auf Personenzusammenschlüsse anwendbar, denen ein ausserordentliches Gefährdungspotenzial zukommt und denen mit den herkömmlichen Mitteln des Strafrechts, welche an der Begehung einzelner Taten anknüpfen, angesichts ihrer Ausgestaltung, Bedeutung oder Macht nur schwerlich beizukommen ist.

Auch wer sich nicht an einer kriminellen Organisation beteiligt, kann sich gleichwohl strafbar machen, wenn er, quasi als Aussenstehender, die Organisation unterstützt. Als Unterstützung gilt jeder massgebliche Beitrag zur Stärkung der Organisation, jedoch muss kein Tatbeitrag zu einem konkreten Delikt nachgewiesen werden. Die Unterstützung kann auch in einer für sich betrachtet legalen Tätigkeit¹⁸⁵ bestehen.

Demgegenüber muss die Organisation gemäss geltendem Wortlaut *in ihrer verbrecherischen Tätigkeit* unterstützt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verlangt die Tatvariante der Unterstützung einen bewussten Beitrag zur Förderung der verbrecherischen Aktivitäten der kriminellen Organisation. Darunter können das Liefern von Waffen an eine terroristische oder mafiaähnliche Organisation, das Verwalten von Vermögenswerten oder andere logistische Hilfsleistungen fallen. Der subjektive Tatbestand verlangt, dass die unterstützende Person weiss oder zumindest in Kauf nimmt, dass ihr Beitrag der verbrecherischen Zweckverfolgung der kriminellen Organisation dienen könnte.¹⁸⁶ Es ist hingegen nicht erforderlich, einen kausalen Zusammenhang zwischen der Unterstützungshandlung und einem konkreten Delikt nachzuweisen. In Anwendung dieser Grundsätze befand das Bundesgericht in jüngerer Zeit, dass das Bereitstellen von Websites zur Unterstützung der Propaganda einer terroristischen Organisation¹⁸⁷ oder die Bewirtschaftung von Internetforen im Zusammenhang mit Dschihadnetzwerken als Unterstützungs-handlungen im Sinne von Artikel 260^{ter} StGB einzustufen sind. Aus dieser weiten Auslegung des Unterstützungs begriffs kann abgeleitet werden, dass Artikel 260^{ter} StGB auf jegliche Handlung anwendbar ist, mit der das Gefährdungspotenzial der

¹⁸³ Vgl. Engler, Basler Kommentar, 2013, N 8 zu Art. 260^{ter}, mit weiteren Hinweisen.

¹⁸⁴ Die Merkmale müssen nicht kumulativ vorliegen.

¹⁸⁵ Vermietung von Räumlichkeiten, Verschaffen von legal erwerblichen Substanzen zwecks Weiterverarbeitung, etc.

¹⁸⁶ BGE 133 IV 58 E. 5.3.1; BGE 132 IV 132 E. 4.1.4; BGE 128 II 355.

¹⁸⁷ Urteil 6B_645/2007 des Bundesgerichts vom 2. Mai 2008 E. 7.3.3.2.

Organisation erhöht werden kann. Dessen ungeachtet folgerte die GAFI, dass das schweizerische Recht eine kleine Lücke aufweise, da ein (zumindest indirekter) Zusammenhang zwischen der Finanzierung und der kriminellen oder terroristischen Aktivität der Organisation bestehen muss.¹⁸⁸ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Unterstützungs begriff in der Praxis bereits weit ausgelegt und das Erfordernis eines Zusammenhangs mit dem kriminellen Zweck der Organisation sozusagen ausser Acht gelassen wird und dass das schweizerische Recht gemäss der GAFI eine kleinere Lücke aufweist, wird vorgeschlagen, auf die Voraussetzung der «verbrecherischen» Tätigkeit der Organisation zu verzichten. So werden die Strafverfolgungsbehörden neu lediglich bestimmen müssen, ob die Unterstützungshandlung geeignet ist, die Organisation als solche zu stärken und ihr Gefährdungspotential entsprechend zu erhöhen. Dadurch kann auch der von der GAFI identifizierte kleinere Mangel behoben werden. Die Abgrenzung zwischen straflosem Verhalten und deliktischer Unterstützung einer kriminellen Organisation kann weiterhin, abhängig vom bestehenden Wissen und Willen des Handelnden, anhand der qualitativen und quantitativen Bedeutung der Unterstützung sowie des Charakters seiner konkreten Handlung vorgenommen werden.

4.1.2.3 Strafandrohung der Regelung gegen kriminelle Organisationen

Das geltende Recht bedroht die Beteiligung an einer kriminellen Organisation oder deren Unterstützung mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe und stuft die Straftat damit als Verbrechen im Sinne des Strafgesetzes¹⁸⁹ ein. Dieser Strafrahmen erweist sich, gerade auch im Vergleich mit anderen Tatbeständen aus dem Kern- und Nebenstrafrecht sowie mit ausländischen Rechtsordnungen, als grundsätzlich angemessen und gerechtfertigt, sofern es um die Beteiligung und Unterstützung einer kriminellen Organisation geht¹⁹⁰. Die Strafandrohung trägt dem Umstand Rechnung, dass es bei der Beteiligung an einer kriminellen Organisation und bei deren Unterstützung um Tathandlungen geht, welche unabhängig von konkreten Delikten in deren Vorfeld begangen werden. Es muss kein Zusammenhang zu einer konkreten, durch die Mitglieder begangenen Straftat bestehen. Wenn der grundlegende Strafrahmen von bis zu fünf Jahren nach oben angepasst würde, so erschien dies mit Blick auf den Unrechtsgehalt der Tat als kaum mehr verhältnismässig. Anders zu entscheiden ist hingegen, aufgrund des erhöhten Unrechtsgehalts, der besonderen Verwerflichkeit der Tat, der gesellschaftlichen Ächtung sowie wegen der durch Terrorakte einhergehenden massiven und durch die Öffentlichkeit entsprechend wahrgenommenen Bedrohung von Leib und Leben von Menschen, bei der Strafandrohung gegen terroristische Organisationen¹⁹¹.

Hinzuweisen bleibt schliesslich auf den Umstand, dass im Falle einer im Rahmen der kriminellen Organisation begangenen schwereren Straftat wie zum Beispiel qualifiziertem Drogenhandel, einer vorsätzlichen Tötung oder einem Mord der

¹⁸⁸ GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, Décembre 2016, S. 255.

¹⁸⁹ Art. 10 StGB mit der damit einhergehenden Folge, dass die Straftat auch Vortat zum Delikt der Geldwäsche sein kann (Art. 305^{bis} StGB).

¹⁹⁰ Zur terroristischen Organisation siehe nachfolgend.

¹⁹¹ Für die Strafandrohung betreffend terroristische Organisationen siehe nachfolgend, Kap. 4.1.2.6.

Strafrahmen dieser Tat primär zur Anwendung gelangt¹⁹², womit dem dadurch gesetzten Unrechtsgehalt Genüge getan wird.

Zu einer anderen Einschätzung kann man in Fällen gelangen, in denen Personen einen bestimmenden Einfluss innerhalb der Organisation ausüben, es sich also um führende Mitglieder handelt. In diesen Fällen beschränkt sich ihr Tatbeitrag nicht auf die blosse Unterstützung oder Beteiligung an der Organisation. Wer einen bestimmenden Einfluss innerhalb der Organisation besitzt, ist für die Existenz und die Aktivität der Organisation ausgeprägt verantwortlich. Er besitzt ein faktisches Mitbestimmungsrecht darüber, in welchem Umfang die Organisation deliktisch aktiv ist und entsprechend ihren Einfluss und ihre Macht auszubauen versucht. Der Mehrwert für die Organisation und das daraus resultierende Gefährdungspotenzial ist als erheblich erhöht einzustufen. Entsprechend höher ist auch der Unrechtsgehalt einer solchen Beteiligung. Daneben übt das führende Mitglied in aller Regel eine stark korrumpernde Wirkung auf andere Beteiligte sowie auf das Umfeld der Organisation aus. Es wird daher vorgeschlagen, gegenüber dem geltenden Recht eine erhebliche Anhebung des Strafrahmens vorzunehmen und im neuen Absatz 3 eine qualifizierte Strafandrohung von einem Jahr bis zu 20 Jahren¹⁹³ Freiheitsstrafe gegen denjenigen einzuführen, der sich an einer kriminellen Organisation beteiligt und dabei einen bestimmenden Einfluss in der Organisation ausübt.¹⁹⁴

Dem Gericht wird damit ein Mittel in die Hand gegeben, um auch in schweren Fällen der Beteiligung an einer kriminellen Organisation Strafen aussprechen zu können, welche dem Verschulden angemessen sind. Eine Mitwirkung des Täters an einem konkreten Verbrechen muss dabei nicht nachgewiesen werden. Es genügt für die qualifizierte Strafbarkeit, wenn dem Betreffenden eine zumindest mitbestimmende Führungsrolle innerhalb der Organisation zukommt. Eine absolute Kontrolle über die Organisation oder eine die anderen Führungspersonen überragende Macht-position ist demgegenüber nicht gefordert.

Unverändert gegenüber dem geltenden Recht bleibt die Möglichkeit der Strafmilderung durch den Richter bestehen, wenn der Täter sich bemüht, die weitere Tätigkeit der Organisation zu verhindern.¹⁹⁵

4.1.2.4 Strafbarkeit der blossen Zugehörigkeit?

Im Rahmen der Vorarbeiten zur vorliegenden Revision wurde die Forderung erhoben, dass auch die formelle Mitgliedschaft oder blosse Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation, ohne dass der betreffenden Person in diesem Kontext eine Aktivität nachgewiesen werden kann, im Gesetz explizit unter Strafe gestellt werden soll. Dieses Anliegen, obwohl aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und in Anbetracht der teilweise sehr anspruchsvollen Verfahren im Bereich der organisierten Kriminalität nachvollziehbar, lässt zumindest zwei Aspekte ausser Acht:

Zum einen ist in praktischer Hinsicht nicht erkennbar, inwieweit eine solche reine Zugehörigkeit ohne irgendeine Handlung im Zusammenhang mit der Organisation

¹⁹² In den Beispielen Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren oder lebenslängliche Freiheitsstrafe.

¹⁹³ Gemäss Art. 40 StGB.

¹⁹⁴ Art. 260^{ter} Abs. 3 VE-StGB, anwendbar sowohl auf Organisationen gemäss Abs. 1 wie auch gemäss Abs. 2.

¹⁹⁵ Abs. 4 des Vorentwurfs. Es wird, entsprechend den Anpassungen in Abs. 1, auf das Kriterium der *verbrecherischen* Tätigkeit verzichtet. Die Bestimmung gilt auch im Hinblick auf terroristische Organisationen gemäß Abs. 2.

überhaupt relevant ist. Als Beteiligung an einer kriminellen Organisation im Sinne des Gesetzes ist die Eingliederung in diese, gefolgt von einem Tätigwerden¹⁹⁶, zu verstehen. Diese Tätigkeit muss jedoch nicht in einer illegalen Aktion bestehen. Auch legale Handlungen, zum Beispiel das Zur-Verfügung-Stellen von Material, Räumlichkeiten oder andere Dienstleistungen können als entsprechende Tätigkeiten eingestuft werden. An die Wesentlichkeit der Handlungen für die Organisation sind dabei angesichts der Absicht des Gesetzgebers und des ausserordentlichen Gefährdungspotenzials der Organisation keine hohen Anforderungen zu stellen. Dieses ausserordentliche Gefährdungspotenzial manifestiert sich beispielsweise darin, dass auch eine bloss «passive» Mitgliedschaft zu einer ausgeprägten Vernetzung führt und damit als *asset* oder Mehrwert für die Organisation gelten kann. Häufig besteht auch keine Möglichkeit des Austritts und der freien Kommunikation gegen aussen. In jedem Fall muss die strafbare Beteiligung nicht wesentlich oder gar kausal sein im Hinblick auf die Begehung eines konkreten Delikts durch die Organisation. Konkret kann eine Beteiligung an einer kriminellen Organisation¹⁹⁷ beweisrechtlich auch hergeleitet werden beispielsweise durch eine konstante aktive Mitwirkung an Treffen, durch die Akzeptanz von bestehenden Riten, Strukturen und Hierarchien oder dem wiederholt geäusserten und an den Tag gelegten Gehorsam gegenüber der Organisation und deren Vertretern.

Es ergeben sich von Seiten der Rechtsprechung keine Hinweise darauf, dass der Begriff der strafbaren Beteiligung oder Unterstützung eng ausgelegt würde, im Gegenteil: So hat das Bundesstrafgericht am 15. Juli 2016 im Fall eines verhinderten Dschihad-Reisenden, welcher am Flughafen Zürich vor seinem Abflug nach Istanbul verhaftet werden konnte, dessen Verhalten als unterstützend respektive fördernd eingestuft, ihn wegen Verstosses gegen das IS-Gesetz schuldig gesprochen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe, verbunden mit einer Bewährungshilfe, verurteilt. Auch wurde gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Bereitstellen oder Betreiben von Internetforen zu Gunsten einer kriminellen (terroristischen) Organisation als Unterstützung im Sinne von Artikel 260^{ter} StGB eingestuft.¹⁹⁸

Zum anderen ist festzuhalten, dass es aus guten Gründen nie dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hat, die blosse Bekundung einer Sympathie oder einer – regelmässig schwer zu beweisenden – mentalen Verbundenheit mit einer Organisation bereits als Beteiligung im Sinne des Strafrechts genügen zu lassen. Die Devise «mitgehangen, mitgefangen» oder die blosse Zugehörigkeit zu einer Familie, wenn Teile derselben mit dem organisierten Verbrechen in Verbindung stehen, darf im Bereich der strafrechtlichen Bekämpfung der organisierten Kriminalität keine Bedeutung erlangen. Die ideologische Unterstützung einer kriminellen Organisation, obwohl verwerflich und damit abzulehnen, soll durch Staat und Gesellschaft mit anderen Mitteln als demjenigen des Strafrechts bekämpft werden. Ein Gesinnungsstrafrecht ist auch im Bereich der Bekämpfung von organisierter Kriminalität abzulehnen. Von einer mit den Geboten der Bestimmtheit und Verhältnismässigkeit kaum vereinbaren Ausweitung des Wortlautes der Strafbestimmung gegen die organisierte Kriminalität auf die bloss deklaratorische Zugehörigkeit oder reine Mitgliedschaft, welche zudem in praktischer Hinsicht kaum eine eigenständige Bedeutung erhalten dürfte, ist daher abzusehen.

¹⁹⁶ Dieses Erfordernis ist nicht zuletzt aus beweisrechtlichen Gründen bedeutsam.

¹⁹⁷ Bspw. eine mafiöse Organisation.

¹⁹⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 5. Mai 2008, 6B_645/2007.

4.1.2.5 Einführung zusätzlicher gesetzlicher Merkmale?

Von der Einführung zusätzlicher gesetzlicher Merkmale für die Umschreibung einer kriminellen Organisation, wie zum Beispiel der Statuierung einer Mindestanzahl von beteiligten Personen, ist abzusehen. Solche zusätzlichen Elemente vermöchten zwar der Strafbestimmung zusätzliche Konturen und eine erhöhte Bestimmtheit bezüglich ihrer Auslegung und Anwendung zu verleihen. Jedoch ist an dieser Stelle festzuhalten, dass sich aus Sicht der Praxis bisher keine Notwendigkeit der Einführung solcher zusätzlicher Kriterien ergeben hat. Wichtiger scheint aber die Tatsache, dass die Aufnahme zusätzlicher Elemente die Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden in diesem ohnehin anspruchsvollen Bereich der Strafgesetzgebung zusätzlich erschweren würde, indem die Beweise auch bezüglich dieser zusätzlichen Einzelaspekte erfolgreich erbracht werden müssten. Solche zusätzlichen gesetzlichen Erfordernisse erweisen sich als kontraproduktiv und sind deshalb zu vermeiden.

In diesem Sinne ist auch davon abzusehen, eine abschliessende Legaldefinition der kriminellen Organisation im Gesetz zu verankern. Der praktizierte Ansatz mit einer beschränkten Anzahl von Typisierungsmerkmalen mit der daraus einhergehenden notwendigen Flexibilität bezüglich neuer Organisationstypen hat sich bewährt. Die notwendige Rechtsicherheit und Bestimmtheit resultiert dabei auch aus der mittlerweile breiten Rechtsprechung zum Strafrecht und zur Rechtshilfepraxis. Es ergibt sich somit weder aus Sicht der Rechtsprechung noch aus Sicht der Lehre oder Praxis das Bedürfnis, eine solche Definition einzuführen.

4.1.2.6 Ausdrückliche gesetzliche Regelung der terroristischen Organisation

Hingegen ist das Anliegen der Arbeitsgruppe der KKJPD aufzunehmen, wonach terroristische Organisationen durch Artikel 260^{ter} VE-StGB gesondert ins Recht gefasst und diese im betreffenden Strafartikel ausdrücklich erwähnt werden sollen. Die bisherige Rechtsprechung¹⁹⁹ hat die Anwendbarkeit des OK-Tatbestandes auf Terrororganisationen konstant bestätigt. Es spricht nichts dagegen, diese zutreffende Auslegung durch die Lehre und Rechtsprechung nunmehr auch im Gesetzeswortlaut wiederzugeben und die Anwendbarkeit auf Terrororganisationen ausdrücklich zu statuieren. Für die Umschreibung des terroristischen Zwecks der Organisation kann auf die bewährte Formulierung im Rahmen der Strafnorm gegen die Terrorismusfinanzierung²⁰⁰ zurückgegriffen werden. Diese Definition von Terrorismus steht im Einklang mit den Definitionen im internationalen Kontext und gewährleistet, unter Wahrung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots, einen genügend weiten Anwendungsbereich der entsprechenden Strafbestimmung. Im Rahmen der Anwendung der revidierten Strafbestimmung können dabei auch Beschlüsse internationaler Gremien oder entsprechende aktualisierte Listen über terroristische Organisationen Berücksichtigung finden. Es steht dem Richter jedoch weiterhin frei, zusätzliche Aspekte zu berücksichtigen und weitere Erwägungen anzustellen bei der Beantwortung der Frage, ob eine Gruppierung als terroristische Organisation einzustufen ist.

Neben dieser generell-abstrakten Definition einer terroristischen Organisation, welche sich an der geltenden Formulierung der schweizerischen Gesetzgebung und den internationalen Vorgaben orientiert, wird darauf verzichtet, zusätzlich spezifi-

¹⁹⁹ Vgl. die Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens.

²⁰⁰ Art. 260^{quinqüies} StGB

sche Organisationen wie Al-Qaida, IS oder andere verwandte Gruppierungen explizit zu nennen und im Gesetzesentwurf aufzulisten. Es bestehen keine Zweifel daran, dass diese, die innere und äussere Sicherheit der internationalen Staatengemeinschaft aktuell massiv bedrohenden Terror-Organisationen unter den entsprechenden neuen Tatbestand von Artikel 260^{er} Absatz 2 fallen²⁰¹. Der Mehrwert einer expliziten Nennung ist kaum ersichtlich. Eine solche Aufzählung vermag vielmehr blass zu erklären, was dem Rechtsanwender bereits von vornherein klar ist. Rückschlüsse auf gänzlich andere, nicht namentlich erwähnte Organisationen lassen sich durch eine solche nicht abschliessende Aufzählung jedoch gerade nicht ziehen, im Gegenteil: Es besteht das Risiko, dass eine Organisation, die nicht als Anwendungsfall einer Bestimmung explizit genannt wird, eher als nicht unter die Strafnorm fallend betrachtet werden könnte.

Stattdessen ergäbe sich ein konstantes gesetzgeberisches Problem bezüglich der Aktualisierung einer solchen beispielhaften Liste. Während der Bundesrat auf Basis von Artikel 74 des Nachrichtendienstgesetzes²⁰² mittels Verfügung innert kurzer Zeit spezifische Organisationen bezeichnen, ins Recht fassen und verbieten kann, erscheint das Strafgesetzbuch als zentraler Teil der schweizerischen Gesetzesordnung als kaum geeignet, um entsprechende «Verbotslisten» regelmässig nachzuführen, obsolet gewordene Gruppierungen zu streichen und – dies ist der Kernpunkt der Sache – auf neue Bedrohungen umgehend zu reagieren und entsprechende Organisationen aufzunehmen. Aus diesen Gründen hat der Strafgesetzgeber bisher stets entschieden, entsprechende Sachverhalte, Gruppierungen oder Merkmale generell-abstrakt zu definieren und von der Nennung spezifischer Sachverhalte und Organisationen abzusehen. An dieser bewährten Praxis ist festzuhalten.

Die angedrohte Freiheitsstrafe orientiert sich an der Bestimmung gegen kriminelle Organisationen gemäss Absatz 1 des Artikels. Als Mindeststrafe wird auch hier Geldstrafe vorgesehen, dies unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Unrechtsgehalt einer Unterstützungshandlung ohne Bezug zu einem konkreten Delikt unter Umständen klein sein kann. Als Höchststrafe der qualifizierten Begehungsform wird in Absatz 3, anwendbar auf terroristische und kriminelle Organisationen im Sinne des Gesetzes, Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren angedroht, wenn der Täter einen bestimmenden Einfluss in der Organisation ausübt²⁰³. Hingegen wird, im Vergleich zu Absatz 1, ein höherer oberer Strafrahmen von zehn Jahren²⁰⁴ für den Grundtatbestand der Unterstützung und Beteiligung an einer terroristischen Organisation vorgesehen. Diese Erhöhung erfolgt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das unmittelbare Schädigungspotenzial und die direkten Folgen für die betroffene Bevölkerung und den Staat mit seinen Strukturen im Falle von terroristischen Aktivitäten, unabhängig von dessen Stabilität und den herkömmlichen Kriminalitätsraten, grösser und einschneidender sein können, und dass von einer engeren Umschreibung des Zwecks der Organisation auszugehen ist. Die Verwerflichkeit einer den Terror unterstützenden strafbaren Handlung ist gross. Der entsprechende Unrechtsgehalt der Tat ist angesichts der gesellschaftlichen Achtung sowie der durch Terrorakte einhergehenden massiven und durch die Öffentlichkeit entspre-

²⁰¹ So wie sie, zusammen mit anderen terroristischen Organisationen, gemäss konstanter Rechtsprechung (vgl. Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens) bereits heute unter Art. 260^{er} StGB fallen.

²⁰² Vgl. nachfolgend Kap. 4.3.

²⁰³ Vgl. Kap. 4.1.2.3 mit den Ausführungen zur Verschärfung der Strafandrohung und den Auswirkungen.

²⁰⁴ Gegenüber fünf Jahren bei der kriminellen Organisation.

chend wahrgenommenen existenziellen Bedrohung als erhöht einzustufen, was sich in der erhöhten gesetzlichen Strafandrohung entsprechend niederschlägt.

4.1.2.7 Beibehaltung der Zuständigkeitsregeln

Gegenüber dem geltenden Recht unverändert bleiben die Regelungen über die Zuständigkeit des schweizerischen Strafrichters für die Beurteilung von Auslandtätern.²⁰⁵ Demnach fällt ebenfalls unter Schweizer Recht, wer die Tat im Ausland begeht, wenn die kriminelle oder terroristische Organisation ihre Tätigkeit ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt oder auszuüben beabsichtigt²⁰⁶. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass diese Zuständigkeitsregelung eine Erweiterung der Zuständigkeitsregelungen gemäss dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches darstellt²⁰⁷ und deren Anwendung nicht einschränkt. Strafbar ist folglich nach wir vor auch der Schweizer, der im Ausland eine solche Organisation unterstützt, auch wenn sie nicht beabsichtigt, eine Aktivität in der Schweiz zu entfalten.²⁰⁸

4.1.2.8 Konkurrenz zwischen Art. 260^{ter} VE-StGB und den Grundtatbeständen

Die Frage der Konkurrenz zwischen Artikel 260^{ter} StGB und weiteren Straftatbeständen – insbesondere den von der kriminellen Organisation begangenen Taten – ist Gegenstand von Diskussionen. Diese Vorlage bietet die Gelegenheit, die Frage zu klären und insbesondere zu entscheiden, ob eine spezifische Konkurrenzregel vorgenommen werden muss. Die Arbeitsgruppe der KKJPD schlägt in diesem Zusammenhang eine Regelung vor, gemäss der die Gerichtsbehörden Artikel 260^{ter} StGB gleichzeitig mit etwaigen weiteren Strafbestimmungen anwenden sollen.²⁰⁹

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es klar der Wille des Gesetzgebers, mit Artikel 260^{ter} StGB die Personen zu bestrafen, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligen oder diese unterstützen, auch wenn es aufgrund der äusserst weit entwickelten Aufgabenteilung oder der Verschleierungsmassnahmen der Organisation nicht möglich ist, deren Mitwirkung an konkreten Delikten nachzuweisen und sie folglich zu überführen. Wenn sich die Beteiligung an der Organisation oder die Unterstützung derselben hingegen in einer nachweisbaren Einzeltat erschöpft, so darf der Täter ausschliesslich für die Mitwirkung an dieser Straftat bestraft werden.²¹⁰ Diese Rechtsprechung wird von der herrschenden Lehre anerkannt.²¹¹ In allen anderen Fällen ist eine gleichzeitige Anwendung von Artikel 260^{ter} StGB und anderen Strafbestimmungen möglich (Realkonkurrenz). Dadurch sind insbesondere folgende Konstellationen abgedeckt:

²⁰⁵ Art. 260^{ter} Abs. 5 VE-StGB.

²⁰⁶ Im Unterschied zum geltenden Recht erfolgt hierbei der Verweis neu auf Art. 7 Abs. 4 und 5 StGB (und nicht mehr auf Art. 3), wo die Anrechnung eines allfälligen im Ausland ergangenen Urteils geregelt wird.

²⁰⁷ Art. 3 ff. StGB; vgl. auch die weitgehend analoge Regelung von Art. 259 Abs. 1^{bis} StGB.

²⁰⁸ Zu beachten sind dabei auch die gemäss Art. 7 Abs. 1 und 3 StGB statuierten Regelungen.

²⁰⁹ Der von der Arbeitsgruppe der KKJPD vorgeschlagene Art. 260^{ter} Abs. 6 lautet wie folgt: «Begeht der Täter im Rahmen einer kriminellen Organisation weitere Straftaten, wird er dafür zusätzlich bestraft».

²¹⁰ Urteil 6S.229/2005 des Bundesgerichts vom 20. Juli 2005 E. 1.2.3 mit weiteren Hinweisen.

²¹¹ Engler, in: Niggli/Wiprachtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 11–392 StGB, Basel 2013, N 20 zu Art. 260^{ter} StGB mit weiteren Hinweisen.

- Der Täter versorgt eine kriminelle Organisation mit finanziellen Mitteln im Wissen, dass diese nur zum Teil für einen bestimmten Anschlag verwendet werden, und dass der Rest für weitere Delikte dienen wird, hinsichtlich derer dem Financier keine Tatbeteiligung nachgewiesen werden kann;
- die Unterstützungsaktion des Täters geht über die konkreten Einzeldelikte, die der Organisation nachgewiesen werden könnten, hinaus (der Täter versorgt z. B. die Organisation mit finanziellen Mitteln, die er selbst mittels Straftaten²¹² beschafft hat).

Diese Lösung kann weder aus dogmatischer noch aus praktischer Sicht kritisiert werden. Im Übrigen hat die subsidiäre Anwendung von Artikel 260^{ter} StGB vor allem eine Auswirkung auf die Strafe (Art. 49 StGB ist nicht anwendbar). Der Strafrahmen für die Haupttaten, die von kriminellen Organisationen begangen werden können, ist allerdings bereits weit genug, damit das Verhalten der betroffenen Person exemplarisch bestraft werden kann. Aus diesen Gründen ist es nicht angezeigt, Artikel 260^{ter} StGB in dem Sinne anzupassen, dass ihn die Gerichtsbehörden stets in echter Konkurrenz anwenden müssten.

4.2 Artikel 260^{sexies} VE-Strafgesetzbuch: Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat

4.2.1 Ausgangslage

Die Analyse der Bestimmungen und Anforderungen des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates, die im Rahmen dieser Vorlage umzusetzen sind, sowie die weiteren internationalen Standards²¹³ führen zum Schluss, dass das geltende schweizerische Recht den diesbezüglichen Erfordernissen bereits heute zu weiten Teilen genügt. Es fehlen jedoch in Teilbereichen spezifische strafrechtliche Regelungen, welche den Kern der beiden Verträge vollständig und explizit umsetzen.²¹⁴ Für eine solche umfassende Umsetzung der Artikel 6 und 7 des Übereinkommens sowie der Artikel 3, 4 und 5 des Zusatzprotokolls wird daher vorgeschlagen, in den Bereichen der Ausbildung und der Rekrutierung für Terrorismus spezifische Strafbestimmungen einzuführen. Ebenso wird die Einführung einer Strafnorm gegen das terroristisch motivierte Reisen, einschliesslich dessen Finanzierung, Organisation und Anwerbung hierfür, vorgeschlagen. Damit sollen bestehende Lücken des strafrechtlichen Dispositivs, welches auch terroristische Vorfeldhandlungen ausserhalb von Organisationen wie Al-Qaïda oder IS abdecken muss, geschlossen werden. Dieses Vorgehen und die konkreten Vorschläge stehen denn auch in Einklang mit der Einschätzung und Mitteilung des Bundesrates vom 14. Oktober 2016 anlässlich der Unterzeichnung des Zusatzprotokolls.²¹⁵ Auch im internationalen Kontext und im Vergleich zur jüngeren Entwicklung der Gesetzgebungen in anderen europäischen Staaten²¹⁶ ist es sachgerecht, im Sinne der Stärkung der straf-

²¹² Ungetreue Geschäftsbesorgung, Diebstähle usw.

²¹³ Vgl. auch Kap. 1.6.

²¹⁴ Vgl. Kap. 2 und 3.

²¹⁵ Abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-10-142.html.

²¹⁶ Vgl. die Resultate des in den Kap. 2 und 3 einfließenden Rechtsvergleichs, Zusammenfassung abrufbar unter http://www.isdc.ch/media/1304/newsletter-new-year-edition-2017_final.pdf.

rechtlichen Bekämpfung des Terrorismus, aber auch der Rechtssicherheit und des Bestimmtheitsgebotes in diesem essentiellen Bereich des Strafrechts neue Strafnormen vorzuschlagen.

4.2.2

Erläuterungen zur neuen Strafbestimmung

Die Schaffung einer separaten Strafbestimmung gegen die Anwerbung, Ausbildung und das Reisen für eine terroristische Straftat führt gegenüber dem geltenden Recht in gewissen Teilbereichen zu einer Ausweitung der Strafbarkeit. Vor allem aber wird eine für den einzelnen Rechtsunterworfenen und die Strafverfolgungsbehörden klare gesetzliche Grundlage geschaffen, womit den strafrechtlichen Geboten der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von Strafbarkeiten verstärkte Nachachtung verschafft wird. Die Gesetzgebung soll für den Einzelnen im Bereich von Handlungen im Vorfeld von terroristischen Akten klar erkennbar machen, welche Verhaltensweisen mit Strafe bedroht werden, sobald sie über das Potenzial verfügen, zu einer terroristischen Straftat zu führen.

Die systematische Einordnung der neuen Strafbestimmung von Artikel 260^{sexies} VE-StGB erfolgt unter dem Titel der Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden, wo sich bereits die Regelungen gegen kriminelle Organisationen und die Terrorismusfinanzierung²¹⁷ finden. Die Bestimmung ist als Verbrechenstatbestand mit einer Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe ausgestaltet, womit sie als Vortat zu Geldwäsche²¹⁸ gilt.

Absatz 1 Buchstabe a der neuen Bestimmung bestraft das Anwerben für die Begehung oder Teilnahme an einer terroristischen Straftat. Als Anwerben gilt²¹⁹ das aktive Vorgehen im Bestreben, eine oder mehrere bestimmbare Personen für eine Angelegenheit zu gewinnen und zu einer entsprechenden Tätigkeit zu bewegen. Nicht notwendig für die Strafbarkeit ist, dass die Anwerbung in einem formalisierten oder hierfür strukturierten Rahmen vorgenommen wird. Ebenso wenig wird vorausgesetzt, dass die anwerbende Person selber an einer terroristischen Organisation oder zusätzlich an der Vorbereitung eines konkreten Terroraktes beteiligt ist²²⁰ oder dass ein mit der Rekrutierung im Zusammenhang stehender konkreter Terrorakt in seinen Konturen bereits erkennbar ist.

Das Anwerben kann direkt, im persönlichen Kontakt, oder auf andere Weise, beispielsweise via soziale Medien und Internet, geschehen. Für die Vollendung der Anwerbung ist es notwendig, dass die angeworbene Person oder die bestimmbare Personengruppe das Vorgehen und Bestreben des Täters zumindest zur Kenntnis nimmt. Eine weitergehende Aktivität des Adressaten als Folge der erfolgten Anwerbung, zum Beispiel die Beteiligung an einer Gruppierung oder die Aufnahme von Vorbereitungshandlungen für einen terroristischen Akt, ist hingegen nicht notwendig.²²¹

In subjektiver Hinsicht muss die Anwerbung im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat geschehen. Artikel 260^{sexies} ist ein Vorsatzdelikt. Der Täter muss zumindest mit dem entsprechenden Eventualvorsatz handeln, das heisst die

²¹⁷ Art. 260^{ter} und Art. 260^{quinquies} StGB

²¹⁸ Art. 305^{bis} StGB

²¹⁹ Vgl. zum Begriff auch im geltenden Recht Art. 182, 197 oder 272 StGB.

²²⁰ Obwohl eine solche Beteiligung oder Unterstützung von Seiten des Anwerbenden häufig gegeben sein wird.

²²¹ Vgl. zum Ganzen Ziff. 106 ff. EB und die Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens.

Folge seines Handelns ernsthaft für möglich halten und sie zugleich billigend in Kauf nehmen.

Von der strafbaren Anwerbung zu unterscheiden ist die Rechtfertigung oder Glorifizierung von Terrororganisationen oder von terroristischen Handlungen. Obwohl verfehlt und abzulehnen, fallen solche Äusserungen nicht unter den Anwendungsbereich der neuen Strafbestimmung. Ihnen hat der Staat, wie später zu erörtern sein wird, mit anderen Mitteln ausserhalb des Strafrechts zu begegnen.²²²

Die Anwerbung zu Gunsten einer terroristischen Organisation kann, je nach Vorgehensweise des Täters und seiner Position, unter Artikel 260^{ter} VE-StGB oder unter das Bundesgesetz über das Verbot von Al-Qaida und IS fallen²²³.

Es wird an dieser Stelle davon abgesehen, ebenfalls die Kriminalisierung des Sich-Anwerben-Lassens vorzuschlagen.²²⁴ Eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit wird durch die beiden umzusetzenden Übereinkommen des Europarates nicht gefordert²²⁵. Der blosse innere Entschluss des Angeworbenen, sich auf eine entsprechende Tätigkeit einzulassen, wäre kaum greifbar und entsprechend nur schwer nachzuweisen. Unsicherheiten betreffend seines Erkenntnisstandes, worauf er sich überhaupt einlässt, stünden der erforderlichen Rechtssicherheit entgegen und liessen zuweilen Zweifel an der Strafwürdigkeit auftreten. Strafbarkeit tritt jedoch bereits unter geltendem Recht ein, sobald der Angeworbene Vorkehrungen dazu trifft, eine Straftat vorzubereiten oder er sich an einer entsprechenden Organisation beteiligt oder diese unterstützt.

Buchstabe b von Absatz 1 betrifft die terroristische Ausbildung und bestraft denjenigen, der sich im Hinblick auf die Begehung eines Terroraktes anleiten lässt oder jemanden anleitet²²⁶. Eine an sich vorgelagerte Teilnahmehandlung wird damit zu Gunsten der Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums im Kampf gegen Terrorismus und dessen Vorfeldtaten zu einem eigenständigen Delikt erhoben. Das Anleiten respektive das Sich-Anleiten-Lassen muss sich gemäss Gesetzestext auf die Herstellung oder auf den Gebrauch von Waffen, Sprengstoffen, radioaktiven Materialien, giftigen Gasen oder von anderen Vorrichtungen oder gefährlichen Stoffen richten²²⁷.

Auch hier muss die Tathandlung in subjektiver Hinsicht im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat geschehen. Der Täter muss zumindest mit dem entsprechenden Eventualvorsatz handeln, die erworbenen Fähigkeiten später für terroristische Zwecke einzusetzen. Der unter Umständen abweichende Unrechtsgehalt der beiden Tatvarianten (aktive und passive Ausbildung) ist im Rahmen der richterlichen Strafzumessung zu berücksichtigen.

Gemäss Buchstabe c wird bestraft, wer eine grenzüberschreitende Reise unternimmt, um eine terroristische Straftat zu begehen, sich daran zu beteiligen oder sich dafür ausbilden zu lassen. Diese Regelung setzt den eigentlichen Kern des Zusatzproto-

²²² Vgl. die Ausführungen unter Kap. 4.6.4.

²²³ Vgl. Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens sowie zu den strafrechtlichen Konkurrenzen.

²²⁴ Vgl. Ausführungen zu Art. 6 des Übereinkommens und dem einschlägigen Rechtsvergleich.

²²⁵ Vgl. Ausführungen zu Art. 2 des Zusatzprotokolls und den zu den entsprechenden Verhandlungen.

²²⁶ Zum Begriff vgl. im geltenden Recht Art. 144^{bis}, 179^{sexies} und 226 StGB.

²²⁷ Zum Anwendungsbereich und den Begriffen kann auf die Ausführungen zu Art. 7 des Übereinkommens und Art. 3 des Zusatzprotokolls verwiesen werden.

kolls des Europarates und der zugrundeliegenden Resolution 2178 des UNO-Sicherheitsrates um.²²⁸ Die vorliegende Norm soll, im Gegensatz zum befristeten Bundesgesetz über das Verbot von Al-Qaïda und IS und zu Artikel 74 NDG²²⁹, unabhängig vom Zusammenhang mit einer bestimmten Organisation Anwendung finden. Auch hier hängt die Strafbarkeit, in subjektiver Hinsicht, davon ab, dass der Täter seine Handlung im Hinblick auf die Verübung einer terroristischen Straftat ausführt. Es ist in diesem Zusammenhang für die Vollendung des Delikts nicht notwendig, dass die betreffende Person an ihrem Bestimmungsort ankommt; der Antritt der Reise kann bereits genügen.

Strafbar gemäss Absatz 2 der neuen Bestimmung ist in Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen bei der Bekämpfung von Terrorismus²³⁰ auch, wer eine solche Reise finanziert, organisiert oder dafür anwirbt. Nach Artikel 5 des Zusatzprotokolls muss durch die Strafbestimmung außerdem nicht nur das Zur-Verfügung-Stellen von Vermögenswerten unter Strafe gestellt werden, sondern auch das Sammeln solcher Vermögenswerte. Dementsprechend deckt Artikel 260^{sexies} Absatz 2 VE-StGB in Anlehnung an Artikel 260^{quinquies} StGB beide Konstellationen ab. Durch die Kriminalisierung des Sammelns von Vermögenswerten kann die Schweiz zudem ihre Pflichten aufgrund der Resolution 2178 und der GAFI-Empfehlungen erfüllen.²³¹

4.3 Anpassung von Artikel 74 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG): Organisationsverbot

4.3.1 Ausgangslage

Der Bundesrat beauftragte das zuständige VBS im November 2009 mit der Ausarbeitung eines neuen Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG). Das Gesetz regelt alle nachrichtendienstlichen Tätigkeiten und formuliert den Auftrag zur umfassenden Lagebeurteilung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB).

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde der Vorschlag des Bundesrates um eine neue Bestimmung ergänzt. Der neu geschaffene Artikel 74 NDG regelt das sogenannte Organisationsverbot. Dem Bundesrat wird die Kompetenz verliehen, unter den statuierten gesetzlichen Bedingungen einer konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes mittels Verfügung ein Organisationsverbot auszusprechen, ohne auf Notrecht gemäss Bundesverfassung zurückgreifen zu müssen. Ein solches Verbot stützt sich auf einen entsprechenden Beschluss der Vereinten Nationen oder der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa. Der Bundesrat konsultiert vorgängig die für die Sicherheitspolitik zuständigen parlamentarischen Kommissionen. Das Verbot muss sich auf terroristische oder gewalttätig-extremistische Gruppierungen beziehen und ist auf höchstens fünf Jahre zu befristen. Es kann verlängert werden.

²²⁸ Vgl. insb. die Ausführungen zu Art. 4, 5 und 6 des Zusatzprotokolls.

²²⁹ Vgl. nachfolgend Kap. 4.3.

²³⁰ Vgl. Kap. 1.

²³¹ In der französischen Fassung der Resolution 2178 ist von «fourniture» und «collecte» die Rede, während in den GAFI-Empfehlungen von «fourniture» und «réunion» gesprochen wird.

Das Nachrichtendienstgesetz wurde in der Volksabstimmung vom 25. September 2016 deutlich gutgeheissen und wird voraussichtlich im Herbst 2017 in Kraft treten²³².

Mit der Einführung von Artikel 74 NDG hat das Parlament eine klare und dauerhafte gesetzliche Grundlage zur Statuierung von Verbots terroristischer oder gewalttätig-extremistischer Organisationen oder Gruppierungen geschaffen. Zuvor stützten sich entsprechende Verbote auf verfassungsunmittelbare Verordnungen des Bundesrates respektive des Parlaments²³³. Da eine Verlängerung gesetzlich nicht mehr zulässig war, verabschiedete das Parlament Ende 2014 das dringliche Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen Al-Qaïda, Islamischer Staat sowie verwandter Organisationen²³⁴, welches auf Ende 2018 befristet ist.

Im Rahmen der Ausarbeitung dieser Vorlage ist der Bundesrat zum Schluss gekommen, dass die Regelung des Organisationsverbots nach Artikel 74 NDG mit der Regelung der terroristischen Organisationen im erwähnten befristeten Bundesgesetz sowie in Artikel 260^{er} StGB abzustimmen ist. Im Interesse der Kohärenz soll das Gesetz gegen Al-Qaïda und IS weiter gelten, bis die Anpassung von Artikel 74 NDG vollzogen ist. Der Bundesrat wird dem Parlament in einer separaten Vorlage die Verlängerung des befristeten Bundesgesetzes beantragen²³⁵, da nicht davon auszugehen ist, dass die hier präsentierte Vorlage bereits am 1. Januar 2019 oder vorher in Kraft gesetzt werden kann.

4.3.2 Erläuterungen zum revidierten Organisationsverbot

Die Umschreibung der strafbaren Verhaltensweisen bezüglich der verbotenen Organisation oder Gruppierung ist mit derjenigen in Artikel 2 des Bundesgesetzes gegen Al-Qaïda und IS identisch und umfasst die Unterstützung, Beteiligung, Propaganda, Anwerbung oder anderweitige Förderung.

Im Vergleich zum erwähnten Bundesgesetz gegen Al-Qaïda und IS bestehen hingegen zwei massgebliche Unterschiede. Zum einen findet sich in Artikel 74 NDG kein Hinweis auf die Bundeszuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung entsprechender Straftaten, womit die Kompetenz in Fällen eines Organisationsverbots gemäss Artikel 74 NDG grundsätzlich²³⁶ bei den Kantonen liegt. Zum anderen lautet die Strafandrohung, soweit keine strengeren Strafbestimmungen zur Anwendung gelangen, auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, was einen tieferen Strafrahmen als in der genannten befristeten Gesetzgebung gegen Al-Qaïda und IS darstellt, welche eine Höchststrafe von fünf Jahren vorsieht.

Es erscheint als angemessen und sachgerecht, in diesen beiden Punkten eine Anpassung von Artikel 74 NDG mit einer zumindest teilweisen Angleichung an die Vorräuferregelung im Al-Qaïda-Gesetz vorzuschlagen, das heisst den Strafrahmen entsprechend zu erhöhen und die ausschliessliche Zuständigkeit für die Führung von Strafverfahren weiterhin den Behörden des Bundes zuzuweisen sowie die Beurtei-

²³² Siehe BBI 2015 7721.

²³³ Vgl. hierzu die Übersicht zur Botschaft des Bundesrates zum erwähnten Bundesgesetz gegen Al-Qaïda, IS und verwandte Organisationen, BBI 2014 8926.

²³⁴ SR 122

²³⁵ Vgl. Kap. 4.6.6.

²³⁶ In Fällen, in denen keine anderen Straftatbestände zu prüfen sind, welche unter die Zuständigkeit der Bundesbehörden fallen, zum Beispiel Art. 260^{er} StGB (Kriminelle Organisationen).

lung weiterhin der Bundesgerichtsbarkeit zu unterstellen. Die spezialisierten Behörden des Bundes haben im Rahmen der Strafverfolgung komplexer Kriminalitätsformen entsprechende Erfahrungen gesammelt und sind, gerade auch im Zusammenhang mit der Verfolgung von terroristischen Organisationen und deren Unterstützern, in der Lage, erfolgreich und effizient entsprechende Strafverfahren zu führen. Die Rechtsprechung der vergangenen Jahre legt denselben Schluss nahe. Es scheint in fachlicher Hinsicht und punkto Ressourcen durchaus sinnvoll und naheliegend, dass spezifische, im Zusammenhang mit terroristischen oder gewaltextremistischen Organisationen und Gruppierungen stehende Delinquenz nicht durch eine Vielzahl von Behörden, wie es bei kantonalen Zuständigkeit der Fall sein könnte, verfolgt und beurteilt werden. Statt dessen sollen, in bewährter Form und unter Konzentration der Kräfte, die Bundeskriminalpolizei und die Bundesanwaltschaft die entsprechenden Fälle verfolgen und das Bundesstrafgericht die Beurteilung vornehmen.²³⁷ Diese Vorgehensweise hat sich in Anwendung des geltenden Bundesgesetzes gegen Al-Qaïda und IS bewährt.

Die Strafandrohung für einen Verstoss gegen Artikel 74 NDG lautet, soweit keine strengeren Strafbestimmungen zur Anwendung gelangen, auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Sie wurde damit im Rahmen der Einführung der Bestimmung durch das Parlament tiefer angesetzt als in der genannten befristeten Gesetzgebung gegen Al-Qaïda und IS, wo der Strafrahmen bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe reicht. Da im Rahmen dieser Vorlage vorgeschlagen wird, den oberen Strafrahmen im Bereich der Bekämpfung von kriminellen und terroristischen Organisationen in qualifizierten Fällen auf 20 Jahre anzuheben und die Unterstützung oder Beteiligung an einer terroristischen Organisation neu mit bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen²³⁸, erscheint die Erhöhung der Strafandrohung in Artikel 74 VE-NDG auch unter diesem Gesichtspunkt als angemessen. Sie entspricht damit auch den Strafandrohungen von Artikel 260^{quinquies} StGB und dem neu vorgeschlagenen Artikel 260^{sexies} VE-StGB.

Angesichts der breit gefächerten, verschiedenartigen Tathandlungen von Artikel 74 NDG, welche im Vorentwurf unverändert übernommen werden, wird jedoch von einer generellen Anhebung des Strafrahmens abgesehen und statt dessen eine Abstufung bei der Strafandrohung eingeführt, welche dem entsprechenden Unrechtsbehalt der jeweiligen strafbaren Handlung besser Rechnung trägt²³⁹: Die Beteiligung, personelle oder materielle Unterstützung und Anwerbung wird neu mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht (das strafbare Verhalten gilt damit als mögliche Vortat zu Geldwäscherie im Sinne von Art. 305^{bis} StGB, was namentlich bei der Tatvarianthe der finanziellen Unterstützung von Bedeutung ist). Für die anderweitige Förderung oder die Organisation von Propagandaaktionen gemäss Absatz 4^{bis} erscheint die Beibehaltung des bisherigen Strafrahmens gemäss NDG von bis zu drei Jahren als angemessen und den Prinzipien des Schuldstrafrechts entsprechend. Eine Einschränkung des breit gefassten, mit Strafe bedrohten Verhaltens kann in diesem Kontext dadurch erreicht werden, dass eine gewisse Tatnähe der betreffenden Handlung zu den Aktivitäten der verbotenen Gruppierung oder Organisation ein Kriterium darstellt.²⁴⁰

²³⁷ Art. 74 Abs. 7 VE-NDG, unter gleichzeitiger Anpassung der Mitteilungspflicht gemäss Abs. 7 der aktuellen Bestimmung.

²³⁸ Vgl. die Ausführungen unter Kap. 4.1.

²³⁹ Abs. 4 und 4^{bis} der revidierten Bestimmung von Art. 74 NDG.

²⁴⁰ Vgl. hierzu das Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 2017, 6B_948/2016.

Dem Gericht wird damit die auch im Vergleich mit anderen Strafbestimmungen angemessene Möglichkeit gegeben, in schweren, besonders verwerflichen Fällen der Unterstützung, Beteiligung oder anderen Förderung einer verbotenen Gruppierung oder Organisation eine einschneidende und erhebliche Freiheitsstrafe auszusprechen, welche den Unrechtsgehalt der Tat spiegelt und dem Bedürfnis der Bevölkerung und des Staates nach Sicherheit und Sicherung entsprechend nachkommt.

Der Vorentwurf²⁴¹ sieht des Weiteren in Anlehnung an die geltende Strafnorm gegen kriminelle Organisationen vor, dass der Richter die Strafe mildern kann, wenn der Täter sich bemüht, die weitere Tätigkeit der Gruppierung oder Organisation zu verhindern.

Aufgehoben werden kann dagegen die Bestimmung gemäss Absatz 6 von Artikel 74 NDG, wonach die allgemeinen Bestimmungen des StGB zur Anwendung gelangen. Dieser gesetzliche Hinweis, welcher aufgrund seiner Fokussierung auf das Einziehungsrecht missverständlich sein kann, erübrigts sich, nachdem der geltende Artikel 333 StGB den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches generell als auf andere Bundesgesetze anwendbar erklärt. Die Pflicht zur Mitteilung von Urteilen und anderen Entscheiden beschränkt sich angesichts der neu statuierten Bundeszuständigkeit für die Strafverfolgung auf die Mitteilung an den NDB²⁴².

In allgemeiner Hinsicht ist schliesslich der Ingress zum Nachrichtendienstgesetz durch die Nennung von Artikel 123 der Bundesverfassung, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Sache des Bundes ist, zu ergänzen.

4.4 Rechtshilfegesetz: Anpassungen im Bereich der dynamischen Strafrechtshilfe

4.4.1 Ziele der gesetzgeberischen Anpassungen

Die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen steht vor der Herausforderung, der Prävention eine grössere Bedeutung einzuräumen und sie effizienter zu gestalten als bisher. Ziel der verstärkten Prävention ist es, rascher einschreiten zu können, damit grosse Schäden aufgrund von Terroranschlägen, besonders in Form von Menschenleben und materieller Zerstörung, vermieden werden können.

Der international vernetzte Terrorismus ist nur eine Facette der Kriminalität, die sich in den letzten Jahren namentlich wegen der Globalisierung und der immer rascheren und zunehmenden Interaktion zwischen den Staaten entwickelt hat. Die beste Lösung für dieses Problem ist die «dynamische Rechtshilfe», die auch Gegenstand der neuen Artikel 80d^{bis} VE-IRSG zur vorzeitigen Übermittlung von Informationen und Beweismitteln und 80d^{ter} VE-IRSG zur Errichtung gemeinsamer Ermittlungsgruppen ist.

Mit den beiden Artikeln sollen im schweizerischen Recht Bestimmungen eingeführt werden, die gegenüber allen Staaten angewandt werden können. Die Schweizer Staatsanwaltschaften und ihre ausländischen Partner sollen damit Terroranschläge verhüten und die Zusammenarbeit beschleunigen und die Strafverfolgung verbessern können. Durch die Regelung im IRSG kann sowohl die Terrorismusbekämpfung

²⁴¹ Abs. 4^{ter}

²⁴² Abs. 7. Der Bundesanwaltschaft sowie dem Bundesamt für Polizei werden die Entscheide ohnehin mitgeteilt.

verbessert werden als auch die Bekämpfung jeglicher damit verbundener Form von Kriminalität, beispielsweise des organisierten Verbrechens. Die rasche und effiziente Zusammenarbeit muss sich demnach auch gegen die Straftaten richten, die mit dem geplanten Anschlag oder den geplanten Anschlägen direkt zusammenhängen oder im Vorfeld verübt werden. Andererseits besteht das Hauptziel der Revision nicht nur in der Terrorismusbekämpfung. Sie soll auch dazu dienen, die justizielle Zusammenarbeit bei der Bekämpfung anderer Formen schwerer Verbrechen zu stärken, so namentlich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der Geldwäschelei oder der breit angelegten Korruption –unabhängig davon, ob diese Taten eine Verbindung zu terroristischen Handlungen aufweisen oder nicht.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen bezeichnen, dass schneller eingegriffen werden kann und die Zusammenarbeit verbessert wird. Aufgrund ihres Gehalts sind die Bestimmungen nur unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar. Sie entsprechen dem Wunsch der Strafverfolgungsbehörden, durch die damit einhergehenden Verbesserungen die Anforderungen an eine moderne und wirksame Zusammenarbeit zu erfüllen.²⁴³ In seiner jüngsten Rechtsprechung anerkennt das Bundesgericht den Nutzen solcher moderner Rechtshilfemassnahmen, die eine gewisse Zeit geheim bleiben müssen, damit die ausländischen Ermittlungen nicht blockiert bzw. gefährdet werden. Das Bundesgericht macht unter anderem darauf aufmerksam, dass eine Rechtsgrundlage notwendig ist, um solche Rechtshilfemassnahmen ergreifen zu können.

4.4.2 Artikel 80d^{bis} VE-IRSG: Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

4.4.2.1 Ausgangslage

Mit dieser Bestimmung soll in dringenden und begründeten Fällen (z. B. Geiselnahme, Anschlag auf ein Kernkraftwerk, einen Flughafen, eine Staumauer oder einen Bahnhof) eine wirksame Prävention ermöglicht werden. Die Bestimmung enthält die erforderlichen Garantien, damit sie nicht zu weit ausgelegt wird.

Im Rahmen der vom Übereinkommen angestrebten Prävention kann durch Artikel 80d^{bis} VE-IRSG vermieden werden, dass bei der Verfolgung geplanter schwerer Verbrechen zu spät reagiert wird. Die Bestimmung trägt dazu bei, dass Leben gerettet sowie die körperliche und psychische Gesundheit von potenziellen Opfern bewahrt werden können. Ferner kann die Zusammenarbeit gefördert werden. Durch die in der Bestimmung statuierte Wahrung der Vertraulichkeit der Informationen wird die Effektivität der Ermittlungen im Bereich des Terrorismus, zum Beispiel zur Bekämpfung der Radikalisierung von Personen, sichergestellt. In anderen Worten soll mit der Bestimmung verhindert werden, dass frühzeitig Informationen über die betreffende Strafermittlung bekannt werden und diese so vereitelt wird. Das soll erreicht werden, indem gemäss den Erfordernissen der ausländischen Ermittlungen die Vertraulichkeit gewahrt wird. Die Bestimmung trägt außerdem den Bedenken und Kritiken bestimmter Staaten (insbesondere Common-law-Staaten) sowie einem der acht Handlungsschwerpunkte Rechnung, den die GAFI nach der Länderprüfung des Jahres 2016 an die Schweiz gerichtet hat mit der Empfehlung, dass die Schwei-

²⁴³ Tätigkeitsbericht, Bericht der Bundesanwaltschaft über ihre Tätigkeit im Jahr 2016 an die Aufsichtsbehörde, S. 7.

zer Behörden Massnahmen ergreifen, um die Vertraulichkeit der Rechtshilfeersuchen besser zu wahren.

Die Bestimmung darf nur in einem beschränkten Rahmen angewandt werden, bevor die Schlussverfügung erlassen wird, mit der über Gewährung und Umfang der Rechtshilfe entschieden wird. Mit verschiedenen Vorkehrungen in der Bestimmung wird sichergestellt, dass die betreffende Person durch deren Anwendung keinen Schaden erleidet. Artikel 80d^{bis} VE-IRSG unterscheidet sich von Artikel 67a IRSG in Bezug auf die vorzeitige Übermittlung (die gemäss Art. 80d^{bis} VE-IRSG zulässig ist, nach Art. 67a IRSG hingegen nicht) sowie in Bezug auf den Zweck: Der Zweck von Artikel 67a IRSG besteht darin, Informationen, die während einer in der Schweiz eröffneten Untersuchung erhoben worden sind, einer ausländischen Behörde zu übermitteln, damit diese ein Rechtshilfeersuchen stellen kann oder um ihr die Strafuntersuchung zu erleichtern (passiver Charakter). Die Übergabe von Beweismitteln in Anwendung von Artikel 67a IRSG erfolgt nach der unaufgeforderten Übermittlung, während die Übermittlung nach Artikel 80d^{bis} VE-IRSG erfolgt, bevor die betroffene Person Kenntnis davon hat. Dies namentlich, um einen Anschlag zu verhindern (aktiver Charakter). Schliesslich gilt für die Massnahmen nach Artikel 80d^{bis} VE-IRSG das Verhältnismässigkeitsprinzip.

4.4.2.2 Erläuterungen zur neuen Bestimmung

Artikel 80d^{bis} Absatz 1:

Durch die Bedingung nach Artikel 80d^{bis} Absatz 1 Buchstabe a, gemäss dem eine vorzeitige Übermittlung im Interesse des Verfahrens liegen muss, soll hauptsächlich das Untersuchungsgeheimnis gewahrt werden. Dieses besteht häufig zum Schutz eines wesentlichen rechtlichen Interesses, beispielsweise bei Kollusionsgefahr beim Abhören von Telefongesprächen oder bei anderen Überwachungen. Es kann im Strafverfahren aus Gründen des öffentlichen Interesses sowie der inneren oder äusseren Sicherheit des anderen Staates, der Schweiz oder beider Länder angezeigt sein. Nach Artikel 80d^{bis} Absatz 1 Buchstabe b können Informationen auch zur Abwehr einer schweren und unmittelbaren Gefahr vorzeitig übermittelt werden.

Die Straftaten, auf die Artikel 80d^{bis} VE-IRSG anwendbar ist, wiegen schwer, da sie nach Artikel 80d^{bis} Absatz 1 VE-IRSG Anlass zur Auslieferung geben können. Genauer gesagt sind sie mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Sanktion bedroht.²⁴⁴

Gestützt auf Artikel 80d^{bis} VE-IRSG kann unmittelbar und rasch auf die angeforderten Informationen zugegriffen werden, ohne dass die betroffene Person vorgängig ihre Rechte geltend machen kann. Vor allem zur Prävention, aber auch zur Ahndung schwerer Verbrechen muss die Zusammenarbeit intensiviert werden. In Bezug auf die Verhütung terroristischer Handlungen ist die vorzeitige Übermittlung nach Artikel 80d^{bis} VE-IRSG häufig unabdingbar. Artikel 80d^{bis} Absatz 1 Buchstabe a VE-IRSG ist an Artikel 80b Absatz 2 Buchstabe a IRSG angelehnt; Artikel 80d^{bis} Absatz 1 Buchstabe b bezweckt namentlich die Verhütung einer oder mehrerer terroristischer Handlungen.

Artikel 80d^{bis} Absatz 2:

²⁴⁴ Art. 35 Abs. 1 Bst. a IRSG

Zur Förderung einer möglichst wirksamen Zusammenarbeit ist es wichtig, dass die Informationen sowohl unaufgefordert als auch auf Ersuchen übermittelt werden dürfen. Die Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten unterscheiden sich, oft kennt ein Staat die Rechtsordnung des anderen nicht (so sind auch die Besonderheiten des Schweizer Rechtssystems den zuständigen ausländischen Behörden häufig unbekannt). Für eine wirksame Zusammenarbeit ist dem Rechnung zu tragen, indem auch die unaufgeforderte Übermittlung von Informationen erlaubt wird.

Artikel 80d^{bis} Absatz 3 und 4:

Artikel 80d^{bis} Absatz 4 VE-IRSG bestimmt, unter welchen Bedingungen die vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln zulässig ist. Die Buchstaben a und b beziehen sich auf die Garantien der anderen Staaten. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts dürfen in der Schweiz erhobene Informationen von den ausländischen Behörden ausschliesslich zu Informationszwecken und nicht als Beweise verwendet werden, solange die Schlussverfügung der Schweiz im Rechtshilfeverfahren nicht in Rechtskraft erwachsen ist.²⁴⁵ Mit anderen Worten dürfen die Informationen erst als Beweismittel verwendet werden, wenn die Schlussverfügung rechtskräftig ist. Die Verwendung zu Ermittlungszwecken ist hingegen erlaubt.

Es soll eine missbräuchliche Verwendung der übermittelten Informationen verhindert werden und die von der Übermittlung betroffene Person soll die Möglichkeit erhalten, ihre Rechte im Rechtshilfeverfahren vor dem Erlass der Schlussverfügung geltend zu machen. Aus diesem Grund ist die vorzeitige Übermittlung der betroffenen Person gemäss Artikel 80d^{bis} Absatz 4 Buchstabe b VE-IRSG sobald wie möglich zur Kenntnis zu bringen. Zur Vermeidung von Missverständnissen wird in Artikel 80d^{bis} Absatz 4 Buchstabe b VE-IRSG auf den Grundsatz nach Artikel 80m IRSG verwiesen, nach welchem Verfügungen in einem Rechtsmittelverfahren ausschliesslich den in der Schweiz wohnhaften Berechtigten oder den Berechtigten mit Zustellungsdomizil in der Schweiz zugestellt werden. Als weitere Vorkehrung wird in der Bestimmung statuiert, dass sich die ersuchende Behörde, der die Informationen und Beweismittel übermittelt werden, vorgängig verpflichtet, diese ausschliesslich zu Informationszwecken zu verwenden.

Dadurch kann einerseits sichergestellt werden, dass mit der Bestimmung nicht die Rechtshilfe umgangen wird. Andererseits bietet dies Gewähr, dass die betroffene Person, die sich der vorzeitigen Übermittlung nach Artikel 80d^{bis} Absatz 3 nicht widersetzen konnte, ihre Rechte vor der Schlussverfügung zu Gewährung und Umfang der Rechtshilfe geltend machen kann. Hier ist darauf hinzuweisen, dass sich die ausländische Behörde nach Artikel 80d^{bis} Absatz 4 Buchstabe b VE-IRSG vorgängig verpflichten muss, die zuständige eidgenössische oder kantonale Behörde zu informieren, sobald die vorzeitige Übermittlung der berechtigten Person zur Kenntnis gebracht werden kann, denn die Beziehungen zwischen den Staaten gründen auf dem Vertrauensprinzip.²⁴⁶ Der Anspruch auf rechtliches Gehör der betroffenen Person wird lediglich dadurch eingeschränkt, dass es erst gewährt wird, sobald die ausländische Behörde die schweizerische Behörde, die die Informationen vorzeitig übermittelt hat, gemäss Artikel 80d^{bis} Absatz 4 Buchstabe b darüber informiert, dass es das ausländische Verfahren erlaubt, der betroffenen Person die vorzeitige Übermittlung zur Kenntnis zu bringen. Die betroffene Person kann die vorzeitige Über-

²⁴⁵ Entscheide BStGer RR.2008.277 und RR.2015.10.

²⁴⁶ Siehe namentlich BGE 142 II 218 E. 3.1 oder 130 II 217 E. 7.1.

mittlung auf jeden Fall spätestens mit Beschwerde gegen die Schlussverfügung anfechten.

Nach Artikel 80d^{bis} Absatz 4 Buchstabe c VE-IRSG sind die durch vorzeitige Übermittlung erlangten Informationen oder Beweismittel aus den Akten des ausländischen Verfahrens zu entfernen, wenn die Rechtshilfe verweigert wird.

Artikel 80d^{bis} Absatz 5:

Artikel 80d^{bis} Absatz 5 VE-IRSG ermöglicht es dem Bundesamt für Justiz (BJ), seine Kontrollfunktion als Aufsichtsbehörde wahrzunehmen. Es liegt zwar in der Kompetenz der zuständigen Staatsanwaltschaft, Informationen und Beweismittel zu übermitteln, bevor die Schlussverfügung erlassen wird. Das BJ oder die berechtigte Person kann ausschliesslich gegen Schlussverfügungen Beschwerde erheben, damit die vorzeitig übermittelten Informationen und Beweismittel aus den Akten des ausländischen Verfahrens entfernt werden (siehe Erläuterungen zu Art. 80d^{bis} Abs. 4 VE-IRSG oben). Die Bestimmung entspricht darüber hinaus dem Beschleunigungsgebot, dem die zuständigen Schweizer Behörden unterstehen, und ist – wie im Fall der Artikel 20a, 78 und 79 IRSG, in denen das Beschwerderecht ebenfalls ausgeschlossen wird – das Ergebnis einer optimalen Abwägung der vorliegenden Interessen. Da die Schlussverfügung angefochten werden kann, entsteht daraus kein Nachteil für die betreffende Person.

4.4.3 Artikel 80d^{ter} VE-IRSG: Gemeinsame Ermittlungsgruppen

4.4.3.1 Ausgangslage

Der Zweck des neuen Artikels 80d^{ter} VE-IRSG besteht in einem raschen gemeinsamen Handeln und einer entsprechend wirksameren Zusammenarbeit. Im Bereich der Terrorismusprävention und -bekämpfung gilt es, die grenzüberschreitende Dimension der oft mit dem organisierten Verbrechen zusammenhängenden Straftaten aufzuklären. Dies geschieht unter Beteiligung anderer Staaten, in denen Verbindungen zur betreffenden Straftat bestehen oder mit denen die Koordination aus anderen Gründen nützlich ist.

So kann die zuständige Schweizer Staatsanwaltschaft namentlich in begründeten Fällen wie beispielsweise der Verhütung eines geplanten Terroranschlags, bei Kollusionsgefahr oder Menschenhandel bestimmte Informationen vorzeitig übermitteln. Als Beispiele für die Zusammenarbeit, an denen sich auch Artikel 80d^{ter} VE-IRSG orientiert, können namentlich Artikel 20 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen²⁴⁷ und die Vereinbarung infolge der Terroranschläge vom 11. September 2001 in den Vereinigten Staaten²⁴⁸ angeführt werden.

²⁴⁷ Auf das Zusatzprotokoll wird in den Ausführungen zu Art. 22 des Übereinkommens verwiesen.

²⁴⁸ Vereinbarung vom 12. Juli 2006 zwischen dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement und dem Justizdepartement der Vereinigten Staaten von Amerika, handelnd für die zuständigen Strafverfolgungsbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Vereinigten Staaten von Amerika über den Einsatz von gemeinsamen Ermittlungsgruppen zur Bekämpfung des Terrorismus und dessen Finanzierung; SR **0.360.336.1**.

4.4.3.2 Erläuterungen zur neuen Bestimmung

Artikel 80d^{ter} Absätze 1–4:

Wie der neue Artikel 80d^{bis} VE-IRSG bietet der neue Artikel 80d^{ter} VE-IRSG ein Instrument für die «dynamische» Rechtshilfe. Dieses kann aufgrund der Komplexität, der Schwierigkeit und des grenzübergreifenden Charakters eines Falls erforderlich sein sowie aufgrund der Tatsache, dass mehrere Staaten gemeinsam agieren müssen (meist zwei, manchmal auch mehr). Es unterliegt ebenfalls strengen Anwendungsbedingungen. Eine gemeinsame Ermittlungsgruppe (im Folgenden GEG) geht nach Artikel 80d^{ter} Absatz 1 Buchstabe a VE-IRSG immer auf ein oder mehrere Ersuchen im Bereich der internationalen Strafrechtshilfe sowie nach Artikel 80d^{ter} Absatz 2 auf eine oder mehrere Strafuntersuchungen zurück. Ein wesentliches Merkmal der GEG ist, dass sie nach Artikel 80d^{ter} Absatz 1 Buchstabe b VE-IRSG für eine befristete Dauer errichtet wird, die bei Bedarf verlängert werden kann.

Artikel 80d^{ter} VE-IRSG unterscheidet sich von Artikel 65a IRSG zur Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind, namentlich darin, dass in Anwendung von Artikel 65a IRSG die beschuldigte oder angeklagte Person sowie deren Rechtsvertretung beteiligt sein können, während diese nach Artikel 80d^{ter} VE-IRSG weder anwesend noch vertreten sind. Bei Anwendung von Artikel 80d^{ter} wirken sie im Verfahren erst später mit. Das Ziel der involvierten Stellen ist, die Strafermittlungen gemeinsam voranzutreiben.

Artikel 80d^{ter} Absätze 3–8:

Artikel 80d^{ter} VE-IRSG legt den genauen Rahmen für die Errichtung und Arbeit der GEG fest. Meist wird die GEG im Staat errichtet, in dem der Hauptteil der Ermittlungen durchgeführt wird. Sie wird mit einer Vereinbarung errichtet. Einige der in Artikel 80d^{ter} Absatz 5 VE-IRSG festgeschriebenen Punkte des Abkommens erscheinen selbstverständlich. Mit anderen sollen Missverständnisse vermieden werden. So etwa mit Artikel 80d^{ter} Absatz 5 Buchstabe f VE-IRSG, gemäss dem die anderen Dienste zu nennen sind, die an der GEG beteiligt sein können (z. B. Eidgenössische Steuerverwaltung oder Verbindungsstaatsanwältin/-staatsanwalt bei Eurojust), indem sie diese mit Fachkenntnissen oder beratend unterstützen, die grundsätzlich aber weder über dieselben Rechte verfügen wie die Mitglieder oder die entsandten Mitglieder der GEG noch die Informationen der GEG verwenden dürfen.

Die Vereinbarung muss mindestens die unter Artikel 80d^{ter} Absatz 5 Buchstaben a–j aufgeführten Punkte enthalten. Die betreffende Rechtshilfebehörde des Bundes oder des Kantons kann die Liste noch ergänzen und zum Beispiel eine Regelung zu den Voraussetzungen für die Benutzung ihrer Fahrzeuge oder zum Waffenträger einfügen. In Artikel 80d^{ter} Absatz 8 VE-IRSG wird entsprechend klargestellt, welches Recht anwendbar ist. Die Klausel zur zivilrechtlichen Haftung und strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verantwortlichen sowie der Mitglieder und der entsandten Mitglieder der GEG orientiert sich namentlich an den Artikeln 21 und 22 des Zweiten Zusatzprotokolls zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, am Handbuch zu gemeinsamen Ermittlungsgruppen vom 4. November 2011 des Europarates, am Leitfaden «Gemeinsame Ermittlungsgruppen» vom 14. Februar 2017 des Rates der Europäischen Union sowie an Artikel 4 Absatz 3 des Zusatzprotokolls vom 28. Januar 2002 zum Abkommen vom 11. Mai 1998²⁴⁹ zwi-

²⁴⁹ SR **0.360.349.11**

schen dem Schweizerischen Bundesrat und der Französischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei- und Zollsachen.

4.5 Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung: geänderte Kompetenzen der Meldestelle für Geldwäscherei

4.5.1 Stärkere Kompetenzen der MROS

Bei der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung spielen die zentralen Meldestellen für Verdachtsmeldungen (Financial Intelligence Units, FIU) eine wichtige und zentrale Rolle. Der Schweizer Gesetzgeber passt die Kompetenzen der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) regelmässig an, um den verschiedenen Herausforderungen, mit denen diese konfrontiert ist, zu begegnen und den Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) sowie anderen internationalen Normen zu entsprechen. So erhielt die MROS mit der Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 21. Juni 2013²⁵⁰ im Rahmen ihres Mandats zur Analyse von Verdachtsmeldungen wie in Empfehlung 29 der GAFI gefordert die Kompetenz, auch mit Finanzintermediären in Verbindung zu treten, die nicht eine Verdachtsmeldung erstattet haben. Aufgrund der aktuellen Herausforderungen insbesondere bei der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung sind die Kompetenzen der MROS zu überprüfen und zu erweitern.

Mit Artikel 11a GwG, der seit dem 1. November 2013 in Kraft ist, wurden die Analysekapazitäten der MROS verstärkt. Vor Einführung dieser Bestimmung und insbesondere von Absatz 2 war es der MROS nämlich nicht möglich, Finanzintermediäre zu kontaktieren, die keinen Verdacht gemeldet haben, und zwar auch dann nicht, wenn deren Name in der Verdachtsmeldung eines anderen Finanzintermediärs erschien. Die MROS beschränkte sich in ihren Analysen darauf, die Staatsanwälte über das Bestehen der ermittelten Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen zu informieren. Weil die MROS mit Drittintermediären nicht Kontakt aufnehmen durfte, um gewisse Sachverhalte abzuklären, wurde eine hohe Zahl von Meldungen an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt.

Gemäss den Statistiken der MROS nimmt die Zahl ihrer Anfragen an Finanzintermediäre, die keine Meldung nach Artikel 11a Absatz 2 GwG erstattet haben, stetig zu. Die Zahl der an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleiteten Meldungen hat seit Inkrafttreten dieses Artikels abgenommen. Der Nutzen dieser Bestimmung ist also offensichtlich. Sie trägt zur Abklärung verschiedener Sachverhalte bei und verhindert so, dass die Strafverfolgungsbehörden mit schwach begründeten Verdachtsmeldungen belastet werden.

Nach dem geltenden Artikel 11a GwG fordert die MROS nur dann zusätzliche Informationen ein, wenn sie eine Verdachtsmeldung erhalten hat, deren Analyse vertiefte Abklärungen erfordert. In seiner Botschaft von 2012 hält der Bundesrat fest: «Der Kreis der Drittintermediäre, den die Meldestelle gemäss Absatz 2 anfragen kann, steht also immer im Zusammenhang mit der von einem Finanzintermediär eingereichten Verdachtsmeldung und den Erkenntnissen aus der darauf basierenden Analyse.»

²⁵⁰ AS 2013 3493; BBI 2012 6941

Artikel 11a Absatz 2 GwG erlaubt es nicht, wirksam auf die aktuellen Herausforderungen insbesondere im Bereich der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung zu reagieren. Das Bestehen einer Verdachtsmeldung als Voraussetzung dafür, dass bei einem Finanzintermediär Informationen eingeholt werden dürfen, hindert die MROS daran, alle vorhandenen Informationen zu verwerten, beispielsweise bei einer Anfrage oder einer unaufgefordert übermittelten Information einer ausländischen Partnerstelle. In einem solchen Fall prüft die MROS die Informationen in ihrer Datenbank, vertieft bei Vorliegen einer Meldung ihre Analyse, fordert bei den Finanzintermediären Informationen ein und informiert gegebenenfalls die zuständige Strafverfolgungsbehörde. Das Problem stellt sich bei einer Anfrage oder einer unaufgefordert übermittelten Information aus dem Ausland, ohne dass die MROS eine inländische Verdachtsmeldung im Zusammenhang mit dieser Anfrage oder unaufgefordert übermittelten Information erhalten hat. In einer solchen Situation verfügt die MROS über eine wichtige Information, die für den Schweizer Finanzplatz und seine Reputation heikel oder gar gefährlich sein kann, die sie aber ohne vorgängige Zustimmung der ausländischen Partnerstelle nicht an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleiten kann.²⁵¹ Dies hat zur Folge, dass ohne eine solche Zustimmung die Information bei der MROS blockiert ist. Würde die MROS die Information ohne vorgängige Zustimmung an eine Strafverfolgungsbehörde in der Schweiz weiterleiten, würde sie sowohl die GAFI-Standards betreffend die Amtshilfe zwischen FIUs²⁵² als auch ihre Verpflichtungen innerhalb der Egmont-Gruppe verletzen. Wenn es sich um Auskünfte handelt, die zwischen FIUs ausgetauscht werden, ist die ausländische Zustimmung zur Weiterleitung der Information an eine Staatsanwaltschaft nicht immer gegeben. Zudem wäre es für den Staatsanwalt schwierig, einzig gestützt auf eine Kontonummer und eine von der MROS nicht bestätigte Information ein Verfahren zu eröffnen. Die systematische Weiterleitung der Information an eine Staatsanwaltschaft könnte zudem eine widersprüchliche Situation schaffen: Die MROS würde als Filter dienen für sämtliche Meldungen oder Informationen von Schweizer Finanzintermediären, die ausländischen Informationen würde sie aber ohne weitere Überprüfung an die Strafverfolgungsbehörden weiterleiten. Es ist festzuhalten, dass die bei der MROS eingegangenen Informationen zumeist auch von ausländischen Finanzintermediären stammen, die die Verdachtsmeldungen an die Partnerstelle der MROS übermittelt haben. Somit liegt keine Ungleichbehandlung vor.

4.5.1.1 Bewertung der Kompetenzen der MROS durch die GAFI

Im Jahr 2016 wurde die Schweiz von ihren Partnerstellen innerhalb der GAFI bewertet. Im Hinblick auf die technische Konformität erachten die Bewerter die Empfehlung 29 der GAFI bezüglich der FIUs als vollumfänglich erfüllt. Der Bericht hebt jedoch hervor, dass die MROS nicht befugt ist, Anfragen aus dem Ausland umfas-

²⁵¹ Vgl. Botschaft vom 27. Juni 2012 zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, BBl 2012 6941.

²⁵² Vgl. Ziff. 3 der Interpretativnote zur Empfehlung 40 der GAFI, wonach «die Informationen nur zu den Zwecken verwendet werden dürfen, für die sie verlangt und zur Verfügung gestellt worden sind. Die Weitergabe der Informationen an andere Behörden oder an Dritte sowie die Verwendung der Informationen zu administrativen, gerichtlichen, Untersuchungs- oder Strafverfolgungszwecken, die über die ursprünglich festgelegten Zwecke hinausgehen, sind vorgängig von der ersuchten zuständigen Behörde zu genehmigen.»

send zu bearbeiten, indem sie ohne vorherige Verdachtsmeldung Finanzintermediäre kontaktiert. Dass sich die MROS aufgrund der ausländischen Informationen an die Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörden in der Schweiz wenden kann, damit diese entsprechende Massnahmen ergreifen, ist gemäss der GAFI nicht ausreichend. Nach Ansicht der Bewerter gewährleistet diese Vorgehensweise nicht, dass die MROS Zugang zu den von einer ausländischen Meldestelle verlangten Informationen hat. Die Bewerter stellen eine Ungleichbehandlung fest zwischen den auf nationaler Ebene über Verdachtsmeldungen eingehenden Informationen und den aufgrund der Amtshilfe von ausländischen FIUs erhaltenen Informationen. In Bezug auf die wichtige GAFI-Empfehlung 40, die sich mit der internationalen Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Behörden auf nicht gerichtlicher Ebene befasst, wird die Schweiz als teilweise konform (also ungenügend) bewertet; dies vor allem deshalb, weil der MROS bei der Zusammenarbeit Grenzen gesetzt sind.

Neben der fehlenden technischen Konformität mit der Empfehlung 40 der GAFI wurde festgestellt, dass auch die Effizienz der von der MROS gewährten internationalen Zusammenarbeit dadurch eingeschränkt wird, dass sie Finanzintermediäre ohne bestehende Verdachtsmeldung nicht kontaktieren darf. Angesichts der Rolle dieser Zusammenarbeit im Kontext der Schweiz, insbesondere aufgrund der Bedeutung des Schweizer Finanzplatzes, erachten die Bewerter dies als erheblichen Mangel. Sie haben festgehalten, dass die Schweiz in Bezug auf die internationale Zusammenarbeit nur eine mittelmässige Wirksamkeit erreicht hat. Diese Beurteilung ist ebenfalls nicht genügend.

Die Bewerter haben der Schweiz ausdrücklich empfohlen, die Einschränkungen, die sich auf den Informationsaustausch durch die MROS auswirken, aufzuheben. Sie haben die Behebung des Mangels bezüglich der Empfehlung 40 zur internationalen Zusammenarbeit der MROS zu einem der acht Handlungsschwerpunkte der Schweiz erklärt. Dies zeigt, wie viel Bedeutung sie der Zusammenarbeit der MROS beimesse. Deshalb sind die gesetzlichen Beschränkungen, die eine effiziente Zusammenarbeit der MROS mit ihren ausländischen Partnerstellen – insbesondere bei der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung, aber auch anderer Formen der Wirtschaftskriminalität wie Geldwäscherei – verhindern, rasch aufzuheben.

4.5.1.2 Grundsätze der Egmont-Gruppe

Der Bundesrat hat sich bereits zur Wechselwirkung zwischen der GAFI und der Egmont-Gruppe²⁵³ geäussert. Die Egmont-Gruppe soll auf operativer Ebene den Informationsaustausch zwischen den FIUs der verschiedenen Mitgliedsländer erleichtern. Die MROS ist seit 1998 Mitglied der Egmont-Gruppe. Die Meldestelle nutzt den von der Egmont-Gruppe bereitgestellten gesicherten Kanal für den Informationsaustausch aktiv. Allein im Jahr 2016 wurden mit ausländischen Meldestellen Informationen zu über 7000 (natürlichen und juristischen) Personen ausgetauscht. Dieser Austausch ist für die Analysen der MROS äusserst wichtig. Die meisten ihrer Verdachtsmeldungen weisen einen Auslandbezug auf, was sich mit der Bedeutung und dem internationalen Charakter des Schweizer Finanzplatzes erklären lässt.

Der Informationsaustausch in der Egmont-Gruppe stützt sich auf die Grundsätze der GAFI und konkretisiert diese. In Bezug auf die Kriterien der Empfehlung 40 ist in

²⁵³ Vgl. Botschaft vom 27. Juni 2012 zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, BBl 2012 6950.

den Grundsätzen der Egmont-Gruppe festgehalten, dass «FIUs in der Lage sein sollten, Anfragen im Namen von ausländischen FIUs durchzuführen und mit diesen ausländischen FIUs alle Informationen auszutauschen, die sie bei Anfragen im Inland erhalten würden.» Dieser Grundsatz besagt, dass die MROS alle ausländischen Informationen gleich behandeln soll wie Verdachtsmeldungen, die sie von Finanzintermediären auf nationaler Ebene erhalten hat. Gemäss Artikel 11a Absatz 2 GwG kann die MROS gestützt auf eine Verdachtsmeldung eines Schweizer Finanzintermediärs mit einem Finanzintermediär in Verbindung treten, nicht aber gestützt auf eine ausländische Information. Die beiden Informationsquellen (die nationale und die internationale) werden somit nicht gleich behandelt, wie dies die Grundsätze der Egmont-Gruppe verlangen. Die Praxis der MROS zeigt auch, dass sich die Nichtanwendung dieses Grundsatzes stark auf den internationalen Austausch auswirkt, denn rund 60 Prozent der ausländischen Anfragen werden von der Meldestelle ablehnend beantwortet.

4.5.1.3 Kurzer Rechtsvergleich

Die Vierte Richtlinie des Parlaments und des Rates der *Europäischen Union* vom 20. Mai 2015 (2015/849) zur Verhinderung der Geldwäsche sieht in Artikel 53 Absatz 2 vor, dass FIUs bei der Beantwortung einer ausländischen Anfrage sämtliche verfügbaren Befugnisse nutzen müssen, die sie zur Beantwortung einer inländischen Anfrage nutzen würden. Hier findet sich der Grundsatz der GAIFI und der Egmont-Gruppe wieder, wonach ausländische und inländische Anfragen gleich zu behandeln sind.

Verschiedene FIUs, die mit der MROS vergleichbar, das heisst administrativer Natur sind, dürfen sich ohne die Voraussetzung einer bestehenden Verdachtsmeldung an die Verpflichteten wenden.

So verleiht in Frankreich Artikel L. 561–25²⁵⁴ des Code monétaire et financier (Gesetz über das Währungs- und Finanzwesen) der FIU (Tracfin) die Kompetenz, von den Personen, die einer meldepflichtigen Berufsgruppe angehören, alle von ihr benötigten Unterlagen und Akten einzufordern und eine entsprechende Frist anzusetzen. Diese Kompetenz («droit de communication auprès des professionnels»)²⁵⁵ ist auch ausdrücklich in der oben genannten Bestimmung vorgesehen, damit die Anfragen ausländischer FIUs beantwortet werden können.

Die italienische Gesetzgebung legt die Kompetenzen ihrer FIU (UIF) allgemeiner fest. So kann die FIU nach Artikel 6 Absatz 6 Buchstabe c der Gesetzesverordnung 231/2007 von den Meldepflichtigen sämtliche Informationen und Daten einfordern, die sie zur Ausübung ihrer Funktion benötigt. Diese Bestimmung sieht keinerlei Voraussetzungen (wie eine vorgängig bestehende Verdachtsmeldung) vor. Somit kann die FIU diese sowohl für Anfragen, die sich auf ihre Analysen stützen, als auch für Anfragen von ausländischen Partnerstellen verwenden.

In Belgien legt das Gesetz vom 11. Januar 1993 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zweck der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung in

²⁵⁴ Geändert durch Artikel 5 der Verordnung Nr. 2016-1635 vom 1. Dezember 2016 zur Stärkung des französischen Systems zur Bekämpfung der Geldwäscherie und der Terrorismusfinanzierung.

²⁵⁵ Abrufbar unter <http://www.economie.gouv.fr/tracfin/pouvoirs-tracfin>.

Artikel 22 Absatz 2 fest, dass die belgische FIU (CTIF) Informationen entgegen nimmt und analysiert, die namentlich von ausländischen Organisationen übermittelt werden, die im Rahmen einer gegenseitigen Zusammenarbeit ähnliche Funktionen erfüllen wie sie. In diesem Zusammenhang kann CTIF nach Artikel 33 Absatz 1 des genannten Gesetzes von den Finanzintermediären ergänzende Informationen verlangen, wenn sie diese für die Erfüllung ihres Auftrags als nützlich erachtet. Die internationale Zusammenarbeit ist gemäss Artikel 22 Absatz 2 ein integrierender Bestandteil ihrer Funktionen. Die von einer ausländischen FIU übermittelten Informationen werden von Amts wegen als Verdachtsmeldung behandelt, wodurch CTIF alle zur Durchführung ihrer Analyse nötigen Befugnisse erhält.

Liechtenstein verleiht seiner FIU (Stabstelle FIU) ebenfalls eine allgemeine Kompetenz. Nach Artikel 5a Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes vom 14. März 2002 über die Stabstelle Financial Intelligence Unit (FIU) kann die Stabstelle FIU Auskünfte nach Artikel 19a Absatz 1 des Sorgfaltspflichtgesetzes vom 11. Dezember 2008 einholen. Dieser hält fest, dass die Informationen namentlich für Analysen verwendet werden, was ein Haupttätigkeitsbereich der Stabstelle FIU ist. Die nationale oder internationale Herkunft der für die Analyse verwendeten Informationen ist unerheblich. Das Bestehen einer Verdachtsmeldung ist keine Voraussetzung dafür, dass die Stabstelle FIU die für die Analyse benötigten Informationen einholen darf.

4.5.1.4 Ergänzung von Artikel 11a GWG durch einen neuen Absatz 2^{bis}

Die ablehnenden Antworten, die die MROS ihren ausländischen Partnerstellen geben muss, betreffen sowohl die Terrorismusfinanzierung als auch die Geldwäscherei und ihre Vortaten. Die Verwendung dieser Informationen ist wichtig, um zu vermeiden, dass der Schweizer Finanzplatz für die Anlage von Geldern verbrecherischer Herkunft genutzt wird. Im Fall der Terrorismusfinanzierung könnten diese Informationen die nationale und internationale Sicherheit betreffen. Vor diesem Hintergrund soll die MROS mit der vorliegenden Änderung die Kompetenz erhalten, Finanzintermediäre auch aufgrund einer Anfrage oder einer unaufgefordert übermittelten Information einer ausländischen Meldestelle zu kontaktieren. Diese Kompetenz ist erforderlich, damit die Schweizer MROS ihre Aufgabe optimal erfüllen und so wirksam zur internationalen Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung beitragen kann.

Die neue Bestimmung ist im 3. Abschnitt «Herausgabe von Informationen» des GwG aufzunehmen. Diese befasst sich ebenso wie Artikel 11a Absatz 2 mit einem Informationsersuchen, das die MROS an Finanzintermediäre richtet, die keine vorgängige Verdachtsmeldung im Zusammenhang mit der Anfrage der MROS vorgenommen haben. Die Kontaktaufnahme der MROS mit dem Finanzintermediär erfolgt jedoch auf einer anderen Grundlage. Hier geht es um eine ausländische Information, beispielsweise ein Amtshilfeersuchen einer Partnerstelle, und nicht um eine Verdachtsmeldung eines Schweizer Finanzintermediärs. Angesichts dieser unterschiedlichen Ausgangslage, aber auch wegen der Klarheit des Wortlauts von Artikel 11a GwG ist vielmehr die Einführung eines neuen Absatzes anstatt die Änderung von Absatz 2 anzustreben. Somit wird vorgeschlagen, Artikel 11a GwG um einen Absatz 2^{bis} zu ergänzen, der die Kompetenzen der MROS erweitert, indem dieser die Kontaktaufnahme mit Finanzintermediären aufgrund einer ausländischen Information erlaubt wird. Die MROS behandelt also Informationen von Schweizer

Finanzintermediären gleich wie solche einer ausländischen Meldestelle. Damit kann sie sich an die aktuellen Herausforderungen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung sowie an die internationalen Anforderungen in diesem Bereich anpassen.

Artikel 11a Absatz 3 GwG betreffend die von der MROS anzusetzende Frist für die Zustellung der Dokumente ist dahingehend zu ergänzen, dass der neue Absatz 2^{bis} darin genannt wird.

4.5.1.5 Erläuterungen zu Artikel 11a Absatz 2^{bis} GWG

Diese neue Bestimmung ergänzt die Kompetenzen der MROS im Bereich der internationalen Amtshilfe. Sie bezieht sich auf ausländische Informationsersuchen, die die MROS gemäss den Artikeln 30–32 GwG behandelt.

Der neue Artikel 11a Absatz 2^{bis} bezieht sich in erster Linie auf eine *Analyse* der MROS. Hier geht es nicht um die Analyse einer Verdachtsmeldung eines Finanzintermediärs. Dieser Fall ist bereits in Artikel 11a Absatz 1 geregelt, in dem es um zusätzliche Informationen für die Behandlung einer Verdachtsmeldung geht. Vielmehr geht es um Situationen, in denen die MROS ein ausländisches Ersuchen erhält, ohne dass ihr eine vorgängige Verdachtsmeldung eines Schweizer Finanzintermediärs vorliegt. In einem solchen Fall besteht die Analyse in erster Linie darin, die Namen zu überprüfen und diese im Informatiksystem nach Artikel 23 Absatz 3 GwG zu erfassen. Die MROS überprüft dann in allen verfügbaren Datenbanken, ob die natürlichen oder juristischen Personen, die von der Anfrage der ausländischen Meldestelle betroffen sind, den Schweizer Behörden bekannt sind. Am Schluss dieser Nachforschungen und Überprüfungen beurteilt die MROS in einem letzten Schritt ihrer Analyse die verfügbaren Informationen und erstellt den Antwortbericht an ihre ausländische Partnerstelle. Um diese Analyse geht es in Artikel 11a Absatz 2^{bis} GwG.

Sodann bezieht sich diese Bestimmung auf die *Informationen einer ausländischen Meldestelle*. Dabei kann es sich um ein Informationsersuchen oder eine unaufgefordert übermittelte Information handeln. Informationsersuchen von ausländischen FIUs können unterschiedliche Ausgangslagen haben. Diese Vielfalt ergibt sich aus den unterschiedlichen Meldesystemen²⁵⁶ und somit aus den Kompetenzen der FIUs. So können die Anfragen insbesondere auf die Verdachtsmeldungen der Finanzintermediäre im jeweiligen Land zurückgehen oder auf die Analysen der ausländischen FIU aufgrund der Informationen, die sie auf nationaler oder internationaler Ebene erhält. Die ausländischen Meldestellen können um Informationen krimineller oder transaktioneller Art ersuchen. Unaufgefordert übermittelte Informationen unterscheiden sich insofern von den vorgenannten, als die ausländische FIU keine Antwort verlangt. Sie beschränkt sich darauf, der MROS eine Information (gleicher Herkunft wie die oben genannten Informationsersuchen) im Zusammenhang mit der Schweiz bereitzustellen. Die MROS analysiert die beiden Arten von Informationen auf die gleiche Weise. Nach dem neuen Artikel 11a Absatz 2^{bis} beschränken sich die Nachforschungen der MROS zur Analyse und Beantwortung der ausländischen

²⁵⁶ Das Schweizer Meldesystem, das sich auf eine Verdachtsanalyse stützt, unterscheidet sich von den meisten ausländischen Meldesystemen, die hauptsächlich auf verdächtigen Transaktionen (STR, «suspicious transaction report»), auf blassen Transaktionsgrenzbeträgen (CTR, «currency transaction report») oder auf ungewöhnlichen Transaktionen (UTR, «unusual transaction reports») basieren.

Anfragen im Zusammenhang mit diesen Informationen nicht mehr auf die Datenbanken oder auf die Amtshilfe anderer Schweizer Behörden. Die MROS kann neu auch bei den Finanzintermediären Informationen einholen.

Die MROS richtet ihr Informationsersuchen direkt an den Finanzintermediär. Die erhaltenen Informationen werden ausschliesslich im Rahmen der Analysen bezüglich der Geldwäsche und ihrer Vortaten sowie der Terrorismusfinanzierung verwendet. Das Auskunftsersuchen gilt nicht als Verfügung zur Herausgabe von Dokumenten gemäss den Bestimmungen der Strafprozessordnung²⁵⁷. Die MROS ist keine Strafbehörde im Sinne dieses Gesetzes. Zudem darf die Anfrage nicht automatisch eine Verdachtsmeldung bei der MROS auslösen. Wie vom Bundesrat festgehalten²⁵⁸, müssen Finanzintermediäre solche Anfragen beantworten. Sie können den Umstand, dass es sich um eine Anfrage einer Behörde handelt, die sich auf einen Verdacht der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung stützt, nicht ignorieren. Der Finanzintermediär muss also weitere Abklärungen treffen und bei einem Verdacht den Fall der MROS melden.

Der Informationsaustausch ist in Artikel 30 ff. GwG geregelt. Bei der Beantwortung von ausländischen Anfragen überprüft die MROS zunächst die Voraussetzungen von Artikel 30 GwG. Hier geht es insbesondere um die Anwendung des Grundsatzes der Spezialität, der Gegenseitigkeit und der Wahrung des Amtsgeheimnisses. Dann müssen die Anfragen der ausländischen Meldestellen den Anforderungen von Artikel 31 GwG entsprechen. Die MROS ist also nicht bereit, auf Anfragen einzutreten, die offensichtlich keinen Zusammenhang mit der Schweiz aufweisen (*Fishing Expeditions*). Sie antwortet auch nicht auf Ersuchen, mit denen die Rechtshilfe in Strafsachen umgangen werden soll. Und schliesslich erteilt sie keine Auskünfte in Fällen, in denen die nationalen Interessen oder die Sicherheit und die öffentliche Ordnung in der Schweiz gefährdet sein könnten. Die MROS übermittelt Informationen nur in Berichtsform (*intelligence*), sie übermittelt keine Beweismittel.

Der ersuchte Finanzintermediär stellt der MROS die ihm vorliegenden Informationen zur Verfügung. Der Bundesrat hat im Rahmen von Artikel 11a GwG Folgendes festgehalten²⁵⁹: «Als verfügbar gelten alle Informationen, welche in den Entitäten eines Unternehmens vorhanden sind oder beschafft werden können, soweit diese Entitäten der schweizerischen Jurisdiktion unterliegen.»

Nach Artikel 11a Absatz 3 beantworten die Finanzintermediäre Anfragen der MROS innerhalb der von dieser angesetzten Fristen. Die Meldestelle setzt diese Fristen neu auch für Anfragen nach Artikel 11a Absatz 2^{bis} GwG fest.

²⁵⁷ SR 312.0

²⁵⁸ Vgl. Botschaft vom 27. Juni 2012 zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, BBl 2012
6941.

²⁵⁹ Vgl. Botschaft vom 27. Juni 2012 zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, BBl 2012
6941.

4.5.2 Meldepflicht der Händlerinnen und Händler bei Verdacht auf Terrorismusfinanzierung

4.5.2.1 Ergänzung zu den Änderungen des GwG betreffend die Händlerinnen und Händler

Mit der Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 12. Dezember 2014²⁶⁰ (GwG) wurden Bestimmungen eingeführt für natürliche und juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei Bargeld in Höhe von über 100 000 Franken entgegennehmen («Händlerinnen und Händler» im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b GwG). In solchen Fällen müssen die Händlerinnen und Händler die Sorgfaltspflichten nach Artikel 8a GwG erfüllen; so müssen sie die Kundin oder den Kunden identifizieren, die wirtschaftlich berechtigte Person feststellen und unter gewissen Umständen die Hintergründe und den Zweck eines Geschäfts abklären. Diese Pflichten gelten auch dann, wenn die Barzahlung in mehreren Tranchen erfolgt. Sie entfallen jedoch, wenn die Zahlung über einen Finanzintermediär abgewickelt wird.

Wenn die Händlerinnen und Händler nach diesen Abklärungen den begründeten Verdacht haben, dass die verwendeten Barzahlungsmittel von einer kriminellen Organisation stammen oder das Ergebnis von Geldwäscherei sind, dass sie aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren oder dass sie der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen, sind sie nach Artikel 9 Absatz 1^{bis} GwG verpflichtet, dies der MROS unverzüglich zu melden. Wie die Bewerter der GAFI festgehalten haben, erstreckt sich diese Pflicht jedoch nicht auf Fälle, in denen die Händlerinnen und Händler einen Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung vermuten. In einem solchen Fall müssen sich die Händlerinnen und Händler gegenwärtig an die Polizei wenden. Die Informationen gehen somit nicht direkt an die MROS, die diese überprüfen und ergänzen könnte, insbesondere indem sie mit ihren ausländischen Partnerstellen Informationen austauscht. Der Verdacht auf Terrorismusfinanzierung begründet bereits eine Meldepflicht für Finanzintermediäre (Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 4 GwG). Daher besteht eine mangelnde Kohärenz zwischen Artikel 1 und Absatz 1^{bis} von Artikel 9 GwG. Die Unterscheidung zwischen Verdacht auf Geldwäscherei und Verdacht auf Terrorismusfinanzierung bei Händlerinnen und Händlern ist nicht gerechtfertigt und somit aufzuheben. Artikel 9 Absatz 1^{bis} GwG ist deshalb mit einem neuen Buchstaben d zu ergänzen, der sich auf die Terrorismusfinanzierung bezieht. Weitere Bestimmungen betreffend die Händlerinnen und Händler wie die Artikel 8a und 15 GwG sind entsprechend zu ergänzen.

4.5.2.2 Erläuterung der neuen Bestimmungen

Buchstabe d von Artikel 9 Absatz 1^{bis} GwG verpflichtet die Händlerinnen und Händler neu, der MROS unverzüglich Meldung zu erstatten, wenn sie einen begründeten Verdacht auf Terrorismusfinanzierung haben. Dieser neue Buchstabe übernimmt den Wortlaut von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 4 GwG betreffend die Meldepflicht für Finanzintermediäre bei Verdacht auf Terrorismusfinanzierung.

Die neue Meldepflicht für Händlerinnen und Händler gilt nur für Bartransaktionen von mehr als 100 000 Franken gemäss Artikel 8a GwG. Folglich ist diese Bestim-

²⁶⁰ AS 2015 1389; BBI 2014 687

mung ebenfalls anzupassen, indem Absatz 2 Buchstabe b durch die Terrorismusfinanzierung ergänzt wird.

Die Meldepflicht von Händlerinnen und Händlern muss sich auch auf deren Revisionsstellen niederschlagen. Stellen diese fest, dass eine Händlerin oder ein Händler die Meldepflicht nach dem neuen Artikel 9 Absatz 1^{bis} Buchstabe d nicht erfüllt hat, müssen sie unverzüglich die MROS informieren. Deshalb ist Artikel 15 Absatz 5 GwG durch einen neuen Buchstaben d zu ergänzen, der diese Fälle abdeckt.

4.6 Weitere geprüfte Fragen und gesetzliche Anpassungen

4.6.1 Strafrechtliche Konkurrenzen

Die im Rahmen dieser Vorlage neu vorgeschlagenen oder zu revidierenden Strafbestimmungen und deren Anwendungsbereiche sind, je nach konkreter Fallkonstellation, zum Teil überlappend und voneinander nicht immer leichthin abzugrenzen. Entsprechend wird es unter anderem Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sein, die entsprechende Einordnung von strafbaren Verhaltensweisen unter die anwendbaren Strafbestimmungen vorzunehmen.

Bei der Beurteilung der Anwendbarkeit der Strafbestimmungen und deren Verhältnis zueinander ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Inanspruchnahme des Organisationsverbotes nach Artikel 74 VE-NDG unter anderem voraussetzt, dass eine konkrete innere oder äussere Bedrohung der Schweiz vorliegt. Wird eine solche Bedrohung festgestellt und erlässt der Bundesrat, nach Konsultation der parlamentarischen Kommissionen, ein entsprechendes Verbot, liegt ein starkes Indiz dafür vor, dass Artikel 74 VE-NDG auf einen die verbotene Organisation oder Gruppierung betreffenden Sachverhalt Anwendung findet, sofern nicht strengere Strafbestimmungen vorliegen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Anwendung von Artikel 74 VE-NDG grundsätzlich nicht beschränkt ist auf Organisationen, welche punkto Strukturierung und Organisationsgrad die Anforderungen des Straftatbestandes von Artikel 260^{ter} VE-StGB erfüllen. Angesichts des Gefährdungspotenzials von Organisationen oder Gruppierungen gemäss Artikel 74 NDG und ange- sichts der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch davon auszugehen, dass eine gemäss NDG verbotene Organisation häufig auch die gesetzlichen Anforderungen nach Art. 260^{ter} VE-StGB erfüllen wird. Diesfalls geht Artikel 260^{ter} VE-StGB als strengere Strafbestimmung vor.

Der neue Straftatbestand gegen Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat²⁶¹ bestraft die aktive und passive Seite der Ausbildung, die (aktive) Anwerbung sowie das Reisen zwecks Terrorismus und entsprechende Unterstützungshandlungen. Trotz seiner spezifischen Ausgestaltung und Formulierung geht dieser Tatbestand den generelleren Bestimmungen der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen Organisation nicht in jedem Fall vor, dies insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die vorgeschlagene revidierte Bestimmung gegen terroristische Organisationen mit einer höheren Strafandrohung versehen ist. Zu berücksichtigen ist hingegen, dass die Anwendung des neuen Artikel 260^{sexies} VE-StGB den Bezug zu einer entsprechenden Organisation nicht erforderlich macht, sondern auch alleine handelnde Täter erfasst. Stellt die Anwerbung,

²⁶¹ Art. 260^{sexies} VE-StGB

Ausbildung oder das Reisen bilden einen Teilbereich der Unterstützung oder Beteiligung an einer Organisation dar und wird damit nicht der gesamte Unrechtsgehalt der Tat durch die Anwendung nur einer Bestimmung abgedeckt, sind beide Strafbestimmungen (d.h. Art. 260^{sexies} und Art. 260^{ter} VE-StGB bzw. Art. 74 VE-NDG) in echter Konkurrenz anwendbar.

4.6.2

Artikel 260^{quinquies} StGB: Finanzierung des Terrorismus

Das Übereinkommen und das Zusatzprotokoll wirken sich nicht direkt auf Artikel 260^{quinquies} StGB aus, der die Finanzierung des Terrorismus unter Strafe stellt. Die vorliegende Vorlage bietet jedoch die Gelegenheit, ihn kurz zu überprüfen. Zunächst ist zu erwähnen, dass die Überprüfung von Artikel 260^{quinquies} StGB durch die GAFI keine Lücken aufgezeigt hat. Auch wenn bisher noch kein Strafurteil gestützt auf diese Bestimmung ausgesprochen worden ist, spielt sie ebenfalls eine wichtige Rolle für die Rechtshilfe in Strafsachen – bei der für die Anwendung von Zwangsmassnahmen die beidseitige Strafbarkeit erforderlich ist²⁶² – und ist unter den Straftaten nach Artikel 9 des Geldwäschereigesetzes zur Meldepflicht der Finanzintermediäre aufgeführt. Schliesslich ist es nicht notwendig, Artikel 260^{quinquies} StGB aufgrund der Kritik, die daran geäussert wird, zu ändern. Nach herrschender Lehre schliessen die Absätze 1 und 2 von Artikel 260^{quinquies} StGB zwar nur den Eventualvorsatz aus und nicht auch den direkten Vorsatz zweiten Grades, einige Autoren werfen jedoch die Frage auf, ob dieser Ausschluss namentlich angesichts anderer Straftaten, die die Herbeiführung einer gefährlichen Situation unter Strafe stellen, gerechtfertigt ist.²⁶³ Die vom Bundesrat 2002 angeführten Argumente sind in diesem Punkt allerdings weiterhin gültig: Durch den Straftatbestand der Finanzierung des Terrorismus wird der Geltungsbereich des Strafgesetzbuchs auf ein Verhalten im Vorfeld der eigentlichen Straftat ausgedehnt. Entsprechend müssen strengere Anforderungen an die subjektive Seite der Straftat gestellt werden.²⁶⁴ Die Absätze 3 und 4 hingegen sind inhaltlich nicht wirklich umstritten. Einige Autoren sind höchstens der Meinung, dass sie überflüssig sind, da sie bereits durch die allgemeinen Bestimmungen zu den Rechtfertigungsgründen abgedeckt sind.²⁶⁵ Im Übrigen hat das Bundesgericht den politischen Charakter einer Tat bei schweren Gewaltverbrechen verneint und präzisiert, dass Absatz 3 nur in Ausnahmefällen anwendbar ist.²⁶⁶ Gleichzeitig hat es auch bestätigt, dass Absatz 3 nicht mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, namentlich jenen aufgrund des internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus, kollidiert. Wie oben erwähnt hat die GAFI Artikel 260^{quinquies} StGB diesbezüglich – zurecht – nicht bemängelt.

²⁶² Art. 64 IRSG

²⁶³ Zur Problematik insgesamt siehe insbesondere Fiolka, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basel 2013, N 21 zu Art. 260^{quinquies} StGB mit weiteren Hinweisen; Jositsch, Terrorismus oder Freiheitskampf?, ZStrR 2005, S. 462.

²⁶⁴ Botschaft des Bundesrates vom 26. Juni 2002 betreffend die Internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus und zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge sowie die Änderung des Strafgesetzbuches und die Anpassung weiterer Bundesgesetze (BBl 2002 5390, hier 5442).

²⁶⁵ Siehe namentlich Perrin/Gafner, Le droit de la lutte anti-terroriste, in: Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé, Zürich 2014, S. 359.

²⁶⁶ BGE 131 II 235 E. 3.3

4.6.3

Prüfung der Einführung einer spezifischen Terrorismus-Strafnorm

Das geltende schweizerische Strafrecht kennt keine generelle, spezifische Strafnorm gegen Terrorakte. Trotzdem umfassen seine Strafbestimmungen auch alle terroristisch motivierten Handlungen und bedrohen diese ausnahmslos mit schweren Strafen. Abgesehen von den Bestimmungen für gemeine Delikte²⁶⁷, welche nicht nur terroristische Haupttaten abdecken und für diese bis zu lebenslänglich Freiheitsstrafe vorsehen, sondern auch die Teilnahmen an solchen Taten beinhalten, werden auch Vorbereitungshandlungen²⁶⁸ zu Terrorakten sowie die Beteiligung und Unterstützung terroristischer Organisationen und die Finanzierung des Terrorismus durch das Gesetz unter Strafe gestellt und mit Strafe bedroht.

Entsprechend sind weder in den Bereichen der Strafverfolgung (mit Anwendung der erforderlichen Zwangsmassnahmen), der Rechtsprechung oder im Bereich der internationalen Rechtshilfe Situationen oder Konstellationen festzustellen, in welchen sich das geltende schweizerische Recht aufgrund des Fehlens einer Terrorismus-Strafnorm als lückenhaft für die strafrechtliche Bekämpfung des Terrors erwiesen hätte. Auch im internationalen Vergleich und angesichts der anwendbaren internationalen Standards hat sich das geltende Recht als angemessene und effiziente Grundlage für die Tätigkeit der zuständigen Behörden erwiesen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Einführung einer spezifischen Terrorismus-Strafnorm, unabhängig vom Bezug zu einer entsprechenden Organisation, nicht als notwendig.

Die Vorteile der Einführung einer generellen Terrorismus-Strafnorm, wie sie im Übrigen im Rahmen der Umsetzung und Ratifikation der beiden Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus und gegen den Bombenterrorismus²⁶⁹ vorgeschlagen und im Jahre 2002 durch das Parlament abgelehnt wurde, wären vornehmlich symbolischer Natur: Der Gesetzgeber könnte ein (zusätzliches) Zeichen setzen gegen diese Kriminalitätsform sowie gegen innen und aussen seine Entschlossenheit im Kampf gegen den Terrorismus erneut bekräftigen.

Wichtiger als dieser Aspekt erscheinen jedoch die praktischen Implikationen, welche die Einführung einer Terrorismus-Strafnorm ins Kernstrafrecht mit sich bringen könnte: Eine eigene Terrorismusstrafnorm stellt, und hier liegt ein wesentlicher Unterschied zu den hier vorgeschlagenen neuen und revidierten Tatbeständen im Vorfeld von terroristischen Handlungen, keine Verhaltensweisen neu unter Strafe, die ansonsten straflos blieben oder deren Strafbarkeit nicht offensichtlich wäre. Eine neue Strafnorm würde vielmehr einer bereits bestehenden Strafbarkeit, beispielsweise eines Anschlags auf Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen, weiteren Nachdruck verleihen, jedoch gleichzeitig auch entsprechende gesetzliche Doppel-spurigkeiten begründen.

Neben die Strafbarkeit wegen den erwähnten gemeinen Delikten gemäss Strafgesetzbuch und Nebenstrafrecht, die Strafbarkeit wegen der Beteiligung an einer entsprechenden Organisation oder die Strafbarkeit aufgrund des Verstosses gegen die Al-Qaïda und IS-Gesetzgebung, beziehungsweise Artikel 74 NDG, würde die Strafbarkeit aufgrund der neu geschaffenen separaten Terrorismus-Strafnorm treten.

²⁶⁷ So z.B. Delikte gegen Leib und Leben, Delikte gegen die Freiheit, gemeingefährliche Delikte, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, sowie Strafbestimmungen aus dem Nebenstrafrecht.

²⁶⁸ Art. 260^{bis} StGB

²⁶⁹ SR **0.353.22** und SR **0.353.21**

Die Anwendbarkeit einer Mehrzahl von Strafbestimmungen auf eine bestimmte Handlung oder auf eine beschränkte Anzahl von Verhaltensweisen stellt die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte vor die Aufgabe, die anwendbaren Bestimmungen mit Hilfe der strafrechtlichen Konkurrenzregeln zu bestimmen, gegeneinander abzuwägen und ein entsprechendes Urteil auszusprechen. Eine solche strafrechtliche Konkurrenz zwischen Strafbestimmungen führt jedoch im vorliegenden Fall kaum zu höheren Strafen und nicht zu einer einfacheren Rechtsanwendung. Die ausgefallene Strafe berücksichtigt, auch ohne allgemeine Terrorismusstrafnorm, die Schwere der Verletzung des Rechtsguts, die Verwerflichkeit des Handelns sowie die Beweggründe und Ziele des Täters entsprechend seinem Verschulden in einer angemessenen Weise.

Die Einführung einer allgemeinen Strafnorm gegen Terrorismus führt somit nicht zu einem erweiterten oder verdichten strafrechtlichen Schutz gegen solche Verbrechen. Auch im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit und der Rechtshilfe ist nicht von einer verbesserten Kooperation aufgrund der Einführung einer solchen Strafbestimmung auszugehen. Wichtiger ist die Einführung der in dieser Vorlage vorgeschlagenen Straftatbestände, welche bereits im Vorfeld eines konkreten terroristischen Delikts wirksam werden und den Strafverfolgungsbehörden spezifischere Instrumente in die Hand geben, um bereits in einem frühen Stadium tätig zu werden und entsprechende Strafverfahren erfolgreich führen zu können. Deshalb wird auf den Vorschlag der Einführung eines separaten Tatbestandes gegen Terrorismus verzichtet.

4.6.4 Prüfung der Einführung einer Strafnorm gegen die Rechtfertigung oder Verherrlichung von Terrorismus

In den beiden Europaratsübereinkommen findet sich keine Verpflichtung der Vertragsstaaten, die Rechtfertigung oder Verherrlichung von Terrorismus unter Strafe zu stellen. Es wurde auch davon abgesehen, einen entsprechenden Prüfungsauftrag an die Staaten zu erteilen. Es bleibt den Ländern stattdessen unbenommen, in ihrem nationalen Recht entsprechende Strafnormen aufzustellen. In diesem Sinne kennen zum Beispiel Frankreich oder Italien entsprechende Strafbestimmungen, welche die Verherrlichung des Terrorismus unter Strafe stellen.

In Frankreich wird die Verherrlichung des Terrorismus seit der Revision des Strafgesetzbuchs vom 14. November 2014 hart bestraft. Nach Artikel 421-2-5 des Strafgesetzbuchs wird der direkte Aufruf zu terroristischen Handlungen oder die öffentliche Verherrlichung solcher Taten mit fünf Jahren Gefängnis und einer Geldstrafe von 75 000 Euro sanktioniert. Die Strafe wird auf sieben Jahre Gefängnis und 100 000 Euro Geldstrafe erhöht, wenn die Taten unter Benutzung eines Dienstes für die öffentliche Online-Kommunikation verübt worden sind. In Italien wird die Verherrlichung des Terrorismus gleich behandelt wie die Anstiftung. Sie wird folglich durch Artikel 414 des Strafgesetzbuchs unter Strafe gestellt, der Anstiftungshandlungen mit einer Freiheitsstrafe bis zu siebeneinhalb Jahren sanktioniert.

Deutschland kennt, und dies ist in erster Linie zu verstehen als Bestimmung von identitätsprägender Bedeutung und als Teil des erfolgreichen Gegenentwurfs zum Unrechtsregime der nationalsozialistischen Herrschaft, eine Strafbestimmung, welche die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung des NS-Regimes unter

Strafe stellt²⁷⁰. In Belgien herrscht allgemein die Tendenz, die Meinungsäusserungsfreiheit so weit wie möglich zu wahren. Die Verherrlichung des Terrorismus ist demnach nicht strafbar. Die Anstiftung zu terroristischen Handlungen oder zu Reisen zu terroristischen Zwecken hingegen wird durch Artikel 140^{bis} des Strafgesetzbuchs bestraft.

Strafnormen gegen die Rechtfertigung oder Verherrlichung von Terrorismus gehen mit einer markanten Einschränkung des Rechts auf freie Meinungsäusserung einher. Häufig wurden die Bestimmungen unter dem Eindruck von einschneidenden, tragischen Ereignissen erlassen. Die Beschreibung der tatbestandsmässigen Handlung erfolgt fast zwangsläufig vage, es entstehen regelmässig schwer lösbare Abgrenzungsfragen zwischen legalem Handeln und strafbarer Billigung oder Verherrlichung. Soll die Verherrlichung nur dann strafrechtlich relevant sein, wenn sie direkt und nachweislich dazu beiträgt, dass ein Gewaltakt hervorgerufen oder begangen wird, oder reicht es bereits, wenn durch die Äusserung ein allgemein vorhandenes, übereinstimmendes Empfinden bezüglich des Unrechts einer Verhaltensweise und des Mitgefühls mit den Opfern dieser Tat durchbrochen respektive verletzt wird?

Von der Einführung einer vorgelagerten Strafbestimmung gegen die Gutheissung oder Verherrlichung von terroristischen Straftaten oder von schweren Straftaten allgemein ist aus folgenden Erwägungen abzusehen: Vom geltenden Recht werden bereits heute die Aufforderung zu Gewalt, die Anstiftung zu einer Straftat oder die Vorbereitungshandlungen zu spezifischen Delikten sowie die Unterstützung (im weiten Sinne²⁷¹) einer terroristischen (kriminellen) Organisation erfasst. Weiter bestrafen die Gesetzgebung gegen die Organisationen Al-Qaïda und IS²⁷² sowie das revidierte Nachrichtendienstgesetz²⁷³ jede Unterstützung und Organisation von Propagandaaktionen zu Gunsten der erfassten Gruppierungen und Organisationen. Es besteht weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht die Notwendigkeit, weitergehende strafrechtliche Normen gegen solche Äusserungen zu erlassen, welche nicht im Zusammenhang mit der künftigen Begehung eines konkreten Delikts stehen.

Äusserungen, die ein allgemein vorhandenes, übereinstimmendes Empfinden bezüglich des Unrechts einer Tat und des Mitgefühls mit den Opfern des Delikts durchbrechen und verletzen, sind ohne Zweifel verfehlt und inakzeptabel. Diesem Umstand und der damit einhergehenden Gefahr ist jedoch primär mit anderen Mitteln als dem Strafrecht zu begegnen. Präventive Arbeit mit durch Radikalisierung gefährdeten Jugendlichen und Erwachsenen sowie Aufklärungsarbeit und die Verbreitung von fundierten Gendarstellungen können ein effizientes Mittel darstellen, um die weitere Ausbreitung solcher schlussendlich gewaltverherrlichender Äusserungen einzuschränken und ihre Wirkung auf die Bevölkerung zu minimieren.

Der Verzicht auf die Einführung einer spezifischen Strafbestimmung gegen die Verherrlichung terroristischer Gewalt rechtfertigt sich auch unter einem präventiven Aspekt: Erste Erfahrungen des Auslands mit der verbreiteten Anwendung von Strafnormen gegen solche Äusserungen und Bekundungen, in der Regel verbunden mit der Verhängung von kurzen bis mittleren Freiheitsstrafen, deuten auf die zumindest latente Gefahr hin, wonach orientierungslose Personen, häufig in jugendlichem

²⁷⁰ §130 Abs. 4 des deutschen Strafgesetzbuches

²⁷¹ Vgl. Kap. 4.1.2.4.

²⁷² SR 122.0

²⁷³ Nach dessen Inkrafttreten und auf Verfügung des Bundesrates gemäss Art. 74 dieses Gesetzes; vgl. Kap. 4.3.

Alter, durch die Kriminalisierung solcher Äusserungen in ihrer Auffassung bestärkt werden und die Gefahr der Radikalisierung und des Fanatismus entsprechend erhöht wird. Dieser Gefahr ist mit Mitteln, die ausserhalb der Strafgesetzgebung und des Strafverfahrens liegen, zu begegnen²⁷⁴.

4.6.5 Weitere gesetzliche Anpassungen

Die vorgeschlagenen Änderungen des Strafgesetzbuches (Art. 260^{ter} und Art. 260^{sexies}) und von Artikel 74 NDG haben Ergänzungen von Deliktstatalogen sowie rein redaktionelle Anpassungen von anderen Bestimmungen zur Folge. So ist die Regelung im Strafgesetzbuch über den Quellschutz²⁷⁵ anzupassen: Eine Verweigerung des Zeugnisses soll nicht zulässig sein in einem Anwendungsfall des neuen Artikels 260^{sexies} StGB²⁷⁶. Daneben wird die Massnahme der obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a Abs. 1 StGB) vorgesehen für Widerhandlungen gegen Artikel 260^{sexies} StGB sowie gegen Artikel 74 NDG.

Bezüglich der Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen oder terroristischen Organisation werden im Strafgesetzbuch, Artikel 72, die notwendigen redaktionellen Anpassungen vorgenommen. Daneben sind die entsprechenden Deliktstataloge der Strafprozessordnung²⁷⁷ bezüglich Bundesgerichtsbarkeit (Art. 24 Abs. 1), Quellschutz der Medienschaffenden (Art. 172 Abs. 2) und geheimer Überwachungsmassnahmen (Art. 269 Abs. 2 und Art. 286 Abs. 2) an die Änderungen des Kernstrafrechts sowie des Nachrichtendienstgesetzes²⁷⁸ anzupassen.

Artikel 27a MStG²⁷⁹ entspricht Artikel 28a StGB zum Quellschutz. Wie im Fall letzterer Bestimmung muss der Katalog der Delikte, die eine Aufhebung des Quellschutzes rechtfertigen, um den neuen Artikel 260^{sexies} VE-StGB ergänzt werden. Die vorliegende Vorlage bietet auch die Gelegenheit, Artikel 260^{quinquies} StGB in den Katalog unter Artikel 27a Absatz 2 Buchstabe b MStG aufzunehmen. Denn bei der Umsetzung der internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus²⁸⁰ hat der Gesetzgeber Artikel 260^{quinquies} StGB in die Liste von Artikel 28a Absatz 2 Buchstabe b StGB eingefügt, jedoch vergessen, auch Artikel 27a Absatz 2 Buchstabe b MStG zu vervollständigen. Dieses Versehen muss nun

²⁷⁴ In diesem Zusammenhang von zentraler Bedeutung ist der in Ausarbeitung befindliche nationale Aktionsplan zur Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus. Dieser wird durch den Delegierten des Sicherheitsverbunds Schweiz bis in der zweiten Jahreshälfte 2017 gemeinsam mit Bund, Kantonen, Städten und Gemeinden erarbeitet. Auch die Vorstände der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) haben dem Mandat zugestimmt; der Sicherheitsausschuss des Bundesrates hat den Vorschlag ebenfalls befürwortet.

²⁷⁵ Art. 28a Abs. 2 Bst. b StGB

²⁷⁶ Es wird hingegen angesichts der bisherigen gesetzgeberischen Zurückhaltung bei der Statuierung von Ausnahmen vom Quellschutz (Art. 28a Abs. 2 Bst. B StGB) davon abgesehen, Verstösse gegen Art. 74 VE-NDG in den entsprechenden Deliktstatalog aufzunehmen.

²⁷⁷ SR 312.0

²⁷⁸ Auch wenn es sich bei Abs. 4^{bis} von Art. 74 VE-NDG um ein Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB) handelt.

²⁷⁹ SR 321.0

²⁸⁰ Botschaft des Bundesrates vom 26. Juni 2002 betreffend die Internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus und zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge sowie die Änderung des Strafgesetzbuches und die Anpassung weiterer Bundesgesetze (BBl 2002 5390).

beobhoben werden. Daneben werden in Artikel 52 MStG, welcher die Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation regelt, die notwendigen redaktionellen Anpassungen vorgenommen.

Schliesslich sind im Geldwäschereigesetz²⁸¹ neben der erwähnten materiellen Anpassung²⁸² die notwendigen redaktionellen Anpassungen vorzunehmen, welche sich aus den vorliegend vorgeschlagenen Änderungen von Artikel 260ter StGB ergeben²⁸³.

4.6.6 Geltungsdauer des Bundesgesetzes gegen Al-Qaïda, IS und verwandte Organisationen

Das am 1. Januar 2015 in Kraft getretene Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen Al-Qaïda, IS sowie verwandter Organisationen²⁸⁴ wurde als zeitlich befristetes Gesetz verabschiedet²⁸⁵ und gilt bis zum 31. Dezember 2018. Das neue Nachrichtendienstgesetz wird, wie unter Kapitel 4.3 dargestellt, aller Voraussicht nach bereits früher in Kraft treten. Entsprechend wird der Bundesrat auf der Grundlage von Artikel 74 NDG zum betreffenden Zeitpunkt in der Lage sein, entsprechende Organisationen oder Gruppierungen mittels Verfügung zu verbieten und damit für die entsprechende Beteiligung, Unterstützung, Anwerbung, Propaganda oder anderweitige Förderung Straffolgen auszulösen. Allerdings sieht Artikel 74 in der aktuellen Fassung, wie ausgeführt, keine Bundeszuständigkeit für die Strafverfolgung vor, und der entsprechende Strafrahmen liegt unter demjenigen des Al-Qaïda-Gesetzes. Dieser Umstand kann in denjenigen Strafverfahren, welche erst nach 2018 eröffnet werden und in welchen das Verfahren nicht gleichzeitig wegen der Unterstützung oder Beteiligung an einer kriminellen Organisation geführt wird, zu einer fehlenden Bundeszuständigkeit und zu einem niedrigeren Strafrahmen von drei Jahren Freiheitsstrafe (statt fünf Jahren) führen.

Obwohl angesichts der nach wie vor gewährleisteten Strafbarkeit keine strafrechtliche Lücke entsteht, würde eine solche Zäsur bezüglich Zuständigkeiten und Strafanordnung doch ein falsches Zeichen setzen, welches im aktuellen sicherheitspolitischen und gesellschaftlichen Kontext verhindert werden soll. Zudem erwiese sich ein Wechsel der Zuständigkeiten als ineffizient.

Entsprechend ist geplant, dass der Bundesrat in einem separaten Gesetzgebungsprojekt die Verlängerung der Geltungsdauer des Al-Qaïda-Gesetzes vorschlagen und dem Parlament fristgerecht unterbreiten wird. Diese Verlängerung der Geltungsdauer des Bundesgesetzes ist dabei abzustimmen auf die hier vorgeschlagene Gesetzgebung mit der darin enthaltenen Revision von Artikel 74 NDG²⁸⁶. Nach Inkrafttreten des revidierten Organisationsverbotes wird auch hinsichtlich der Strafanordnung und der Zuständigkeit zur Strafverfolgung kein Grund mehr dafür bestehen, dass die befristete Al-Qaïda-Gesetzgebung über diesen Termin hinaus Geltung behält. Entsprechend ist vorgesehen, dass das befristete Gesetz durch das vorliegend revidierte

²⁸¹ SR 955.0

²⁸² Siehe Kap. 4.5.

²⁸³ GWG: Art. 6 Abs. 2 Bst. b, Art. 8a Abs. 2 Bst. b, Art. 9 Abs. 1 und 1^{bis}, Art. 15 Abs. 5, Art. 16 Abs. 1, Art. 23 Abs. 4, Art. 27 Abs. 4, Art. 29a Abs. 1.

²⁸⁴ SR 122

²⁸⁵ Vgl. hierzu auch die vorstehenden Ausführungen unter Kap. 4.3.1.

²⁸⁶ Die vorliegende Gesetzesrevision wird zum Zeitpunkt des Ablaufs der Befristung des Al-Qaïda-Gesetzes aller Voraussicht nach noch nicht in Kraft sein.

Organisationsverbot abgelöst wird. Das Gesetz kann auf diesen Zeitpunkt ausser Kraft gesetzt werden.

5 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Es soll dem Parlament beantragt werden, die am 11. Dezember 2014 eingereichte und durch das Parlament in der Folge angenommene Motion 14.4187 (Glanzmann-Hunkeler; Umgehende Ratifizierung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus) sowie die am 10. Februar 2015 eingereichte und durch das Parlament angenommene Motion 15.3008 (Kommission für Rechtsfragen des Ständerates; Art. 260^{ter} StGB: Änderung) abzuschreiben.

6 Auswirkungen

6.1 Auswirkungen auf den Bund und die Kantone

Die Umsetzung und Ratifikation der beiden Übereinkommen des Europarates sowie die damit einhergehende Einführung oder Anpassung von Strafbestimmungen führt zu keiner erheblichen Ausweitung von Strafbarkeiten, welche sich in einer markanten Erhöhung der Fallzahlen im Bereich der Terrorismusbekämpfung durch das Strafrecht niederschlagen würde. Die Erfahrungen der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte in den vergangenen Monaten haben aufgezeigt, dass bereits mit dem geltenden strafrechtlichen Instrumentarium nicht nur terroristische Handlungen als solche, sondern auch Handlungen im Vorfeld solcher Akte wie zum Beispiel die Unterstützung im weiten Sinn oder das Reisen für eine Terrororganisation verfolgt werden können. In praktischer Hinsicht ist damit von keiner grundlegenden Ausweitung der Strafbarkeit auf Tätigkeiten, welche bisher als legal galten, auszugehen.

In Bezug auf die Strafrechtshilfe verhält es sich hingegen anders. Die neuen Verträge erfordern ein rasches Handeln. Der Erfolg der Rechtshilfemaßnahmen hängt insbesondere davon ab, dass sie rasch ausgesprochen und unmittelbar vollzogen werden. Gemäss dem Übereinkommen gewähren die Vertragsparteien einander zwar unter gebührender Berücksichtigung ihrer Möglichkeiten Hilfe und Unterstützung, um sich besser in die Lage zu versetzen, die Begehung terroristischer Straftaten durch gemeinsame Bemühungen vorbeugender Art zu verhüten. Je nachdem, wie die Informationen zum BJ gelangen, wird dieses die betreffenden vorläufigen Massnahmen denn auch selbst ergreifen. Wenn terroristische Handlungen verhindert werden sollen, darf bei der Verhütung aber kein Aufschub geduldet werden.

Die Statistiken zeigen im Bereich der internationalen Strafrechtshilfe einen generellen Anstieg der eingehenden Ersuchen. So haben die Ersuchen um Beweiserhebungen in den vergangenen zehn Jahren um 46 Prozent zugenommen, Auslieferungsersuchen an die Schweiz um 73 Prozent und Auslieferungsersuchen an das Ausland um 81 Prozent. Daneben ist die Schweiz in der internationalen Rechtshilfe in den letzten Jahren eine Vielzahl zusätzlicher Verpflichtungen eingegangen, welche für das zuständige Bundesamt für Justiz neue Aufgaben und komplexere Ersuchen zur Folge haben. Die zuständigen Stellen haben diese neuen Aufgaben und die zusätzliche Arbeitslast in der Vergangenheit weitgehend mit den bestehenden Mitteln aufzufangen versucht; der Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen hat im Rahmen der Terrorismusbekämpfung bisher keine neuen Stellen erhalten. Eine weitere Steigerung mit der gebotenen raschen Bearbeitung von Fällen ist mit den heutigen Ressourcen nicht möglich. Dem Beschleunigungsgebot und der in den

letzten Jahren eingetretenen Mehrbelastung muss daher mit zusätzlichen personellen Ressourcen Rechnung getragen werden. Es ist davon auszugehen, dass die Anzahl der vom Bundesamt für Justiz zu behandelnden Ersuchen um internationale Rechtshilfe auch in den nächsten Jahren im ähnlichen Umfang wie in den letzten zehn Jahren steigen wird. Die Gründe dafür liegen in der immer stärkeren internationalen Vernetzung des schweizerischen Finanzplatzes, der Wirtschaft und der Gesellschaft, die auch dem grenzüberschreitenden Verbrechen letztlich neue Betätigungs möglichkeiten bietet. Verbrechen, gerade im Bereich des Terrorismus, haben immer häufiger einen internationalen Bezug und müssen entsprechend auch grenzüberschreitend verfolgt werden können. Aspekte, welche den festgestellten Trend zu brechen vermögen, sind keine ersichtlich. Der Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe verfügt derzeit über 3650 Stellenprozente. Pro Jahr ist in diesem Direktionsbereich je nach Geschäftsgruppe gestützt auf die Erfahrungen und die verfügbaren Fallzahlen der letzten zehn Jahre mit einem Anstieg des Aufwands von je weiteren 5 bis 10 Prozent – gestützt auf die bereits bestehenden Rechtshilfeinstrumente - zu rechnen. Hinzu werden weitere Ersuchen nach dem vorliegenden Übereinkommen und dessen Zusatzprotokoll sowie den neuen Bestimmungen zur dynamischen Rechtshilfe kommen. Bis in fünf Jahren werden daher zwischen 25 und 50 Prozent mehr Fälle als heute zu behandeln sein. Um diesen weiteren Zuwachs einigermassen bewältigen zu können, wird der Personalbestand gemäss heutiger Schätzung um 500 Stellenprozente (was 13 Prozent des derzeitigen Personalbestands des Direktionsbereichs entspricht), erhöht werden müssen.

Der Ausbau der Kompetenzen von MROS wird sich auch auf deren Ressourcen auswirken. Durch das Einfordern von Informationen bei den Finanzintermediären auf der Grundlage von Ersuchen oder unaufgefordert übermittelten Informationen der ausländischen Partnerstellen wird die Tätigkeit von MROS in verschiedener Hinsicht erweitert.

In erster Linie werden Ersuchen zu behandeln sein, die die MROS zurzeit ablehnend beantwortet. Das betrifft rund 60 Prozent der ausländischen Ersuchen. Konkret wird die MROS nicht mehr lediglich ihre Datenbanken abfragen, sondern muss bei den Finanzintermediären die erforderlichen Unterlagen einholen. Danach wird die MROS auf zwei Ebenen tätig. Einerseits analysiert sie die erhaltenen Unterlagen und eruiert daraus die von der ausländischen Partnerstelle verlangten Informationen. Nach Artikel 30 Absatz 3 GwG muss die MROS die Informationen in Berichtsform weitergeben. Es ist folglich von Gesetzes wegen ausgeschlossen, einfach die Bankunterlagen weiterzuleiten. Andererseits muss die MROS auf Schweizer Seite die Informationen der ausländischen Partnerstellen und der Schweizer Finanzintermediäre zusammenfügen. Die MROS wird sich nicht darauf beschränken können, die ausländischen Partnerstellen zu informieren. Mit den ausländischen Informationen abgeglichen bilden die Informationen der Finanzintermediäre eine neue Art von Verdachtsmeldung. Die zusätzlich gewonnenen Informationen werden demnach mit den anderen nationalen Behörden, die für die Bekämpfung der Geldwäscherie und der Terrorismusfinanzierung zuständig sind, geteilt. Die MROS kann die Untersuchungen der Staatsanwaltschaften namentlich aktiv unterstützen, indem sie deren Informationen mit den ausländischen Informationen ergänzt. Bei Inkrafttreten der beschriebenen neuen Kompetenzen der MROS wird somit ein neuer Typ von Verdachtsmeldungen entstehen, der substanziale zusätzliche Personalressourcen notwendig machen wird. Diese neue Aufgabe wird nicht mit den auf dem heutigen System beruhenden Ressourcen bewältigt werden können. Der aus den neuen Kom-

petenzen mittel- und längerfristig entstehende zusätzliche Personalbedarf der Meldestelle für Geldwäscherie beträgt gemäss heutiger Schätzung 10 Stellen.

Die Frage des mit dieser Vorlage einhergehenden zusätzlichen Personalbedarfs der zuständigen Bundesstellen muss nicht vor Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens abschliessend beantwortet werden. Die durch die zuständigen Stellen geltend gemachten zusätzlichen Ressourcen sind im Rahmen der entsprechenden Botschaft des Bundesrates an die eidgenössischen Räte unter Berücksichtigung der Vernehmlassungsergebnisse und allfälliger bis dahin eingetretenen Entwicklungen in der Terrorismusbekämpfung zu beurteilen.

Die Vorlage hat angesichts der Beibehaltung der bestehenden Bundeszuständigkeit für die Strafverfolgung der betreffenden terroristischen Straftaten und der massvollen Ausweitung der heute bestehenden Strafbarkeiten keine massgeblichen Auswirkungen auf die Kantone.

6.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Der glaubwürdige und effiziente Schutz unseres Territoriums vor schweren terroristischen Straftaten und vor den Auswirkungen des organisierten Verbrechens stellt eine Grundvoraussetzung für eine prosperierende und sich nachhaltig entwickelnde Volkswirtschaft dar. Die mittel- und langfristig positiven Auswirkungen der Vorlage auf die Volkswirtschaft sind daher erheblich. Darüber hinaus hat die Vorlage keine direkten Auswirkungen auf die Volkswirtschaft und ihren Verlauf.

6.3 Auswirkungen auf die Informatik

Die Umsetzung und Ratifikation des Übereinkommens des Europarates mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie die vorgeschlagenen Strafrechtsänderungen lassen keine Auswirkungen auf die Informatik erwarten.

7 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist in der Botschaft vom 27. Januar 2016 zur Legislaturplanung 2015-2019 angekündigt sowie im entsprechenden Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016 aufgeführt²⁸⁷.

8 Rechtliche Aspekte

8.1 Verfassungsmässigkeit

Die Verfassungsmässigkeit des Bundesbeschlusses zur Genehmigung der beiden Übereinkommen des Europarates beruht auf Artikel 54 Absatz 1 BV, welcher den Bund ermächtigt, völkerrechtliche Verträge abzuschliessen. Artikel 184 Absatz 2 BV ermächtigt den Bundesrat, entsprechende Verträge zu ratifizieren. Die Bundesversammlung ist nach Artikel 166 Absatz 2 BV für die Genehmigung zuständig.

Internationale Verträge werden dem fakultativen Referendum unterstellt, wenn sie unbefristet und unkündbar sind, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen, wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder wenn ihre Umset-

²⁸⁷ Ziel Nr. 15; BBI 2016 5183 ff.

zung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert²⁸⁸. Die beiden vorliegenden Übereinkommen werden auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, können aber gekündigt werden und sehen keinen Beitritt zu einer internationalen Organisation vor. Jedoch bedingt der Beitritt Anpassungen des Strafgesetzbuches. Der Genehmigungsbeschluss wird deshalb dem fakultativen Staatsvertragsreferendum gemäss Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV unterstellt. Nach Artikel 141a Absatz 2 BV können Gesetzesänderungen, die der Umsetzung eines völkerrechtlichen Vertrags dienen, der dem fakultativen Referendum untersteht, in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden. Die im Entwurf vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen dienen einerseits der Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit Zusatzprotokoll und andererseits der weiteren Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität. Eine Trennung wäre inhaltlich nicht sinnvoll. Die Gesetzesentwürfe stützen sich auf Artikel 54 Absatz 1 sowie Artikel 123 Absatz 1 BV.

8.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Der Beitritt zu den beiden Übereinkommen des Europarates sowie die beantragten Anpassungen im schweizerischen Recht stehen im Einklang mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz²⁸⁹. Sie stellen im internationalen Kontext ein klares Bekenntnis unseres Landes zum wirkungsvollen Kampf gegen den Terrorismus und zur internationalen Zusammenarbeit unter Wahrung der menschenrechtlichen Verpflichtungen und der Verpflichtungen des humanitären Völkerrechts dar.

²⁸⁸ Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV

²⁸⁹ Vgl. auch Kap. 1.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

[Signature]

[QR Code]

DFJP

Approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé

Avant-projet et rapport explicatif

Office fédéral de la justice
Berne, juin 2017

Condensé

Le terrorisme fait vaciller les fondements de nos sociétés plurielles. Il fait craindre pour la liberté, la sécurité et les droits fondamentaux de tout un chacun. Sous ses formes diverses, qu'il soit à visées nationalistes, religieuses ou politiques, il tue, blesse et traumatisé chaque année des milliers de personnes à travers le monde. Tout Etat a un intérêt majeur à passer régulièrement en revue l'arsenal juridique dont il dispose pour lutter contre le terrorisme afin de réagir à l'évolution de la menace qu'il représente. L'avant-projet ci-joint permet à la Suisse d'adapter ses normes pénales aux enjeux actuels de la lutte contre le terrorisme et de développer sa capacité de coopération avec les autres Etats.

Les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis et ceux qui ont suivi dans de nombreux autres Etats du Globe ont renforcé la communauté internationale dans la conviction que seuls des efforts coordonnés permettraient de venir à bout du terrorisme.

L'Europe est loin d'avoir été épargnée par ce fléau, qui a touché sévèrement des pays comme l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, la Norvège, le Royaume-Uni, la Russie et la Turquie. C'est ce qui a conduit le Conseil de l'Europe à élaborer la Convention du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme et son Protocole additionnel du 22 octobre 2015. La Convention impose aux Parties d'ériger l'apologie du terrorisme et le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme en infractions. Le Protocole additionnel complète matériellement la Convention et reprend les exigences découlant de la résolution 2178 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 24 septembre 2014 quant à l'incrimination des voyages effectués à des fins terroristes, de leur financement et de toute autre activité visant à les soutenir.

La Suisse a signé la Convention le 11 septembre 2012 et le Protocole additionnel le 22 octobre 2015. Ses bases légales satisfont déjà largement aux obligations de punissabilité, de prévention et de coopération internationale inscrites dans les deux traités, mais le droit pénal en vigueur, bien que couvrant une partie de la matière (infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, crimes ou délits contre la paix publique, loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées), n'en traduit pas explicitement l'essence. L'avant-projet ci-joint comprend dès lors une nouvelle disposition pénale pour les activités menées en amont d'un acte terroriste : recrutement et entraînement pour le terrorisme, voyages à des fins terroristes et financement de ces voyages.

La lutte contre le crime organisé et contre les organisations terroristes place les autorités suisses face à des défis bien plus grands que ceux qui résultent de la mise en œuvre des obligations figurant dans les deux traités. Elles doivent appréhender des structures complexes, de vastes réseaux et la capacité considérable de ces organisations de s'imposer vis-à-vis de leurs membres et de l'extérieur. C'est justement de là qu'émane la menace extraordinaire que les organisations criminelles et terroristes font planer.

Le Conseil fédéral propose de réviser la norme pénale sur l'organisation criminelle en exécution de la motion 15.3008 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats. Cette révision lui permet aussi de modifier les éléments de la norme qui faisaient l'objet de critiques de la part des autorités de poursuite pénale,

notamment du Ministère public de la Confédération. L'avant-projet adapte certains des critères définitoires de l'organisation criminelle, avec pour conséquence une extension modérée de la punissabilité. Il prévoit aussi l'augmentation de la peine maximale encourue par les personnes exerçant une influence déterminante au sein d'une organisation criminelle ou terroriste et par toutes les personnes qui soutiennent une organisation terroriste ou qui y participent. Il accorde toute l'importance requise aux principes de proportionnalité et de précision de la base légale.

L'avant-projet prévoit des adaptations de l'art. 74 de la loi fédérale sur le renseignement (interdiction d'organisations). Il établit une compétence fédérale en matière de poursuite et de jugement des infractions, telle qu'inscrite dans la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, et reprend la peine figurant dans cette loi.

Il propose d'ajuster la loi sur l'entraide pénale internationale aux nouvelles exigences en matière de coopération internationale et y intègre deux dispositions pour, d'une part, simplifier la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve, en adéquation avec les exigences de la loi, et, d'autre part, consacrer le recours à des équipes communes d'enquête. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral reconnaît la nécessité d'instaurer une base légale fondant l'adoption de mesures d'entraide modernes.

Etant donné l'importance de la place financière suisse, il s'avère indispensable de renforcer la coopération entre les cellules de renseignements financiers dans la lutte contre le financement du terrorisme. L'avant-projet étend à ce titre les compétences du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, qui pourra intervenir auprès des intermédiaires financiers dès lors qu'il est en possession d'informations en provenance d'un homologue étranger, et plus seulement lorsqu'il a des soupçons fondés.

Ces changements revêtent une grande importance pour la coopération internationale. Plusieurs des mesures proposées permettront en outre de répondre à certaines critiques en lien avec le financement du terrorisme exprimées par le Groupe d'action financière dans le cadre de son évaluation 2016 du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Table des matières	
Condensé	2
Table des matières	4
1 Grandes lignes de la Convention et du Protocole additionnel	6
1.1 Contexte et élaboration de la Convention	6
1.2 Aperçu du contenu de la Convention	6
1.3 Elaboration du Protocole additionnel	7
1.4 Aperçu du contenu du Protocole additionnel	7
1.5 Appréciation	8
1.6 Autres standards internationaux	8
2 Les dispositions de la Convention et leur relation avec la législation suisse	9
<i>Autres dispositions (art. 25 à 32 et annexe)</i>	28
3 Les dispositions du Protocole additionnel et leur relation avec la législation suisse	28
4 Les nouvelles dispositions en droit suisse	34
4.1 L'art. 260 ^{ter} AP-CP : organisations criminelles et terroristes	34
4.1.1 Contexte	34
4.1.2 Commentaire du nouvel article	36
4.1.2.1 Généralités	36
4.1.2.2 Caractère secret et soutien de l'organisation dans son activité criminelle	36
4.1.2.3 Organisation criminelle : peine encourue	38
4.1.2.4 Punissabilité de l'appartenance ?	39
4.1.2.5 Des critères légaux supplémentaires ?	40
4.1.2.6 Réglementation expresse pour les organisations terroristes	41
4.1.2.7 Maintien des règles de compétence	42
4.1.2.8 Concours entre l'art. 260 ^{ter} AP-CP et les infractions de base	42
4.2 Art. 260 ^{sexies} AP-CP : recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste	43
4.2.1 Contexte	43
4.2.2 Commentaire du nouvel article	44
4.3 Adaptation de l'art. 74 de la loi sur le renseignement : interdiction d'organisations	46
4.3.1 Contexte	46
4.3.2 Commentaire du nouvel article	47
4.4 EIMP : adaptations ayant trait à l'« entraide dynamique »	49
4.4.1 Objectifs des adaptations	49
4.4.2 Art. 80d ^{bis} AP-EIMP : transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve	50
4.4.2.1 Contexte	50

4.4.2.2	Commentaire de la nouvelle disposition	50
4.4.3	Art. 80d ^{er} AP-EIMP : équipes communes d'enquête	52
4.4.3.1	Contexte	52
4.4.3.2	Commentaire de la nouvelle disposition	53
4.5	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : modification des compétences du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)	54
4.5.1	Renforcement des compétences du MROS	54
4.5.1.1	Evaluation du GAFI concernant les compétences du MROS	56
4.5.1.2	Principes du Groupe Egmont	56
4.5.1.3	Bref aperçu de droit comparé	57
4.5.1.4	Nouvel al. 2 ^{bis} à l'art. 11a LBA	58
4.5.1.5	Commentaire de l'art. 11a, al. 2 ^{bis} , LBA	59
4.5.2	Obligation des négociants de communiquer les soupçons de financement du terrorisme	61
4.5.2.1	Complément des modifications de la LBA concernant les négociants	61
4.5.2.2	Commentaire des nouvelles dispositions	61
4.6	Autres questions étudiées et autres adaptations	62
4.6.1	Concours d'infractions	62
4.6.2	Art. 260 ^{quinquies} CP : financement du terrorisme	62
4.6.3	Norme pénale contre le terrorisme	63
4.6.4	Norme pénale contre la justification ou l'apologie du terrorisme	65
4.6.5	Autres adaptations	66
4.6.6	Durée de validité de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées	67
5	Classement d'interventions parlementaires	68
6	Conséquences	68
6.1	Conséquences pour la Confédération et les cantons	68
6.2	Conséquences économiques	70
6.3	Conséquences informatiques	70
7	Relation avec le programme de la législature	70
8	Aspects juridiques	70
8.1	Constitutionnalité	70
8.2	Compatibilité avec les obligations internationales	71
Arrêté fédéral (<i>avant-projet</i>)		

1 Grandes lignes de la Convention et du Protocole additionnel

1.1 Contexte et élaboration de la Convention

La Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme (ci-après « la Convention ») vise à compléter les instruments internationaux existants en matière de lutte contre le terrorisme. Au cœur de la Convention figure l'obligation pour les Parties d'incriminer la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme. Les Etats veillent à garantir les principes du Conseil de l'Europe, c'est-à-dire le respect des droits de l'homme, de l'état de droit et des valeurs démocratiques.

En 2003, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a établi le Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER). Celui-ci a présenté un projet de Convention en février 2005¹. La Convention a été ouverte à la signature le 16 mai 2005 ; elle est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2007.

La Suisse a participé à l'élaboration de la Convention et l'a signée le 11 septembre 2012. A ce jour, 38 pays du Conseil de l'Europe l'ont ratifiée².

1.2 Aperçu du contenu de la Convention

La Convention s'inscrit dans la lignée des Conventions internationales dont le but commun est de réprimer et de prévenir le terrorisme. Elle vient compléter un cadre légal constitué en particulier des Conventions contre le terrorisme adoptées par les Nations Unies et ses organisations apparentées et par le Conseil de l'Europe, déjà mises en œuvre et ratifiées par la Suisse³. Contrairement à la majorité des traités internationaux en vigueur, la Convention ne définit pas de nouvelles infractions principales. Elle incrimine des comportements qui ne constituent pas des actes de terrorisme proprement dits mais qui sont de nature à encourager ou faciliter leur commission.

Toutefois, la Convention veut éviter l'incrimination obligatoire de chaînes d'événements hypothétiques qui n'auraient qu'une connexion théorique avec des actes de terrorisme. Pour punir les personnes agissant en amont des infractions définies par les Conventions internationales mentionnées ci-dessus, il reste nécessaire d'établir un lien suffisant avec l'une de ces infractions.

La notion d'« infraction terroriste » a une importance majeure pour l'application de la Convention. Comme le droit pénal international n'établit pas de définition générale du terrorisme, la Convention ne donne pas non plus de définition explicite mais se réfère dans l'art. 26 et dans l'annexe aux Conventions internationales contre le terrorisme déjà en vigueur. Même si la Convention ne l'exige pas, plusieurs Etats ont inscrit le concept de terrorisme dans une norme pénale de portée générale. La

¹ Deux textes ont été particulièrement importants pour les travaux du CODEXTER : la Recommandation 1550 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la lutte contre le terrorisme et le respect des droits de l'homme et les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002.

² Etat en avril 2017.

³ Conventions sectorielles en matière de navigation maritime, d'aviation civile, de terrorisme nucléaire ou de financement du terrorisme par exemple ; voir le ch. 2 et les réf. citées.

possibilité d'introduire une telle définition légale dans la législation suisse sera examinée indépendamment de la mise en œuvre de la Convention (voir le ch. 4.6.3).

La Convention impose aux Parties d'ériger en infraction pénale la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme. Elle prévoit également d'autres mesures à prendre au niveau national ainsi que des règles de coopération internationale relatives notamment à l'entraide judiciaire et à l'extradition.

1.3

Elaboration du Protocole additionnel

Le 24 septembre 2014, le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) a adopté la résolution 2178 sur les menaces contre la paix et de la sécurité internationales résultant d'actes de terrorisme⁴. Dans la résolution, le CSNU exige notamment que les Etats érigent en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ainsi que de financer et d'organiser de tels voyages⁵.

Par l'élaboration et l'adoption du Protocole additionnel, le Conseil de l'Europe répond à la menace terroriste croissante que font peser les personnes qui se rendent à l'étranger à des fins de terrorisme djihadiste par exemple, ou qui reviennent d'un tel voyage. Le Conseil de l'Europe démontre ainsi qu'il est capable d'intervenir en tant qu'organisation internationale dans la lutte contre de nouvelles formes de criminalité.

La Suisse a pris une part active à l'élaboration du Protocole additionnel, soumise à de grandes contraintes de temps. Elle fait partie des 17 premiers Etats à l'avoir signé le 22 octobre 2015. Le Protocole additionnel entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2017 suite à la sixième ratification⁶.

1.4

Aperçu du contenu du Protocole additionnel

Le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme applique d'une part les obligations définies au par. 6 de la résolution 2178 du CSNU et comble d'autre part les lacunes de la Convention.

Le Protocole additionnel oblige les Parties à ériger en infraction pénale le fait :

- de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme,
- de financer, d'organiser ou de faciliter des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme, et
- de recevoir un entraînement pour le terrorisme.

⁴ S/RES/2178 (2014).

⁵ Par. 6 de la résolution.

⁶ Six Etats l'ont ratifié à ce jour (l'Albanie, la Bosnie-et-Herzégovine, le Danemark, l'Italie, la Moldavie et Monaco), état en avril 2017.

1.5

Appréciation

De nombreuses Conventions internationales régissent la prévention et la répression des actes de terrorisme en tant que tels, comme la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, le Protocole additionnel à la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire⁷. Ces dernières années, la Suisse a pris les mesures nécessaires pour mettre en œuvre et ratifier ces traités et participe aujourd'hui à la lutte internationale contre le terrorisme en tant que Partie à ces Conventions. Elle salue à cet égard la démarche du Conseil de l'Europe qui a pour objectif, grâce à la Convention et au Protocole additionnel, d'uniformiser les droits internes sur le territoire européen et au-delà, de les développer si nécessaire et de renforcer la coopération internationale.

Alors que les Conventions internationales précédentes avaient habituellement pour objectif de réprimer les actes de terrorisme en tant que tels, les deux traités dont il est question ici vont plus loin. Ils n'imposent pas d'inscrire dans la loi et de punir les actes de terrorisme eux-mêmes mais les activités effectuées en prévision d'un tel acte et qui peuvent créer ou agraver le risque qu'un attentat terroriste soit commis à court ou moyen terme.

Cette extension substantielle de la punissabilité à des actes commis en amont de l'infraction principale⁸ est une particularité en droit pénal international, comparable à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme adoptée le 9 décembre 1999⁹. Il est d'autant plus important, lors de la mise en œuvre des traités, d'accorder l'attention qu'il se doit aux principes de proportionnalité et de précision des normes pénales. En pratique, il s'agit de réprimer les infractions en veillant constamment au respect des droits fondamentaux, en particulier de la liberté d'expression, de la liberté de réunion, de la liberté religieuse et de la liberté de mouvement.

1.6

Autres standards internationaux

La problématique des voyages à des fins terroristes, de leur financement et de leur organisation est également encadrée par d'autres instruments de droit international. Citons à cet égard la résolution 2178 du Conseil de sécurité de l'ONU du 24 septembre 2014 et les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI)¹⁰, qui constituent les normes internationales de référence dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La résolution 2178 demande aux Etats membres de réprimer les voyages à des fins terroristes, ainsi que le financement et l'organisation de tels voyages. Suite à l'adoption de cette résolution, le

⁷ Voir les explications relatives à l'art. 1 de la Convention et les réf. citées.

⁸ La Convention et le Protocole additionnel ne prétendent pas assurer la prévention du terrorisme de manière *exhaustive* pour autant (voir le ch. 25 du rapport explicatif de la Convention, disponible à l'adresse [⁹ Voir le ch. 2.](http://www.coe.int/fr/web/Conventions/full-list-/Conventions/treaty/196, ci-après RE). Ils ne portent que sur les comportements concrets qui, selon la communauté internationale, doivent être punis de manière proportionnée.</p></div><div data-bbox=)

¹⁰ Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et la prolifération, Les recommandations du GAFI, février 2012 (mises à jour en 2013 et 2016).

GAFI a décidé de réviser ces recommandations, afin de préciser que le financement du terrorisme comprenait également le fait de « *financer les voyages de personnes qui se rendent dans un autre Etat que leur Etat de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme* »¹¹. Dans ce contexte, le GAFI a rappelé que ces voyages pouvaient être considérés comme la principale forme de soutien apporté aux organisations terroristes et que les besoins financiers des personnes concernées – destinés avant tout à financer le transport, le logement, les moyens de communication et la nourriture – étaient relativement modestes¹². En 2016, le GAFI a effectué sa visite sur place en Suisse et a notamment examiné les dispositions pénales réprimant le financement du terrorisme et le soutien à une organisation terroriste. Il est arrivé à la conclusion que la Suisse était en grande partie en conformité avec la recommandation 5 (infraction de financement du terrorisme), tout en relevant une défaillance s’agissant du financement de voyages à des fins terroristes sans lien avec une organisation ou avec un acte terroriste quelconque.

2

Les dispositions de la Convention et leur relation avec la législation suisse

Art. I Terminologie

Les Parties renoncent dans cet article à établir une définition explicite du concept de terrorisme. Est qualifiée d’« infraction terroriste » toute infraction au sens des traités internationaux énumérés en annexe de la Convention¹³, soit onze Conventions des Nations Unies pour la répression du terrorisme¹⁴.

Dans le cadre des délibérations relatives à la Convention, les Parties ont renoncé à la suite de débats approfondis à ne considérer comme pertinentes que certaines infractions principales¹⁵ telles qu’établies par les Conventions des Nations Unies mentionnées. Il s’agit plutôt d’ériger en infractions pénales la provocation publique au terrorisme ainsi que le recrutement et l’entraînement pour le terrorisme au sens global du terme. En conséquence, les infractions terroristes au sens de la Convention comprennent diverses infractions contre la vie et l’intégrité corporelle, la liberté ou

¹¹ Ch. 3 de la note interprétative de la recommandation 5 du GAFI.

¹² FATF Guidance, Criminalising terrorist financing (recommandation 5), October 2016, § 41.

¹³ Selon le ch. 46 RE, il s’agit des actes visant à intimider gravement une population, à contraindre indûment un gouvernement ou une organisation internationale ou à gravement déstabiliser les structures fondamentales politiques ou constitutionnelles.

¹⁴ La Suisse a mis en œuvre et ratifié toutes les Conventions des Nations Unies mentionnées, en dernier lieu les Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme (RS **0.353.22**) et pour la répression des attentats terroristes à l’explosif (RS **0.353.21**) le 23 octobre 2003, ainsi que la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire le 14 novembre 2008 (RS **0.353.23**).

L’annexe de la Convention n’inclut pas encore la Convention du 10 septembre 2010 sur la répression des actes illicites dirigés contre l’aviation civile internationale ni le Protocole additionnel à la Convention pour la répression de la capture illicite d’aéronefs du même jour. Ces Conventions ont déjà été mises en œuvre et ratifiées par la Suisse, mais ne sont pas encore entrées en vigueur au niveau international.

¹⁵ La Convention n’aurait alors porté que sur les infractions principales régies par chaque Convention des Nations Unies.

la propriété d'autrui, liées par exemple à la prise d'otages, au détournement d'avions ou au vol et à l'utilisation de matières nucléaires ou d'explosifs. En vertu de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, fournir ou réunir des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés en vue de commettre un acte terroriste est également considéré comme une infraction terroriste¹⁶.

De ce choix découlent quelques particularités pour la mise en œuvre de la Convention :

- *Extension de la punissabilité à des actes commis en amont de l'infraction*

La Convention se base sur des infractions punissables en vertu d'autres Conventions, lesquelles font parfois à leur tour référence à d'autres Conventions. De ce système découle une chaîne de punissabilité renforcée par la nature des dispositions de la Convention¹⁷ et qui implique d'incriminer des personnes agissant bien en amont des infractions terroristes à proprement parler¹⁸. La Suisse et d'autres Etats ont identifié ce problème au cours des délibérations. Compte tenu des réserves exprimées et de la nécessité de respecter le principe de proportionnalité, le texte de la Convention et du RE établissent que seules les conduites pouvant mener à des infractions terroristes doivent être incriminées¹⁹. La Convention n'a pas pour but d'incriminer des conduites qui ont uniquement une connexion théorique avec une infraction terroriste, établie sur la base d'une chaîne d'événements hypothétiques. La présomption d'innocence inscrite à l'art. 32, al. 1, Cst., qui s'applique jusqu'à ce qu'une personne fasse l'objet d'une condamnation entrée en force, revêt à cet égard une grande importance.

- *Précision du texte de la Convention*

Puisqu'il n'existe pas de définition universelle du terrorisme²⁰, le texte de la Convention ne permet pas de déterminer avec précision jusqu'où la punissabilité peut s'étendre. Il incombe aux Parties de respecter le principe de légalité en droit pénal²¹ lors de la mise en œuvre de la Convention dans leur droit interne et de garantir les droits fondamentaux, notamment la liberté d'opinion et la liberté de réunion²². Toute restriction doit être soigneusement souhaitée, en application du principe de proportionnalité, et garantir le respect de l'essence-même de ces droits²³.

¹⁶ Art. 2, par. 1, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, voir ci-dessus.

¹⁷ Art. 5 ss de la Convention.

¹⁸ Tenter d'inciter autrui à recruter une personne afin qu'elle aide à réunir des fonds en prévision de la commission d'un acte de terrorisme devrait par exemple être puni. Une telle incrimination serait extrêmement problématique d'un point de vue politique et juridique (s'agissant des moyens de preuve) et donnerait lieu à des procédures qui ne respecteraient pas le principe de proportionnalité ou qui ne pourraient pas aboutir.

¹⁹ Art. 12, par. 2, de la Convention et ch. 49 RE.

²⁰ Les travaux des Nations Unies visant à élaborer une Convention contre le terrorisme exhaustive sont interrompus pour le moment. L'objectif principal d'un tel accord serait d'établir une définition du terrorisme qui puisse s'appliquer à toutes les parties concernées (combattants pour la liberté, troupes militaires ; voir les explications relatives à l'introduction dans la législation suisse d'une norme générale en matière de terrorisme, ch. 4.6.3).

²¹ Art. 1 CP.

²² Art. 16 et 22 de la Constitution (Cst., RS **0.101**) et art. 10 et 11 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS **0.101**). Notons que ces libertés fondamentales peuvent faire l'objet de restrictions.

²³ Voir l'art. 36 Cst.

- Réserves et déclarations

La Convention n'énumère pas explicitement les articles qui peuvent faire l'objet d'une réserve ou d'une déclaration restrictive de la part des Parties. La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités²⁴ est donc applicable. Cela dit, les Etats se sont mis d'accord lors de l'élaboration de la Convention pour désigner explicitement les domaines de la Convention qui peuvent faire l'objet de réserves ou de déclarations²⁵.

Art. 2 Objectif

Les Parties accentuent leurs efforts pour prévenir le terrorisme et ses effets négatifs au niveau national et international.

Art. 3 Politiques nationales de prévention

Les Parties prennent des mesures appropriées en vue de prévenir les infractions terroristes et de réduire leurs effets négatifs, en garantissant le respect des droits de l'homme. L'échange d'informations, les mesures de protection et de coordination ainsi que la formation spécialisée des autorités répressives doivent être renforcés. L'art. 3, par. 2, prévoit que les Parties prennent les mesures nécessaires pour améliorer et développer la coopération entre les autorités nationales en vue de mieux prévenir les infractions terroristes et leurs effets.

Cette disposition doit être examinée en relation avec l'art. 4 de la Convention et tend à favoriser les échanges d'informations pour prévenir les infractions terroristes. Les informations obtenues tant au niveau international que national permettent d'améliorer l'efficacité de la lutte contre les infractions terroristes à ces deux niveaux. Le dialogue social doit également être encouragé²⁶ et la société civile peut participer aux efforts²⁷. En Suisse, la Confédération et les cantons, entre autres par leurs polices cantonales, collaborent pour échanger les informations utiles en matière de sensibilisation du public au risque terroriste. Les cantons font remonter les informations de proximité. Afin de gérer les situations délicates, chaque canton applique sa stratégie en fonction des spécificités locales.

Art. 4 Coopération internationale en matière de prévention

Si nécessaire et selon leurs possibilités, les Parties se prêtent assistance pour la prévention du terrorisme. Cette coopération internationale en matière de prévention est l'un des éléments fondamentaux pour permettre la lutte la plus efficace possible contre le terrorisme. L'assistance que se prêtent les Etats parties est déjà mise en œuvre dans divers instruments, notamment du Conseil de l'Europe ou de

²⁴ RS **0.111**, art. 19 ss. Un Etat peut formuler une réserve à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

²⁵ Ch. 28 RE. Il s'agit de l'application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (RS **0.353.22**) et des art. 5, 9 et 14, par. 1, let. c, de la Convention.

²⁶ Par. 3.

²⁷ Par. 4. Il a été possible, au cours des délibérations, de contrer les Etats qui souhaitaient introduire dans la Convention l'obligation pour les citoyens de fournir leur aide à la lutte contre le terrorisme.

l’Organisation des Nations Unies. La Suisse dispose, par exemple, d’un procureur de liaison auprès d’Eurojust et d’agents de liaison ou attachés de police à l’étranger, et le contact direct entre les autorités judiciaires institué par les instruments du Conseil de l’Europe favorise la coopération au sens de la présente disposition.

La lutte contre le terrorisme et contre la criminalité (organisée) qui est à sa source nécessite une action très rapide des autorités concernées. L’obligation de célérité instituée à l’art. 17a de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l’entraide internationale en matière pénale (EIMP)²⁸ et les principes développés par la jurisprudence, tels que le principe de faveur, à savoir que la règle la plus favorable à l’entraide prévaut²⁹, améliorent la coopération.

Cette dernière a pour objectif de prévenir les activités terroristes, raison pour laquelle deux nouvelles dispositions visant à mieux prévenir et à instruire plus rapidement les attentats terroristes, notamment en Europe, figureront dans la loi. Les détails des nouveaux art. 80d^{bis} et 80d^{ter} EIMP proposés sont développés dans les explications se rapportant à ces dispositions. Il s’agit essentiellement d’instituer une « entraide dynamique » permettant une rapidité d’intervention en faveur de la prévention et de la répression en particulier du terrorisme et des formes de criminalité qui y sont liées.

La nouvelle disposition relative à la transmission anticipée d’informations et de moyens de preuve et le nouvel article instituant les équipes communes d’enquête poursuivent l’objectif d’une efficacité accrue et d’une plus grande rapidité de la coopération judiciaire en matière pénale avec les autorités étrangères.

Art. 5 Provocation publique à commettre une infraction terroriste

Cet article, première disposition pénale de la Convention, impose aux Parties d’ériger en infraction pénale la diffusion d’un message avec l’intention d’inciter à la commission d’une infraction terroriste, lorsqu’un tel comportement crée un danger qu’une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises. La provocation peut être directe ou indirecte ; le risque doit être significatif et crédible³⁰.

La provocation publique directe³¹ à commettre une infraction terroriste est couverte par l’art. 259 CP³² en vigueur. Selon cette disposition, quiconque provoque publiquement à un crime ou à la violence est puni. L’auteur doit avoir l’intention d’exercer une influence sur le public. Que la provocation ait été comprise ou perçue n’est pas pertinent³³. De même, l’acte de terrorisme ne doit pas avoir été effectivement commis ou avoir fait l’objet d’une tentative pour que l’infraction soit punissable³⁴.

²⁸ RS 351.1.

²⁹ Voir notamment la jurisprudence du Tribunal fédéral par ex. dans les ATF **140** IV 123 (126) consid. 2 ; **137** IV 33 (41) consid. 2.2.2 ; **135** IV 212 (215) consid. 2.3 ou **122** II 140 (142) consid. 2 explicitant le principe de faveur (« *Günstigkeitsprinzip*”), selon lequel la règle la plus favorable à l’entraide prévaut, que cette règle soit nationale ou internationale.

³⁰ Ch. 100 RE.

³¹ Une provocation est considérée comme directe lorsque le message mentionne explicitement l’acte de terrorisme ou ses buts ou qu’il est possible de les déduire du contenu du message.

³² Provocation publique au crime ou à la violence.

³³ Voir FOLKA, in Basler Kommentar, 2013, n°10 ad art. 259 CP.

³⁴ Voir TRECHSEL/VEST, in StGB PK, 2^e éd. 2013, n°5 ad art. 259 CP.

La provocation indirecte, qui consiste par exemple à présenter une infraction comme nécessaire et justifiée³⁵, est également couverte par l'art. 259 CP. La provocation doit être univoque, mais l'infraction visée ne doit pas être décrite avec précision³⁶.

La législation suisse satisfait aux exigences de l'art. 5 de la Convention³⁷.

Art. 6 Recrutement pour le terrorisme

Cet article exige des Parties d'ériger en infraction pénale le fait de solliciter³⁸ une autre personne pour commettre ou participer à la commission d'une infraction terroriste, ou pour se joindre à un groupe afin de contribuer à la commission d'une infraction terroriste. Les Etats sont libres d'interpréter le terme « solliciter » conformément à leur droit interne. L'infraction est accomplie lorsque le recruteur a fait le nécessaire, selon lui, pour que le recrutement soit un succès³⁹.

Solliciter une personne afin qu'elle se joigne à un groupe en vue de perpétrer des actes de terrorisme est une infraction partiellement couverte par l'art. 260^{er} CP⁴⁰. Outre la participation à une organisation criminelle, cette disposition réprime également le soutien à une telle organisation⁴¹. Les tribunaux qualifient régulièrement d'organisations criminelles les organisations terroristes qui réunissent les éléments constitutifs de l'infraction, c'est-à-dire qu'elles maintiennent le secret et qu'elles disposent d'une structure suffisante⁴². Est considérée comme soutien toute contribution essentielle qui renforce l'organisation, par la mise à disposition de ressources logistiques ou humaines par exemple⁴³. Un membre de l'organisation qui procède au recrutement peut être poursuivi au titre de la participation à l'organisation⁴⁴. La poursuite pénale relève de la compétence des autorités suisses si le recrutement est effectué sur le territoire suisse, même si l'organisation ne mène ses activités criminelles qu'à l'étranger⁴⁵.

En ce qui concerne les groupes Al-Qaïda et Etat islamique et les organisations apparentées, l'art. 2 de la loi correspondante⁴⁶ s'applique. Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, entre autres, encourage les activités d'une telle organisation de quelque manière que ce soit, y compris en recrutant des adeptes.

³⁵ Selon les ch. 99 s. RE, il faut prouver que la personne concernée avait l'intention expresse d'inciter à la commission d'une infraction terroriste et que son acte a créé un risque significatif.

³⁶ FOLKA, in Basler Kommentar, 2013, n°12 ad art. 259 CP.

³⁷ Cet article peut faire l'objet d'une réserve ou d'une déclaration.

³⁸ Selon le terme utilisé dans la version française de la Convention.

³⁹ Voir les ch. 109 et 112 RE. Il n'est pas nécessaire que le destinataire participe effectivement à la commission d'une infraction terroriste ou qu'il se joigne à un groupe dans ce but.

⁴⁰ Organisation criminelle, en particulier le ch. 1, par. 1.

⁴¹ Il peut s'agir de personnes non membres de l'organisation.

⁴² Dans la jurisprudence, la notion d'organisation criminelle englobe entre autres aussi les groupes islamistes (Etat islamique, Martyrs pour le Maroc, le réseau Al-Qaïda), l'organisation albanaise ANA au Kosovo, le TKP/ML – TIKKO en Turquie, les Brigades rouges en Italie et l'ETA au Pays basque (ATF 132 IV 132 ss, arrêt du 23 février 2016 du Tribunal fédéral (1C 644/2015), arrêt du 18 mars 2016 du Tribunal pénal fédéral (SN.2016.5)).

⁴³ Voir BAUMGARTNER, in Basler Kommentar, 2013, n°12 ad art. 260^{er} CP.

⁴⁴ Le fait d'être membre d'une organisation inclut ainsi le soutien apporté à celle-ci.

⁴⁵ Les autorités suisses sont compétentes en cas de recrutement effectué à l'étranger si l'organisation compte exercer son activité criminelle en Suisse, art. 260^{er}, ch. 3, CP.

⁴⁶ RS 122.0.

Par contre, l’incrimination de la tentative de recrutement exigée par la Convention⁴⁷ n’est que partiellement couverte par le droit en vigueur. La doctrine dominante et le législateur excluent la punissabilité de la tentative et de la participation à l’infraction prévue à l’art. 260^{ter} CP et l’extension de la punissabilité à la tentative de soutien d’une organisation criminelle qui en résulterait. Ces actes ne sont pas punis par le droit suisse⁴⁸, sauf en cas de tentative de recrutement pour le compte d’une organisation interdite en vertu de la loi précédemment citée.

Une réserve de la Suisse concernant cette disposition pourrait, après une analyse approfondie, être considérée comme incompatible avec l’objet et le but de la Convention et être jugée irrecevable⁴⁹.

Au vu de l’impunité partielle de certaines activités réalisées en amont d’une infraction et afin de réglementer de façon claire et spécifique le recrutement à des fins de terrorisme, nous proposons d’introduire une nouvelle disposition pénale qui régira explicitement l’infraction dont il est question (voir le commentaire des nouvelles dispositions au ch. 4.2). La création d’une disposition distincte permettra non seulement de respecter le principe de précision en droit pénal mais aussi de garantir l’application des normes de portée générale qui régissent la participation et la tentative à la nouvelle disposition.

L’étude de droit comparé du 22 janvier 2016 sur la pénalisation du recrutement et de l’entraînement de terroristes effectuée par l’Institut de droit comparé à Lausanne⁵⁰ révèle que le Danemark, l’Allemagne et l’Italie pénalisent explicitement le recrutement pour le terrorisme. Ces trois pays prévoient une peine privative de liberté. Le recrutement pour le terrorisme est également punissable en Autriche sans que la législation de ce pays ne le règle explicitement. Enfin, le droit français prévoit également une infraction relative au recrutement pour le terrorisme, qui diffère des autres pays puisque l’auteur ne doit pas seulement solliciter la personne mais la persuader de participer à un groupement ou de commettre un acte de terrorisme en lui proposant des avantages ou en la menaçant.

D’autres dispositions qui ne régissent pas exclusivement le recrutement pour le terrorisme peuvent être applicables dans ces pays. Il s’agit par exemple de celles consistant à réprimer le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l’apologie de ces actes en France, ou encore de diffuser le matériel de propagande d’organisations anticonstitutionnelles en Allemagne.

Les autorités de poursuite pénale de la Confédération signalent qu’elles rencontrent des difficultés dans le cadre des enquêtes pénales ouvertes pour des actes effectués antérieurement à des activités terroristes. En particulier, elles ne peuvent pas ordonner de mesures de surveillance au sens du code de procédure pénale (CPP)⁵¹ si elles ne sont pas en mesure de prouver un lien avec une organisation criminelle ou si ce lien est inexistant. L’introduction d’une nouvelle norme pénale qui n’impose pas

⁴⁷ Art. 9, al. 2, de la Convention.

⁴⁸ FF 1993 III 269, 296 ; BAUMGARTNER, op. cit., n°12 ad art. 260^{ter} ; TRECHSEL/VEST, op. cit., n°15 ad art. 260^{ter}.

⁴⁹ Voir les explications relatives à l’art. 1 de la Convention.

⁵⁰ L’étude comprend le Danemark, l’Allemagne, la France, l’Italie et l’Autriche. Elle peut être consultée sur le site Internet de l’Institut suisse de droit comparé à l’adresse <http://www.isdc.ch/media/1344/e-2017-02-15-156-strafbarkeit-publication.pdf>. La newsletter n°42 de l’institut en fait un résumé, disponible à l’adresse http://www.isdc.ch/media/1304/newsletter-new-year-edition-2017_final.pdf.

⁵¹ RS 312.0.

d'établir un lien avec une organisation terroriste permettra d'engager des procédures sur la base d'une législation plus appropriée.

La Convention n'incrimine pas le fait d'être recruté pour le terrorisme (recrutement passif). Les Etats peuvent toutefois introduire une telle infraction dans leur droit interne en veillant au respect des principes de proportionnalité et de l'état de droit. Certains Etats ont fait usage de cette possibilité alors que d'autres y ont renoncé.

Le Danemark et l'Italie ont explicitement pénalisé le recrutement passif, dans la même norme pénale que le recrutement actif. Dans ces deux Etats, la peine prévue est plus légère que pour le recrutement actif. L'Allemagne, la France et l'Autriche ne disposent d'aucune règle spécifique pour le recrutement passif. Suivant les cas et la législation en vigueur, l'acte peut être puni au titre de la participation à une organisation terroriste.

La criminalisation du fait d'être recruté implique de punir des actes commis bien en amont de l'infraction principale et pose de grandes difficultés en ce qui concerne les preuves. Premièrement, il est presque impossible de prouver qu'une personne a décidé en son for intérieur d'accepter de participer à une activité criminelle ou de devenir membre d'une organisation. Deuxièmement, la personne recrutée est dans l'incertitude quant à ce qu'elle accepte. Enfin, on peut se demander s'il est vraiment opportun d'incriminer ce comportement : le seul fait qu'une personne accepte en son for intérieur, sans adopter de comportement concret et observable par une personne extérieure, de participer à une activité qui n'est pas toujours définie représente-t-il une menace suffisante qui justifie l'ouverture d'une poursuite pénale ?

On estime qu'il n'est pas nécessaire d'incriminer le seul fait d'accepter d'être recruté pour le terrorisme⁵² et de modifier le code pénal à cet effet⁵³. Au moment où une personne accepte d'être recrutée, la menace que ce comportement représente pour la sécurité publique et pour la population est faible. La Suisse dispose d'autres mesures et possibilités légales, en particulier grâce à la nouvelle loi fédérale sur le renseignement (LRens)⁵⁴, pour s'informer davantage sur la situation générale et garantir ainsi la sécurité intérieure et extérieure du pays. Par contre, une personne qui prend des mesures concrètes visant à organiser une infraction ou à participer à une organisation dans le but de commettre une infraction est punissable conformément au droit en vigueur. Si la personne concernée montre qu'elle a accepté d'être recrutée en participant à une formation terroriste ou à un voyage à des fins terroristes, le nouvel art. 260^{sexies} AP-CP proposé s'appliquera⁵⁵.

Nous proposons d'introduire une nouvelle norme pénale pour punir explicitement le recrutement pour le terrorisme, mais de renoncer à l'incrimination du fait d'être recruté pour le terrorisme puisqu'une telle norme établirait une punissabilité encore plus anticipée.

⁵² Soulignons qu'une personne recrutée pour commettre une infraction concrète et planifiée est punissable. Les tribunaux contrôlent alors si elle a commis un acte préparatoire délictueux ou si elle est complice de la tentative de commettre une infraction principale.

⁵³ C'est l'*ultima ratio*. Durant cette période, il peut être d'autant plus important d'utiliser le renseignement et de s'informer le plus possible sur les évènements, les structures et les individus ainsi que d'échanger des informations avec les services compétents à l'étranger.

⁵⁴ FF 2015 6597.

⁵⁵ Voir le ch. 4.2 et les explications relatives à l'art. 7, où il est proposé de punir la personne qui reçoit un entraînement pour le terrorisme au même titre que celle qui dispense l'entraînement.

Art. 7 Entraînement pour le terrorisme

Cet article impose aux Parties d'ériger en infraction pénale le fait de donner des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes ou de substances dangereuses, ou pour d'autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission, sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif. Sont considérées comme des armes au sens de la Convention toute arme ou tout engin conçu pour provoquer la mort, des dommages corporels graves ou d'importants dégâts matériels par l'émission de produits chimiques toxiques, d'agents biologiques, de rayonnements ou de matières radioactives⁵⁶. Punir le fait de donner des instructions « pour d'autres méthodes et techniques spécifiques » paraît peu compatible avec le principe de précision des normes pénales puisque cette infraction n'est pas liée à un moyen d'action ou à une conduite concrets. L'art. 7 ayant un champ d'application très large, le principe de proportionnalité établi à l'art. 12, par. 2, de la Convention et l'essence-même de l'article⁵⁷ doivent revêtir une importance accrue lors de la mise en œuvre.

N'est par exemple pas considéré comme un entraînement au sens de l'art. 7 la publication non sollicitée de plans permettant de fabriquer un explosif ou d'instructions pour l'utilisation d'armes sur Internet, sans que l'auteur ait connaissance du destinataire ou de l'intention de se servir de l'information pour commettre une infraction⁵⁸.

Dans la mesure où l'infraction peut être rattachée à un groupe terroriste, la disposition relative à l'organisation criminelle et au soutien à celle-ci s'applique. Former une personne ou lui donner des instructions pour un acte de violence criminel suffisamment spécifique contre des personnes ou des installations⁵⁹ peut être considéré comme un acte préparatoire délictueux au sens de l'art. 260^{bis} CP. L'activité préparatoire doit être menée de manière systématique et sur une certaine durée ; elle doit atteindre un stade assez avancé pour que l'intention criminelle puisse être objectivement constatée et doit viser la commission de l'un des actes énumérés dans la disposition⁶⁰. Y avoir simplement réfléchi ne suffit pas⁶¹. Cependant, le lieu et l'heure de la commission de l'infraction ainsi que la manière dont elle sera réalisée ne doivent pas être précisés.

L'entraînement pour un acte de terrorisme planifié peut également entrer dans le champ d'application des dispositions relatives à l'instigation et à la complicité⁶². La complicité, en tant que simple contribution à une infraction principale, est punissable même si le lien de causalité n'est pas établi de manière stricte et que

⁵⁶ Ch. 120 RE.

⁵⁷ Soit donner des instructions pour des activités directement dangereuses ou pour la fabrication ou l'utilisation de substances ou de moyens dangereux.

⁵⁸ Cet aspect découle de la formulation de la disposition (« sachant que ») et du principe de la Convention selon lequel un risque hypothétique ne constitue pas une infraction.

⁵⁹ On part du principe que ces critères sont remplis dans le cas d'infractions terroristes.

⁶⁰ TRECHSEL/VEST, op. cit., n°5 ad art. 260^{bis}. Il s'agit en particulier du meurtre, de l'assassinat, des lésions corporelles graves, de la séquestration et de l'enlèvement, de la prise d'otages, de l'incendie intentionnel et du brigandage.

⁶¹ BAUMGARTNER, op. cit., n°11 ad art. 260^{bis}.

⁶² Art. 24 et 25 CP.

l’infraction principale n’est pas effectivement commise. La tentative de complicité n’est pas punissable⁶³.

L’art. 7 de la Convention est donc couvert par plusieurs dispositions dans le code pénal suisse en vigueur. Par contre, si l’entraînement pour le terrorisme n’est ni effectué dans le cadre ou au profit d’une organisation terroriste, ni effectué en prévision d’une infraction planifiée ou dont le but est reconnaissable mais plutôt pour former des combattants de réserve, sans lien avec une infraction terroriste qui puisse être précisée, alors il n’est pas punissable. La punissabilité au sens des art. 224 et 226, al. 3, CP ne recouvre que partiellement celle établie par la Convention⁶⁴.

Afin de remédier aux lacunes constatées, nous proposons de créer une nouvelle norme pénale qui incrimine explicitement l’entraînement pour le terrorisme. Il paraît naturel d’introduire cette norme dans la partie relative aux crimes ou délits contre la paix publique⁶⁵. Etant donné la similarité de leur contenu, rien ne s’oppose à ce que le recrutement et l’entraînement pour le terrorisme soient réunis dans une même disposition. Les demandes des autorités de poursuite pénale de la Confédération⁶⁶ pourront être satisfaites à l’occasion de la mise en œuvre de l’art. 7 de la Convention. On accordera une importance particulière à ce que la formulation de la nouvelle norme limite de manière appropriée la punissabilité d’actes commis antérieurement à une infraction principale et respecte le principe de précision.

De manière analogue au recrutement, la Convention ne rend pas punissable le fait de recevoir un entraînement pour le terrorisme. L’art. 3 du Protocole additionnel définit cependant une infraction correspondante⁶⁷. Plusieurs Etats européens l’ont mise en œuvre dans leur droit interne.

Le Danemark, l’Italie et l’Autriche ont explicitement érigé en infraction pénale non seulement le fait de dispenser un entraînement pour le terrorisme mais aussi de recevoir un entraînement pour le terrorisme. L’Autriche pénalise de plus la mise à disposition d’instructions et l’apprentissage autonome ; l’Italie et la France incriminent l’entraînement individuel pour la commission d’actes terroristes. L’entraînement en tant que tel n’est cependant punissable en France que s’il contribue à la diffusion de procédés permettant la fabrication d’engins de destruction. En Allemagne, l’entraînement actif et passif ne sont que partiellement pénalisés. Il n’existe pas d’infraction unique et explicite, mais plusieurs infractions qui recouvrent chacune certains aspects⁶⁸.

En rendant punissable le fait de recevoir un entraînement pour le terrorisme, on introduit de nouveau une punissabilité anticipée. Contrairement à l’aspect passif du fait d’être recruté, cet acte ne se limite pas à une décision propre à son auteur mais repose sur un comportement observable de la personne qui s’entraîne pour le terro-

⁶³ Voir TRECHSEL/VEST, op. cit., n°8 ad art. 25. Par contre, la tentative d’instigation est punissable.

⁶⁴ Emploi, avec dessein délictueux, d’explosifs ou de gaz toxiques ; indications pour l’emploi d’explosifs ou de gaz toxiques.

⁶⁵ Art. 258 ss CP ; inscrire cette infraction parmi les crimes ou délits créant un danger collectif (art. 221 ss CP) paraît moins adapté.

⁶⁶ Voir les explications relatives à l’art. 6 de la Convention.

⁶⁷ Voir le ch. 3.

⁶⁸Sont par exemple punies les activités d’espionnage à des fins de sabotage (*Agententätigkeit zu Sabotagezwecken*) ou la mise à disposition d’instructions en vue de la commission d’un acte de violence mettant l’Etat gravement en danger (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*).

risme⁶⁹. Outre ces critères objectifs, on peut également partir du principe que les personnes concernées reçoivent des indications successives sur le type, le contenu, l'orientation et le but de l'entraînement et qu'elles peuvent donc se faire une idée des conséquences de leurs actions⁷⁰. Celui qui s'entraîne pour le terrorisme présente une menace accrue qui justifie l'intervention du droit pénal.

Afin de mettre en œuvre l'art. 3 du Protocole additionnel et l'art. 7 de la Convention, nous proposons d'ériger en infraction pénale le fait de dispenser un entraînement pour le terrorisme mais aussi de recevoir un tel entraînement.

Art. 8 Indifférence du résultat

Selon l'art. 8 de la Convention, il n'est pas nécessaire que l'infraction terroriste soit effectivement commise pour qu'un acte constitue une infraction au sens des art. 5 à 7.

La mise en œuvre de cette disposition ne pose pas de difficultés particulières en ce qui concerne la provocation publique à commettre une infraction terroriste⁷¹, punie en droit pénal suisse même si l'infraction principale n'est pas commise. La nouvelle norme pénale relative au recrutement et à l'entraînement pour le terrorisme sera également applicable indépendamment du résultat de l'infraction. Le droit en vigueur et les modifications proposées satisfont aux exigences de l'art. 8 de la Convention.

Art. 9 Infractions accessoires

Les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale la participation en tant que complice à une infraction au sens de la Convention et l'organisation de la commission d'une telle infraction⁷². De même, la tentative de commettre une infraction au sens des art. 6 et 7 doit être érigée en infraction pénale⁷³, tout comme la contribution à la commission d'une infraction au sens de la Convention par un groupe de personnes.

L'incrimination de la participation à l'infraction définie à l'art. 5 de la Convention ne pose pas de difficultés puisque cette infraction est déjà inscrite dans la législation suisse⁷⁴. Si, comme proposé, une norme pénale spécifique est créée pour mettre en œuvre les art. 6 et 7 de la Convention, les règles générales du droit interne régissant la tentative et à la participation lui seront applicables. Les exigences de la Convention au sens de l'art. 9 seront remplies⁷⁵.

Selon l'art. 9, par. 1, let. c, la contribution à la commission d'une infraction au sens de la Convention par un groupe de personnes doit être érigée en infraction pénale. La contribution doit être délibérée et soit viser à servir le but de l'activité criminelle

⁶⁹ En utilisant des substances dangereuses ou des armes ou d'autres techniques dangereuses, voir l'art. 7 de la Convention.

⁷⁰ Contrairement à l'aspect passif du recrutement.

⁷¹ Art. 5 de la Convention

⁷² Art. 9, par. 1, let. a et b.

⁷³ Art. 9, par. 2.

⁷⁴ Art. 259 CP.

⁷⁵ Le droit en vigueur, sans création d'une norme pénale spécifique, satisferait majoritairement mais pas complètement aux exigences de l'art. 9.

du groupe (i), soit être apportée en sachant que le groupe a l'intention de commettre une infraction (ii)⁷⁶. Le droit en vigueur et les modifications proposées dans le projet satisfont à ces exigences. La disposition relative aux organisations criminelles⁷⁷ n'est pas seulement efficace pour lutter contre les structures de type mafieux ; selon la doctrine et une jurisprudence constante, elle s'applique également aux organisations terroristes⁷⁸. Outre la participation à une telle organisation, la loi punit aussi le soutien, notion qui comprend toute contribution pouvant renforcer l'organisation, tant qu'il n'y a pas contribution à une infraction concrète. Une activité neutre et légale en soi peut être considérée comme un soutien punissable⁷⁹.

L'infraction de participation et de soutien au sens de l'art. 260^{er} CP recouvre déjà une grande diversité d'actes. On étendra modérément la punissabilité en modifiant le texte de l'article et en incriminant explicitement le soutien et la participation à une organisation terroriste⁸⁰. Les exigences de l'art. 9, par. 1, let. c, de la Convention seront ainsi remplies.

Art. 10 Responsabilité des personnes morales

Les Parties sont tenues d'établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions visées par la Convention. La responsabilité peut être pénale, civile ou administrative et ne saurait exclure la responsabilité de la personne physique ayant commis l'infraction.

De nombreuses Conventions pénales internationales prévoient des règles similaires ou identiques concernant la responsabilité des entreprises. Par exemple, la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption conclue le 27 janvier 1999⁸¹ prévoit la responsabilité des personnes morales, sans toutefois préciser son caractère civil, administratif ou pénal. Les Etats doivent veiller à ce que les personnes morales fassent également l'objet de sanctions et de mesures appropriées, y compris de sanctions pécuniaires⁸². En dépit d'une tendance contraire sur le plan international, la Convention défend le principe encore largement répandu qui veut que les entreprises ne puissent assumer la responsabilité que de manière limitée.

La responsabilité pénale des entreprises figure dans le droit suisse depuis 2003⁸³. Ces dispositions prévoient une responsabilité primaire de l'entreprise pour certains types d'infractions s'il peut lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction.

Les infractions mentionnées recouvrent partiellement celles visées par la Convention. La responsabilité primaire de l'entreprise est engagée en cas de criminalité organisée ou de financement du terrorisme⁸⁴.

⁷⁶ Cette disposition se fonde sur la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et sur la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, RS **0.353.22** et RS **0.353.21**.

⁷⁷ Art. 260^{er} CP.

⁷⁸ Voir les explications au ch. 4.1.

⁷⁹ Par exemple procurer un service informatique à un groupe en sachant qu'il mène des activités criminelles.

⁸⁰ Voir le ch. 4.

⁸¹ RS **0.311.55**, STE n°173, art. 18.

⁸² Voir l'art. 11 de la Convention.

⁸³ Art. 102 CP.

⁸⁴ Art. 260^{er} et 260^{quinquies} CP.

Parallèlement à cette responsabilité primaire, la Suisse a instauré une responsabilité subsidiaire générale des personnes morales qui s'étend à tous les crimes et délits. Elle s'applique aux cas où une infraction est commise dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise et ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. La peine est une amende de cinq millions de francs au plus.

Outre la responsabilité pénale, le droit suisse définit aussi la responsabilité administrative et les sanctions prévues à ce titre, par exemple le retrait d'une autorisation ou le refus de délivrer une autorisation à une entreprise pour un segment du marché ou un domaine d'activité déterminé. L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers peut par exemple retirer l'autorisation d'exercer à une banque qui ne remplit plus les conditions ou qui a gravement enfreint ses obligations légales⁸⁵. En outre, les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ne peuvent pas acquérir la personnalité juridique. Ils doivent être dissous et leur fortune dévolue à la corporation publique⁸⁶. Si l'organisation d'une société présente des carences et que la situation légale n'est pas rétablie dans les délais, le juge peut prononcer la dissolution de la société⁸⁷. Enfin, il existe des moyens de droit civil permettant d'établir la responsabilité d'une entreprise pour le compte de laquelle un employé exerçant une fonction dirigeante a commis une infraction ou a négligé les devoirs de surveillance qui lui incombaient.

On peut conclure que le droit suisse remplit les conditions fixées à l'art. 10 de la Convention. Outre la responsabilité subsidiaire générale, la responsabilité primaire des entreprises est applicable aux infractions en lien avec une organisation criminelle et le financement du terrorisme. Les moyens de droit civil et administratif prévus par la Convention sont également à disposition.

Art. 11 Sanctions et mesures

Les Etats Parties doivent prévoir des peines effectives, proportionnées et dissuasives pour sanctionner les infractions visées par la Convention. Le droit suisse en vigueur répond à cette exigence puisque ces infractions sont passibles de peines privatives de liberté. Selon l'art. 11, par. 3, les personnes morales doivent aussi faire l'objet de sanctions ou de mesures appropriées, pénales ou non pénales, y compris de sanctions pécuniaires. Le droit suisse remplit ces conditions.

Art. 12 Conditions et sauvegarde

Cette disposition oblige les Etats à respecter les droits de l'homme⁸⁸ et établit les principes de proportionnalité et de nécessité⁸⁹ que les Etat doivent appliquer lors de l'incrimination des infractions et de la prévention du terrorisme. Ces deux principes ont une importance accrue pour la mise en œuvre des art. 6 et 7 de la Convention, raison pour laquelle les nouvelles dispositions proposées ont un champ d'application clairement défini et prévoient une punissabilité anticipée qui reste proportionnée.

⁸⁵ Art. 23^{quinquies} de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques, RS **952.0**.

⁸⁶ Art. 52 et 57 du code civil, RS **210**.

⁸⁷ Art. 731b du code des obligations, RS **220**.

⁸⁸ Par 1.

⁸⁹ Par. 2, voir aussi le ch. 150 ss RE.

Art. 13 Protection, dédommagement et aide aux victimes du terrorisme

Les Parties sont tenues d'adopter des mesures pour protéger et soutenir les victimes du terrorisme. Ces mesures peuvent notamment comprendre l'aide financière et le dédommagement des victimes et de leurs proches.

Selon la loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes (LAVI)⁹⁰, toute personne qui a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle du fait d'une infraction commise en Suisse a droit à une aide, que l'auteur de l'infraction ait été découvert ou non. Les proches de la victime ont également droit à cette aide⁹¹. Les cantons sont chargés de l'exécution de la loi. En cas d'évènements extraordinaires, la Confédération peut coordonner la collaboration entre les cantons et accorder des indemnités au canton concerné⁹². L'aide aux victimes comprend les conseils, l'aide immédiate, l'aide à plus long terme, la contribution aux frais pour l'aide à plus long terme fournie par un tiers, l'indemnisation et la réparation morale⁹³. Les exigences de l'art. 13 de la Convention sont satisfaites.

Art. 14 Compétence

Chaque Partie est tenue d'établir sa compétence à l'égard de toute infraction pénale établie par la Convention lorsque l'infraction est commise sur son territoire, à bord d'un de ses navires ou d'un de ses aéronefs, ou par un de ses ressortissants.

Le droit suisse en vigueur est conforme à cet article puisqu'il établit le principe de territorialité, le principe du pavillon et le principe de personnalité active⁹⁴. Ce dernier est applicable à une infraction commise à l'étranger si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis⁹⁵. Toutefois, la Convention ne prévoit pas de limiter la compétence aux conduites punissables là où elles ont été commises. Le législateur suisse a déjà renoncé à appliquer le principe de la double incrimination à des infractions relevant du même domaine⁹⁶, et nous proposons de faire de même dans les nouvelles dispositions relatives au recrutement, à l'entraînement et au voyage à des fins de terrorisme⁹⁷. Les tribunaux suisses seront ainsi compétents pour les infractions au sens de la Convention commises à l'étranger, si l'auteur se trouve en Suisse, ou pour les infractions qui visent la Suisse. En conséquence, il n'y a pas lieu de déposer une réserve pour cet article.

Selon la Convention, les Parties peuvent aussi établir leur compétence dans d'autres cas, notamment lorsque l'infraction a été commise par un apatride ayant sa résidence

⁹⁰ RS **312.5**.

⁹¹ Art. 1 LAVI.

⁹² Art. 32 LAVI.

⁹³ Art. 2 LAVI.

⁹⁴ Art. 3 CP (en relation avec l'art. 97 de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS **748.0**, et l'art. 4 de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS **747.30**).

⁹⁵ Principe de la double incrimination, art. 7, al. 1, let. a, CP. Le principe de personnalité active s'applique également si le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale.

⁹⁶ Voir par ex. les art. 5, 185 ou 264m CP.

⁹⁷ Voir le ch. 4.2.

habituelle sur leur territoire⁹⁸. Le droit suisse en vigueur fait usage de cette possibilité⁹⁹.

Le fait d'établir la compétence de la Suisse dans les cas où l'auteur présumé d'une infraction au sens de la Convention se trouve sur son territoire et n'est pas extradé ne représente pas une nouveauté. Différents instruments, notamment contre le terrorisme, prévoient déjà l'obligation soit d'ouvrir une procédure d'extradition, soit d'entamer des poursuites pénales, ceci en application du principe « *aut dedere aut iudicare* », à savoir « extrader ou juger ». En ce sens, l'art. 14, par. 3, présente un lien avec l'art. 18 de la Convention, qui régit le principe précité « extrader ou poursuivre »¹⁰⁰.

Art. 15 Devoir d'enquête

Lorsqu'elles sont informées que l'auteur d'une infraction pourrait se trouver sur leur territoire, les Parties sont tenues d'enquêter sur les faits portés à leur connaissance, et le cas échéant d'assurer la présence de cette personne aux fins de poursuite ou d'extradition. L'art 15, par. 1, prévoit un devoir d'enquête pour les cas où l'Etat reçoit des informations, en règle générale par Interpol, sur l'auteur ou l'auteur présumé d'une infraction au sens de la Convention. Le par. 2 porte sur les mesures permettant d'assurer la présence de cette personne aux fins de poursuite ou d'extradition. Ces mesures ordonnées par l'Etat servent principalement à empêcher la fuite de la personne concernée. La Suisse remplit les conditions fixées par la Convention : la législation interne prévoit l'arrestation de la personne au cours de la procédure d'extradition¹⁰¹.

Art. 16 Non applicabilité de la Convention

Cet article limite l'application de la Convention dans les cas où aucun lien avec l'étranger ne peut être établi. La Convention ne s'applique pas, en particulier en ce qui concerne l'entraide judiciaire et l'extradition¹⁰², lorsque l'infraction est commise à l'intérieur d'un seul Etat, lorsque l'auteur présumé est un ressortissant de cet Etat et se trouve sur le territoire de cet Etat, et qu'aucun Etat n'a de raison d'établir sa compétence¹⁰³.

Art. 17 Coopération internationale en matière pénale

⁹⁸ Les Etats n'ont cependant pas d'obligation contractuelle, art. 14, par. 2.

⁹⁹ Art. 4, 6 et 7 CP.

¹⁰⁰ La référence aux développements présentés avec l'art. 18 vaut en particulier concernant a) le besoin d'informations, pour la Suisse, de la part de l'Etat requérant, lorsque la Suisse commence une procédure d'extradition ainsi que lorsque notre pays ouvre des poursuites pénales, b) lorsque la personne à extrauder est suisse et ne consent pas à son extradition selon l'art. 7 EIMP, c) lorsque les standards minimaux résultant de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS **0.103.2**, ne sont pas garantis et d) relativement au fait que, même sans la Convention, la Suisse peut, à la demande de l'Etat dans lequel l'infraction a eu lieu et si l'extradition est exclue, réprimer à sa place une infraction (délégation de la poursuite pénale selon les art. 85ss EIMP).

¹⁰¹ Art. 47 ss EIMP et en particulier l'ATF **111** IV 108.

¹⁰² Ch. 183 RE.

¹⁰³ En vertu de l'art. 14, par. 1 ou 2.

Cet article porte sur la coopération judiciaire en matière pénale¹⁰⁴ dans les enquêtes et les procédures connexes concernant les infractions visées par la Convention. L'art. 17, par. 1, impose l'obligation contenue dans la quasi-totalité des instruments multilatéraux et bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale, y compris d'extradition, selon laquelle les Etats doivent s'accorder sur la coopération la plus large possible dans les enquêtes et les procédures pénales relatives aux infractions visées par la Convention.

L'art. 17, par. 2, prévoit que les Parties coopèrent en application des traités applicables ainsi que selon leur droit interne, selon le principe du droit international « *pacta sunt servanda*¹⁰⁵ ». En Suisse, la coopération notamment en matière d'entraide judiciaire pénale et d'extradition est déjà possible sans traité sur la base de l'EIMP.

En ce qui concerne l'art. 17, par. 3, régissant l'entraide se rapportant aux infractions dont une personne morale peut être tenue responsable selon l'art. 10 de la Convention, la Suisse coopère aussi au sens de sa jurisprudence constante, notamment dans le cadre de perquisitions, de blocages de comptes, de saisies de documents, de séquestres conservatoires d'objets ou de valeurs, et s'agissant d'informations recueillies au sujet desquelles l'autorité d'exécution suisse se prononce sur la remise aux autorités étrangères¹⁰⁶. En ce sens, la Suisse satisfait aux obligations de la Convention.

Pour ce qui a trait à l'art. 17, par. 4, de la Convention selon lequel des mécanismes additionnels peuvent être envisagés pour partager des informations ou éléments de preuve, la Suisse dispose, sur la base d'instruments internationaux¹⁰⁷ et déjà dans son droit interne¹⁰⁸, de la possibilité, à certaines conditions, d'une transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations. L'autorité de poursuite pénale suisse a ainsi le droit de transmettre spontanément à une autorité étrangère des moyens de preuve qu'elle a recueillis au cours de sa propre enquête, lorsqu'elle estime que cette transmission est de nature à permettre d'ouvrir une poursuite pénale ou peut faciliter le déroulement d'une enquête en cours. Les nouveaux art. 80d^{bis} et 80d^{ter} AP-EIMP régissent la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve et instituant les équipes communes d'enquête représentent des mécanismes modernisant la coopération judiciaire internationale suisse et accroissant son efficacité, surtout dans la prévention des actes terroristes.

¹⁰⁴ Au sens de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ ; RS **0.351.1**) et de son Deuxième Protocole additionnel (PA II ; RS **0.351.12**), ainsi que de la Convention européenne d'extradition (RS **0.353.1**) et de ses quatre Protocoles additionnels (RS **0.353.11** ; RS **0.353.12** ; RS **353.13** et RS **0.353.14**) ainsi que des accords multilatéraux et bilatéraux en vigueur entre les Parties régissant l'entraide judiciaire en matière pénale et l'extradition.

¹⁰⁵ « Les Conventions doivent être respectées ».

¹⁰⁶ Notamment ATF **137** IV 134 ; **133** IV 40 ; **129** II 269 consid. 2 ; **116** Ib 456 consid. 3b ou **107** Ib 260 consid. 2c.

¹⁰⁷ Par ex. l'art. 19 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, RS **0.311.54** ou l'art. 49 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, RS **0.311.56**.

¹⁰⁸ Art. 67a EIMP.

Art. 18 Extradition ou poursuite

L’art. 18, par. 1, présente un lien avec l’art. 14, par. 3, de la Convention et consacre le principe bien établi au niveau international « aut dedere aut iudicare », selon lequel l’Etat requis doit soit ouvrir une procédure d’extradition¹⁰⁹, soit lancer des poursuites pénales s’il n’extrade pas l’auteur présumé de l’infraction. Lorsque la Suisse reçoit une demande d’extradition, elle a besoin d’informations de l’Etat requérant dans les deux situations, tant si elle entame une procédure d’extradition¹¹⁰ que si elle refuse l’extradition et lance des poursuites pénales¹¹¹.

Une extradition n’est pas possible si la personne recherchée est de nationalité suisse et ne consent pas à son extradition¹¹² ou que les standards minimaux de protection des droits individuels résultant de la Convention européenne des droits de l’homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne sont pas garantis¹¹³.

L’obligation de poursuivre l’auteur présumé de l’infraction s’il n’est pas extradé ne représente pas une nouveauté pour la Suisse. D’ailleurs même sans la Convention, la Suisse dispose de la possibilité, si l’extradition est exclue ou inopportune, de réprimer à sa place une infraction à la demande de l’Etat dans lequel l’infraction a été commise¹¹⁴.

L’art. 18, par. 2, de la Convention vise les cas dans lesquels, en vertu de leur législation interne, les Parties extradent ou remettent un de leurs ressortissants « à la condition que l’intéressé lui sera remis pour purger la peine qui lui a été imposée à l’issue du procès ou de la procédure pour lesquels l’extradition ou la remise avait été demandée ». Cette disposition ne s’applique pas à la Suisse, car l’art. 7 EIMP régit l’extradition de nationaux moyennant leur consentement écrit, qui est révocable tant que la remise n’a pas été ordonnée. Sans un tel consentement, il est procédé à la poursuite pénale de la personne réclamée au sens de l’art. 18, par. 1, de la Convention.

Art. 19 Extradition

L’art. 19, par. 1, représente une clause usuelle entérinée par de nombreux instruments de lutte contre le terrorisme et contre la criminalité internationale. Cette disposition enjoint aux Parties de considérer que les infractions au sens de la Convention constituent des infractions extraditionnelles selon les traités d’extradition applicables.

L’art. 19, par. 2, est une disposition potestative sans pertinence pour la Suisse qui n’a pas besoin d’un traité pour pouvoir extradition, car son droit interne¹¹⁵ lui en donne la faculté et précise les conditions légales.

¹⁰⁹ Art. 47 ss EIMP.

¹¹⁰ La Suisse agit en application des accords internationaux (par ex. art. 12 ss de la Convention européenne d’extradition ; CEEExtr ; RS **0.353.1**) et des art. 28, al. 3, 32 ss et 41 EIMP.

¹¹¹ Dans ce cas, l’autorité étrangère doit soumettre une demande de poursuite pénale et notamment transmettre à l’OFJ le dossier pénal ainsi que les preuves existantes. L’OFJ transmet cette demande (et le dossier de l’enquête diligentée par l’Etat requérant) à l’autorité suisse compétente. Les poursuites pénales suivent les règles applicables dans notre pays.

¹¹² Art. 7, al. 1, EIMP.

¹¹³ Notamment l’ATF **124** II 140, consid. 3a.

¹¹⁴ Délégation de la poursuite pénale selon les art. 85 ss EIMP.

¹¹⁵ Art. 32 ss EIMP.

L’art. 19, par. 3, exige des Parties ne subordonnant pas l’extradition à l’existence d’un traité qu’elles reconnaissent les infractions prévues par la Convention comme cas d’extradition entre elles, dans les conditions prévues par la législation de la Partie requise. L’EIMP règle la procédure d’extradition et assujettit cette dernière à diverses conditions, telles qu’une peine minimale, la double incrimination et le respect des garanties offertes par la CEDH et le Pacte ONU II¹¹⁶.

L’art. 19, par. 4, représente une clause usuelle se rapportant à la compétence¹¹⁷, contenue dans plusieurs autres instruments internationaux¹¹⁸ visant à faciliter la coopération avec l’objectif d’éviter que l’auteur d’une infraction incluse dans la Convention puisse échapper à des poursuites pénales.

Enfin l’art. 19, par. 5, est lié à l’art. 26, par. 2. Il reprend une pratique développée dans le cadre de différents instruments internationaux en vue d’améliorer la coopération internationale en matière d’infractions terroristes. Il en résultera la modification de l’art. 3, par. 1, de la Convention européenne d’extradition (voir les développements relatifs à l’art. 20 ci-dessous) ainsi que des autres traités notamment bilatéraux incompatibles avec la présente Convention. La Suisse s’est adaptée à cette pratique depuis de nombreuses années.

Art. 20 Exclusion de la clause d’exception politique

L’art. 20 régit la « dépolitisation » des infractions terroristes selon la Convention en ce qui concerne l’entraide judiciaire et l’extradition. Cette clause correspond à une tendance qui existe depuis fin janvier 1977, lorsque le Conseil de l’Europe a adopté la Convention européenne pour la répression du terrorisme¹¹⁹. L’ONU a confirmé cette évolution dans les instruments ultérieurs de lutte contre le terrorisme¹²⁰. En effet, les infractions terroristes sont si graves que le motif « infraction politique » ne peut pas empêcher l’extradition ni l’entraide judiciaire entre les Etats. Une plus grande collaboration et un soutien mutuel interétatiques contre une telle criminalité sont nécessaires pour contrer la montée en puissance de la menace terroriste.

La présente disposition modifie les instruments d’entraide judiciaire et d’extradition en vigueur relativement à l’appréciation de la nature des infractions visées par la Convention. En droit interne, l’art. 3, al. 2, EIMP confirme déjà la « dépolitisation »

¹¹⁶ Art. 2 et 32 ss EIMP.

¹¹⁷ Art. 14 de la Convention.

¹¹⁸ Notamment à l’art. 11, par 4, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ; RS **0.353.22** ou art. 13, par. 4, de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire ; RS **0.353.23**.

¹¹⁹ RS 0.353.3.

¹²⁰ Notamment la Convention pour la répression du financement du terrorisme et la Convention pour la répression des attentats terroristes à l’explosif ; RS **0.353.21** contient également une telle réglementation ; et voir aussi par ex. l’art. 3, par. 2, du traité d’extradition entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d’Amérique (RS **0.353.933.6**).

de certains actes graves¹²¹. Différents principes de coopération sont applicables et une telle règle est conforme au droit suisse¹²².

Un système de réserve avec ses limites est mis en place à l'art. 20, par. 2 à 6. La Suisse n'a pas besoin d'une telle réserve, dans la mesure où de longue date elle ne fait pas valoir la clause d'exception politique pour des actes concernant lesquels des instruments onusiens ratifiés par notre Etat « dépolitisent » les infractions concernées. D'ailleurs, l'art. 20, par. 4, ne permet pas à l'Etat ayant émis une telle réserve de requérir que les autres Etats ne l'appliquent pas à son égard.

Art. 21 Clause de discrimination

L'art. 21 constitue une clause obligatoire de non-discrimination se rapportant au but déguisé de la poursuite pour des motifs de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique ou d'opinions politiques de la personne concernée. Cette disposition se trouve dans d'autres instruments internationaux¹²³ et a pour objectif d'éviter que l'Etat requis coopère en cas de réalisation des motifs énumérés à l'art. 21. Il s'agit de garantir à la personne poursuivie un standard de protection minimale¹²⁴ correspondant à celui offert par le droit des Etats démocratiques, et ainsi de se protéger contre des demandes abusives.

L'art. 21 présente la particularité que la demande n'est pas examinée en fonction de la nature de l'acte, mais en relation avec le mobile de ladite demande. La personne concernée dispose de la sorte d'un droit opposable à l'Etat requis de ne pas coopérer avec l'Etat requérant si ce dernier dissimule la nature effective de sa demande. Ceci est souvent difficile à établir, à moins que l'Etat requérant ne présente les caractéristiques d'un régime despote.

Il convient ici de rappeler, en application de l'art. 18 de la Convention, que si la Suisse n'exporte pas une personne, elle ouvrira des poursuites pénales à son encontre. D'autre part, la Suisse met en œuvre différents principes dans son système juridique, dont notamment la sauvegarde du droit d'asile¹²⁵ ainsi que la sauvegarde du non-refoulement lorsque les conditions en sont réalisées, de même que notre pays tient compte du risque d'être exposé à la torture ou à la peine de mort, ces risques sont d'ailleurs aussi combattus au sein du Conseil de l'Europe.

¹²¹ Certes, l'art. 20 excède la portée de l'art. 3, al. 2, EIMP, dans la mesure où il limite le pouvoir d'appréciation du Tribunal fédéral découlant de l'art. 3, al. 1, EIMP, notamment en matière d'extradition, lorsque la personne réclamée fait valoir qu'elle est poursuivie pour des motifs politiques.

¹²² Art. 1 EIMP, selon lequel le droit international est réservé ; voir aussi l'ATF **122 II 485** consacrant la primauté du droit international dans le domaine de la coopération judiciaire internationale pénale (le droit international prime le droit interne, sauf si ce dernier est plus favorable à la coopération que le traité) et voir aussi le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF **2011** 3401) ainsi que R. Zimmermann « La coopération judiciaire internationale en matière pénale, quatrième édition 2014 », pp. 233-234.

¹²³ Notamment l'art. 3, par. 2, de la Convention européenne d'extradition, l'art. 5 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme ou l'art. 16, par. 4, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

¹²⁴ Au sens du Pacte ONU II et de la CEDH.

¹²⁵ L'art. 55a EIMP réglemente la coordination entre la procédure d'extradition et la procédure d'asile.

Art. 22 Information spontanée

L'art. 22 reconnaît la possibilité pour les Parties de transmettre spontanément des informations recueillies dans leurs enquêtes pouvant aider la Partie qui les reçoit à réaliser l'objectif commun de mieux lutter contre la criminalité. La présente disposition s'inspire notamment de l'art. 11 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale¹²⁶ et porte sur l'entraide en général, suivant la tendance qui s'est développée dans la lutte contre le blanchiment, le crime organisé, la cybercriminalité ou la corruption. Les Etats Parties peuvent ainsi se communiquer des informations, sans demande préalable, sur des enquêtes ou des procédures. Une telle disposition est déjà prévue dans le droit suisse à l'art. 67a EIMP régissant la transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations et les conditions et les limites dont elle est assortie.

Il importe pour la Suisse que les informations transmises puissent être assorties de conditions, ce que l'art. 22, par. 2, consacre. L'art. 22, par. 3, dispose que l'Etat destinataire est dans ce cas tenu de respecter ces conditions. En ce sens l'information spontanée et ses conditions sont « à prendre ou à laisser » : soit l'Etat destinataire respecte les éventuelles conditions, soit il ne peut faire usage de l'information communiquée. Il convient de préciser que dans certains Etats, le droit national impose aux autorités d'intervenir si elles ont accès à une information. Ces pays peuvent faire usage de l'art. 22, par. 4, qui leur permet de déclarer que des informations ne peuvent pas leur être transmises sans leur accord préalable. La Suisse devra par conséquent prêter attention aux déclarations émises par les Etats concernés¹²⁷ en application de l'art. 22, par. 4, de la Convention¹²⁸.

A l'instar de l'art. 22 de la Convention, les deux dispositions législatives proposées aux art. 80d^{bis} AP-EIMP régissant la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuves et 80d^{ter} AP-EIMP instituant les équipes communes d'enquête ont pour but de renforcer une coopération judiciaire interétatique prompte et efficiente.

Art. 23 Signature et entrée en vigueur

La Convention est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, de la Communauté européenne et des Etats non membres qui ont participé à son élaboration¹²⁹. Les dispositions relatives à l'entrée en vigueur reprennent le libellé habituel des Conventions du Conseil de l'Europe. La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001 après la ratification par le sixième Etat¹³⁰. Elle entrera en vigueur en Suisse au début du mois qui suivra l'expiration d'une période de trois mois après la date de dépôt de l'instrument de ratification.

¹²⁶ Voir les explications relatives à l'art. 17 de la Convention.

¹²⁷ En ce qui concerne le Deuxième Protocole, notamment l'Allemagne, la Belgique, le Royaume-Uni, la Norvège ou l'Ukraine ont émis une telle déclaration.

¹²⁸ Une éventuelle déclaration émise par un Etat se rapporte au fait qu'il ne se soumettra pas aux conditions émises par les autres Etats (et non pas au fait que les informations transmises par ses autorités seront soumises à une ou plusieurs conditions, comme pour la Suisse en application de la règle de la spécialité).

¹²⁹ Les Etats non membres du Conseil de l'Europe sont le Saint-Siège, le Canada, le Japon, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique ; voir le ch. 249 du RE.

¹³⁰ Voir le ch. 1.1.

Art. 24 Adhésion à la Convention

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe peut, après avoir obtenu l'assentiment unanime des Parties, inviter d'autres Etats non membres à adhérer à la Convention. Cette possibilité n'a pas encore été exploitée ; pour l'instant, toutes les Parties à la Convention sont membres du Conseil de l'Europe.

Autres dispositions (art. 25 à 32 et annexe)

Les clauses finales suivent le libellé habituel des Conventions du Conseil de l'Europe. Elles concernent l'application territoriale, les effets de la Convention, les amendements à la Convention¹³¹, la révision de l'annexe¹³², le règlement des différends¹³³, la consultation des Parties, la dénonciation et la notification.

Le comité d'experts du Conseil de l'Europe compétent, sous présidence suisse, a adopté en 2010 le mécanisme d'examen de la Convention. Ce mécanisme ne représente pas un surcroît de travail notable puisqu'il ne prévoit que deux réunions par an¹³⁴ et qu'il se base sur des contributions écrites et thématiques des Etats.

3 Les dispositions du Protocole additionnel et leur relation avec la législation suisse

Art. 1 But

Cette disposition se fonde principalement sur la Convention et n'appelle pas de commentaires particuliers en ce qui concerne la mise en œuvre dans le droit interne.

Art. 2 Participer à une association ou à un groupe à des fins de terrorisme

Cette disposition impose aux Parties d'ériger en infraction pénale le fait de participer aux activités d'une association ou d'un groupe afin de contribuer à la commission d'une infraction terroriste par l'association ou le groupe. L'infraction concernée étant déjà commise en amont de l'infraction principale, les rédacteurs ont renoncé à incriminer la tentative, la complicité et l'instigation¹³⁵, un choix qui permet également de garantir une précision suffisante de la norme et la possibilité de prouver le comportement visé.

Durant les délibérations, les Parties ont examiné la possibilité d'étendre l'infraction définie à l'art. 6 de la Convention¹³⁶ au recrutement passif. Il est rapidement apparu que, pour la majorité des Etats, « se faire recruter pour le terrorisme » est un proces-

¹³¹ Aucun amendement n'a encore été proposé, et aucun travail préparatoire dans ce sens n'est en cours pour le moment.

¹³² En vertu de l'art. 28, la liste des traités en annexe de la Convention peut être modifiée ou complétée sur décision majoritaire (une Partie peut formuler une objection). Voir les explications relatives à l'art. 1 de la Convention.

¹³³ A ce jour, aucun mécanisme de règlement des différents n'a été déclenché.

¹³⁴ Les réunions se tiennent toujours juste avant celles du CODEXTER.

¹³⁵ Voir l'art. 9 du Protocole.

¹³⁶ Recrutement pour le terrorisme, voir ci-dessus.

sus intérieur qui n'est pas assez précis pour pouvoir être incriminé. Les rédacteurs ont donc décidé de se baser sur un comportement concret et de punir la participation à une association ou à un groupe, puisque cet acte satisfait au critère de précision et peut être observé par une personne extérieure.

Les conduites visées dans cet article sont vraisemblablement déjà punissables dans la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe. En Suisse, l'art. 260^{ter} CP pénalise le soutien et la participation à une organisation criminelle. Selon la doctrine et une jurisprudence constante, cette infraction comprend le soutien et la participation à une organisation terroriste¹³⁷. Indépendamment de l'infraction proprement dite, le droit suisse punit également les actes visant à préparer une infraction terroriste¹³⁸, la tentative de la commettre¹³⁹ ou la participation à sa commission¹⁴⁰. En ce qui concerne les groupes Al-Qaïda, Etat islamique et les organisations apparentées, l'art. 2 de la loi fédérale les concernant¹⁴¹ s'applique.

Le droit suisse en vigueur ne doit pas être modifié pour mettre en œuvre l'art. 2 du Protocole additionnel.

Art. 3 Recevoir un entraînement pour le terrorisme

Les Parties sont tenues d'ériger en infraction pénale le fait de recevoir des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes ou de substances dangereuses, ou pour d'autres méthodes ou techniques spécifiques, afin de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission.

L'infraction passive visée par cette disposition fait pendant à l'entraînement pour le terrorisme défini à l'art. 7 de la Convention¹⁴². Comme pour l'art. 2 du Protocole additionnel, les rédacteurs ont renoncé à incriminer la participation à cette infraction.

L'art. 260^{ter} CP ou l'art. 2 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées peuvent s'appliquer à cette infraction à condition qu'un lien avec une organisation terroriste soit établi. Si les instructions concernent un acte de violence suffisamment précis, les tribunaux contrôlent s'il y a eu commission d'un acte préparatoire délictueux¹⁴³, instigation ou toute autre forme de participation¹⁴⁴. Toutefois, selon le droit suisse, le fait de recevoir un entraînement n'est pas un acte punissable s'il est effectué indépendamment d'un groupe, d'une organisation ou d'une infraction terroriste prévue¹⁴⁵.

Comme pour la mise en œuvre de l'art. 7 de la Convention, nous proposons de créer une norme pénale qui érige explicitement en infraction pénale le fait de recevoir un entraînement pour le terrorisme¹⁴⁶. L'infraction est constituée lorsque le comportement de la personne concernée peut être observé par une personne extérieure. Le nouvel article qu'il est prévu d'introduire dans la législation suisse répond aux exi-

¹³⁷ Voir les explications relatives à l'art. 6 de la Convention.

¹³⁸ Art. 260^{bis} CP.

¹³⁹ Art. 22 CP.

¹⁴⁰ Art. 24 ou 25 CP.

¹⁴¹ RS **122.0** ; voir les explications relatives à l'art. 6 de la Convention.

¹⁴² Voir les explications relatives à l'art. 7 de la Convention.

¹⁴³ Art. 260^{bis} CP.

¹⁴⁴ Art. 24 ss CP.

¹⁴⁵ Voir aussi les explications relatives à l'art. 7 de la Convention.

¹⁴⁶ Voir les explications au ch. 2 et l'art. 260^{sexies} AP-CP proposé au ch. 4.2.

gences de la Convention et réunira les règles relatives au fait de dispenser et de recevoir un entraînement dans une même norme pénale¹⁴⁷.

Art. 4 Se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme

L'art. 4 constitue la pièce maîtresse du Protocole additionnel. Il se base dans une large mesure sur les exigences du par. 6 de la résolution 2178¹⁴⁸ et oblige les Etats à ériger en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme¹⁴⁹. En raison de l'aspect restrictif du concept de « combattants terroristes étrangers », le Protocole additionnel et la résolution ne s'appliquent pas aux personnes qui se déplacent au sein d'un même Etat ou qui se rendent dans leur Etat de résidence ou de nationalité, c'est-à-dire dans un Etat où elles ne sont pas « étrangères » au sens de la résolution. Les Parties sont cependant libres de renoncer à ce critère restrictif tant qu'elles respectent la souveraineté des autres pays¹⁵⁰.

Les Etats peuvent établir d'autres conditions exigées par leurs principes constitutionnels afin de limiter la punissabilité. Le Protocole additionnel incrimine aussi la tentative de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme¹⁵¹.

L'art. 4 suppose de punir des actes commis bien en amont de l'infraction principale, ce qui peut entrer en contradiction avec les principes de liberté personnelle, de liberté de circulation et de liberté de voyager établis au niveau national et international. En conséquence, le Protocole additionnel laisse la possibilité aux Etats de restreindre et de préciser l'application de cette disposition.

En Suisse, de nombreuses procédures pénales en rapport avec le djihadisme radical sont en cours. Elles sont notamment menées à l'encontre de « voyageurs du djihad » pour infraction à l'art. 2 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, pour avoir soutenu une organisation criminelle ou pour avoir participé à celle-ci¹⁵². Les autorités compétentes ont procédé à des arrestations de voyageurs du djihad en Suisse comme à l'étranger. Pour la première fois en décembre 2014, le Ministère public de la Confédération (MPC) a condamné par ordonnance pénale un voyageur du djihad revenu en Suisse¹⁵³.

Au vu de la base légale en vigueur et des efforts des autorités de poursuite pénale compétentes visant à faire preuve de fermeté envers les voyageurs du djihad et à poursuivre leurs actes, la Suisse remplit majoritairement les exigences de l'art. 4 du Protocole additionnel à ce jour. Ce point de vue trouve sa justification en particulier dans le préambule de la résolution 2178 du CSNU qui souligne l'importance des libertés fondamentales, et par le Protocole additionnel qui met en exergue les prin-

¹⁴⁷ Voir le ch. 4.2 relatif à l'art. 260^{sexies} AP-CP.

¹⁴⁸ Voir le ch. 1.3 relatif à l'élaboration du Protocole.

¹⁴⁹ Fait de se rendre dans un Etat afin de commettre, de contribuer ou de participer à une infraction terroriste, ou afin de dispenser ou de recevoir un entraînement pour le terrorisme.

¹⁵⁰ Voir également l'art. 94 du code pénal militaire du 13 juin 1927 sur le service militaire étranger.

¹⁵¹ Art. 4, par. 3, du Protocole.

¹⁵² Art. 260^{ter} CP.

¹⁵³ La personne concernée n'a été condamnée qu'à 600 heures de travail d'intérêt général avec sursis en raison de sa situation personnelle et du degré d'illicéité faible de l'infraction commise. L'autorité a également prononcé une mesure thérapeutique ambulatoire.

cipes de proportionnalité et de précision des normes pénales ainsi que la liberté de circulation et la liberté de voyager entérinées par le droit international et le droit interne. L'acte de se rendre à l'étranger ne doit être déclaré comme infraction pénale que dans certaines conditions très particulières¹⁵⁴ et lorsque la personne concernée a l'intention de commettre une infraction terroriste.

Pour déterminer si une norme pénale spécifique qui érige en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme doit être introduite, il convient de relever que la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées n'a effet que jusqu'au 31 décembre 2018¹⁵⁵. Cette limite temporelle plaide en faveur de l'introduction d'une norme pénale spécifique. De plus, elle pourrait être élaborée sans mentionner d'organisations répertoriées au niveau national ou international ; elle aurait une portée générale, ce qui améliorerait moyen terme la sécurité juridique et la prévisibilité du droit pénal.

Quatre¹⁵⁶ des cinq pays étudiés punissent le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme. Seul le Danemark ne dispose pas d'une telle interdiction. L'Allemagne et l'Italie ont explicitement inscrit l'interdiction de tels voyages dans leur code pénal respectifs. Si l'Autriche ne dispose pas d'une disposition légale explicite contre les voyages à des fins de terrorisme, la jurisprudence considère que ces voyages sont une forme de participation à une association terroriste et sont punissables à ce titre.

Au vu du nombre encore élevé de cas, de la comparaison avec le droit interne d'autres pays et en particulier des exigences des organisations internationales envers leurs Etats membres, nous proposons d'introduire une norme pénale spécifique qui érige en infraction pénale le fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme. Rien ne s'oppose à ce que cette norme soit combinée à celle qui érige en infraction pénale l'entraînement et le recrutement pour le terrorisme, au contraire : sur le plan de la systématique et sur le plan du contenu, les associer donnerait une meilleure vue d'ensemble et amélioreraient la lisibilité de la législation.

Art. 5 Financer des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme

L'art. 5 du Protocole additionnel vise également à mettre en œuvre l'obligation contenue dans le par. 6 de la résolution 2178 et impose aux Etats d'ériger en infraction pénale le financement, par la fourniture ou la collecte de fonds, de voyages à l'étranger au sens de l'art. 4. L'auteur doit savoir que les fonds servent à financer des voyages à l'étranger pour que les conditions de l'infraction soient réunies¹⁵⁷.

D'après le rapport explicatif du Protocole additionnel, les Etats n'ont pas l'obligation de prévoir une norme pénale distincte pour punir le financement de

¹⁵⁴ Ch. 47 du rapport explicatif du Protocole (ci-après RE PA), disponible à l'adresse <http://www.coe.int/fr/web/Conventions/full-list/-/Conventions/treaty/217>.

¹⁵⁵ Art. 4, al. 2. En vertu de l'art. 74 de la nouvelle LRens (pas encore en vigueur), le Conseil fédéral peut interdire 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 et extérieure, et ériger en infraction pénale la participation et le soutien à cette organisation ou à ce groupement. L'interdiction se fonde sur une décision des Nations unies ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, voir le ch. 4.3.

¹⁵⁶ L'Allemagne, la France, l'Italie et l'Autriche.

¹⁵⁷ Et pas seulement s'accommoder de cette éventualité.

voyages à des fins de terrorisme. Ils peuvent incriminer cette infraction comme un acte préparatoire ou comme une complicité à l'infraction principale¹⁵⁸. Ils sont cependant libres d'adopter des normes séparées s'ils considèrent que ce mécanisme est approprié.

De manière analogue au fait de se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme, les droits allemand et italien punissent explicitement le financement de tels voyages. L'Autriche et la France incriminent quant à elles le financement du terrorisme sans prévoir une disposition autonome pour le financement des voyages à des fins de terrorisme ; celui-ci n'est punissable que si le voyage à des fins de terrorisme est considéré comme une infraction terroriste en soi dans la législation de ces pays. La législation danoise suit la même logique.

Comme pour la mise en œuvre de l'infraction principale définie à l'art. 4 du Protocole additionnel, nous proposons d'introduire une disposition distincte qui régirait le financement des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme. Elle pourrait également s'intégrer dans la nouvelle disposition qui érigerait en infraction pénale l'entraînement, le recrutement et le voyage à des fins de terrorisme¹⁵⁹. L'adoption d'une telle disposition pénale permettrait également de supprimer une défaillance identifiée par le GAFI dans le cadre de l'examen de la Suisse en 2016. Dans son rapport, le GAFI est en effet parvenu à la conclusion que : « *le financement [de voyages à des fins terroristes] ne serait pas incriminé dans l'hypothèse improbable où le voyage serait sans lien avec une organisation, ni avec un acte terroriste quelconque* »¹⁶⁰. Cette préoccupation faisait écho à l'apparition de plus en plus fréquente de « loups solitaires », à savoir de personnes décidant d'entreprendre un voyage à l'étranger à des fins terroristes sans être membre d'une organisation terroriste ou sans avoir au préalable contacté un membre d'une telle organisation.

Art. 6 Organiser ou faciliter par quelque autre manière des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme

L'art. 6 du Protocole additionnel se fonde lui aussi sur la résolution 2178 du Conseil de sécurité¹⁶¹ pour imposer aux Etats d'ériger en infraction pénale tout acte consistant à organiser ou faciliter d'une autre manière des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme. Comme pour l'article précédent, le rapport explicatif établit que les Etats peuvent punir cette infraction comme un acte préparatoire ou comme une complicité à l'infraction principale, sans créer de norme pénale spécifique.

Comme pour le financement des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme et en conformité avec les exigences de la résolution 2178, nous proposons d'inclure explicitement l'incrimination de l'organisation de ces voyages et du recrutement à cette fin dans la disposition relative aux voyages à l'étranger à des fins de terrorisme. Si les conditions additionnelles sont remplies, les actes de facilitation pourront également être couverts par la disposition sanctionnant les organisations criminelles ou terroristes¹⁶² ou être considérés comme infraction à la loi fédérale interdi-

¹⁵⁸ Ch. 58 RE PA.

¹⁵⁹ Voir les explications relatives à l'art. 260^{sexies}, al. 2, AP-CP au ch. 4.2.

¹⁶⁰ GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, Décembre 2016, Annexe 2, Critère 5.2^{bis}, p. 180.

¹⁶¹ Voir aussi les explications relatives à l'art. 5 du Protocole.

¹⁶² Art. 260^{ter} AP-CP.

sant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées¹⁶³. Comme pour le financement de voyages à l'étranger à des fins de terrorisme, les cas où aucun lien avec une organisation terroriste ne peut être établi ne seront pas couverts. Les deux dispositions ne pourront s'appliquer conjointement que dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire quand la peine prévue par une seule disposition ne sera pas suffisamment élevée par rapport à la gravité de l'acte commis.

Art. 7 Echange d'informations

Selon l'art. 7 du Protocole additionnel, les Etats sont tenus de prendre les mesures nécessaires, conformément à leur droit interne, pour renforcer l'échange rapide entre les Etats concernés de toute information pertinente relative aux personnes se rendant à l'étranger à des fins de terrorisme. A cet effet, les Etats désignent des points de contact disponibles 24 heures sur 24, 7 jours sur 7.

Le but de cette disposition, tel que précisé par le rapport explicatif et exprimé de manière univoque par les Etats au cours des délibérations, n'est pas d'échanger des informations dans le cadre de l'entraide judiciaire¹⁶⁴, mais de communiquer le plus rapidement possible des informations pertinentes pour la police.

Il existe déjà un tel point de contact en matière d'échanges policiers internationaux en Suisse. Il s'agit de la Centrale d'engagement de fedpol (CE fedpol), joignable 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 pour les organisations partenaires en Suisse et à l'étranger. La CE fedpol garantit en outre le contact immédiat avec les autorités suisses compétentes en cas de nécessité.

Les tâches prévues dans cet article seront prises en charge par la CE fedpol. Il n'est pas nécessaire de créer un point de contact distinct.

Art. 8 Conditions et sauvegardes

Cet article impose aux Etats de garantir le respect des droits de l'homme et établit les principes de proportionnalité et de nécessité lors de la mise en œuvre du Protocole additionnel. Bien que la disposition correspondante de la Convention¹⁶⁵ s'applique de manière automatique au Protocole additionnel, les Parties ont décidé au cours des délibérations de rappeler explicitement la place centrale que ces principes occupent dans le Protocole additionnel.

Art. 9 à 14 Relation entre le Protocole et la Convention, signature et entrée en vigueur, adhésion au Protocole, application territoriale, dénonciation, notifications

Etant donné que les clauses finales reprennent le libellé de tous les instruments pénaux du Conseil de l'Europe, elles n'appellent pas de commentaires particuliers.

¹⁶³ RS **122.0**.

¹⁶⁴ Il existe une différence conceptuelle avec les points de contact disponibles 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 au sens de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, art. 35, RS **0.311.43**, à laquelle la Suisse est Partie, qui porte dans une large mesure aussi sur l'échange d'informations dans le cadre de l'entraide judiciaire.

¹⁶⁵ Art. 12 de la Convention en relation avec l'art. 9, 2^{ème} phrase, du Protocole.

Comme pour la Convention, six Etats doivent ratifier le Protocole additionnel pour qu'il entre en vigueur¹⁶⁶. Le Protocole additionnel peut être signé par les Etats membres du Conseil de l'Europe, par l'Union Européenne et par les Etats non membres qui ont participé à son élaboration¹⁶⁷. Un Etat ne peut ratifier le Protocole additionnel sans avoir auparavant ou simultanément ratifié la Convention.

Les dispositions relatives à l'entrée en vigueur correspondent au libellé habituel des Conventions du Conseil de l'Europe¹⁶⁸. Le Protocole additionnel entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2017¹⁶⁹. En Suisse, il entrera en vigueur au début du mois suivant l'expiration du délai de trois mois après le dépôt de l'instrument de ratification.

Le Conseil fédéral se base sur l'art. 7 du Protocole additionnel pour informer le Conseil de l'Europe que le point de contact compétent est l'Office fédéral de la police (fedpol).

4 Les nouvelles dispositions en droit suisse

4.1 L'art. 260^{ter} AP-CP : organisations criminelles et terroristes

4.1.1 Contexte

Le 10 décembre 2010, dans son rapport sur d'éventuelles modifications ou extensions des normes pénales contre le crime organisé¹⁷⁰, le Conseil fédéral a confirmé l'adéquation de l'art. 260^{ter} CP à la lutte contre le crime organisé. Il a situé les difficultés non pas dans le fait que les normes pénales existantes ne suffiraient pas à appréhender ces formes de criminalité, mais plutôt dans les obstacles qui s'opposent, à l'échelon local ou cantonal, à leur poursuite ou rendent celle-ci compliquée et empêchent notamment qu'elle porte sur l'ensemble des faits et qu'elle produise ses effets à long terme. Il a rappelé combien le travail accompli et l'expérience des cantons en matière de poursuite pénale étaient indispensables à la poursuite des réflexions.

Les années qui ont suivi ont été consacrées à l'optimisation de la collaboration interne en matière de poursuite des formes de criminalité complexes, dont le crime organisé. La Convention entre le DFJP et la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) concernant la coopération policière entre la Police judiciaire fédérale (PJF) et les corps de police cantonaux et municipaux¹⁷¹, conclue les 14 et 15 novembre 2013, règle la collaboration entre la PJF et les cantons en particulier pour les tâches de police judiciaire. Elle énonce les mesures propres à renforcer l'efficacité de la coopération policière entre la Confédération et les cantons dans la poursuite de toutes les formes de criminalité complexe. Elle se fonde notamment sur le partage des compétences entre autorités de poursuite pénale et tribunaux établi par le CPP. Elle comporte une liste de prestations de

¹⁶⁶ Art. 10, par. 1 et 2.

¹⁶⁷ Sous réserve d'avoir signé la Convention.

¹⁶⁸ Voir aussi les explications relatives à l'art. 23 de la Convention.

¹⁶⁹ Voir aussi le ch. 1.3.

¹⁷⁰ A consulter à l'adresse <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2010/2010-12-10/ber-br-f.pdf>.

¹⁷¹ A consulter à l'adresse <https://www.kkjp.ch/fr/actuel/publications>.

soutien (par ex. aide aux investigations) que la PJF peut fournir aux corps de police cantonaux.

C'est également dans un objectif d'efficacité que la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS)¹⁷² a adopté le 21 novembre 2013 la Recommandation relative à la coopération en matière de lutte contre la criminalité complexe¹⁷³. Elle complète la Convention conclue entre la CCDJP et le DFJP en intégrant la perspective des autorités de poursuite pénale et des ministères publics. Elle vise l'optimisation de la collaboration entre les ministères publics cantonaux et le MPC sur les formes complexes de la criminalité, notamment la traite des êtres humains, sans exclure pour autant une collaboration dans d'autres domaines du crime organisé.

Le 10 février 2015, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a déposé une motion dans laquelle elle chargeait le Conseil fédéral de proposer une modification de l'art. 260^{ter} CP¹⁷⁴. Cette motion faisait suite à l'important écho médiatique des enquêtes pénales sur des soupçons de participation et de soutien à des organisations criminelles¹⁷⁵ et demandait la prise en compte des difficultés énoncées au cours des années écoulées par les autorités chargées de la lutte contre le crime organisé. Elle exigeait qu'on examine l'opportunité d'adapter la définition de l'organisation criminelle, les éléments constitutifs de l'infraction et la quotité de la peine. Le Parlement a adopté la motion.

Lors de sa séance du 3 septembre 2015, la Commission des affaires juridiques pénales de la CCDJP, a décidé d'instituer un groupe de travail placé sous la direction du procureur général de la Confédération qui serait chargé d'élaborer une proposition quant au contenu du futur art. 260^{ter} CP. Fort de son expérience pratique, ce groupe de travail a suggéré des adaptations matérielles de la norme pénale. Ses travaux se sont déroulés indépendamment de ceux du Parlement et de l'administration. Le président de la CCDJP a transmis la proposition du groupe de travail à la cheffe du DFJP (département compétent) le 8 septembre 2016, en la priant de tenir compte de ces adaptations.

Le groupe de travail souhaite, en particulier, que l'appartenance à une organisation criminelle, sans contribution tangible à ses activités, suffise à fonder la punissabilité. Il propose aussi une infraction qualifiée pour punir plus durement les figures centrales du crime organisé. La peine maximale encourue passerait de cinq à dix ans pour l'infraction de base et même à 20 ans pour l'infraction qualifiée. Il y aurait également une peine minimale de six mois pour l'infraction de base et de trois ans pour l'infraction qualifiée. Le groupe de travail a élaboré une définition légale des éléments composant une organisation criminelle et une réglementation explicite du concours d'infractions, qui implique que le juge ne prononce plus de condamnation fondée sur l'art. 260^{ter} CP à titre subsidiaire, mais que l'auteur écope d'une peine supplémentaire s'il commet une infraction pour une organisation criminelle.

La Commission des affaires juridiques pénales a également proposé une nouvelle infraction de participation et de soutien à une organisation terroriste, structurée de la

¹⁷² Aujourd'hui la Conférence des procureurs de Suisse (CPS).

¹⁷³ A consulter à l'adresse <https://www.ssk-cps.ch/empfehlungen?lang=fr>.

¹⁷⁴ Motion 15.3008.

¹⁷⁵ Voir par ex. le communiqué du 18 mars 2016 de l'OFJ annonçant la mise en détention en vue de leur extradition de quinze membres présumés d'une organisation mafieuse, à consulter à l'adresse <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2016/2016-03-08.html>.

même manière que pour les organisations criminelles. Elle suggère d'énumérer quelques organisations terroristes¹⁷⁶ à la suite de la définition légale. La peine minimale proposée est d'un an.

4.1.2 Commentaire du nouvel article

4.1.2.1 Généralités

La norme pénale contre le crime organisé a fait la preuve de son efficacité. Les besoins et les propositions des autorités de poursuite pénale, notamment du MPC, n'en ont pas moins été entendus, d'où les adaptations proposées dans l'avant-projet. Il importe de noter que l'art. 260^{ter} AP-CP suppose une punissabilité en amont. Le simple fait de participer à une organisation ou de la soutenir, sans lien aucun avec une infraction commise en son sein, justifie une sanction. Un comportement qui, pris isolément, serait légal devient répréhensible. L'extension de la norme pénale demande qu'on prête une attention particulière aux principes de proportionnalité et de précision de la base légale, dans l'intérêt de la sécurité du droit. Il faut éviter toute atteinte aux droits fondamentaux qui serait disproportionnée et dont les contours ne seraient pas suffisamment nets.

La nouvelle norme est conçue de la même manière que celle en vigueur. Sur le plan de la systématique, elle continuera de figurer parmi les crimes ou délits contre la paix publique¹⁷⁷.

Dans le droit en vigueur, l'organisation criminelle est définie par son caractère secret et par son but criminel. La doctrine, la jurisprudence et le message introduisant la punissabilité de l'organisation criminelle en droit suisse¹⁷⁸ ont développé d'autres critères qui ne doivent pas forcément tous être réunis, mais qui doivent atteindre un degré qualitatif et quantitatif tel qu'il prouve la dangerosité extraordinaire de l'organisation et qu'il peut être la cause des difficultés rencontrées dans la poursuite pénale.

4.1.2.2 Caractère secret et soutien de l'organisation dans son activité criminelle

Le *critère du secret* ne signifie pas forcément que l'organisation cache son existence entière. Il peut se référer au maintien du secret à l'interne¹⁷⁹ sur sa structure et ses effectifs. On considère que la dissimulation doit être systématique. Ce critère se fonde sur l'idée que le maintien du secret renforce le pouvoir exercé à l'intérieur et à l'extérieur de l'organisation et sa dangerosité. La dissimulation complique aussi considérablement le travail des enquêteurs et des autorités de poursuite pénale. On ne saurait occulter que la doctrine et la jurisprudence ont critiqué l'inapplicabilité de cette exigence légale¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Al-Qaïda, Etat islamique et les organisations apparentées.

¹⁷⁷ Art. 258 ss CP.

¹⁷⁸ Voir Engler, in Basler Kommentar, 2013, n° 5 ss ad art. 260^{ter} et FF 1993 III 269, 287 ss.

¹⁷⁹ Pas seulement de la discréption vis-à-vis des personnes extérieures ou des représentants des autorités de poursuite pénale.

¹⁸⁰ Voir Engler, Basler Kommentar, 2013, n° 8 ad art. 260^{ter} et les références citées.

Nous proposons de renoncer à ce critère jusque-là impératif, puisque statué dans le droit en vigueur. Cela ne signifie pas pour autant que cet élément deviendra insignifiant lorsqu'il s'agira de déterminer si l'on est ou non en présence d'une organisation criminelle. Il continuera d'être employé dans l'évaluation du potentiel criminel de l'organisation, tout comme d'autres caractéristiques telles que la hiérarchie, le partage des tâches, la durée d'existence, le professionnalisme et la capacité à imposer le pouvoir à l'interne¹⁸¹.

La suppression du critère du secret à l'al. 1 facilitera le travail des autorités de poursuite pénale sur un point essentiel et donnera plus de poids à cette disposition dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, sans pour autant étendre de manière disproportionnée le champ d'application de la norme ni réduire sa précision. L'art. 260^{ter} AP-CP continuera de s'appliquer à des groupes de personnes dont émane une dangerosité extraordinaire et qu'il est difficile, du fait de leur structure, de leur importance ou de leur pouvoir, d'atteindre avec les moyens usuels du droit pénal, qui s'attachent à la commission d'actes isolés.

Une personne qui ne participe pas à une organisation criminelle peut être punissable si elle soutient l'organisation depuis l'extérieur. Le soutien englobe toute contribution notable au renforcement de l'organisation, sans qu'il faille prouver une quelconque contribution à une infraction concrète. Il peut aussi consister en une activité qui, prise isolément, est légale¹⁸².

Par contre, selon la teneur de l'article en vigueur, il faut que l'organisation ait été soutenue dans son activité criminelle pour fonder la punissabilité. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le soutien suppose une contribution consciente à l'activité criminelle même de l'organisation, par la livraison d'armes, l'administration de biens patrimoniaux ou une aide logistique. D'un point de vue subjectif, il faut que la personne sache que sa contribution pourrait servir la poursuite du but criminel de l'organisation, ou qu'elle prévoie cette éventualité et l'accepte si elle se réalise¹⁸³. En revanche, il n'est pas nécessaire de démontrer un lien de causalité entre l'acte de soutien et un acte criminel. En application de ces principes, le Tribunal fédéral est récemment arrivé à la conclusion que la mise à disposition de sites Internet pour favoriser la propagande d'une organisation terroriste¹⁸⁴ ou la gestion de forums sur Internet en relation avec des réseaux djihadistes étaient des actes de soutien au sens de l'art. 260^{ter} CP. De cette interprétation large de la notion de soutien, on peut déduire que tout acte susceptible de renforcer la capacité de nuisance de l'organisation suffit déjà pour entraîner l'application de l'art. 260^{ter} CP. Ce nonobstant, le GAIFI est arrivé à la conclusion que le droit suisse présentait une lacune mineure du fait de l'exigence d'un lien (au moins indirect) entre le financement et une activité criminelle ou terroriste de l'organisation¹⁸⁵. Compte tenu du fait que, d'une part, la pratique consacre déjà une interprétation large de la notion de soutien, qui fait quasiment abstraction de l'exigence d'un lien avec le but criminel de l'organisation et que, d'autre part, le GAIFI a considéré que le droit suisse présentait une lacune mineure, il est proposé de supprimer la condition

¹⁸¹ Ces caractéristiques ne doivent pas toutes être réunies.

¹⁸² Location de locaux, mise à disposition de substances légales aux fins de transformation, etc.

¹⁸³ ATF 133 IV 58, consid. 5.3.1 ; ATF 132 IV 132, cons. 4.1.4 ; ATF 128 II 355.

¹⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008 (6B_645/2007), consid. 7.3.3.2.

¹⁸⁵ GAIFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse, décembre 2016, p. 255.

liée à l'« activité criminelle » de l'organisation. Cette modification permettra aux autorités de poursuite pénale de se limiter à déterminer si l'acte de soutien est propre à renforcer l'organisation en tant que telle et à accroître la menace qui en émane. Elle comblera aussi la défaillance mineure identifiée par le GAFI. Pour tracer la limite entre un comportement non punissable et un comportement qui réunit les éléments constitutifs du soutien à une organisation criminelle, on pourra, comme on le fait actuellement, en fonction de la volonté de la personne et de son degré de savoir, se reporter à l'importance qualitative et quantitative du soutien qu'elle fournit et à la nature de son action concrète.

4.1.2.3 Organisation criminelle : peine encourue

Dans le droit en vigueur, la participation ou le soutien à une organisation criminelle sont possibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Ces infractions sont par conséquent qualifiées de crimes au sens du code pénal¹⁸⁶. Cette peine maximale semble appropriée et justifiée si on la compare à celle fixée pour d'autres infractions du code pénal et du droit pénal accessoire et à celle prévue dans diverses législations étrangères¹⁸⁷. Elle tient compte du fait que ces infractions sont commises en amont et indépendamment d'un acte criminel concret. Aucun lien avec un acte commis par des membres de l'organisation n'est requis. Une peine maximale dépassant les cinq ans serait disproportionnée par rapport au degré d'illicéité de ces infractions. Il n'en est pas de même s'agissant d'organisations terroristes¹⁸⁸. Le degré d'illicéité est beaucoup plus grand, les actes terroristes sont particulièrement ignobles, menaçants pour la vie et l'intégrité corporelle des individus et ressentis comme tels par la population et suscitent l'aversion de la société.

Une personne qui commet une infraction grave dans le cadre d'une organisation criminelle (par ex. trafic de drogue qualifié, meurtre ou assassinat) encourt la peine prévue pour cet acte¹⁸⁹, en adéquation avec le degré d'illicéité.

L'appréciation du degré d'illicéité d'un acte commis dans le cadre d'une organisation criminelle peut être autre lorsqu'il s'agit de personnes y exerçant une certaine influence, c'est-à-dire de membres dirigeants. Ces personnes ne font pas que soutenir l'organisation ou y participer. Quiconque exerce une influence déterminante au sein d'une organisation a également une responsabilité accrue puisqu'il a, de fait, le droit d'exprimer son avis sur l'ampleur des activités criminelles de l'organisation et sur ses tentatives d'étendre son influence et son pouvoir. Les personnes en question apportent une plus-value à l'organisation et accentuent la menace qui en émane. Une participation de cet ordre est d'autant plus grave. De plus, les membres dirigeants exercent en général un fort effet de corruption sur les autres personnes qui participent à l'organisation et sur l'entourage de celle-ci. Nous proposons donc d'inscrire à l'al. 3 une infraction qualifiée de participation à une organisation, fondée sur l'exer-

¹⁸⁶ Art. 10 CP, la conséquence étant qu'il peut s'agir d'une infraction préalable au blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).

¹⁸⁷ Voir ci-après s'agissant des organisations terroristes.

¹⁸⁸ Voir le ch. 4.1.2.6 concernant la peine encourue en cas de participation ou de soutien à une organisation terroriste.

¹⁸⁹ Pour les exemples cités, il s'agit d'une peine privative de liberté de 20 ans au plus ou à vie.

cice d'une influence déterminante, et de faire passer le plafond de la peine privative de liberté à 20 ans¹⁹⁰.

Le juge pourra dès lors prononcer des peines adaptées à la faute dans les cas graves de participation à une organisation criminelle. Il ne sera pas nécessaire de prouver que l'auteur a pris part à un crime concret. Il suffira que la personne concernée occupe une fonction dirigeante lui permettant de faire valoir son avis au sein de l'organisation pour qu'elle puisse être punie plus sévèrement. Il ne sera pas utile qu'elle exerce un contrôle absolu sur l'organisation ni qu'elle ait un pouvoir supérieur aux autres personnes dirigeantes.

La possibilité qu'a le juge d'atténuer la peine si l'auteur s'efforce d'empêcher la poursuite de l'activité de l'organisation demeurera¹⁹¹.

4.1.2.4 Punissabilité de l'appartenance ?

Lors des travaux préliminaires, certains ont exprimé la volonté de rendre punissables *la participation formelle en qualité de membre, voire la simple appartenance* à une organisation criminelle, sans qu'on puisse prouver la moindre activité de la personne visée. Cette proposition, bien que compréhensible si l'on se place du côté des autorités de poursuite pénale et si l'on prend en compte l'immense complexité des procédures, élude au moins deux aspects.

Premièrement, il n'est pas sûr qu'une simple appartenance à une organisation, sans qu'un acte soit commis en rapport avec elle, ait une quelconque importance pratique. La participation à une organisation criminelle au sens de la loi consiste à s'intégrer en son sein, puis à entrer en action¹⁹², ce qui n'implique pas forcément la commission d'actes illégaux. Des actes légaux tels que la mise à disposition de matériel, de locaux ou de services peuvent être considérés comme des activités servant l'organisation. Il n'est pas nécessaire, si l'on se réfère à l'intention du législateur et si l'on garde à l'esprit la menace extraordinaire qui émane de l'organisation, de fixer des exigences particulières s'agissant de l'importance de ces actes. Un membre même « passif » contribue au réseau de l'organisation et lui apporte ainsi une plus-value. Il est souvent impossible pour les membres de sortir de l'organisation et de communiquer librement avec l'extérieur. Pour qu'une personne soit punissable, il n'est pas nécessaire que sa participation à l'organisation soit essentielle, ni même qu'elle présente un lien avec un acte criminel concret. On peut prouver la participation à une organisation criminelle¹⁹³, par exemple en la déduisant de la présence active et constante à des rencontres, de l'acceptation des rites, des structures et de la hiérarchie ou de l'obéissance exprimée et démontrée de manière répétée à l'égard de l'organisation et de ses représentants.

La jurisprudence ne fait nullement état d'une interprétation étroite des notions de participation et de soutien, bien au contraire. Le 15 juillet 2016, le Tribunal pénal fédéral a rendu un arrêt dans lequel il qualifiait le comportement d'une personne arrêtée à l'aéroport de Zurich, alors qu'elle s'apprétait à prendre l'avion pour Istanbul

¹⁹⁰ Conformément à l'art. 40 CP. Art. 260^{ter}, al. 3, AP-CP, applicable aux organisations au sens des al. 1 et 2.

¹⁹¹ Al. 4 de l'avant-projet. On renonce à la qualification de l'activité comme *criminelle*, comme à l'al. 1. Cette disposition s'appliquera aussi aux organisations terroristes au sens de l'al. 2.

¹⁹² L'entrée en action est requise, notamment à des fins de preuve.

¹⁹³ Par ex. une organisation mafieuse.

afin de partir combattre comme djihadiste, de soutien, voire d'encouragement. Il a condamné cette personne à une peine privative de liberté avec sursis et a ordonné une assistance de probation pour infraction à la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées. Le Tribunal fédéral a aussi considéré que la mise à disposition de sites Internet pour une organisation criminelle (terroriste) réalisait l'élément constitutif de soutien à une organisation criminelle¹⁹⁴.

Deuxièmement, le législateur n'a jamais eu la volonté, et pour cause, de qualifier la simple expression d'une sympathie ou le pur fait de partager en son for intérieur les idées d'une organisation, au demeurant difficile à prouver, de participation au sens du droit pénal. Il faut faire fi de l'idée qu'une personne qui fait cause commune avec une organisation criminelle doive « payer » comme elle, tout comme on se garde de condamner une personne en raison de son appartenance à une famille dont certains membres sont liés au crime organisé. L'Etat et la société doivent combattre le soutien idéologique à une organisation criminelle, certes critiquable, par d'autres moyens que le droit pénal. Celui-ci ne saurait réprimer des convictions, pas plus dans le domaine du crime organisé que dans d'autres domaines. Etendre la disposition pénale contre le crime organisé aux personnes qui déclarent appartenir à une organisation criminelle ou qui en sont de simples membres serait contraire aux principes de la précision de la base légale et de la proportionnalité. Une telle extension aurait d'ailleurs peu de conséquences en pratique. Il convient donc d'y renoncer.

4.1.2.5 Des critères légaux supplémentaires ?

On renoncera à introduire des critères légaux supplémentaires pour décrire l'organisation criminelle et notamment à fixer un nombre minimal de personnes concernées. Des éléments de ce type accentueraient certes les contours de la disposition pénale et préciseraient son interprétation et son application, mais il importe de relever que les praticiens ne les appellent pas de leurs vœux. Ces critères pourraient même compliquer la tâche déjà ardue des autorités de poursuite pénale, puisqu'elles devraient réunir des preuves aussi pour ces aspects. Les exigences de ce type se révèlent contre-productives.

Dans le même ordre d'idées, il convient de renoncer à une définition légale exhaustive de l'organisation criminelle. L'approche utilisée jusque-là, avec un nombre limité de caractéristiques, a permis de conserver la flexibilité nécessaire pour inclure de nouveaux types d'organisations. La sécurité juridique et la précision résultent de la jurisprudence relative aux dispositions pénales et de la pratique de l'entraide judiciaire, qui s'est étoffée dans l'intervalle. La nécessité d'inscrire une définition de ce type dans la loi ne découle ni de la jurisprudence, ni de la doctrine, ni de la pratique.

¹⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 5 mai 2008, 6B_645/2007.

4.1.2.6

Réglementation expresse pour les organisations terroristes

Il faut par contre donner suite à la demande du groupe de travail de la CCDJP de faire figurer expressément les organisations terroristes à l'art. 260^{er} AP-CP. La jurisprudence constante¹⁹⁵ a confirmé l'applicabilité de l'article sur les organisations criminelles aux organisations terroristes. Rien ne s'oppose dès lors au fait de consacrer cette interprétation jurisprudentielle et doctrinale dans la loi. Pour décrire le but terroriste de ces organisations, on peut se reporter à la formulation de l'article du code pénal sur le financement du terrorisme¹⁹⁶. La définition du terrorisme qui y est donnée est conforme aux définitions internationales et donne un champ d'application suffisamment vaste à la disposition, dans le respect du principe de précision de la norme pénale. On pourra tenir compte dans l'application de la norme révisée des décisions de comités internationaux et des listes actualisées d'organisations terroristes. Il appartiendra au juge de prendre en compte d'autres considérations au moment de qualifier l'organisation considérée de terroriste ou non.

On renoncera à compléter cette définition générale et abstraite, fondée sur une formulation qui figure déjà dans la législation suisse et qui est conforme aux textes internationaux, par une liste d'organisations spécifiques telles qu'Al-Qaïda, l'Etat islamique ou d'autres organisations apparentées. Il ne fait nul doute que ces organisations terroristes qui menacent actuellement lourdement la sûreté intérieure et extérieure de la communauté internationale tombent sous le coup de l'art. 260^{er}, al. 2, AP-CP¹⁹⁷. Il est difficile de percevoir ce que le fait de les nommer pourrait apporter de plus, sinon que d'expliquer aux autorités chargées d'appliquer la loi ce qu'elles savent déjà. Il est par contre impossible pour elles de conclure d'une telle liste qu'une autre organisation, qui n'y est pas nommée, est une organisation terroriste. Or il est plus probable qu'elles considèrent ce genre d'organisations comme ne relevant pas du champ d'application de la disposition.

Le législateur serait de plus constamment confronté au problème de l'actualisation de cette liste d'exemples. Alors que l'art. 74 LRens¹⁹⁸ permet au Conseil fédéral de désigner rapidement par voie de décision les organisations qui menacent la sûreté intérieure ou extérieure, le code pénal, texte central de l'ordre juridique suisse, ne paraît pas être le contenant idéal pour ce genre de listes qu'il faut régulièrement mettre à jour en supprimant les organisations devenues obsolètes et, c'est là l'essentiel de la tâche, en y intégrant des organisations pour réagir aux nouvelles menaces qui en émanent. En droit pénal, le législateur a jusqu'ici toujours fait le choix de définir les faits, les groupes et leurs caractéristiques de façon générale et abstraite et de renoncer à citer spécifiquement certains faits ou organisations. Il est judicieux de s'en tenir à cette pratique.

La peine privative de liberté prévue est calquée sur celle fixée à l'al. 1 dans le cas des organisations criminelles. La peine minimale sera là aussi une peine pécuniaire, du fait qu'un acte de soutien sans rapport avec un acte terroriste concret peut présenter un faible degré d'illicéité. La peine maximale encourue pour l'infraction qualifiée pourra atteindre 20 ans (al. 3). Elle sera applicable aux personnes qui exercent une

¹⁹⁵ Voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention.

¹⁹⁶ Art. 260^{quinq} CP.

¹⁹⁷ Tout comme, selon la jurisprudence constante, elles tombent, ainsi que d'autres organisations terroristes, sous le coup de l'art. 260^{er} CP en vigueur (voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention).

¹⁹⁸ Voir le ch. 4.3.

influence déterminante dans une organisation terroriste ou criminelle¹⁹⁹. A la différence de l'al. 1, l'al. 2 prévoira une peine privative de liberté maximale de dix ans²⁰⁰ pour l'infraction de base. Cette peine plus élevée tient compte du fait que les nuisances et les conséquences directes des activités terroristes pour la population concernée, l'Etat et ses structures, quelle que soit la stabilité de ces dernières et quel que soit le taux de criminalité courant, peuvent être beaucoup plus graves. Le degré d'illicéité du but que se fixe une organisation terroriste est aussi plus grand. Les actes terroristes renferment une part d'ignominie. La population craint pour son existence et les actes terroristes suscitent l'aversion de la société.

4.1.2.7 Maintien des règles de compétence

Par rapport au droit en vigueur, la compétence du juge suisse pour connaître des infractions commises à l'étranger demeure inchangée²⁰¹. Est également punissable quiconque commet l'infraction à l'étranger si l'organisation criminelle ou terroriste exerce ou doit exercer son activité en tout ou en partie en Suisse²⁰². Ces règles de compétence sont une extension de celles contenues dans la partie générale du code pénal²⁰³ ; elles ne restreignent nullement l'application de ces dernières. Les Suisses qui soutiennent une telle organisation à l'étranger seront punissables au même titre que dans le droit en vigueur, et ce même si ladite organisation n'a pas l'intention de déployer ses activités en Suisse²⁰⁴.

4.1.2.8 Concours entre l'art. 260^{ter} AP-CP et les infractions de base

La question du concours entre l'art. 260^{ter} CP et d'autres infractions – en particulier celles commises par l'organisation criminelle – fait l'objet de discussions. Le présent projet est l'occasion d'examiner la question et de déterminer en particulier la nécessité de prévoir une règle spéciale en matière de concours. Dans ce contexte, il y a lieu de relever que le projet du groupe de travail de la CCDJP contient une règle destinée à contraindre les autorités judiciaires à appliquer de manière parallèle l'art. 260^{ter} CP et d'éventuelles autres dispositions pénales²⁰⁵.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, « *Il ressort [...] clairement de la volonté du législateur que l'art. 260^{er} CP vise à punir celui qui participe ou soutient une organisation criminelle, alors qu'en raison de la division extrêmement poussée des tâches ou des mesures de dissimulation adoptées par l'organisation, il n'est pas possible de prouver sa participation à des infractions précises et, par conséquent, de*

¹⁹⁹ Voir les explications données au ch. 4.1.2.3 concernant le durcissement de la peine maximale encourue et ses conséquences.

²⁰⁰ Contre cinq ans dans le cas des organisations criminelles.

²⁰¹ Art. 260^{ter}, al. 5, AP-CP.

²⁰² Contrairement au droit en vigueur, qui renvoie à l'art. 3 CP, on renvoie ici à l'art. 7, al. 4 et 5, CP, qui régit la prise en compte d'un éventuel jugement rendu à l'étranger.

²⁰³ Art. 3 ss CP ; voir aussi les règles en grande partie analogues de l'art. 259, al. 1^{bis}, CP.

²⁰⁴ Il faut tenir compte aussi des règles statuées à l'art. 7, al. 1 et 3, CP.

²⁰⁵ L'art. 260^{ter}, al. 6, proposé par le groupe de travail de la CCDJP à la teneur suivante : « Begeht der Täter im Rahmen einer kriminellen Organisation weitere Straftaten, wird er dafür zusätzlich bestraft ».

le confondre²⁰⁶. [...] En revanche, si la participation ou le soutien à l'organisation s'épuise dans une infraction concrète que l'on peut démontrer, l'auteur ne doit être puni que pour la participation à cette dernière infraction ». Cette jurisprudence est approuvée par une majorité de la doctrine²⁰⁷. Dans tous les autres cas, une application parallèle de l'art. 260^{ter} CP avec d'autres dispositions pénales est possible (concours réel). Cela recouvre en particulier les cas de figure suivants :

- l'auteur qui procure des fonds à une organisation criminelle en sachant que seule une partie de ceux-ci sera consacrée à un attentat déterminé alors que le reste servira à d'autres infractions, dans laquelle la participation du finançier ne peut être établie ;
- l'auteur dont l'acte de soutien dépasse le cadre des infractions précises et démontrées commises par l'organisation (par exemple l'auteur qui fournit à l'organisation des fonds ou des biens qu'il se procure en commettant lui-même des infractions²⁰⁸).

Cette solution n'est pas critiquable, que ce soit d'un point de vue dogmatique ou pratique. Du reste, l'application subsidiaire de l'art. 260^{ter} CP a avant tout des conséquences sur la peine (inapplicabilité de l'art. 49 CP). Or les fourchettes de peines prévues pour les infractions principales susceptibles d'être commises par une organisation criminelle sont déjà suffisamment élevées pour sanctionner le comportement de l'intéressé de manière exemplaire. Pour ces raisons, une révision de l'art. 260^{ter} CP allant dans le sens de contraindre les autorités judiciaires à appliquer de manière concurrente l'art. 260^{ter} CP ne s'impose pas.

4.2 Art. 260^{sexies} AP-CP : recrutement, entraînement et voyage en vue d'un acte terroriste

4.2.1 Contexte

L'analyse des dispositions de la Convention et du Protocole additionnel du Conseil de l'Europe qui doivent être mises en œuvre et la prise en compte d'autres normes internationales²⁰⁹ permettent de conclure que le droit suisse répond déjà dans une large mesure aux exigences. Il manque néanmoins encore certaines règles spécifiques de droit pénal pour traduire entièrement et explicitement l'essence des deux traités²¹⁰. L'avant-projet propose des dispositions pénales mettant en œuvre les art. 6 et 7 de la Convention et les art. 3 à 5 du Protocole additionnel pour couvrir l'entraînement et le recrutement en vue d'un acte terroriste. Il propose aussi une norme pénale sur les voyages à vocation terroriste, y compris leur financement, leur organisation et le recrutement dans ce but. Les dispositions proposées sont censées combler les lacunes du dispositif pénal réprimant les activités effectuées en amont d'un acte terroriste en dehors d'organisations telles qu'Al-Qaïda ou l'Etat islamique. Ce procédé correspond à l'appréciation du Conseil fédéral, telle qu'exposée dans le communiqué qu'il a publié le 14 octobre 2016 à l'occasion de la signature du Proto-

²⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 20 juillet 2005, 6S.229/2005, consid. 1.2.3 et les références citées.

²⁰⁷ Engler, in : Niggli/Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 11-392 StGB, Bâle 2013, n° 20 ad art. 260^{ter} CP et les références citées.

²⁰⁸ Gestion déloyale, vols, etc.

²⁰⁹ Voir aussi le ch. 1.6.

²¹⁰ Voir aussi les ch. 2 et 3.

cole additionnel²¹¹. Dans le contexte international et eu égard à l'évolution récente des législations d'autres Etats européens²¹², il est approprié de proposer de nouvelles normes pénales visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, la sécurité du droit et le principe de précision des bases légales.

4.2.2 Commentaire du nouvel article

La mise en place d'une disposition pénale spécialement consacrée au recrutement, à l'entraînement et aux voyages en vue d'un acte terroriste a pour effet d'étendre la punissabilité dans certains domaines par rapport au droit en vigueur. Elle permet néanmoins surtout de donner une base légale claire aux sujets de droit et aux autorités de poursuite pénale et de renforcer les principes de précision et de prévisibilité. Chacun pourra déduire de la législation quels sont les comportements en amont d'un acte terroriste qui sont punissables.

Eu égard à la systématique de la loi, l'art. 260^{sexies} AP-CP sera placé sous le titre « Crimes ou délits contre la paix publique », où figurent déjà les dispositions régissant les organisations criminelles et le financement du terrorisme²¹³. La nouvelle infraction statuée est un crime, pour lequel l'auteur encourt une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire, ce qui en fait une infraction préalable au blanchiment d'argent²¹⁴.

L'al. 1, let. a, sanctionne le recrutement d'une personne afin qu'elle commette un acte terroriste ou y participe. Le recrutement²¹⁵ désigne un processus actif visant à mobiliser une ou plusieurs personnes définies pour une activité. Il n'est pas nécessaire, pour que l'auteur du recrutement soit punissable, que ce processus soit formel ni qu'il intervienne dans un cadre structuré. Il n'est pas nécessaire non plus que le recruteur participe lui-même à une organisation terroriste, qu'il soit impliqué concrètement dans la préparation d'un acte terroriste²¹⁶, ni que les contours d'un acte terroriste soient déjà perceptibles au moment du recrutement.

Le recrutement peut se faire directement, au moyen de contacts personnels, ou d'une autre manière, par exemple par l'intermédiaire des réseaux sociaux ou d'Internet. Pour que le recrutement soit consommé, il faut au moins que le procédé et les intentions de l'auteur soient perceptibles pour la ou les personnes qu'il cherche à enrôler. Il n'est par contre pas nécessaire que cette dernière assume une activité en conséquence du recrutement, par exemple participer à un groupement ou entamer des préparatifs en vue d'un attentat²¹⁷.

Subjectivement parlant, le recrutement doit toutefois avoir pour visée la commission d'un acte terroriste. L'art. 260^{sexies} est une infraction intentionnelle. Il doit au moins

²¹¹ A consulter à l'adresse https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-10-142.html.

²¹² Voir les résultats de l'étude de droit comparé intégrés aux ch. 2 et 3, résumé disponible à l'adresse http://www.isdc.ch/media/1304/newsletter-new-year-edition-2017_final.pdf.

²¹³ Art. 260^{ter} et 260^{quinquies} CP.

²¹⁴ Art. 305^{bis} CP.

²¹⁵ Voir la notion de recrutement dans le droit en vigueur aux art. 182, 197 et 272 CP.

²¹⁶ Bien qu'il y ait souvent dans les faits une telle participation ou un tel soutien de la part de la personne recrutée.

²¹⁷ Concernant l'ensemble de la problématique, voir les ch. 106 ss RE et le commentaire de l'art. 6 de la Convention.

s'agir d'un dol éventuel, c'est-à-dire que l'auteur doit sérieusement tenir les conséquences de ses actes pour possibles et les accepter.

Il faut distinguer la justification des actes d'une organisation terroriste et l'apologie de l'organisation du recrutement punissable. Bien que critiquables, ces expressions d'approbation ne tombent pas sous le coup de la nouvelle disposition. L'Etat doit les contrer par d'autres moyens que ceux du droit pénal²¹⁸.

Le recrutement en faveur d'une organisation terroriste peut, en fonction de la manière de procéder de l'auteur et de sa position, tomber sous le coup de l'art. 260^{ter} AP-CP ou de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées²¹⁹.

On renoncera à proposer d'ériger le fait de se laisser recruter en infraction²²⁰. Ni la Convention ni le Protocole additionnel n'exigent une punissabilité en amont sur ce plan²²¹. La simple décision prise par la personne recrutée serait peu tangible et difficile à prouver. Il y aurait des incertitudes quant à ce qu'elle savait au moment où elle a accepté le recrutement, qui mettraient à mal la sécurité du droit et sémèraient le doute quant au caractère punissable de l'acceptation. La personne recrutée pourra être considérée comme punissable aussitôt qu'elle prendra des dispositions en vue de préparer un acte, qu'elle participera à une organisation terroriste ou qu'elle la soutiendra. Il en est déjà ainsi dans le droit en vigueur.

L'al. 1, let. b, concerne l'entraînement en vue d'un acte terroriste et sanctionne qui-conque se fait fournit ou fournit des indications dans la perspective d'un tel acte²²². On érige en infraction à part entière des actes de participation commis en amont, dans l'optique de renforcer les instruments de droit pénal contre le terrorisme et les actes préliminaires associés. Selon la teneur de l'alinéa, les indications qu'une personne se fait fournir ou fournit doivent porter sur la fabrication ou l'utilisation d'armes, d'explosifs, de matériaux radioactifs, de gaz toxiques ou d'autres dispositifs ou substances dangereuses²²³.

Là aussi, les actes commis doivent, subjectivement parlant, l'être dans la perspective de la commission d'un acte terroriste. Il doit y avoir au moins dol éventuel, c'est-à-dire que l'auteur doit avoir l'intention d'utiliser les compétences acquises à des fins terroristes. Le juge pourra tenir compte de la différence de degré d'illicéité des deux formes de l'infraction (rôle actif ou passif en matière d'entraînement) au moment de fixer la peine.

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. Il met en œuvre le cœur-même du Protocole additionnel et la résolution 2178 du Conseil de sécurité des Nations unis qui le fonde²²⁴. Cette norme est applicable indépendamment d'une organisation concrète, ce qui n'est pas le cas

²¹⁸ Voir les explications au ch. 4.6.4.

²¹⁹ Voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention et les explications relatives au concours d'infractions.

²²⁰ Voir le commentaire de l'art. 6 de la Convention, et en particulier les passages concernant le droit comparé.

²²¹ Voir le commentaire de l'art. 2 du Protocole additionnel et les explications relatives aux négociations.

²²² Concernant la notion de fournir des indications, voir les art. 144^{bis}, 179^{sexies} et 226 CP.

²²³ Concernant le champ d'application et les notions, on se reporterà au commentaire de l'art. 7 de la Convention et de l'art. 3 du Protocole additionnel.

²²⁴ Voir en particulier le commentaire des art. 4 à 6 du Protocole additionnel.

de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, limitée dans le temps, ni de l'art. 74 LRens²²⁵. 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.

L'al. 2, en conformité avec les engagements internationaux pris dans la lutte contre le terrorisme²²⁶, déclare punissable quiconque réunit ou met à disposition des fonds dans le dessein de financer un voyage au sens de l'al. 1, let. c. Conformément à l'art. 5 du Protocole additionnel, la disposition pénale doit non seulement réprimer la mise à disposition de fonds, mais également le fait de les réunir. L'art. 260^{sexies}, al. 2, AP-CP couvre ces deux cas de figure, sur le modèle de l'art. 260^{quinquies} CP. L'incrimination de la réunion de fonds permet également à la Suisse de remplir ses obligations découlant de la résolution 2178 et des recommandations du GAFI²²⁷.

4.3 Adaptation de l'art. 74 de la loi sur le renseignement : interdiction d'organisations

4.3.1 Contexte

En novembre 2009, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), en sa qualité de département compétent, d'élaborer une nouvelle loi sur le renseignement (LRens). La loi régit l'ensemble des activités de renseignement et attribue au Service de renseignement de la Confédération (SRC) le mandat d'évaluer la situation de manière exhaustive.

Le projet du Conseil fédéral a été complété par une nouvelle disposition dans le cadre des délibérations parlementaires. Le nouvel art. 74 LRens régit l'interdiction d'organisations. Le Conseil fédéral se voit attribuer la compétence strictement encadrée par la loi d'interdire une organisation par voie de décision si celle-ci menace concrètement la sûreté intérieure ou extérieure du pays, et ce sans devoir s'appuyer sur le droit de nécessité statué par la Constitution. L'interdiction doit se fonder sur une décision des Nations unies ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe. Le Conseil fédéral doit consulter les commissions compétentes en matière de politique de sécurité avant de prononcer l'interdiction. Celle-ci doit avoir trait à des organisations terroristes ou relevant de l'extrémisme violent et être prononcée pour cinq ans au plus. Elle peut être prolongée.

La LRens a été acceptée à une nette majorité lors de la votation populaire du 25 septembre 2016. Elle devrait entrer en vigueur à l'automne 2017²²⁸.

L'art. 74 LRens ajouté par le Parlement est une base légale claire et durable permettant d'interdire des organisations ou des groupements terroristes ou relevant de l'extrémisme violent. Ce type d'interdiction figurait jusque-là dans des ordonnances

²²⁵ Voir le ch. 4.3.

²²⁶ Voir le ch. 1.

²²⁷ La résolution 2178 parle de fourniture et de collecte, tandis que les recommandations du GAFI parlent de fourniture et de réunion de fonds.

²²⁸ FF 2015 6597.

du Conseil fédéral ou du Parlement directement fondées sur la Constitution²²⁹. Or il n'était plus possible de les prolonger, raison pour laquelle fin 2014, le Parlement a adopté la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées²³⁰, déclarée urgente et n'ayant dès lors effet que jusqu'au 31 décembre 2018.

Lors de l'élaboration de l'avant-projet ci-joint, le Conseil fédéral a conclu à la nécessité d'harmoniser les règles de l'art. 74 LRens sur l'interdiction d'organisations et celles relatives aux organisations terroristes de la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique et de l'art. 260^{er} CP. La première devra rester en vigueur jusqu'à ce que l'art. 74 LRens révisé dans entre en vigueur à son tour. Le Conseil fédéral demandera une prolongation au Parlement dans un projet séparé²³¹, car il est en peu probable que le projet commenté ici puisse déjà entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2019 ou plus tôt.

4.3.2 Commentaire du nouvel article

La description des comportements punissables en rapport avec les organisations et groupements interdits, telle que fournie à l'art. 74 LRens, est identique à celle fournie à l'art. 2 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées et comprend le soutien, la participation, la propagande, le recrutement ou toute autre forme d'encouragement de leurs activités.

Il y a néanmoins deux différences de taille. Premièrement, l'art. 74 LRens ne fait pas état d'une compétence fédérale en matière de poursuite et de jugement des infractions. Il en découle en principe²³² une compétence cantonale en cas d'interdiction fondée sur cet article. Deuxièmement, la peine encourue est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, soit une peine inférieure à celle prévue dans la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique (peine privative de liberté de cinq ans au plus).

Il semble approprié d'adapter l'art. 74 LRens sur ces deux points et de reprendre les règles fixées dans la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique. Les autorités spécialisées de la Confédération ont acquis de l'expérience en matière de poursuite des formes complexes de criminalité, des organisations terroristes et de ceux qui les soutiennent et sont en mesure de mener les procédures pénales avec efficacité. La jurisprudence des années passées parvient aux mêmes conclusions. Sur le plan matériel et sur le plan des ressources, il paraît tout à fait sensé de ne pas laisser une multitude d'autorités intervenir dans la poursuite et le jugement d'organisations et de groupements terroristes ou relevant de l'extrémisme violent, comme ce pourrait être le cas si on en attribuait la compétence aux cantons. Il est plus judicieux de laisser la PJF et le MPC se charger de la poursuite et le Tribunal pénal fédéral du jugement²³³, en concentrant leurs forces, comme ils l'ont fait avec succès dans l'application de la

²²⁹ Voir le condensé du message concernant la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées, FF **2014** 8755, 8756.

²³⁰ RS **122**.

²³¹ Voir le ch. 4.6.6.

²³² Dans les cas où aucune infraction relevant de la compétence des autorités fédérales (par ex. l'art. 260^{er} CP sur les organisations criminelles) n'entre en jeu.

²³³ Art. 74, al. 7, AP-LRens, qui implique l'adaptation de l'obligation de communication figurant à l'al. 7 en vigueur.

loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées.

La peine encourue en cas d'infraction au sens de l'art. 74 LRens est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, sous réserve de dispositions pénales plus sévères. Le Parlement a fixé une peine inférieure à celle prévue dans la loi limitée dans le temps contre Al-Qaïda et l'Etat islamique (cinq ans au plus de peine privative de liberté). La peine plus élevée introduite à l'art. 74 AP-LRens se justifie d'autant plus que l'avant-projet prévoit un plafond de peine de 20 ans en cas d'infraction qualifiée commise en rapport avec une organisation criminelle ou terroriste et une peine maximale de dix ans pour l'infraction de base de soutien ou de participation à une organisation terroriste²³⁴. Elle correspond par ailleurs aux peines inscrites aux art. 260^{quinkies} CP et 260^{sexies} AP-CP.

Les infractions décrites à l'art. 74 LRens, reprises telles quelles dans l'avant-projet, sont diverses. Au lieu de prévoir une augmentation générale de la peine encourue, on introduit un échelonnement qui tient mieux compte de la gravité de ces infractions²³⁵. Quiconque participera à une organisation ou à un groupement interdit, lui fournira un soutien en personnel ou en matériel ou assurera le recrutement en sa faveur encourra une peine privative de liberté de cinq ans au plus (les comportements punissables pourront donc constituer des infractions préalables au blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP, ce qui revêt une importance notamment pour la variante du soutien financier). Pour les autres activités de soutien ou l'organisation d'actions de propagande au sens de l'al. 4^{bis}, le maintien d'une peine de trois ans au plus comme dans la LRens acceptée par le peuple semble approprié et conforme aux principes du droit pénal fondé sur la faute. Pour limiter quelque peu les nombreux comportements soumis à une peine au sens de la disposition, le juge pourra demander qu'ils aient une certaine proximité avec les activités de l'organisation ou du groupement interdit²³⁶.

L'avant-projet donne au juge la possibilité, appropriée en comparaison avec d'autres dispositions pénales, de prononcer des peines sévères dans les cas particulièrement graves de soutien, de participation ou d'encouragement par d'autres moyens d'organisations ou de groupements interdits. La peine qu'il prononce pourra ainsi refléter la gravité de l'acte et répondre au besoin de sécurité de la population et de l'Etat.

L'avant-projet²³⁷ permet au juge d'atténuer la peine si l'auteur s'efforce d'empêcher la poursuite de l'activité de l'organisation ou du groupement, comme le prévoit la norme pénale contre les organisations criminelles.

L'art. 74, al. 6, LRens tel qu'accepté par le peuple pourra être abrogé. On pourra se passer de la précision, difficilement compréhensible car axée sur la confiscation des valeurs patrimoniales, selon laquelle les dispositions générales du CP sont applicables. L'art. 333 CP statue en effet que lesdites dispositions générales sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales. Les autorités compétentes devront communiquer les jugements et autres décisions uniquement au SRC suite à la nouvelle compétence fédérale statuée²³⁸.

²³⁴ Voir le commentaire du ch. 4.1.

²³⁵ Art. 74, al. 4 et 4^{bis}, AP-LRens.

²³⁶ Voir l'arrêt du 22 février 2017 du Tribunal fédéral, 6B_948/2016.

²³⁷ Al. 4^{ter}.

²³⁸ Al. 7. Le MPC et fedpol obtiennent déjà les décisions.

De manière générale, il convient de compléter le préambule de la LRens par l'art. 123 Cst.²³⁹, qui établit la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile.

4.4 EIMP : adaptations ayant trait à l'« entraide dynamique »

4.4.1 Objectifs des adaptations

La coopération judiciaire internationale en matière pénale fait face au défi de la nécessité d'une prévention plus importante et plus efficace que dans le passé. Une telle prévention a pour objectif de permettre une action plus rapide, notamment afin d'éviter les importants dommages, spécialement en pertes de vies humaines et en destructions matérielles causés par les attentats terroristes.

Les dernières années ont engendré une criminalité dont les développements du terrorisme (toujours plus internationalisé) représentent l'une des facettes, ceci notamment en raison de la mondialisation et des interactions toujours plus rapides et croissantes entre Etats. Une « entraide dynamique » est la réponse la plus adéquate à cette problématique et est proposée dans les nouveaux art. 80d^{bis} AP-EIMP, régissant la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuves, et 80d^{ter} AP-EIMP, instituant les équipes communes d'enquête.

En ce sens, il s'agit d'introduire deux dispositions en droit interne suisse pouvant être utilisées dans la coopération avec tous les Etats et permettant aux procureurs suisses et à leurs homologues étrangers de prévenir, en particulier, des attentats terroristes et d'accélérer leur coopération et d'améliorer les poursuites pénales. Cette réglementation dans l'EIMP permettra en particulier d'améliorer la lutte contre le terrorisme et toute forme de criminalité liée, telle que le crime organisé. En ce sens, une coopération rapide et efficace doit aussi se rapporter à toute infraction inhérente et antérieure à l'attentat ou aux attentats projetés. D'autre part, si la révision a pour principal objectif la lutte contre le terrorisme, elle doit aussi pouvoir renforcer la coopération judiciaire contre d'autres formes de grave criminalité, telles que notamment les crimes contre l'humanité, le blanchiment d'argent ou bien la corruption à large échelle, que ces actes soient liés ou non à des actes terroristes.

Les dispositions proposées visent à augmenter la rapidité d'action et à améliorer la coopération. En raison de leur contenu, elles sont applicables seulement si certaines conditions sont remplies. Ces dispositions répondent aux souhaits des autorités de poursuite pénale de se conformer aux exigences d'une collaboration internationale moderne et efficace²⁴⁰. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral reconnaît l'utilité des mesures d'entraide modernes. Celles-ci doivent demeurer secrètes pendant un certain temps pour ne pas bloquer ni menacer les enquêtes étrangères. Le Tribunal fédéral note qu'une base légale est nécessaire à l'adoption de ce type de mesures d'entraide.

²³⁹ RS 101.

²⁴⁰ Rapport de gestion, Rapport établi par le MPC sur ses activités au cours de l'année 2016 à l'intention de l'autorité de surveillance, p. 7.

4.4.2 Art. 80d^{bis} AP-EIMP : transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve

4.4.2.1 Contexte

Le sens de la présente disposition est de permettre une prévention efficace dans des cas urgents et fondés (par ex. prise d'otages, attaque de centrale nucléaire ou d'aéroport, de barrage ou de gare). Elle comporte toutes les garanties assurant qu'elle ne soit utilisée de manière trop large.

L'art. 80d^{bis} AP-EIMP permet d'éviter des retards dans la poursuite d'actes criminels d'importance projetés et de sauver des vies, de sauvegarder la santé physique et psychique des cibles potentielles dans le cadre de la prévention visée par la Convention et de favoriser la coopération. En ce sens, le maintien de la confidentialité initié par la présente disposition permet d'assurer l'efficacité des enquêtes conduites notamment en matière de terrorisme, par exemple dans la lutte contre la radicalisation de personnes. Plus précisément, la présente norme a pour objectif d'empêcher une divulgation précoce de l'enquête pénale concernée, ceci en assurant un maintien de la confidentialité répondant aux besoins de l'enquête étrangère. La présente disposition tient compte des préoccupations et critiques de certains Etats (en particulier de common law) et de l'une des huit actions prioritaires adressées à la Suisse par le GAFI suite à son évaluation en 2016, recommandant aux autorités suisses de prendre les mesures nécessaires pour mieux assurer le maintien de la confidentialité des demandes d'entraide.

La présente disposition doit être utilisée dans un cadre limité, avant que ne soit prononcée la décision de clôture statuant sur l'octroi et l'étendue de l'entraide judiciaire. Elle contient plusieurs protections afin de garantir que la personne concernée ne subisse pas de dommage lié à son utilisation. L'art 80d^{bis} AP-EIMP se différencie de l'art. 67a EIMP concernant la transmission anticipée (autorisée dans l'art. 80d^{bis} AP-EIMP mais pas dans l'art. 67a EIMP), et concernant l'objectif poursuivi par les deux articles : l'art. 67a EIMP vise à transmettre des informations obtenues dans une enquête ouverte en Suisse pour aider un Etat étranger à présenter une demande d'entraide ou lui faciliter sa procédure d'enquête (caractère passif). La remise de moyens de preuve en application de l'art. 67a EIMP est subséquente à la transmission spontanée, alors que dans l'art. 80d^{bis} AP-EIMP la transmission a lieu avant que la personne concernée en ait connaissance, notamment pour prévenir un attentat (caractère actif). Enfin, le principe de la proportionnalité s'applique lorsque les mesures régies à l'art. 80d^{bis} AP-EIMP s'appliquent.

4.4.2.2 Commentaire de la nouvelle disposition

Art. 80d^{bis}, al. 1 :

L'intérêt de la procédure mentionné à l'art. 80d^{bis}, al. 1, let. a, vise principalement à préserver le secret de l'instruction. Cette hypothèse vise souvent la protection d'un intérêt juridique important, par exemple en cas de risque de collusion, dans le cadre d'une écoute téléphonique ou d'une surveillance électronique. La procédure pénale peut l'exiger à titre d'intérêt public, de même que pour assurer la sécurité intérieure ou extérieure soit de l'Etat étranger, soit de la Suisse, ou des deux Etats. L'art. 80d^{bis}, al. 1, let. b, prévoit un danger grave et imminent.

Les faits punissables auxquels l'art. 80d^{bis} AP-EIMP s'applique sont graves, dans la mesure où, selon l'art. 80d^{bis}, al. 1, AP-EIMP, ils peuvent donner lieu à extradition ; plus précisément, ils sont frappés d'une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère²⁴¹.

L'art. 80d^{bis} AP-EIMP permet un accès immédiat et très rapide à l'information requise sans que la personne touchée n'ait encore pu faire valoir ses droits. C'est avant tout dans la prévention de telles infractions graves mais aussi dans leur répression qu'il s'agit d'intensifier la coopération. Plus précisément, en matière de prévention d'actes terroristes, la transmission selon l'art. 80d^{bis} AP-EIMP est souvent une *conditio sine qua non* pour empêcher la réalisation de l'acte concerné. L'art. 80d^{bis}, al. 1, let. a, s'inspire de l'art. 80b, al. 2, let. a, EIMP, et l'art. 80d^{bis}, al. 1, let. b, vise la prévention notamment d'un ou de plusieurs actes terroristes.

Art. 80d^{bis}, al. 2 :

Il importe, afin de favoriser une coopération la plus efficace possible, d'autoriser une transmission tant de manière spontanée que sur requête. Les systèmes juridiques sont différents entre Etats, et le système étranger est souvent peu connu de l'autre Etat (en particulier les spécificités du système suisse sont souvent peu connues de l'autorité étrangère concernée). L'efficacité de la coopération requiert d'en tenir compte en autorisant aussi les transmissions spontanées.

Art. 80d^{bis}, al. 3 et 4 :

L'art. 80d^{bis}, al. 4, AP-EIMP fixe les conditions dans lesquelles la transmission anticipée d'informations et de moyens de preuve est possible. Les let. a et b concernent les garanties fournies par l'Etat étranger. En ce sens, il existe une jurisprudence du Tribunal pénal fédéral dans des affaires dans lesquelles des informations récoltées en Suisse peuvent être utilisées par l'autorité étrangère uniquement à titre d'information et non comme moyens de preuve, tant que la décision qui clôt la procédure d'entraide n'est pas entrée en force²⁴². En d'autres termes, l'utilisation de ces données à titre probatoire est interdite jusqu'à ce qu'elle soit autorisée par l'entrée en vigueur de la décision de clôture précitée. Par contre, l'utilisation pour des mesures d'enquêtes est autorisée.

Il s'agit d'éviter tout usage abusif des informations transmises et de permettre à la personne touchée par la transmission de faire valoir ses droits en la matière dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire, ceci avant que la décision de clôture ne soit prononcée. Pour ce motif, l'art. 80d^{bis}, al. 4, let. b, AP-EIMP prévoit que l'information concernée soit portée dès que possible à la connaissance de la personne touchée. Afin d'éviter tout malentendu, l'art. 80d^{bis}, al. 4, let. b, AP-EIMP rappelle le principe mentionné à l'art. 80m EIMP selon lequel les décisions rendues dans une procédure d'entraide sont uniquement notifiées aux ayant droits domiciliés en Suisse ou ayant élu domicile dans notre pays. D'autre part, une autre précaution ancrée dans la présente disposition est l'engagement préalable de l'autorité requérante à laquelle les informations et moyens de preuve concernés sont remis de n'utiliser ces contenus qu'à titre d'information.

Ceci permet d'assurer d'une part que l'entraide ne soit pas contournée par la présente disposition. D'autre part, cela garantit également que la personne concernée,

²⁴¹ Art. 35, al. 1, let. a, EIMP.

²⁴² ATPF RR.2008.277 ;RR.2015.10 .

qui n'a pas encore pu s'opposer à la transmission anticipée selon l'art. 80d^{bis}, al. 3, puisse faire valoir ses droits avant la décision de clôture statuant sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. Il convient de rendre attentif, à cet égard, au fait que l'autorité étrangère doit s'être préalablement engagée, selon l'art. 80d^{bis}, al. 3, let. b, AP-EIMP, à informer l'autorité fédérale ou cantonale compétente, lorsque la transmission anticipée peut être portée à la connaissance de l'ayant droit. En effet, les relations entre les Etats sont basées sur le principe de confiance²⁴³. Le droit d'être entendu de la personne concernée a pour seule limite le fait de se dérouler dès que l'autorité étrangère indique à l'autorité suisse qui a procédé à la transmission anticipée, selon l'art. 80d^{bis}, al. 4, let. b, que la procédure étrangère permet de porter la transmission anticipée à la connaissance de l'intéressé. En tous les cas, la personne concernée peut contester la transmission anticipée au plus tard par recours contre la décision de clôture.

L'art. 80d^{bis}, al. 4, let. c, AP-EIMP dispose que toute information ou pièce remise de manière anticipée est retirée du dossier étranger si l'entraide est refusée.

Art. 80d^{bis}, al. 5 :

L'art. 80d^{bis}, al. 5, AP-EIMP permet un contrôle de l'OFJ en sa qualité d'autorité de surveillance. Certes, la transmission d'informations et de moyens de preuve avant que ne soit prononcée la décision de clôture est de la compétence du procureur compétent. Un éventuel recours de l'OFJ ou de l'ayant droit peut uniquement être déposé contre la décision de clôture²⁴⁴ et afin de faire retirer du dossier de la procédure étrangère les actes ou moyens de preuve remis de manière anticipée (voir le commentaire de l'art. 80d^{bis}, al. 4, AP-EIMP). La présente disposition tient ainsi compte de l'obligation de célérité à laquelle les autorités suisses compétentes sont soumises et résulte d'une pesée optimale des intérêts en présence, comme dans les articles 20a, 78 et 79 EIMP qui excluent également le droit de recours. Dans la mesure où la décision de clôture peut être attaquée, il n'en résulte aucun préjudice pour la personne concernée.

4.4.3 Art. 80d^{ter} AP-EIMP : équipes communes d'enquête

4.4.3.1 Contexte

Le nouvel art. 80d^{ter} AP-EIMP a pour objectif une rapidité d'action commune augmentant en conséquence l'efficacité de la coopération. En matière de prévention et de lutte contre le terrorisme, ceci requiert la possibilité d'enquêter sur la dimension transfrontière des infractions souvent liées au crime organisé et avec la participation d'autres Etats dans lesquels existent des liens avec l'infraction concernée ou avec lesquels la coordination est utile à d'autres égards.

Le procureur suisse compétent pourra notamment transmettre de manière anticipée certaines informations dans des cas fondés tels que par exemple la prévention d'un attentat terroriste en préparation, le risque de collusion ou encore la traite d'enfants. A titre d'exemple dont s'inspire aussi l'art. 80d^{ter} EIMP peuvent être cités notamment l'art. 20 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne

²⁴³ Voir notamment l'ATF 142 II 218, consid. 3.1, ou 130 II 217, consid. 7.1.

²⁴⁴ L'OFJ a en effet qualité pour recourir contre les décisions de l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution (art. 80h, let. a, EIMP, en relation avec l'art. 80e EIMP).

d'entraide judiciaire en matière pénale²⁴⁵ et le traité consécutif aux attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis²⁴⁶.

4.4.3.2 Commentaire de la nouvelle disposition

Art. 80d^{ter}, al. 1 à 4 :

A l'instar du nouvel art. 80d^{bis} AP-EIMP, le nouvel art. 80d^{ter} AP-EIMP représente lui aussi un instrument d'entraide judiciaire « dynamique » soumis à des conditions strictes d'application et requis par la complexité, la difficulté et le caractère transnational de l'affaire concernée ainsi que par la nécessité d'une intervention commune de plusieurs Etats (le plus souvent deux, mais parfois aussi trois, voire davantage d'Etats). À l'origine d'une équipe commune d'enquête (ci-après « ECE ») se trouvent toujours une ou plusieurs demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, tel que le mentionne l'art. 80d^{ter}, al. 1, let. a, AP-EIMP, ainsi qu'une ou plusieurs enquêtes pénales, comme il ressort de l'article 80d^{ter}, al. 2. Un élément déterminant de l'ECE est sa durée limitée précisée à l'art. 80d^{ter}, al. 1, let. b, EIMP, laquelle certes peut, au besoin, être prolongée.

L'art. 80d^{ter} AP-EIMP se différencie de l'art. 65a EIMP régissant la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger, notamment en ce sens que parmi les personnes concernées par cette dernière disposition se trouvent l'inculpé ou l'accusé et son mandataire qui peuvent intervenir en application de l'art. 65a EIMP mais ne sont pas présents ni représentés à l'art. 80d^{ter} AP-EIMP. Dans l'application de l'art. 80d^{ter}, ils interviennent plus tard dans la procédure. Les autorités concernées font avancer l'enquête pénale ensemble.

Art. 80d^{ter}, al. 3 à 8 :

L'art. 80d^{ter} AP-EIMP fixe un cadre précis dans lequel l'ECE est créée et fonctionne. Le plus souvent, elle intervient dans l'Etat dans lequel la partie principale de l'enquête s'effectue. L'arrangement dans lequel l'ECE est créée fixe son cadre. Certains points indiqués à l'art. 80d^{ter}, al. 5, AP-EIMP paraissent évidents. D'autres tendent à éviter certains malentendus, tels, à l'art. 80d^{ter}, al. 5, let. f, AP-EIMP les autres services pouvant être impliqués (par ex. l'Administration fédérale des contributions ou le procureur de liaison auprès d'Eurojust) qui interviennent pour fournir un appui, des connaissances spécialisées ou des conseils en faveur de l'ECE, mais ne sont, par principe, pas habilités à exercer les fonctions des membres ou membres détachés de l'ECE, ni à utiliser les informations obtenues par l'ECE.

La liste des points mentionnés à l'art. 80d^{ter}, al. 5, let. a à j. présente un contenu minimal de l'accord. Ce contenu peut encore être complété par l'autorité fédérale ou cantonale d'entraide concernée et inclure, par exemple, une réglementation relative à des conditions se rapportant à l'utilisation de leurs véhicules par ces personnes, voire à un éventuel port d'arme. L'art. 80d^{ter}, al. 8, AP-EIMP précise en conséquence le droit applicable. La clause relative à la responsabilité civile et pénale des

²⁴⁵ Cité dans les développements relatifs à l'art. 22 de la Convention.

²⁴⁶ Accord du 12 juillet 2006 entre le Département fédéral de justice et police et le Ministère de la Justice des Etats-Unis d'Amérique, agissant pour le compte des autorités compétentes de poursuite pénale de la Confédération suisse et des Etats-Unis d'Amérique concernant la constitution d'équipes communes d'enquête pour lutter contre le terrorisme et son financement ; RS 0.360.336.1.

responsables ainsi que des membres et des membres détachés de l'ECE est basée notamment sur les art. 21 et 22 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, sur le « Manuel sur les équipes communes d'enquête » du Conseil de l'Union européenne du 4 novembre 2011, sur le Guide pratique sur les « Équipes communes d'enquête » du Conseil de l'Union européenne du 14 février 2017 et sur l'art. 4, al. 3 du Protocole additionnel du 28 janvier 2002 à l'Accord du 11 mai 1998 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière²⁴⁷.

4.5

Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : modification des compétences du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)

4.5.1

Renforcement des compétences du MROS

Dans la lutte contre le financement du terrorisme, les cellules de renseignements financiers (CRF) occupent un rôle important et central. Le législateur suisse adapte régulièrement les compétences du MROS afin de répondre aux différents défis auxquels ce dernier doit faire face et de se conformer aux normes internationales, dont les Recommandations du GAFI. C'est ainsi que lors de la modification de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) du 21 juin 2013²⁴⁸, le MROS s'est vu, dans le cadre de son mandat d'analyse des communications de soupçons, attribuer la compétence de s'adresser à des intermédiaires financiers qui n'ont pas communiqué de soupçon, comme requis par la recommandation 29 du GAFI. Les défis actuels, notamment en matière de lutte contre le financement du terrorisme, imposent désormais de revoir et d'étendre les compétences du MROS.

Entré en vigueur le 1^{er} novembre 2013, l'art. 11a LBA a permis de renforcer les capacités d'analyse du MROS. En effet, avant l'introduction de cette disposition, notamment de son al. 2, le MROS ne pouvait pas s'adresser à un intermédiaire financier qui n'avait pas communiqué de soupçon, même si son nom figurait dans une communication de soupçon d'un autre intermédiaire financier. Dans ses analyses, le MROS se limitait à informer les procureurs de l'existence de ces transactions ou des relations d'affaires détectées. Cette impossibilité de contacter des intermédiaires financiers tiers afin de clarifier certaines situations se traduisait par un taux élevé de transmission des communications aux autorités de poursuite pénale.

Comme le montrent les statistiques du MROS, le nombre de demandes que ce dernier adresse aux intermédiaires financiers qui n'ont pas communiqué en vertu de l'art. 11a, al. 2, LBA est en hausse constante. Quant au taux de transmission aux autorités de poursuite pénale, il a diminué depuis l'entrée en vigueur de cet article. Cela démontre l'utilité de cette disposition, qui contribue à clarifier différentes situations et évite ainsi de charger les autorités de poursuite pénale avec des communications de soupçon peu fondées.

²⁴⁷ RS **0.360.349.11**.

²⁴⁸ RO 2013 3493 ; FF 2012 6449.

Dans l'état actuel de l'art. 11a LBA, le MROS demande ainsi des informations supplémentaires seulement s'il a reçu une communication de soupçon dont l'analyse exige des approfondissements. Dans son message de 2012, le Conseil fédéral précise : « Le cercle des intermédiaires financiers tiers auxquels le bureau de communication peut s'adresser au sens de l'al. 2 est donc toujours en lien avec la communication de soupçon établie par un intermédiaire financier et les informations résultant de l'analyse de cette communication. »

L'art. 11a, al. 2, LBA ne permet pas de répondre efficacement aux défis actuels, notamment en matière de lutte contre le financement du terrorisme. L'exigence d'une communication de soupçons comme condition préalable à la demande d'information auprès d'un intermédiaire financier empêche le MROS d'utiliser toutes les informations disponibles, par exemple en cas de demande ou d'information spontanée en provenance d'un homologue étranger. Dans un tel cas, le MROS vérifie les informations dans sa base de données et, en cas de communication existante, approfondit son analyse, demande des informations aux intermédiaires financiers et, le cas échéant, informe l'autorité de poursuite pénale compétente. Le problème se pose lors d'une demande ou d'une information spontanée étrangère, sans que le MROS n'ait reçu une communication de soupçons de la part d'un intermédiaire suisse en lien avec ladite demande ou information spontanée. Dans une telle situation, le MROS est en possession d'une information importante, potentiellement sensible, voire dangereuse, pour la place financière suisse et sa réputation, mais qu'il ne peut transférer à une autorité de poursuite pénale sans l'autorisation préalable de l'homologue étranger²⁴⁹. Il s'ensuit que, sans une telle autorisation, l'information reste bloquée au MROS car ce dernier violerait aussi bien les normes du GAFI sur l'entraide administrative entre CRF²⁵⁰ que ses engagements au sein du Groupe Egmont s'il la transmettait à une autorité de poursuite en Suisse sans autorisation préalable. Or, s'agissant de renseignements échangés entre les CRF, l'autorisation étrangère de transmettre l'information à un procureur n'est pas toujours donnée. Par ailleurs, pour le procureur, il serait difficile d'ouvrir une instruction sur la seule base d'un numéro de compte et d'une information non corroborée par le MROS. Transférer systématiquement l'information à un procureur pourrait en outre mener à une situation contradictoire : le MROS servirait de filtre pour toutes les communications ou informations qui proviennent des intermédiaires financiers suisses, mais transmettrait aux autorités de poursuite pénale, sans effectuer de vérifications, les informations qui proviennent de l'étranger. A préciser que, la plupart du temps, les informations que le MROS reçoit proviennent aussi d'intermédiaires financiers, étrangers ceux-ci, qui ont communiqué des soupçons aux homologues du MROS. Cette différence de traitement n'a par conséquent pas lieu d'être.

²⁴⁹ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6462.

²⁵⁰ Voir le le ch. 3 de la note interprétative de la recommandation 40 du GAFI selon lequel « Les informations échangées devraient exclusivement être utilisées aux fins pour lesquelles elles ont été sollicitées ou fournies. Toute dissémination des informations à d'autres autorités ou à des tiers ou toute utilisation des informations à des fins administratives, judiciaires, d'enquête ou de poursuite dépassant celles initialement arrêtées devrait faire l'objet d'une autorisation préalable de la part de l'autorité compétente requise ».

4.5.1.1

Evaluation du GAFI concernant les compétences du MROS

En 2016, la Suisse a fait l'objet d'une évaluation par ses pairs au GAFI. Du point de vue de la conformité technique, la recommandation 29 du GAFI, relative aux CRF, est considérée par les évaluateurs comme entièrement remplie. Le rapport met toutefois en évidence l'absence de compétence du MROS de traiter les demandes étrangères de manière complète en s'adressant aux intermédiaires financiers sans communication de soupçon préalable. Le fait que le MROS puisse, sur la base des informations étrangères, s'adresser aux autorités de surveillance ou de poursuite pénale en Suisse pour que ces dernières prennent les mesures adéquates, n'est pas suffisant selon le GAFI. Pour les évaluateurs, cette manière de procéder ne garantit pas au MROS l'accès aux informations demandées par un homologue étranger. Les évaluateurs constatent une différence de traitement entre les informations reçues via les communications de soupçon au niveau national et celles obtenues grâce à l'entraide administrative avec les CRF étrangères. Une recommandation importante du GAFI, la recommandation 40, qui traite de la coopération internationale autre que judiciaire entre les différentes autorités, est ainsi évaluée comme partiellement conforme (donc insuffisante) pour la Suisse, en grande partie en raison des limites à la coopération du MROS.

Au-delà du manque de conformité technique avec la recommandation 40 du GAFI, l'impossibilité de s'adresser aux intermédiaires financiers sans communication de soupçon préexistante a également été considérée comme limitant l'efficacité de la coopération internationale accordée par le MROS. En raison du rôle de cette forme de coopération dans le contexte de la Suisse, en particulier compte tenu de l'importance de sa place financière, les évaluateurs ont considéré qu'il s'agissait en l'occurrence d'une défaillance notable et ont jugé que le niveau d'efficacité atteint par la Suisse au niveau de la coopération internationale n'était que modéré. Cette notation est également insuffisante.

Les évaluateurs ont expressément recommandé à la Suisse de lever les limites qui affectent l'étendue des échanges d'informations auxquels peut procéder le MROS. La correction de cette défaillance quant à la recommandation 40 concernant la coopération internationale du MROS fait partie des huit actions prioritaires demandées à la Suisse par les évaluateurs, ce qui démontre l'importance accordée à la coopération du MROS. Il convient par conséquent d'agir rapidement pour lever les limites légales empêchant ce dernier de coopérer efficacement avec ses homologues étrangers, en particulier dans la lutte contre le financement du terrorisme, mais également s'agissant de lutter contre d'autres formes de criminalité financière, comme le blanchiment d'argent.

4.5.1.2

Principes du Groupe Egmont

Le Conseil fédéral s'est déjà exprimé sur les interactions entre le GAFI et le Groupe Egmont²⁵¹. Ce dernier est un groupe opérationnel visant à faciliter l'échange d'informations entre les CRF des différents pays membres. Le MROS est membre du Groupe Egmont depuis 1998. Il utilise activement le canal sécurisé d'échange

²⁵¹ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6457.

d'informations mis en place par le Groupe Egmont. Rien qu'en 2016, les échanges d'informations avec les homologues étrangers ont concerné plus de 7000 sujets (personnes physiques ou morales). Ces échanges sont d'une importance cruciale pour les analyses du MROS, dont une majorité des communications de soupçon contiennent un élément d'étranéité. Cela s'explique par l'importance de la place financière suisse et son caractère international.

L'échange d'informations au Groupe Egmont se base sur les principes du GAIFI en les concrétisant. Concernant les critères de la recommandation 40, les principes du Groupe Egmont précisent : *FIUs should be able to conduct queries on behalf of foreign FIUs, and exchange with these foreign FIUs all information that they would be able to obtain if such queries were carried out domestically*. Ce principe revient à dire que le MROS devrait traiter les informations étrangères de la même manière que les communications de soupçons reçues de la part des intermédiaires financiers au niveau national. Or, en vertu de l'art. 11a, al. 2, LBA, le MROS peut s'adresser à un intermédiaire financier sur la base d'une communication de soupçons d'un intermédiaire financier suisse mais pas sur la base d'une information étrangère. Il s'ensuit que les deux sources d'informations (nationale et internationale) ne sont pas traitées sur un pied d'égalité comme l'exigent les principes du Groupe Egmont. De la pratique du MROS, il ressort aussi que l'absence d'application de ce principe a un impact fort sur les échanges internationaux, puisqu'environ 60 % des demandes étrangères reçoivent une réponse négative de la part du bureau de communication.

4.5.1.3 Bref aperçu de droit comparé

La quatrième directive anti-blanchiment du Parlement et du Conseil de l'*Union européenne* du 20 mai 2015 (2015/849) prévoit à son art. 53, par. 2, que lorsqu'elles répondent à une demande étrangère, les CRF sont tenues d'avoir recours à tous les pouvoirs et compétences qu'elles auraient utilisés pour répondre à une demande nationale. L'on retrouve ici le principe du GAIFI et du Groupe Egmont qui exige que les demandes étrangères et nationales soient traitées sur un pied d'égalité.

Différentes CRF semblables au MROS, c'est-à-dire de type administratif, sont compétentes pour s'adresser aux entités assujetties sans la condition préalable d'une communication de soupçons existante.

Ainsi, en *France*, l'art. L. 561-25²⁵² du Code monétaire et financier attribue à la CRF (Tracfin) la compétence de demander aux professions déclarantes tous les documents et pièces dont elle a besoin et dans les délais qu'elle fixe. Cette compétence appelée « droit de communication auprès des professionnels »²⁵³ est aussi expressément prévue par la disposition susmentionnée afin de répondre aux demandes des CRF étrangères.

La législation *italienne* prévoit les compétences de sa CRF (UIF) de manière plus générale. Ainsi, en vertu de l'art. 6, par. 6, let. c, du décret législatif 231/2007, l'UIF peut demander aux entités soumises à l'obligation de communiquer des soupçons toutes les informations et données nécessaires pour exercer ses fonctions. Cette

²⁵² Modifié par l'art. 5 de l'Ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

²⁵³ A consulter à l'adresse <http://www.economie.gouv.fr/tracfin/pouvoirs-tracfin>.

disposition ne prévoit pas de conditions (comme l'existence d'une communication de soupçons préalable). Il s'ensuit que l'UIF peut l'utiliser tant pour les demandes fondées sur ses analyses que pour celles en provenance des homologues étrangers.

En *Belgique*, la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme prévoit à son art. 22, par. 2, que la CRF belge (CTIF) est chargée de recevoir et d'analyser les informations transmises notamment par les organismes étrangers remplissant des fonctions similaires aux siennes, dans le cadre d'une collaboration mutuelle. Dans ce cadre, en vertu de l'art. 33, par. 1, de la loi, la CTIF peut demander des informations complémentaires aux intermédiaires financiers si elle les juge utiles à l'accomplissement de sa mission. Or la coopération internationale fait partie intégrante de ses fonctions selon l'art. 22, par. 2. Les informations transmises par une CRF étrangère sont d'office traitées comme une déclaration de soupçons, attribuant par conséquent à la CTIF tous les pouvoirs nécessaires dont elle dispose pour effectuer son analyse.

Le *Liechtenstein* attribue aussi une compétence générale à sa CRF (Stabstelle FIU). En vertu de l'art. 5a, al. 1, let. b, de la loi du 14 mars 2002 sur la cellule de renseignements financiers, la Stabstelle FIU peut demander des informations selon l'art. 19a, al. 1, de la loi du 11 décembre 2008 sur les obligations de diligence. Cette dernière précise que les informations sont utilisées notamment à des fins d'analyse, qui est l'un des principaux domaines d'activité de la Stabstelle FIU. L'origine interne ou internationale des informations utilisées pour les analyses ne joue pas de rôle. L'existence d'une communication de soupçons n'est pas une condition préalable pour demander les informations nécessaires aux analyses de la Stabstelle FIU.

4.5.1.4 Nouvel al. 2^{bis} à l'art. 11a LBA

Les réponses négatives que le MROS est obligé de donner à ses homologues étrangers concernent tant le financement du terrorisme que le blanchiment d'argent et ses infractions préalables. L'utilisation de ces informations est importante pour éviter que la place financière suisse soit utilisée pour placer des fonds d'origine criminelle. Dans les cas de financement du terrorisme, ces informations pourraient concerner la sécurité nationale et internationale. Au vu de ce qui précède, il faut intervenir avec la présente modification afin d'attribuer au MROS la compétence de s'adresser aux intermédiaires financiers aussi sur la base d'une demande ou d'une information spontanée d'un homologue étranger. Cette compétence est en effet nécessaire pour que le MROS puisse exercer ses fonctions de manière optimale et contribuer ainsi efficacement à la lutte internationale contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

La nouvelle disposition doit être placée dans la section 3 « Remise d'informations » de la LBA. Il s'agit d'un sujet semblable à celui de l'art. 11a, al. 2, à savoir une demande d'informations adressée par le MROS à un intermédiaire financier qui n'a pas effectué de communication de soupçons préalable en lien avec la demande du MROS. La base utilisée par le MROS pour s'adresser à un intermédiaire financier est toutefois différente puisqu'il est question ici d'une information étrangère, par exemple une demande d'entraide administrative d'un homologue, et non pas d'une communication de soupçons d'un intermédiaire financier suisse. Vu cette différence de point de départ, mais aussi par souci de clarté du texte de l'art. 11a LBA, il faut

opter pour la création d'un nouvel alinéa plutôt que pour la modification de l'al. 2. Il est donc proposé d'introduire un al. 2^{bis} à l'art. 11a LBA, qui étend les compétences du MROS en autorisant ce dernier à s'adresser aux intermédiaires financiers sur la base d'une information étrangère. Le MROS traitera ainsi de la même manière une information en provenance d'un intermédiaire financier suisse et celle en provenance d'un homologue étranger. Il pourra ainsi s'adapter aux défis actuels en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ainsi qu'aux exigences internationales en la matière.

Un complément devra être ajouté à l'art. 11a, al. 3, concernant le délai fixé par les MROS pour la livraison des documents. Il s'agira d'ajouter le nouvel al. 2^{bis} à l'al. 3 de l'art. 11a LBA.

4.5.1.5 Commentaire de l'art. 11*q*, al. 2^{bis}, LBA

Cette nouvelle disposition complète les compétences du MROS en matière d'entraide administrative internationale. Elle se réfère aux demandes d'information étrangères que le MROS traite en vertu des art. 30 à 32 LBA.

Le nouvel art. 11a, al. 2^{bis}, se réfère tout d'abord à une analyse du MROS. Il ne s'agit pas ici de l'analyse d'une communication de soupçons d'un intermédiaire financier. Ce cas est déjà réglé par l'art. 11a, al. 1, s'agissant d'un complément d'informations lors du traitement d'une communication de soupçons. Il est plutôt question de situations dans lesquelles le MROS reçoit une requête étrangère sans qu'aucune communication de soupçons de la part d'un intermédiaire financier en Suisse ne lui soit parvenue. Dans un tel cas, l'analyse consiste tout d'abord à vérifier les noms et à les enregistrer dans le système informatique prévu à l'art. 23, al. 3, LBA. Le MROS vérifie ensuite dans toutes les bases de données disponibles si les personnes physiques ou morales concernées par la demande de l'homologue étranger sont connues par les autres autorités en Suisse. A la fin de ces recherches et vérifications, la dernière étape de l'analyse du MROS consiste à évaluer les informations disponibles et à préparer le rapport de réponse pour son homologue étranger. C'est de cette analyse dont il est question à l'art. 11a, al. 2^{bis}, LBA.

Cette disposition se réfère ensuite aux *informations en provenance d'un homologue étranger*. Les informations des homologues étrangers sont de deux sortes : les demandes d'informations et les informations spontanées. Les demandes d'informations des CRF étrangères peuvent avoir différents points de départ. Cette variété est due à la diversité des systèmes de communication²⁵⁴ et, par conséquent, aux compétences des CRF. Ces demandes peuvent ainsi trouver leur source notamment dans les communications de soupçons des intermédiaires financiers dans le pays en question ou dans les analyses effectuées par la CRF étrangère sur la base des informations qu'elle reçoit au niveau national ou international. Les homologues étrangers peuvent demander des informations de nature criminelle ou transactionnelle. Quant aux informations spontanées, elles se distinguent des précédentes dans le sens que la CRF étrangère ne demande pas de réponse. Elle se limite à fournir au MROS une

²⁵⁴ Le système suisse de communication qui s'appuie sur une analyse des soupçons diffère de la plupart des systèmes de communication étrangers, qui s'appuient majoritairement sur les transactions suspectes (STR, « suspicious transaction report »), voire sur de simples montants limites fixés pour les transactions (CTR, « currency transaction report »), ou encore sur les transactions inusuelles (UTR, « unusual transaction reports »).

information (dont l'origine est la même que les demandes d'informations susmentionnées) en lien avec la Suisse. Le MROS analyse de la même manière les deux sortes d'informations. En vertu du nouvel art. 11a, al. 2^{bis}, les recherches du MROS dans le cadre de ces informations ne se limiteront plus aux bases de données ou à l'entraide administrative avec d'autres autorités suisses pour analyser et répondre aux demandes étrangères. Désormais, le MROS pourra aussi demander des informations aux intermédiaires financiers.

Le MROS s'adresse directement à l'intermédiaire financier avec une demande de renseignements. Les informations obtenues sont utilisées seulement dans le cadre des analyses se référant au blanchiment d'argent, à ses infractions préalables et au financement du terrorisme. Cette demande de renseignements n'est pas une ordonnance de production des pièces régie par les dispositions du CPP. En effet, le MROS n'est pas une autorité pénale au sens dudit code. En outre, cette demande ne doit pas provoquer une communication de soupçons automatique au MROS. Comme le Conseil fédéral l'a précisé²⁵⁵, l'intermédiaire financier qui reçoit une telle demande doit y répondre. Il ne peut toutefois pas ignorer le fait qu'il s'agit d'une demande d'une autorité basée sur des soupçons de blanchiment ou de financement du terrorisme. L'intermédiaire financier doit donc effectuer des clarifications supplémentaires et, en cas de soupçons, communiquer le cas au MROS.

L'échange d'informations est réglé par les art. 30 ss LBA. Pour accéder aux demandes étrangères, le MROS vérifie tout d'abord les conditions de l'art. 30 LBA. Il s'agit notamment de l'application du principe de spécialité, de la réciprocité et du respect du secret de fonction. Les demandes des homologues étrangers doivent ensuite répondre aux exigences de l'art. 31 LBA. Ainsi, le MROS n'acceptera pas d'entrer en matière pour les demandes qui ne présentent manifestement pas de lien avec la Suisse (*fishings expeditions*). Il ne répondra pas non plus aux requêtes qui visent à contourner la voie de l'entraide internationale en matière pénale. Enfin, il ne fournira pas de réponse dans les cas où les intérêts nationaux ou la sécurité et l'ordre public suisse pourraient être compromis. Le MROS transmet des informations seulement sous forme de rapport (*intelligence*) et non des moyens de preuve.

L'intermédiaire financier requis mettra à disposition du MROS les informations dont il dispose. Comme le Conseil fédéral l'a précisé²⁵⁶, dans le cadre de l'art. 11a LBA, « Sont considérées comme disponibles toutes les informations qui sont en possession des entités d'une entreprise ou qui peuvent être acquises, pour autant que ces entités relèvent de la juridiction suisse. »

Selon l'art. 11a, al. 3, les intermédiaires financiers répondent aux demandes du MROS dans les délais fixés par ce dernier. Ces délais seront désormais fixés par le bureau de communication aussi pour les demandes en vertu de l'art. 11a, al. 2^{bis}, LBA.

²⁵⁵ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6481.

²⁵⁶ Voir le message du 27 juin 2012 relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2012 6481.

4.5.2

Obligation des négociants de communiquer les soupçons de financement du terrorisme

4.5.2.1

Complément des modifications de la LBA concernant les négociants

Lors de la modification de la LBA du 12 décembre 2014²⁵⁷, des dispositions ont été introduites pour les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement de plus de 100 000 francs (« négociants » au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, LBA). Dans de tels cas, les négociants doivent se conformer aux obligations de diligence prévues à l'art. 8a LBA, comme identifier le client et l'ayant droit économique ou encore clarifier l'arrière-plan et le but de l'opération de négoce dans certaines circonstances. Ces obligations sont applicables même si le paiement en espèces est intervenu en plusieurs tranches. Elles ne le sont pas par contre si le paiement se fait par le biais d'un intermédiaire financier.

En vertu de l'art. 9, al. 1^{bis}, LBA, si, à la fin de ces clarifications, le négociant a des soupçons fondés que les espèces utilisées proviennent d'une organisation criminelle ou sont le produit du blanchiment d'argent, qu'elles proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, ou encore qu'elles sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle, il a l'obligation d'informer immédiatement le MROS. Comme les évaluateurs du GAFI l'ont relevé, cette obligation ne s'étend toutefois pas aux cas où le négociant soupçonne un lien avec le financement du terrorisme. Dans un tel cas, le négociant doit actuellement s'adresser à la police. Les informations ne vont donc pas directement au MROS, qui pourrait les vérifier et les compléter, notamment en échangeant des informations avec ses homologues étrangers. Les soupçons de financement du terrorisme fondent déjà une obligation de communiquer pour les intermédiaires financiers (art. 9, al. 1, let. a, ch. 4, LBA). Il y a donc un manque de cohérence entre l'al. 1 et l'al. 1^{bis} de l'art. 9 LBA. Cette différenciation entre les soupçons de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme pour les négociants n'est pas justifiée et doit être supprimée. L'art. 9, al. 1^{bis}, doit par conséquent être complété par une nouvelle let. d faisant référence au financement du terrorisme. D'autres dispositions en lien avec les négociants, comme l'art. 8a et l'art. 15 LBA, doivent être complétées pour refléter cette modification.

4.5.2.2

Commentaire des nouvelles dispositions

La nouvelle let. d de l'art. 9, al. 1^{bis}, LBA introduit l'obligation pour les négociants d'annoncer immédiatement au MROS les soupçons fondés de financement du terrorisme. Cette nouvelle lettre reprend le texte même de l'art. 9, al. 1, let. a, ch. 4, LBA relatif à l'obligation d'annonce du financement du terrorisme prévue pour les intermédiaires financiers.

Cette nouvelle obligation d'annonce des négociants ne vaut que pour les transactions en espèces de plus de 100 000 francs conformément à l'art. 8a LBA. Il s'ensuit que cette dernière disposition doit aussi être adaptée par l'ajout du financement du terrorisme à son al. 2, let. b.

²⁵⁷ RO 2015 1389 ; FF 2014 585.

L'obligation de communiquer des négociants doit aussi se répercuter sur leurs organes de révision. Si ces derniers constatent qu'un négociant n'a pas rempli son devoir de communiquer prévu au nouvel art. 9, al. 1^{bis}, let. d, ils doivent en informer immédiatement le MROS. Pour cette raison, l'art. 15, al. 5, LBA doit être complété d'une nouvelle let. d qui vise ces situations.

4.6

Autres questions étudiées et autres adaptations

4.6.1

Concours d'infractions

Selon les situations, les champs d'application des nouvelles dispositions pourront se recouper. Les autorités de poursuite pénale et les tribunaux auront donc pour tâche de déterminer les dispositions pénales applicables dans le cas concret.

Lorsqu'il faudra déterminer les relations entre les dispositions pénales, il faudra notamment avoir à l'esprit que pour interdire une organisation en application de l'art. 74 AP-LRens, il faut que celle-ci menace concrètement la sûreté intérieure ou extérieure. Si l'on constate une telle menace et que le Conseil fédéral prononce une interdiction après avoir consulté les commissions parlementaires compétentes, il y a de fortes indications que l'art. 74 AP-LRens sera applicable aux infractions commises, sous réserve de dispositions pénales plus sévères. Notons à cet égard que l'application de cet article ne se limite pas aux organisations qui remplissent les exigences de l'art. 260^{ter} AP-CP au niveau des structures et du degré d'organisation. Vu la menace qui émane des organisations et groupements au sens de l'art. 74 AP-LRens, vu aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a néanmoins lieu de croire que les organisations interdites en vertu de la LRens rempliront fréquemment les exigences fixées à l'art. 260^{ter} AP-CP, auquel cas cet article primera en tant que disposition pénale plus sévère.

Le nouvel article du code pénal relatif au recrutement, à l'entraînement et au voyage en vue d'un acte terroriste²⁵⁸ sanctionne quiconque joue un rôle actif ou passif en matière d'entraînement, recrute (activement) des personnes, entreprend un voyage en vue d'un acte terroriste ou soutient un tel voyage. Malgré sa conception et sa formulation spécifiques, il ne prime pas forcément les dispositions plus générales sur la participation et le soutien à une organisation criminelle, et ce d'autant moins que la nouvelle disposition relative aux organisations terroristes prévoira une peine plus élevée. Pour que l'art. 260^{sexies} 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. 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 (c'est-à-dire entre l'art. 260^{sexies} et l'art. 260^{ter} AP-CP ou l'art. 74 AP-LRens).

4.6.2

Art. 260^{quinquies} CP : financement du terrorisme

La Convention et son Protocole additionnel n'ont aucun impact direct sur l'art. 260^{quinquies} CP, qui réprime le financement du terrorisme. Le présent projet est

²⁵⁸ Art. 260^{sexies} AP-CP.

néanmoins l'occasion de l'examiner brièvement. Avant toute chose, il sied de souligner ici que l'examen de l'art. 260^{quinq} CP par le GAFI n'a pas révélé de lacunes. De plus, même si aucune condamnation pénale n'a été prononcée en application de cette disposition, il n'en demeure pas moins qu'elle joue un rôle important dans le contexte de l'entraide judiciaire en matière pénale – qui soumet la mise en œuvre de mesures de contrainte à l'exigence de la double incrimination²⁵⁹ – et qu'elle fait partie des infractions figurant à l'art. 9 de la loi fédérale concernant le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, relatif à l'obligation de dénoncer des intermédiaires financiers²⁶⁰. Enfin, les critiques dont l'art. 260^{quinq} CP fait l'objet n'imposent pas de révision. En effet, si la plupart des auteurs sont d'accord pour dire que les al. 1 et 2 de l'art. 260^{quinq} excluent uniquement le dol éventuel, et pas en plus le dol direct de second degré, certains d'entre eux se demandent si cette exclusion est justifiée, notamment au regard d'autres infractions réprimant la création d'une situation à risque²⁶¹. Or, sur ce point, les arguments invoqués par le Conseil fédéral en 2002 gardent toute leur validité : l'infraction de financement du terrorisme étend le champ d'application du code pénal à un comportement situé en amont d'une infraction, de sorte qu'il faut poser des exigences plus strictes en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction²⁶². Quant aux al. 3 et 4, ils ne sont pas franchement contestés sur le fond. Certains auteurs estiment tout au plus qu'ils ne sont pas indispensables, car ils sont couverts par les dispositions générales sur les motifs justificatifs²⁶³. Par ailleurs, en niant l'admissibilité du caractère politique d'un acte en cas de recours à des actes de violence graves, le Tribunal fédéral a précisé que l'al. 3 ne pouvait s'appliquer qu'à des conditions exceptionnelles²⁶⁴ et, du même coup, confirmé qu'il n'entrait pas en conflit avec les obligations internationales de la Suisse, notamment celles découlant de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme. Comme rappelé plus haut, le GAFI n'a à juste titre relevé aucune insuffisance de l'art. 260^{quinq} CP sur ce point.

4.6.3

Norme pénale contre le terrorisme

Il n'existe pas en droit pénal suisse de norme générale contre le terrorisme. Ses dispositions n'en englobent pas moins tous les actes à motivation terroriste, tous sanctionnés par de lourdes peines. En dehors des dispositions concernant les infractions communes²⁶⁵, qui couvrent le terrorisme en tant qu'infraction principale (pouvant justifier jusqu'à une peine privative de liberté prononcée à vie) et la participa-

²⁵⁹ Art. 64 EIMP.

²⁶⁰ RS **955.0**.

²⁶¹ Sur l'ensemble de cette problématique, voir en particulier Fiolka, in : Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht II, Bâle 2013, n° 21 ad art. 260^{quinq} CP et les références citées ; Jositsch, Terrorismus oder Freiheitskampf?, ZStrR 2005, p. 462.

²⁶² Message du Conseil fédéral du 26 juin 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 5014, 5066).

²⁶³ Voir notamment Perrin/Gafner, Le droit de la lutte anti-terroriste, in : Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé, Zurich 2014, p. 359.

²⁶⁴ ATF 131 II 235, consid. 3.3.

²⁶⁵ Par ex. les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les infractions contre la liberté, les infractions créant un danger collectif, les infractions contre la paix publique et les dispositions du droit pénal accessoire.

tion à des actes terroristes, il sanctionne aussi les actes préparatoires²⁶⁶, la participation et le soutien à des organisations terroristes et le financement d'actes terroristes.

Il n'est pas un cas où l'on a pu constater des lacunes juridiques dans la lutte contre le terrorisme, ni au niveau de la poursuite pénale (mesures de contrainte comprises) ou de l'entraide judiciaire internationale, ni dans la jurisprudence. Le droit pénal suisse a toujours constitué une base appropriée pour l'activité des autorités compétentes. Il ne semble donc nullement nécessaire d'instaurer une norme pénale générale contre le terrorisme, qui s'appliquerait en dehors de tout lien avec une organisation.

Les avantages d'une telle norme, d'ailleurs proposée dans le cadre de la mise en œuvre des Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et des attentats terroristes à l'explosif²⁶⁷ et refusée par le Parlement en 2002, sont avant tout symboliques. Son adoption permettrait au législateur de poser un acte (supplémentaire) contre cette forme de criminalité et de réaffirmer sa détermination à lutter contre le terrorisme.

Plus que cet aspect, ce sont les implications pratiques qui semblent importantes. Contrairement aux infractions préalables proposées dans le projet, une norme pénale générale contre le terrorisme ne rendrait pas punissables des comportements jusqu'ici jugés non répréhensibles ou dont la punissabilité n'est pas manifeste. Une telle norme aurait pour effet d'accroître la pression s'agissant d'infractions déjà punissables, par exemple des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle d'un nombre important de personnes. Elle serait aussi source de redondances dans l'arsenal législatif.

La punissabilité en vertu de la nouvelle norme coexisterait avec la punissabilité des infractions communes au sens du code pénal et du droit pénal accessoire, de la participation à une organisation, d'une infraction à la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique ou d'une infraction au sens de l'art. 74 LRens. Lorsque plusieurs dispositions pénales sont applicables à un même acte ou à un nombre limité de comportements, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux doivent se référer aux règles relatives au concours d'infractions, comparer les normes et prononcer le verdict en conséquence. Mais en l'occurrence, le concours d'infractions n'entraînerait pas de peines plus élevées ni ne simplifierait l'application du droit. Qu'il existe une norme pénale générale sur le terrorisme ou non, la peine prononcée doit refléter la gravité de l'atteinte à un bien juridique, l'illicéité de l'acte et, selon la capacité de discernement de l'auteur et par conséquent sa faute, les motivations et les objectifs de ce dernier.

Une telle norme ne protégerait pas davantage la population contre les crimes terroristes. Elle n'améliorerait sans doute pas non plus la coopération internationale ni l'entraide judiciaire. Il est bien plus important, comme le propose l'avant-projet, de rendre punissables les actes commis en amont d'un acte terroriste et de fournir des instruments spécifiques aux autorités de poursuite pénale afin de leur permettre d'intervenir à un stade précoce et de mener à bien les procédures. Tous ces éléments parlent en défaveur d'une norme pénale générale contre le terrorisme.

²⁶⁶ Art. 260^{bis} CP.

²⁶⁷ RS **0.353.22** et **0.353.21**.

4.6.4

Norme pénale contre la justification ou l'apologie du terrorisme

Ni la Convention ni le Protocole additionnel n'obligent les Etats parties à sanctionner la justification ou l'apologie du terrorisme. Ces traités ne leur attribuent pas davantage la mission d'examiner le bien-fondé de l'adoption de telles normes. Ils sont toutefois libres d'en adopter, ce qu'ont fait la France et l'Italie.

En *France*, suite à une réforme du code pénal du 14 novembre 2014, l'apologie du terrorisme est sévèrement punie. Conformément à l'art. 421-2-5 du code pénal, le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne. En *Italie*, l'apologie du terrorisme est traitée de la même manière que l'instigation. Elle est donc réprimée par l'art. 414 CP, qui réprime justement les actes d'instigation et expose son auteur à une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à sept ans et demi.

L'*Allemagne* a adopté une disposition pénale punissant quiconque approuve ou justifie le régime nazi ou encore en fait l'apologie²⁶⁸. Cette disposition forge l'identité du pays et se veut réhabilitatrice suite aux horreurs commises par ce régime. En *Belgique*, la tendance générale est de préserver le plus largement possible la liberté d'expression. Ainsi, l'apologie du terrorisme n'est pas punissable. En revanche, l'incitation à commettre des actes terroristes ou à entreprendre un voyage à des fins terroristes est réprimée par l'art. 140^{bis} CP.

Les normes pénales contre la justification ou l'apologie du terrorisme entraînent de fortes restrictions de la liberté d'expression. Elles sont souvent adoptées suite à des événements tragiques et brutaux. La description des actes répréhensibles y est presque forcément vague. Il se pose régulièrement des questions particulièrement difficiles à résoudre de délimitation entre les actes légaux et les actes punissables. L'apologie ne doit-elle être punissable que si elle contribue directement et de manière prouvée à provoquer un acte de violence ou suffit-il qu'elle vienne rompre le sentiment commun d'injustice face à un certain comportement et la compassion à l'égard des victimes ?

Il y a lieu de renoncer à mettre en place une disposition pénale réprimant la justification ou l'apologie d'actes terroristes ou d'autres infractions graves en général. Le droit en vigueur sanctionne déjà la provocation à la violence, l'instigation à une infraction, les actes préparatoires à certaines infractions et le soutien (au sens large²⁶⁹) à une organisation criminelle (terroriste). La loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées et la LRens révisée²⁷⁰ punissent le soutien aux organisations et groupements interdits et l'organisation d'actions de propagande en leur faveur. Il n'est nécessaire, ni dans les faits ni sur le plan juridique, d'adopter des normes pénales plus poussées pour réprimer des propos qui ne sont pas de nature à susciter un acte terroriste.

²⁶⁸ §130, al. 4, du code pénal allemand.

²⁶⁹ Voir le ch. 4.1.2.4.

²⁷⁰ Après son entrée en vigueur et sur décision du Conseil fédéral conformément à l'art. 74 ; voir le ch. 4.3.

De tels propos, qui vont à l'encontre du ressenti général quant à la gravité d'un acte et quant à la compassion qu'il y a à avoir vis-à-vis des victimes, sont sans aucun doute déplacés et inacceptables. Il y a toutefois lieu de les combattre en priorité avec d'autres moyens que ceux du droit pénal. Le travail de prévention mené avec les jeunes et les adultes qui risquent de se radicaliser, la sensibilisation et la diffusion de versions contradictoires dûment étayées peuvent être des moyens efficaces d'éviter que de tels propos glorifiant la violence ne se répandent davantage, et de minimiser l'impact sur la population.

Un autre aspect, préventif cette fois, invite à renoncer à une disposition pénale contre l'apologie de la violence terroriste. Les premières expériences réunies à l'étranger quant à l'application à large échelle de normes pénales contre de tels propos, qui impliquent en général le prononcé de peines privatives de liberté de courte à moyenne durée, témoignent du risque au moins latent que la criminalisation de ces propos renforce les personnes désorientées, souvent jeunes, dans leurs convictions et fasse mûrir le germe de la radicalisation et du fanatisme. Ce risque exige qu'on recoure à des instruments autres que ceux de la législation et de la procédure pénale²⁷¹.

4.6.5 Autres adaptations

Les modifications du code pénal (art. 260^{ter} et 260^{sexies}) et de l'art. 74 LRens proposées exigent qu'on complète les listes d'infractions et qu'on adapte d'autres dispositions sur le plan rédactionnel. Il faut notamment modifier les règles du code pénal sur la protection des sources²⁷² pour qu'on ne puisse pas refuser de témoigner dans un cas au sens du nouvel art. 260^{sexies} CP²⁷³. L'art. 66a, al. 1, AP-CP prévoit en outre l'expulsion obligatoire de Suisse en cas d'infraction au sens de l'art. 260^{sexies} CP ou de l'art. 74 AP-LRens²⁷⁴.

On fait à l'art. 72 CP les modifications rédactionnelles nécessaires concernant la confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle ou terroriste. On complète par ailleurs les listes d'infractions du CPP concernant la juridiction fédérale (art. 24, al. 1), la protection des sources des professionnels des médias (art. 172, al. 2) et les mesures de surveillance secrètes (art. 269, al. 2, et 286, al. 2), pour tenir compte des modifications du code pénal et de la LRens.

L'art. 27a CPM²⁷⁵ est le pendant de l'art. 28a CP en matière de protection des sources. Tout comme cela a été fait pour cette dernière disposition, il faut ajouter dans le catalogue des infractions justifiant une dérogation à la protection des sources

²⁷¹ Le plan d'action national contre la radicalisation et l'extrémisme violent que le délégué du Réseau national de sécurité élaborera d'ici le deuxième semestre 2017 en collaboration avec la Confédération, les cantons, les villes et les communes revêt une grande importance à cet égard. Les comités de la CCDJP, de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) ont approuvé ce mandat. Le projet bénéficie également du soutien de la Délégation du Conseil fédéral pour la sécurité.

²⁷² Art. 28a, al. 2, let. b, CP.

²⁷³ On renoncera par contre à inscrire les infractions à l'art. 74 AP-LRens au rang des exceptions à la protection des sources statuées à l'art. 28a, al. 2, let. b, CP, car il y a une certaine réticence à inscrire de nouvelles exceptions dans la loi.

²⁷⁴ Bien que l'infraction statuée à l'art. 74, al. 4^{bis}, AP-LRens soit un délit (art. 10, al. 3, CP).

²⁷⁵ RS 321.0.

le nouvel art. 260^{sexies} AP-CP. Il faut également profiter du présent projet pour y ajouter l'art. 260^{quinquies} CP, qui est absent de l'art. 27a, al. 2, let. b, CPM. En effet, dans le cadre de la mise en œuvre des Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme²⁷⁶, le législateur a intégré l'art. 260^{quinquies} CP dans la liste de l'art. 28a, al. 2, let. b, CP, mais a oublié de faire la même chose dans l'art. 27a, al. 2, let. b, CPM. Cet oubli doit être réparé. On procède également aux adaptations nécessaires à l'art. 52 CPM, qui règle la confiscation des valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle ou terroriste.

Outre les adaptations matérielles déjà évoquées²⁷⁷, il faut faire les adaptations rédactionnelles résultant de la modification de l'art. 260^{ter} CP²⁷⁸ dans la LBA.

4.6.6

Durée de validité de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées

La loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées²⁷⁹, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, est limitée dans le temps²⁸⁰. Elle sera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018. Or la nouvelle LRens telle qu'acceptée par le peuple devrait entrer en vigueur avant cette date, comme exposé au ch. 4.3. Dès ce moment, le Conseil fédéral pourra émettre des décisions d'interdiction de groupements et d'organisations en se fondant sur l'art. 74 LRens et engager les suites pénales qui s'imposent pour participation, soutien, recrutement, propagande ou encouragement d'un autre type. Cependant, l'art. 74 LRens ne prévoit pas de compétence fédérale en matière de poursuite pénale et fixe une peine inférieure à celle inscrite dans la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées. Il peut en résulter l'absence de compétence fédérale et une peine de trois ans au lieu de cinq dans les procédures pénales ouvertes après 2018.

Les actes considérés demeureront punissables et il n'y aura pas de lacune sur le plan légal, mais cette phase au cours de laquelle les compétences et la peine encourue seraient autres donnerait un mauvais signal qu'il y a lieu d'éviter dans un contexte sécuritaire et sociétal tendu. Un changement de compétences serait de plus synonyme d'inefficacité.

Il est donc prévu que le Conseil fédéral demande la prolongation de la législation sur Al-Qaïda et l'Etat islamique dans un projet législatif distinct qu'il soumettra au Parlement dans les délais qui s'imposent. Il faudra coordonner cette prolongation avec l'entrée en vigueur de l'art. 74 LRens révisé²⁸¹. Une fois celle-ci effective, il n'y aura plus lieu de maintenir la loi limitée dans le temps, ni pour des raisons liées à la

²⁷⁶ 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 5014).

²⁷⁷ Voir le ch. 4.5.

²⁷⁸ LBA : art. 6, al. 2, let. b, art. 8a, al. 2, let. b, art. 9, al. 1 et 1^{bis}, art. 15, al. 5, art. 16, al. 1, art. 23, al. 4, art. 27, al. 4, art. 29a, al. 1.

²⁷⁹ RS 122.

²⁸⁰ Voir les explications au ch. 4.3.1.

²⁸¹ La législation en cours de révision ne sera vraisemblablement pas encore en vigueur lorsque la loi limitée dans le temps cessera d'avoir effet.

quotité de la peine, ni pour des raisons liées à la compétence en matière de poursuite pénale. L'art. 74 AP-LRens la remplacera et elle cessera d'avoir effet.

5

Classement d'interventions parlementaires

Le Conseil fédéral demandera au Parlement le classement de la motion 14.4187 (Glanzmann-Hunkeler ; Ratification immédiate de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme), déposée le 11 décembre 2014, et de la motion 15.3008 (Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats ; Art. 260^{ter} du code pénal. Modification), déposée le 10 février 2015, toutes deux adoptées par le Parlement.

6

Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

La mise en œuvre et la ratification de la Convention et du Protocole additionnel, l'instauration de nouvelles dispositions pénales et l'adaptation de dispositions pénales existantes n'étend pas grandement la punissabilité et ne risque pas de provoquer une explosion de cas.

L'expérience réunie au cours des mois passés par les autorités de poursuite pénale et les tribunaux a montré que l'arsenal pénal existant permettait déjà de poursuivre les auteurs d'actes terroristes, mais aussi d'actes préparatoires tels que le soutien au sens large d'une organisation terroriste ou un voyage en sa faveur. En pratique, la punissabilité ne devrait pas s'étendre à des activités qui, jusque-là, étaient légales.

La situation est par contre différente en ce qui concerne l'entraide judiciaire pénale. Les nouveaux instruments de l'entraide judiciaire requièrent une rapidité d'intervention dont le succès dépendra en particulier de mesures d'entraide prononcées rapidement ainsi qu'exécutées avec célérité. Certes, la Convention prévoit que les Parties coopèrent en tenant compte de leurs possibilités, afin d'améliorer leur capacité de prévenir la commission des infractions terroristes. Selon la manière dont l'information parviendra à l'Office fédéral de la justice (OFJ), cet office prononcera fréquemment lui-même les mesures provisoires concernées. La prévention d'actes terroristes n'autorise aucun retard afin d'en empêcher la réalisation.

Les statistiques de l'entraide judiciaire internationale indiquent une augmentation générale des demandes. Au cours des dix dernières années, les demandes de collecte de preuves ont ainsi augmenté de 46 %, les demandes d'extradition adressées à la Suisse de 73 % et celles adressées à des autorités étrangères de 81 %. Il faut noter aussi que la Suisse, au cours des dernières années, a souscrit de nombreuses obligations qui se traduisent en tâches nouvelles et en demandes plus complexes pour l'OFJ en tant qu'office compétent. Les services responsables ont, faute de nouveaux postes attribués à l'entraide judiciaire dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, jusqu'ici affronté ces nouvelles tâches et la charge de travail supplémentaire avec les moyens existants. Mais il leur sera impossible de traiter davantage de cas en conservant la promptitude requise. Le respect du principe de célérité exige, en considération de la charge de travail qui s'est ajoutée au cours des dernières années, qu'on adapte les effectifs. On estime que le nombre de demandes d'entraide judiciaire

internationale que l'OFJ devra traiter au cours des prochaines années augmentera dans les mêmes proportions que ces dix dernières années. La place financière suisse, l'économie et la société sont de plus en plus connectées à l'échelon international, de quoi offrir aux criminels de nouvelles possibilités de commettre des forfaits. Le crime, et notamment le crime terroriste, a de plus en plus souvent une composante internationale, qui nécessite une démarche coordonnée entre pays en matière de poursuite. Rien ne semble pouvoir briser cette tendance. Le domaine de direction Entraide judiciaire internationale dispose actuellement de 36,5 équivalents plein temps. L'expérience et l'évolution du nombre de cas montrent que la charge de travail tend à augmenter chaque année de 5 à 10 % selon le groupe d'objets, et ce en considération seulement des instruments d'entraide existants. Il faudra y ajouter les demandes fondées sur la Convention et le Protocole additionnel et sur les nouvelles dispositions relatives à l'entraide dynamique. D'ici cinq ans, il faudra donc traiter de 25 à 50 % de cas de plus qu'aujourd'hui. Pour maîtriser quelque peu cette augmentation, il faudra selon les estimations actuelles, augmenter les effectifs de 5 équivalents plein temps (soit 13 % des effectifs actuels du domaine de direction).

Le renforcement des compétences du MROS aura des répercussions sur les ressources de ce dernier. Demander des informations aux intermédiaires financiers sur la base de demandes ou informations spontanées des homologues étrangers élargira l'activité du MROS à plusieurs égards.

Tout d'abord, il s'agira de traiter les demandes auxquelles le MROS répond actuellement de manière négative. Il s'agit d'environ 60 % des demandes étrangères. Plus concrètement, le MROS ne pourra plus se contenter simplement de vérifier dans ses bases de données, mais s'adressera aux intermédiaires financiers qui lui fourniront les documents nécessaires. La suite des activités du MROS suivra deux axes. Le premier consistera à analyser les documents reçus et à en tirer les informations demandées par l'homologue étranger. En effet, en vertu de l'art. 30, al. 3, LBA, le MROS doit envoyer les informations sous forme de rapport – l'envoi de documents bancaires est donc exclu par la loi. Le deuxième axe de travail consistera dans le volet suisse de l'utilisation des informations obtenues tant des homologues étrangers que des intermédiaires suisses. Le MROS ne pourra en effet se limiter à informer son homologue étranger. Croisées avec les renseignements étrangers, les informations livrées par les intermédiaires financiers constitueront un nouveau type de communications de soupçons. Les informations supplémentaires reçues seront donc partagées avec les autres autorités nationales chargées de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le MROS pourra soutenir activement les enquêtes des ministères publics, notamment en les complétant avec des informations obtenues à l'étranger. Lorsque les dispositions relatives aux nouvelles compétences du MROS entreront en vigueur, il y aura un nouveau type de communications de soupçons qui nécessitera une augmentation substantielle des ressources en personnel. Il sera en effet impossible d'assumer cette nouvelle tâche avec les effectifs existants. Selon les estimations actuelles, les effectifs requis à moyen et long terme par le MROS pour assumer ses nouvelles compétences seront de l'ordre de 10 postes.

Il n'est pas nécessaire de répondre définitivement à la question de l'augmentation des effectifs fédéraux avant l'ouverture de la procédure de consultation. Il faudra évaluer la question des ressources supplémentaires demandées par les services concernés dans le cadre du message du Conseil fédéral au Parlement, en tenant compte des

résultats de la procédure de consultation et de l'évolution éventuelle constatée sur le front de la lutte contre le terrorisme.

Puisqu'on propose le maintien de la compétence fédérale en matière de poursuite pénale des actes terroristes et que l'extension de la punissabilité est mesurée, le projet ne devrait pas avoir de conséquences notoires pour les cantons.

6.2 Conséquences économiques

Pour que notre économie prospère, il est indispensable que nous protégions notre territoire d'actes terroristes graves et des conséquences du crime organisé. Sans avoir d'effets directs, l'avant-projet a sur l'économie des conséquences positives notables à moyen et à long terme.

6.3 Conséquences informatiques

La mise en œuvre et la ratification de la Convention et du Protocole additionnel et les propositions de modification du droit pénal ne devraient pas avoir de conséquences sur l'informatique.

7 Relation avec le programme de la législature

Le projet est annoncé dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015-2019 et dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016²⁸².

8 Aspects juridiques

8.1 Constitutionnalité

L'arrêté fédéral repose sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui autorise la Confédération à conclure des traités internationaux. L'art. 184, al. 2, Cst. attribue au Conseil fédéral la compétence de les ratifier. Conformément à l'art. 166, al. 2, Cst., ils sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales sont sujets au référendum²⁸³. Tant la Convention que le Protocole additionnel sont de durée indéterminée, mais ils sont dénonçables et ne prévoient pas l'adhésion à une organisation internationale. Par contre, l'adhésion à ces traités requiert des adaptations du droit pénal. L'arrêté fédéral est donc soumis au référendum facultatif conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. L'art. 141a, al. 2, Cst. permet, lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est sujet au référendum, d'y intégrer les modifications de lois liées à la mise en œuvre du traité. Or les dispositions légales figurant dans l'avant-projet servent à la fois à la mise en œuvre de la Convention et du Protocole additionnel et au renforcement des

²⁸² Objectif n° 15 ; FF 2016 4999.

²⁸³ Art. 141, al. 1, let. d, Cst.

normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé. Il ne serait pas judicieux d'un point de vue matériel de scinder ces deux objectifs. L'avant-projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, et sur l'art. 123, al. 1, Cst.

8.2 Compatibilité avec les obligations internationales

L'adhésion à la Convention et au Protocole additionnel et les adaptations législatives proposées sont conformes aux obligations internationales de la Suisse²⁸⁴. Notre pays s'engage clairement dans la lutte contre le terrorisme et dans la coopération internationale, dans le respect de ses obligations liées aux droits de l'homme et au droit international humanitaire.

²⁸⁴ Voir le ch. 1.