



Article scientifique

Article

2003

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Le train de mesures contre le financement du terrorisme : une loi  
nécessaire?

---

Cassani, Ursula

**How to cite**

CASSANI, Ursula. Le train de mesures contre le financement du terrorisme : une loi nécessaire? In:  
Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003, vol. 75, n° 6, p. 293–313.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:42608>

# Le train de mesures contre le financement du terrorisme: une loi nécessaire?

Par Ursula Cassani, professeure à l'Université de Genève<sup>1</sup>

«Les lois inutiles affaiblissent les nécessaires...»  
Montesquieu

On March 21, 2003, the Swiss Parliament introduced a series of measures to combat the financing of terrorism, which entered into force on October 1, 2003. The main innovation purports to be Article 260<sup>quinquies</sup> Swiss Penal Code («SPC»), making it a crime to finance terrorism; however, on closer examination, the importance of this new provision appears to be mostly symbolic, as Swiss law already considered the funding of terrorist activities to be punishable. The most fundamental changes are brought about by Articles 100<sup>quater</sup> and 100<sup>quinquies</sup> SPC governing the criminal liability of corporations. The measures in-

roduced have enabled Switzerland to ratify the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 1999. However, well before Switzerland became a party to this treaty, the Swiss financial intermediaries and their supervisory authorities and self-regulatory bodies were very active in tracing funds linked to terrorism. The relatively meagre results obtained by the extensive search in Switzerland as well as abroad suggest that the strategies designed to combat terrorism by attempting to prevent its funding through the traditional channels of the financial sector may have been overrated.

## Sommaire

- I. La Suisse, partie prenante à la lutte internationale contre le terrorisme
- II. La nouvelle incrimination de financement du terrorisme (art. 260<sup>quinquies</sup> CP)
  1. «De deux à une»: genèse de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP réprimant le financement du terrorisme
  2. La notion de financement: réunir ou mettre à disposition des fonds
  3. L'élément subjectif: le dessein de financer l'activité terroriste
    - a. L'exclusion du dol éventuel
    - b. La définition du terrorisme
  4. La fragile délimitation entre terrorisme et combat armé légitime
    - a. «One man's terrorist is another man's freedom fighter»
    - b. La clause de dépolitisation et les garanties découlant des conventions
    - c. Les critères retenus par le législateur suisse
  5. L'intégration de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP dans le paysage juridique suisse
    - a. Délimitation par rapport à la participation aux infractions financées et à leurs actes préparatoires
    - b. Délimitation par rapport à la participation et au soutien à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP)
    - c. Intégration de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP dans le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent
    - d. Le dispositif administratif en cas d'embargo international

## III. Les autres modifications du droit suisse

1. La responsabilité pénale de l'entreprise
2. La compétence universelle du juge pénal suisse en vertu de l'art. 6<sup>bis</sup> CP
3. La compétence *ratione materiae*: l'art. 340<sup>bis</sup> CP
4. Les moyens d'investigation

## IV. Conclusion

### I. La Suisse, partie prenante à la lutte internationale contre le terrorisme

Les attentats du 11 septembre 2001 ont déclenché une accélération sans précédent des initiatives internationales et nationales destinées à lutter contre le terrorisme; rares sont les instances officielles concernées de près ou de loin par la question qui n'ont pas contribué à l'extraordinaire production de textes condamnant ces attentats en particulier et le terrorisme en général<sup>2</sup>. Pour les intermédiaires financiers, cette effervescence s'est concrétisée par une avalanche de listes énonçant les noms de personnes et d'organisations soupçonnées d'être proches de milieux terroristes, dont la transcription souvent incertaine de l'arabe, l'emploi de pseudonymes et de dates de naissance multiples, ne leur ont pas facilité la tâche.

<sup>1</sup> Professeure de droit pénal à l'Université de Genève et avocate à Genève. L'auteur prie Madame Jeanne Durlemann et Monsieur Stéphane Werly de trouver ici l'expression de sa gratitude pour leur aide précieuse dans la mise au net du manuscrit.

<sup>2</sup> Pour un aperçu partiel, cf. Kern Alexander, International Legal Developments, Journal of Money Laundering Control, vol. 6/3 (2003), Special Issue, The Funding of Terror: The Legal Implications of the Financial War on Terror, 217; Christian Bovet, Lutte contre le terrorisme et autres développements récents dans la surveillance des intermédiaires financiers, Journée 2001 de droit bancaire et financier, 2002, 171 ss, 174 ss.

Cela étant, le terrorisme constitue un phénomène contre lequel la communauté internationale se bat depuis bien avant cette date qui a tant frappé les esprits, par de nombreux instruments instaurant des obligations de répression et de coopération. A ce jour, l'ONU a élaboré douze conventions internationales et protocoles abordant la lutte contre le terrorisme de manière sectorielle<sup>3</sup>; la négociation d'une Convention sur le terrorisme nucléaire est actuellement en cours<sup>4</sup>, de même que celle d'une Convention générale sur le terrorisme international<sup>5</sup>. De nombreuses conventions existent également au niveau régional, à l'instar de la Convention pour la répression du terrorisme du Conseil de l'Europe de 1977 (CERT)<sup>6</sup>.

La Suisse contribue activement à cet effort; elle ratifie régulièrement les instruments internationaux et transpose les obligations qui en découlent dans son droit national<sup>7</sup>. Plus essentiel encore au vu des enjeux transnationaux de la lutte contre le terrorisme, la Suisse exécute fidèlement ses engagements d'extradition et d'entraide, dans un domaine où il n'est pas rare de voir le droit céder le pas à la raison d'Etat ou à des intérêts géopolitiques.

En date du 26 juin 2002, le Conseil fédéral a saisi le Parlement de la ratification des deux dernières conventions conclues sous l'égide de l'ONU, soit la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, du 15 décembre 1997,

et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, du 9 décembre 1999 (CRFT)<sup>8</sup>. Si le pas de charge que le Conseil fédéral a tenté d'imposer aux parlementaires<sup>9</sup> n'a guère été apprécié par ces derniers, le principe même de la ratification de ces conventions n'a fait l'objet d'aucune contestation; il s'agissait d'ailleurs d'une exigence découlant de la Résolution no. 1373 du Conseil de sécurité de l'ONU<sup>10</sup> prise à la suite des attentats du 11 septembre 2001, de même que des Huit recommandations spéciales sur le financement du terrorisme du Groupe d'action financière contre le blanchiment des capitaux (GAFI)<sup>11</sup>.

La manière dont le Conseil fédéral entendait transposer en droit suisse les obligations résultant de ces ratifications a, en revanche, été vertement critiquée: le projet gouvernemental dépassait nettement ce qui était nécessaire et raisonnable, en proposant, dans un souci relevant manifestement de l'opération de relations publiques, des dispositions dont la portée était avant tout symbolique. Alors qu'un échec se dessinait devant les commissions juridiques des deux Chambres, l'Office fédéral de la justice a présenté un nouveau projet, sous le signe de la «cure d'amaigrissement» (*Abspecken*). Cette proposition, à vrai

<sup>3</sup> Cf. le Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, du 26 juin 2002, FF 2002 5014, 5018.

<sup>4</sup> Cf. les résolutions 51/210 (17/12/1996), 55/158 (12/12/2000), 56/88 (12/12/2001) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

<sup>5</sup> Cf. les résolutions 54/110 (09/12/1999), 55/158 (12/12/2000), 57/27 (19/11/2002) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

<sup>6</sup> Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 27 janvier 1977, RS 0.353.3; cette convention vient d'être complétée par le Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 15 mai 2003, dont le but consiste à mettre à jour et à renforcer le régime mis en place par la Convention et le suivi de celui-ci, de réviser le système des réserves et d'ouvrir la Convention à la signature d'autres pays. Cf. aussi Sect II, 4, b (*infra*).

<sup>7</sup> Pour un aperçu des mesures prévues en droit interne suisse dès avant la révision législative, cf. le Rapport concernant la lutte antiterroriste présenté par la Suisse au Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1373 (2001), du 19 décembre 2001.

<sup>8</sup> Cf. Message précité (n. 3).

<sup>9</sup> L'objectif visé par le Conseil fédéral était de ratifier les deux conventions avant la fin de l'année 2002 (Rapport du Conseil fédéral à l'intention du Parlement, Analyse de la situation et des menaces pour la Suisse à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001, du 26 juin 2002, FF 2003 1674 ss, 1735). Pour ce faire, le DFJP a fait l'économie de la procédure de consultation, espérant soumettre le projet de loi aux deux chambres en automne et en hiver 2002 (BOCE 2002 698; Mme R. Metzler). Cependant, la première des chambres saisies, le Conseil des Etats, a renvoyé le débat de fond à la session d'hiver (BOCE 2002 696, 1079), de sorte que le Conseil national n'en a délibéré qu'au printemps 2003 (BOCN 2003 220).

<sup>10</sup> Résolution 1373 (2001) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4385<sup>e</sup> séance, le 28 septembre 2001; pour une analyse de la portée de cette résolution en matière de financement du terrorisme, cf. Ilias Bantekas, The International Law of Terrorist Financing, American Journal of International Law 97/2003, 315 ss, 326; cf. aussi Eric Rosand, Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight Against Terrorism, American Journal of International Law 97/2003, 333 ss.

<sup>11</sup> Recommandations spéciales du GAFI sur le financement du terrorisme, du 31 octobre 2001, GMT (2001) 41; cf. également la Résolution 1271 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Lutte contre le terrorisme et respect des droits de l'homme, adoptée le 24 janvier 2002 (6<sup>e</sup> séance), ch. 12.

dire peu mûrie, a été suivie par les deux chambres, qui l'ont adoptée en date du 21 mars 2003<sup>12</sup>. La nouvelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2003.

## II. La nouvelle incrimination de financement du terrorisme (art. 260<sup>quinquies</sup> CP)

### 1. «De deux à une»: genèse de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP réprimant le financement du terrorisme

Initialement, le projet gouvernemental proposait deux incriminations nouvelles: l'art. 260<sup>quinquies</sup> P-CP (terrorisme) et l'art. 260<sup>sexies</sup> P-CP (financement du terrorisme). La première de ces dispositions devait définir et réprimer le terrorisme; or, l'utilité d'une telle incrimination était pour le moins douteuse, car les infractions commises par les terroristes constituaient d'ores et déjà des crimes graves, à l'instar de l'assassinat, de la prise d'otage, de l'extorsion, des crimes à l'explosif, de la propagation de maladies humaines, etc. La nouvelle incrimination aurait, au mieux, fait double emploi avec ces infractions spécifiques, dans lesquelles le Message du Conseil fédéral peinait à mettre en évidence des lacunes significatives<sup>13</sup>. Pour ce motif, l'art. 260<sup>quinquies</sup> P-CP visant le terrorisme a été sacrifié dans le cadre de la «cure d'amaigrissement» gouvernementale, la seule infraction maintenue étant le financement du terrorisme, devenu l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP dans le texte adopté par les chambres fédérales.

Le terrorisme ayant été abandonné comme infraction autonome, l'incrimination régissant son financement ne pouvait plus s'y référer et a donc dû être remodelée, de manière à définir l'activité dont le financement était déclarée illicite. Le libellé de cette disposition est le suivant<sup>14</sup>:

«Art. 260<sup>quinquies</sup>: financement du terrorisme

<sup>1</sup> Celui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

<sup>2</sup> Si l'auteur n'a fait que s'accommoder de l'éventualité que les fonds en question servent à financer un acte terroriste, il n'est pas punissable au sens de la présente disposition.

<sup>3</sup> L'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci.

<sup>4</sup> L'al. 1 ne s'applique pas si le financement est destiné à soutenir des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles<sup>15</sup> du droit international applicable en cas de conflit armé.»

En version allemande:

«Art. 260<sup>quinquies</sup>: Finanzierung des Terrorismus

<sup>1</sup> Wer in der Absicht, ein Gewaltverbrechen zu finanzieren, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll, Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

<sup>2</sup> Nimmt der Täter die Möglichkeit der Terrorismusfinanzierung lediglich in Kauf, so macht er sich nach dieser Bestimmung nicht strafbar.

<sup>3</sup> Die Tat gilt nicht als Finanzierung einer terroristischen Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist.

<sup>4</sup> Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn mit der Finanzierung Handlungen unterstützt werden sollen, die nicht im Widerspruch mit den in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des Völkerrechts stehen.»

<sup>12</sup> Loi fédérale concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (Financement du terrorisme), modification du 21 mars 2003, FF 2003 2532; pour une appréciation critique des buts poursuivis par cette révision, cf. Marc Forster, Die Strafbarkeit der Unterstützung (insbesondere Finanzierung) des Terrorismus, RPS 2003 341ss.

<sup>13</sup> Le Message (cité n. 3) précisait qu'il y avait «forcément» concours (art. 68 CP) entre l'infraction de terrorisme et celle réprimant spécifiquement l'acte commis (FF 2002 5064).

<sup>14</sup> RO 2003 3043; version allemande AS 2003 3043.

<sup>15</sup> Le texte publié dans la Feuille fédérale contenait une erreur grammaticale, puisqu'il mentionnait «les règles (...)» (FF 2003 2532).

## 2. La notion de financement: réunir ou mettre à disposition des fonds

L'élément objectif de l'infraction à l'art. 260<sup>quin-</sup><sup>quies</sup> CP consiste à réunir ou à mettre à disposition des fonds, par quoi il faut entendre des valeurs patrimoniales de toute nature, qu'il s'agisse de biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, y compris les créances<sup>16</sup>. La notion de «*fonds*» provient de la CRFT (art. 1 § 1 et art. 2); ce nonobstant, le législateur suisse aurait été bien inspiré d'opter dans le texte légal français pour celle de «*valeurs patrimoniales*», déjà connue des pénalistes suisses (art. 59, 141<sup>bis</sup>, 305<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup> CP) et employée aussi dans le texte en langue allemande («*Vermögenswerte*»)<sup>17</sup>.

Par «*réunir des fonds*», la loi vise le fait de collecter des valeurs patrimoniales, de les rassembler pour une utilisation future; un transfert effectif des fonds n'est pas nécessaire<sup>18</sup>. Par «*mettre à disposition des fonds*» (dans la CRFT, art. 2 § 1: «*fournir*»), on vise le transfert de valeurs patrimoniales (virement ou remise). Selon le Message du Conseil fédéral, la notion inclut également la simple administration de valeurs patrimoniales «*lorsque son but est de permettre l'utilisation des fonds à des fins terroristes*»<sup>19</sup>. Il faut en déduire qu'aux yeux du Conseil fédéral, l'infraction est consommée dès le stade de l'administration courante, soit dès la réception des avoirs par l'intermédiaire financier. Le Message se réfère sur ce point aux travaux préparatoires de la CRFT<sup>20</sup> qui, sans être univoques, conduisent plutôt à la solution inverse. En effet, le Groupe de travail de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé d'élaborer la convention a débattu de l'opportunité de la mention de la réception des fonds parmi les actes de financement; les partisans de cette mention souhaitaient «*renforcer la capacité des Etats de s'opposer à l'acheminement de fonds par le biais d'intermédiaires qui possédaient*

*l'intention spécifique requise par le projet de convention, ou dans le cadre d'arrangements financiers complexes analogues utilisés pour financer des actes terroristes*»<sup>21</sup>. D'autres membres y étaient opposés, au motif que l'évocation de la réception allait trop loin, «*criminalisant de nombreuses activités au-delà de l'intention initiale*»<sup>22</sup> et qu'elle était inutile, puisque l'intermédiaire qui recevait des fonds se rendait de toute façon punissable au moment du transfert subséquent<sup>23</sup>. Or, le texte final de la CRFT renonce à la mention de la réception, comme d'ailleurs de la détentation ou de l'administration.

Ce nonobstant, nous sommes d'avis que la détention et l'administration courante d'avoirs par un intermédiaire financier qui connaît et veut l'affectation future à l'organisation d'un acte terroriste est susceptible de constituer un acte de financement du terrorisme. L'intermédiaire financier qui détient des valeurs patrimoniales pour autrui les tient à disposition du titulaire du compte, de son ayant droit et des personnes qui ont une procuration. Par les services financiers qu'il fournit, il confère à ces personnes la possibilité de disposer de ces avoirs de manière rapide et efficace. On peut donc dire, sans forcer le sens des mots, qu'il les «*met à disposition*» («*zur Verfügung stellt*») dès avant un virement effectif et retenir l'infraction de financement, pour autant que l'auteur, i.e. l'intermédiaire financier, ait le dessein de favoriser par là une ou plusieurs actions terroristes. Il faut bien avouer, cependant, que la controverse risque d'être sans pertinence en pratique, étant donné que l'administration courante de fonds sur lesquels une organisation terroriste exerce un pouvoir de disposition tombe déjà sous le coup de l'art. 260<sup>ter</sup> CP, dont la portée plus large par rapport à l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP sera analysée ci-dessous<sup>24</sup>.

## 3. L'élément subjectif: le dessein de financer l'activité terroriste

### a. L'exclusion du dol éventuel

C'est le dessein de soutenir des actes relevant du terrorisme qui rend le financement répréhensible. Or, la notion de dessein est ambiguë; dans certains do-

<sup>16</sup> Cf. l'art. 1 § 1 CRFT.

<sup>17</sup> De manière significative, c'est cette notion qui est définie dans le Message (cité n. 3), y compris en version française (FF 2002 5065).

<sup>18</sup> Cf. les explications fournies à ce propos dans l'Annexe III du Rapport du groupe de travail de l'Assemblée générale des Nations Unies, Cinquante-quatrième session, Sixième Commission, du 26 octobre 1999, Résumé officieux des débats du Groupe de travail, établi par le Président, UN Doc. A/C.6/54/L.2, 56 ss, 59, § 35.

<sup>19</sup> FF 2002 5065.

<sup>20</sup> FF 2002 5065, note 160; Résumé officieux des débats précité (n. 18), § 36.

<sup>21</sup> Résumé officieux des débats précité (n. 18), § 38.

<sup>22</sup> Résumé officieux des débats précité (n. 18), § 37.

<sup>23</sup> *Loc. cit.*

<sup>24</sup> Sect. II, 5, b (*infra*).

maines, on admet qu'elle englobe aussi le dessein éventuel. Si telle était l'interprétation pertinente, se rendrait punissable le citoyen qui envisagerait et accepterait le risque sérieux qu'une partie des fonds donnés dans un but humanitaire – acheminer et distribuer des vivres ou financer un projet éducatif dans un territoire dominé par des groupes terroristes, par exemple – soit utilisée pour des actes terroristes.

Pour éviter ce risque, l'Office fédéral de la justice, suivi en cela par les Chambres fédérales, a proposé d'ajouter une clause excluant expressément le dol éventuel (art. 260<sup>quinquies</sup> al. 2 CP). Pour être punissable, l'auteur doit donc avoir pour but de financer le terrorisme; il ne suffit pas qu'il s'accommode d'une éventualité qui ne lui paraît pas souhaitable. Par cette limitation, le texte légal suisse tranche clairement une question restée floue dans la CRFT, dont l'art. 2 § 1 vise celui qui, «*illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés*» pour commettre un acte terroriste<sup>25</sup>.

L'exclusion du dol éventuel vise uniquement l'infraction de financement du terrorisme et non les autres infractions commises simultanément. Un financier envisageant et acceptant de favoriser un acte délictueux effectivement exécuté ou les buts illicites d'une organisation terroriste restera donc punissable, soit pour complicité à l'infraction concrètement commise, soit pour soutien de l'organisation criminelle au sens de l'art. 260<sup>ter</sup> CP<sup>26</sup>.

#### b. La définition du terrorisme

Le terrorisme soutenu par le financier est défini comme «*un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale*» à un acte ou à une omission.

##### aa) Un acte de violence criminelle

La définition retenue par le législateur suisse diffère de celle de l'ONU, de même que de celle de l'Union européenne. L'art. 2 CRFT adopte une défini-

tion bicéphale, en visant, sous la let. a, les actes énumérés par toutes les conventions antérieures en matière de terrorisme et, sous la let. b, les actes destinés à tuer ou à blesser grièvement un non-combatant; les textes adoptés par l'Union européenne énumèrent des infractions précises, à l'instar de la Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>27</sup>.

A l'énumération d'infractions concrètes, le droit suisse a préféré une définition générale par référence à un acte de violence criminelle; c'est la crainte de laisser des lacunes, ainsi que celle de transformer «*la nouvelle norme en chantier permanent dans la mesure où les futures modifications des normes pénales ne resteraient pas sans conséquences sur la disposition en question*»<sup>28</sup>, qui a motivé ce choix de technique législative. Le législateur suisse s'est ainsi attelé à la délicate tâche d'élaborer une définition abstraite de la notion de terrorisme, tout en soulignant que les efforts supranationaux pour en dégager une avaient échoué jusqu'à présent<sup>29</sup>.

Selon le Message du Conseil fédéral, un «*acte de violence criminel(le)*» est «*un crime grave impliquant l'usage de la violence*»<sup>30</sup>. La notion de crime découle de l'art. 9 al. 1 CP (art. 10 al. 1 CP 2002<sup>31</sup>); quant à l'exigence de gravité, elle ne se reflète pas dans le texte légal. Or, l'élément de la violence recou-

<sup>27</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 1, 3<sup>ème</sup> tirette, let. a-i de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO n°L 164 du 22/06/2002 p. 003-007 (pour une analyse critique de cette définition, cf. *Anne Weyembergh, L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen*, in *Emmanuelle Bribosia/Anne Weyembergh* (éd.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, 2002, 153 ss, 165 ss.). A noter que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande l'adoption de la définition européenne dans sa Recommandation 1550 (2002), *Lutte contre le terrorisme et respect des droits de l'homme*, adoptée le 24 janvier 2002 (6<sup>e</sup> séance).

<sup>28</sup> FF 2002 5062.

<sup>29</sup> FF 2002 5062.

<sup>30</sup> FF 2002 5062; à juste titre, le projet gouvernemental accordait l'adjectif «*criminel*» avec «*acte*». La notion ne se recoupe que partiellement avec celle d'«*actes de violence criminels*» employée lors de la révision du code pénal suisse par la loi fédérale du 9 octobre 1981 (RO 1982 II 1530); Message du Conseil fédéral: FF 1980 I 1216.

<sup>31</sup> «*CP 2002*» se réfère à la teneur du Code pénal suisse issue de la révision de sa partie générale, qui entrera en vigueur au plus tôt le 1<sup>er</sup> janvier 2005; cf. Code pénal suisse, Modification du 13 décembre 2002, FF 2002 7658; Message du Conseil fédéral: FF 1999 1787.

<sup>25</sup> Les travaux préparatoires ne permettent pas d'éclairer le sens de cette description ambiguë de l'élément subjectif («*délibérément...dans l'intention ...ou en sachant*»); Résumé officieux des débats précité (n. 18), § 68.

<sup>26</sup> FF 2002 5066; sur les liens entre le financement du terrorisme et le soutien à l'organisation terroriste, cf. Sect. II, 5, b (*infra*).

vre en droit suisse des comportements de gravité très variable<sup>32</sup>, se dirigeant contre des personnes et, dans certains contextes, aussi contre des biens (art. 259 al. 2 et 260 CP). La question n'est pas sans pertinence, puisque certaines atteintes graves à la propriété sont des crimes: c'est le cas du dommage à la propriété occasionnant un «*dommage considérable*» (art. 144 al. 3 CP), ou encore de l'incendie (art. 221 CP) et de l'explosion (art. 223 CP) causant ni lésion ni mise en danger de l'intégrité corporelle d'autrui.

A notre sens, la définition des actes de violence criminelle ne saurait se résumer à une simple évocation abstraite d'incriminations<sup>33</sup>, cela même si certaines infractions en réalisent par essence les conditions. C'est le cas de l'assassinat (art. 112 CP), du meurtre (art. 111 CP) et des lésions corporelles graves (art. 122 CP). Dans le cadre de ces infractions, la violence ne suppose d'ailleurs pas forcément l'emploi de la force physique; des atteintes à la vie ou à la santé peuvent être commises par des moyens insidieux, tels que la propagation d'un virus dangereux ou d'un toxique («*attentats*» au Saran, à l'anthrax, empoisonnement d'aliments).

Quant à la destruction de biens, elle ne doit, à notre sens, être considérée comme un acte de violence que pour autant qu'elle implique un danger concret et grave pour l'intégrité corporelle humaine, c'est-à-dire un risque actuel qu'une atteinte à la vie ou une lésion corporelle grave soit commise. Quand bien même on peut imaginer sans peine des cas dans lesquels la destruction d'une cible névralgique – le système informatique central du service des impôts, de la sécurité sociale, ou d'une ou plusieurs banques importantes d'un pays – peut être de nature à déstabiliser un gouvernement et à le contraindre à la démission, il ne s'agit pas pour autant d'une violence grave; lorsque le moyen utilisé est un virus informatique, il ne saurait d'ailleurs être question de violence même légère. De même, selon le critère proposé ici, des infractions telles que l'incendie (art. 221 CP) et

l'explosion (art. 223 CP) ne doivent être considérées comme violences criminelles au sens de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP que si un danger concret d'atteinte à la vie ou d'une lésion corporelle grave est créé.

De la même manière, les simples atteintes à la liberté ne sont pas des violences criminelles graves au sens de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP, sauf si elles s'accompagnent au moins d'un risque actuel qu'une atteinte grave à l'intégrité corporelle soit commise. En effet, l'interprétation large de la notion de violence en matière de contrainte (art. 181 CP) ne saurait s'imposer ici, puisque celle-ci est un simple délit. Des atteintes graves à la liberté, tels l'enfermement prolongé d'un otage ou son traitement cruel, sont, en revanche, de nature à mettre concrètement en danger la santé physique ou psychique de celui-ci. Comme à l'art. 129 CP, il suffit d'une possibilité sérieuse et proche qu'une atteinte imputable au comportement de l'auteur survienne<sup>34</sup>. A la différence de l'art. 129 CP, nous estimons cependant que la création d'un risque concret d'une lésion corporelle grave doit déjà être considérée comme une violence au regard de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP.

Quant à la menace d'un danger non réalisable (par exemple le brigandage ou la prise d'otage avec un pistolet factice) ou imaginaire (par exemple les menaces alarmant la population, art. 258 CP), elle ne constitue pas objectivement un acte de violence grave, sauf si le traitement infligé à la victime est de nature à léser ou à mettre gravement en danger sa santé physique ou psychique.

Contrairement à celles découlant de la CRFT et des textes de l'Union européenne, la définition adoptée par le législateur suisse ne vise pas les actes préparatoires tels ceux énumérés à l'art. 260<sup>bis</sup> CP, la fabrication et la mise à disposition d'explosifs (art. 226 CP), la mise à disposition d'armes à feu (art. 260<sup>quater</sup> CP). Il n'est pas totalement inconcevable – quoique peu probable – qu'une personne ait le dessein de financer des actes préparatoires mais non la commission effective d'actes de violence terroristes. Elle échappera alors à l'application de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP mais pas nécessairement à toute sanction pénale, dans la mesure où le financement d'un acte prépara-

<sup>32</sup> Frank Schürmann, *Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch*, 1986 (*in toto*).

<sup>33</sup> Les commentateurs de l'art. 260<sup>ter</sup> CP se fondent sur une interprétation abstraite: Gunther Arzt, *Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, vol. I, 1998, art. 260<sup>ter</sup> N 148 s; Hans Baumgartner in Niggli/*Wiprächtiger* (éd.), *Strafgesetzbuch II*, Art. 111–401 StGB, *Kommentar*, 2003, art. 260<sup>bis</sup> N 9; la divergence d'interprétation s'impose au regard du caractère beaucoup plus large de l'art. 260<sup>ter</sup> CP.

<sup>34</sup> ATF 121 IV 70 ss; Stefan Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2<sup>ème</sup> éd. 1997, art. 129 N 3. L'existence d'un risque concret d'une atteinte grave s'apprécie donc de manière plus large qu'à l'art. 140 ch. 4 CP (ATF 117 IV 419).

toire peut être réprimé au titre de la complicité aux infractions au sens des art. 260<sup>bis</sup><sup>35</sup>, 226 ou 260<sup>quater</sup> CP, voire du soutien à une organisation terroriste (art. 260<sup>ter</sup> CP).

#### bb) But terroriste

L'élément qui distingue un acte terroriste d'un autre acte de violence est sa finalité consistant à intimider la population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à une action ou une omission<sup>36</sup>.

L'acte vise à intimider la population, si son but est de faire naître «un climat de peur éveillant chez de nombreuses personnes la crainte d'être elles-mêmes victimes d'un attentat. Le but poursuivi par les terroristes est de faire perdre à la collectivité son sentiment de sécurité et d'ébranler la confiance des citoyens dans la pérennité de l'ordre juridique de leur pays»<sup>37</sup>. C'est le cas notamment des attentats à l'explosif revendiqués par l'IRA ou l'ETA, perpétrés en plein cœur des villes aux heures d'affluence ou dans les quartier résidentiels, tuant aveuglément des civils dans la rue et jusqu'à leur domicile. L'effet maximal à cet égard a sans doute été atteint par l'attentat du 11 septembre 2001 contre le *World Trade Center*, retransmis en direct, puis en boucle, par les télévisions du monde entier, et dont la cible fut un lieu visité par des millions de touristes, frappés dans leur imaginaire par un événement dont ils auraient pu être les victimes, à quelques jours, mois ou années près.

Quant à la contrainte, elle doit s'exercer sur un Etat ou une organisation internationale gouverne-

mentale<sup>38</sup>. D'après le Message du Conseil fédéral, la victime doit être la collectivité ou un individu pris en qualité d'organe de celle-ci; il ne suffit pas de contraindre un fonctionnaire en tant qu'individu<sup>39</sup>. Cette condition était réalisée notamment dans l'affaire Hariri, concernant un citoyen libanais membre du Hezbollah qui avait détourné un avion qu'il a forcé à atterrir à l'aéroport de Cointrin, où il a exécuté un otage et menacé de faire subir le même sort à d'autres, dans le but d'obtenir ainsi la libération de terroristes incarcérés en France et en Allemagne (ATF 115 IV 8). Qu'en serait-il alors, si Hariri avait été un prisonnier sans lien avec une organisation terroriste connue, condamné pour un crime crapuleux quelconque et s'il avait fait une prise d'otage afin de provoquer sa libération ou celle de ses co-détenus? Il ne fait aucun doute que la contrainte des gardiens et de la direction de l'établissement pénitentiaire viserait aussi l'Etat à travers ses organes, et cela dans l'exercice d'une de ses tâches relevant de la puissance publique; rien dans le texte de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP n'exclut ainsi le reproche de financement du terrorisme à l'égard de celui qui financerait ce projet d'évasion.

#### 4. La fragile délimitation entre terrorisme et combat armé légitime

##### a. «One man's terrorist is another man's freedom fighter»

Sous l'angle conceptuel, la difficulté principale dans la définition du terrorisme ne réside pas dans le choix des éléments retenus, mais dans l'absence de critères permettant de distinguer le terrorisme de la lutte armée légitime contre un pouvoir qui ne l'est pas. A vrai dire, l'on ne saurait blâmer le législateur suisse. Cette difficulté est consubstantielle à la notion de terrorisme dont l'essence même est politique, donc relative.

Les exemples historiques de combats armés légitimes contre un pouvoir qui ne l'était pas sont légion: le mythe fondateur de notre pays, celui de Guillaume Tell, en est un. Plus proche de nous, on mentionnera la résistance contre le pouvoir national-socialiste allemand et la lutte de l'African National Council

<sup>35</sup> La doctrine dominante estime que la complicité à l'infraction à l'art. 260<sup>bis</sup> CP est punissable; Baumgartner, *op. cit.* (n. 33), art. 260<sup>bis</sup> N 17; Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, 2002, art. 260<sup>bis</sup> N 37, Jörg Rehberg, *Strafrecht IV*, 2<sup>ème</sup> éd. 1996, p. 168; Trechsel, *op. cit.* (n. 34), art. 260<sup>bis</sup>, N 8; *contra*: Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht*, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5<sup>ème</sup> éd. 2000, § 40, N 14.

<sup>36</sup> Cette description correspond à celle découlant de la CRFT (art. 2 § 1 lit. b), mais non à celle adoptée par l'Union européenne, qui ajoute le but de «gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale» (Décision-cadre précitée du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (n. 27), art. 1<sup>er</sup>, § 1, 3<sup>ème</sup> tirette; Position du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (2001/931/PESC), JO L 344 du 28 décembre 2001, 93, art. 1 ch. 3).

<sup>37</sup> FF 2002 5063.

<sup>38</sup> La définition de l'organisation internationale est la même qu'à l'art. 322<sup>septies</sup> CP; FF 2002 5063, note 155.

<sup>39</sup> FF 2002 5063.

contre le régime de l'apartheid en Afrique du Sud, toutes deux taxées de terrorisme par les régimes auxquels elles s'opposaient. Serait-il concevable de juger les Jean Moulin ou Nelson Mandela du monde contemporain comme terroristes, de les extraditer à un régime injuste qui les réclamerait, voire de punir les citoyens qui les soutiendraient par des dons ou l'intermédiaire financier qui détiendrait de l'argent pour leurs mouvements de résistance?

La difficulté réside dans le fait que si le consensus forgé par le jugement de l'histoire permet aisément de se faire une opinion sur l'illégitimité de tel régime politique passé et, par un effet ricochet, la légitimité de la résistance contre lui, les choses sont plus floues pour ce qui est du présent.

D'où le constat: «*One man's terrorist is another man's freedom fighter*» – «*terroriste pour l'un, combattant de la liberté pour l'autre*», mis en évidence par Kaliopi Koufa, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme de l'ONU (2001)<sup>40</sup>. Ce rapport démontre que la communauté internationale n'est pas parvenue à ce jour à élaborer une définition opérationnelle de la notion de terrorisme et propose d'y renoncer pour l'instant, la difficulté principale étant l'impossibilité de distinguer le terrorisme de la résistance armée contre un occupant ou un dictateur ne bénéficiant d'aucune légitimité démocratique.

#### b. La clause de dépolitisation et les garanties découlant des conventions

Les deux conventions de l'ONU que la Suisse vient de ratifier contiennent des clauses de «dépolitisation» qui interdisent de tenir compte de la nature politique de l'acte. C'est ainsi que l'art. 6 CRFT dispose que «[c]haque Etat Partie adopte les mesures qui peuvent être nécessaires, y compris, s'il y a lieu, d'ordre législatif, pour que les actes criminels relevant de la présente Convention ne puissent en aucune circonstance être justifiés par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues». L'art. 14 CRFT précise en outre que le financement du terrorisme ne peut être considéré comme une infraction politique, connexe à une infraction politique ou inspirée par des mobiles poli-

tiques aux fins de l'extradition et de l'entraide<sup>41</sup>. Les conventions adoptent ainsi un point de vue apolitique, qui aura au moins le mérite de prendre radicalement le contre-pied de la rhétorique manichéenne prônant la guerre des forces du bien contre l'axe du mal.

La CRFT exige ainsi des Etats parties qu'ils renoncent à la réserve du délit politique<sup>42</sup>, qui constitue une exception classique à l'extradition et à l'entraide (cf. art. 2 CEEJ<sup>43</sup>; art. 3–5 CEEextr.<sup>44</sup>; art. 3 EIMP<sup>45</sup>). Cette exigence n'est pas nouvelle en matière de terrorisme; la Suisse a l'habitude de se soumettre à cette limitation dans le cadre de la Convention européenne sur la répression du terrorisme (CERT)<sup>46</sup>. Cependant, cette dernière adopte un point de vue différencié, en excluant la réserve du délit politique s'agissant de toutes les infractions relevant des Conventions internationales en matière de terrorisme énumérées à son art. 1<sup>er</sup><sup>47</sup>, tout en laissant aux Etats la possibilité de restreindre la portée de cette clause, à condition de respecter la proportionnalité<sup>48</sup>.

Les doutes concernant le caractère légitime de certains régimes ne semblent d'ailleurs avoir échappé ni aux artisans de la CERT ni au Tribunal fédéral appliquant celle-ci, puisqu'on peut lire dans l'arrêt Ghiringhelli: «*Cependant, afin de prévenir tout risque d'affaiblissement de la protection accordée à ceux*

<sup>41</sup> Cf. art. 5 et 11 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif.

<sup>42</sup> Pour une définition du délit politique, cf. ATF 128 II 355, 364 (Bortone); 125 II 569, 578 (Ghiringhelli) et jurisprudence citée; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 1999, N 385; Forster, op. cit. (n. 12), 349.

<sup>43</sup> Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, RS 0.351.1, entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967.

<sup>44</sup> Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, RS 0.353.1, entrée en vigueur le 20 mars 1967.

<sup>45</sup> Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP), RS 351.1.

<sup>46</sup> Citée n. 6; cf. ATF 128 II 355, 364 ss (Bortone); 125 II 569, 578 ss (Ghiringhelli); Forster, op. cit. (n. 12), 348 s.

<sup>47</sup> La liste des conventions sera complétée par le Protocole précité (n. 6) du 15 mai 2003, art. 1.

<sup>48</sup> Art. 13 CERT; la Suisse a fait une réserve en ce sens (RS 0.353.3 p. 11). L'art. 2 CERT confère, quant à lui, aux Etats contractants la faculté de ne pas tenir compte de la réserve du délit politique s'agissant de tout autre acte grave de violence qui est dirigé contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ou qui crée un danger collectif pour les personnes.

<sup>40</sup> Kalliopi K. Koufa, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Terrorisme et droits de l'homme (rapport intérimaire), du 27 juin 2001, 9.

qui recourent à la violence pour des motifs légitimes – par exemple pour renverser un régime tyrannique et établir la démocratie – seuls les Etats membres du Conseil de l'Europe sont admis à la ratification du CERT (art. 11 al. 1 CERT). Le caractère «fermé» de la Convention tend à garantir que les effets de l'entorse à l'exception du délit politique soient limités entre les Etats partageant une même conception de la démocratie et des droits fondamentaux, tels que définis notamment par la CEDH<sup>49</sup>. Autrement dit: les Etats contractants sont prêts à présumer la légitimité des pouvoirs politiques en place, mais limitent cette confiance aux Etats membres du Conseil de l'Europe. Il est vrai, cependant, qu'un des buts du Protocole du 15 mai 2003 amendant la CERT<sup>50</sup> consiste à élargir la convention en ouvrant la faculté d'y adhérer aux Etats observateurs et à d'autres Etats non membres du Conseil de l'Europe invités par le Comité des Ministres, après avoir consulté le Comité sur les problèmes criminels.

Le champ d'application des Conventions des Nations Unies dépasse, par la nature des choses, très largement les frontières de l'Europe et le cercle des pays en qui nous avons l'habitude de placer notre confiance. Certains garde-fous sont néanmoins instaurés par la communauté internationale: en vertu de la clause de non-discrimination, un Etat peut refuser l'extradition et l'entraide, s'il «a des raisons sérieuses de croire que la demande [...] a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des raisons tenant à sa race, sa religion, sa nationalité, son origine ethnique ou ses opinions politiques, ou que faire droit à la demande porterait préjudice à la situation de cette personne pour l'une quelconque de ces raisons»<sup>51</sup>. Les Etats membres sont donc fondés à refuser l'extradition et l'entraide non seulement lorsque l'Etat requérant veut poursuivre une personne pour les motifs énoncés, mais aussi lorsqu'il apparaît que le sort de l'individu concerné sera péjoré pour ces mêmes motifs. Par ailleurs, les personnes placées en détention ou contre lesquelles une mesure est prise ou une procédure engagée bénéficient de toutes les garanties d'un traitement équitable découlant du droit interne et du droit international (art. 17 CRFT); les droits, obligations et responsabilités des

Etats et des individus en vertu du droit international – la Charte des Nations Unies, le droit international humanitaire et les autres conventions applicables – sont par ailleurs réservés (art. 21 CRFT).

### c. Les critères retenus par le législateur suisse

Le caractère relatif de la notion de terrorisme et la légitimité de certains combats politiques armés ont été relevés pendant les délibérations des commissions des affaires juridiques des Chambres fédérales. Pour répondre à ces préoccupations, l'Office fédéral de la justice a proposé l'introduction de deux clauses, soit les al. 3 et 4 de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP, qui ont emporté l'adhésion des parlementaires.

#### aa. La lutte légitime pour les droits humains et l'Etat de droit

En vertu de l'art. 260<sup>quinquies</sup> al. 3 CP, «[l]'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci».

Cette réserve en faveur de certains buts considérés comme légitimes pose plus de problèmes qu'elle n'en résout. Les notions de «régime démocratique» et d'«Etat de droit» sont, elles aussi, sujettes à controverse, du moins dans leur application concrète; y faire référence revient donc simplement à déplacer le problème. Les combattants d'organisations terroristes tels que l'IRA, l'ETA ou les Tigres de la Libération du Tamil Ealam, de même que leurs financiers, considèrent selon toute probabilité sans exception qu'ils luttent pour l'instauration d'un régime démocratique. Dans les deux premiers cas, on objectera que ces organisations séparatistes luttent contre des Etats qui sont déjà démocratiques, et qu'ils ne visent donc pas à instaurer ou à rétablir un tel ordre. Dans le cas des Tigres tamouls, cela est beaucoup plus douteux, comme l'ont d'ailleurs démontré les réponses quelque peu empruntées que le Conseil fédéral a données en 2000 et 2001 à une parlementaire qui avait soulevé la question de savoir si le gouvernement cinghalais ne devait pas lui-même être considéré comme terroriste<sup>52</sup>. Serait-il pour autant concevable de déclara-

<sup>49</sup> ATF 125 II 579 s.

<sup>50</sup> Cité note n. 6, art. 10.

<sup>51</sup> Cf. art. 12 Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif.

<sup>52</sup> Questions ordinaires Garbani Valérie 00.1104 (réponse du CF le 15 novembre 2000) et 00.1148 (réponse du CF le 21 février 2001) «Troubles au Sri Lanka».

rer légitime le financement de n'importe quel acte, par exemple un attentat visant des citoyens de manière indiscriminée? La population d'un pays dont le gouvernement viole les principes de l'Etat de droit mérite-t-elle moins d'égards que celle d'un pays démocratique? La réponse négative tombe sous le sens: le but de rétablir la démocratie peut légitimer un acte terroriste ciblé, destiné à contraindre le gouvernement, mais non la violence aveugle contre la population.

Quant à la notion de droits de l'homme, elle a l'avantage d'être plus précise, puisqu'elle est définie par des textes supranationaux (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Pacte II de l'ONU sur les droits civils et politiques). Cependant, s'il est exact que des actes de lutte politique violente peuvent être suscités par le déni des droits fondamentaux, les moyens employés dans cette lutte constituent, quant à eux, des violations graves des droits humains. N'importe quel acte de barbarie ne peut à l'évidence être cautionné au nom de la sauvegarde des droits de l'homme.

Il apparaît ainsi que les deux motifs de légitimation énoncés portent en eux l'exigence de proportionnalité régissant comme condition fondamentale tout fait justificatif. Or, celle-ci est délicate à manier: est-il concevable que le sacrifice d'une seule vie soit justifié au regard de la lutte pour la démocratie? La réponse doit-elle être nuancée en fonction du rôle joué par le titulaire de cette vie – simple *quidam* ou détenteur du pouvoir – et du contexte politique – régime démocratique ou dictatorial?

L'art. 260<sup>quinquies</sup> CP ne répond pas à ces questions; or, seule une interprétation intégrant la notion de proportionnalité paraît soutenable au regard de la mission de l'Etat qui consiste aussi (et avant tout) à protéger les personnes contre des atteintes portées par des tiers à leurs droits fondamentaux, en particulier à leur vie<sup>53</sup>. Le législateur suisse aurait pu, à cet égard, s'inspirer des éléments définissant le caractère de particulière gravité de l'infraction s'opposant à l'exception politique au regard de l'art. 13 al. 1 CERT, soit a) qu'elle a créé un danger collectif pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes, b)

qu'elle a atteint des personnes étrangères aux mobiles qui l'ont inspirée ou c) que des moyens cruels ou perfides ont été utilisés pour sa réalisation<sup>54</sup>.

bb. Les actes non contraires au droit international en cas de conflit armé

La définition du terrorisme inclut le terrorisme d'Etat – étymologiquement la première forme, puisque l'expression fait référence à la terreur des Jacobins en 1793<sup>55</sup>. Le terrorisme de l'Etat peut se diriger contre sa propre population – la torture et les «disparitions» systématiques pratiquées par les régimes de Pinochet au Chili et de Videla en Argentine viennent immédiatement à l'esprit – ou contre le gouvernement et/ou la population d'un Etat tiers. Un Etat peut organiser et soutenir l'activité d'organisations commettant sur sol étranger des infractions considérées comme terroristes, telles que le piratage aérien ou un attentat aux explosifs; un exemple en est l'implication de la Libye dans l'attentat de Lockerbie (1988), sur laquelle le doute n'est aujourd'hui plus permis. Mais le libellé de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP est aussi propre à saisir le financement d'une attaque armée d'un pays contre un autre, dans le but de contraindre le gouvernement à l'abdication ou à d'autres concessions non justifiées. L'agression est un acte de violence criminelle commis dans le but de contraindre un gouvernement<sup>56</sup>.

Il va de soi, cependant, que les actes qui sont licites au regard du droit international ne sauraient être punissables au regard du droit pénal suisse. Il s'agit là d'une évidence, que l'al. 4 de l'art. 260<sup>quinquies</sup> est censé souligner, en exemptant le soutien à «des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé». Cela étant, la formulation n'est pas sans ambiguïté: les règles visées sont-elles celles qui gouvernent la légalité du recours à la force (*jus ad bellum*)

<sup>54</sup> Ces critères sont repris dans la réserve de la Suisse à la CERT (RS 0.353.3, p. 11).

<sup>55</sup> Maurice Weyembergh, Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème, in *Bribosia/Weyembergh* (éd.), *op. cit.* (n. 27), 11 ss, 16.

<sup>56</sup> Les Etats parties à la CRFT se sont donc engagés à réprimer le financement de tels actes selon le principe de l'universalité, alors même que la communauté internationale n'a pas réussi pour l'heure à l'inclure dans les crimes réprimés en vertu du Statut de Rome de la Cour pénale internationale; cf. la révision nécessaire prévue aux art. 5 al. 2, 121 et 123 Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, RS 0.312.1.

<sup>53</sup> Sur l'obligation de l'Etat de lutter contre le terrorisme découlant de la CEDH, cf. *Olivier de Schutter*, La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme, in *Bribosia/Weyembergh* (éd.), *op. cit.* (n. 27), 85 ss, 86 ss.

ou les règles humanitaires à respecter en cas de guerre (*jus in bello*)<sup>57</sup>? Un simple renvoi au droit international eût été clair – quoiqu’inutile. Si une intervention armée est conforme au droit international (au regard de la participation à l’action de maintien de la paix prévue par la Charte des Nations Unies<sup>58</sup>, de la légitime défense individuelle ou collective<sup>59</sup>, ou encore au nom du droit à l’autodétermination des peuples), son financement doit être licite. A l’inverse, lorsque ces règles sont violées, par exemple en cas d’intervention armée dans un pays étranger sans autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies ni autre fait justificatif<sup>60</sup>, l’acte est illicite et son financement délibéré punissable. Cependant, l’art. 260<sup>quinquies</sup> al. 4 CP se réfère aux «*règles du droit international applicable en cas de conflit armé*»: cette précision renvoie-t-elle aussi au droit international humanitaire, soit aux règles qui gouvernent les méthodes et moyens de guerre (notamment l’interdiction ou la limitation de certaines armes) et la protection des victimes de conflits armés (le traitement des prisonniers de guerre, la protection de la population civile, etc.)<sup>61</sup>?

Quelle que soit l’interprétation pertinente, les éléments auxquels il est fait référence sont délicats à évaluer. Il y a tout lieu de penser que la récente invasion de l’Irak par les forces américano-britanniques violait le droit international; des violations graves des Conventions de Genève semblent avoir été commises en Afghanistan, y compris du côté des forces du Nord, et peut-être aussi par l’OTAN en ex-Yougoslavie. L’intermédiaire financier encourt donc le risque d’être accusé de financer le terrorisme, s’il procède à des transferts de fonds dans le but de contribuer à des opérations de ce genre. Les *compliance officers* des banques devront-ils dorénavant être aussi des spécialistes du droit international et en particulier du droit

international humanitaire? Assurément, la problématique est quelque peu atténuée par la définition de l’élément subjectif de l’art. 260<sup>quinquies</sup> CP<sup>62</sup>: lorsque l’intervention armée est en soi licite (et pour autant que ce soit le cas), l’intermédiaire financier pourra faire valoir le fait qu’il a le dessein de soutenir celle-ci, mais pas les violations du droit humanitaire qui l’accompagnent.

## 5. L’intégration de l’art. 260<sup>quinquies</sup> CP dans le paysage juridique suisse

Les réflexions qui précèdent auront démontré que l’intégration du financement du terrorisme dans le paysage juridique helvétique soulève des problèmes de délimitation délicats.

### a. Délimitation par rapport à la participation aux infractions financées et à leurs actes préparatoires

Il ressort des travaux préparatoires que l’art. 260<sup>quinquies</sup> CP est conçu comme une incrimination subsidiaire à la participation à l’infraction effectivement commise<sup>63</sup>. Selon l’opinion exprimée par le Conseil fédéral, le financement est un «*Auffangtatbestand*», n’entrant en application que lorsqu’aucun attentat n’est encore survenu<sup>64</sup>. Il s’ensuit que celui qui favorise l’activité criminelle d’autrui par une contribution causale, qui peut naturellement être financière, se rend coupable de participation à cette infraction, le dol éventuel étant suffisant. Selon les principes reconnus en droit suisse, la coactivité, l’instigation et la complicité à une infraction tentée sont punissables, de même que la tentative de coactivité et d’instigation à un crime (art. 24 al. 2 CP), mais non la tentative de complicité (art. 25 CP).

Compte tenu du rôle subsidiaire conféré à l’art. 260<sup>quinquies</sup> CP, celui-ci s’appliquera au financement commis dans la phase préparatoire de l’acte terroriste, sans que ce dernier ne soit finalement exécuté ou même tenté. Cela soulève la question de la délimitation entre cette infraction et l’art. 260<sup>bis</sup> CP réprimant les actes préparatoires aux crimes de violence les plus graves, dont la clause punitive est d’ailleurs la même. Cette dernière incrimination s’applique

<sup>57</sup> Sur cette distinction, voir, entre autres, Marco Sassòli/Antoine A. Bouvier, *Un droit dans la guerre?*, Comité international de la Croix-Rouge, 2003, vol. I, 107 ss.

<sup>58</sup> Chapitre VII de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.

<sup>59</sup> Art. 51 Charte des Nations Unies.

<sup>60</sup> Résolution du Parlement européen sur l’évaluation et les perspectives de la stratégie de l’UE en matière de terrorisme un an après le 11 septembre 2001, adoptée le 24 octobre 2002, ch. 6.

<sup>61</sup> Pour un catalogue raisonné des sources du droit humanitaire, dont les Conventions de Genève et leurs Protocoles, cf. Sassòli/Bouvier, op. cit. (n. 57), vol. I, 132 ss.

<sup>62</sup> Cf. Sect. II, 3, a (*supra*).

<sup>63</sup> FF 2002 5066.

<sup>64</sup> BOCE 2002 1080; FF 2002 5066; dans le même sens, Forster, op. cit. (n. 12), 465.

lorsque l'auteur prend, «conformément à un plan, des dispositions concrètes d'ordre technique ou d'organisation, dont la nature et l'ampleur indiquent qu'il [s'apprête] à passer à l'exécution de l'un des [crimes énumérés]». L'art. 260<sup>quinquies</sup> CP est moins exigeant sous l'angle du caractère concret des préparatifs en vue d'une infraction précise. Il est, en revanche, plus spécial dans la description de l'acte préparatoire, raison pour laquelle la question du concours idéal doit être résolue en sa faveur.

Quant à la question de la punissabilité de la complicité à l'acte préparatoire, on se souviendra qu'elle est controversée<sup>65</sup>; elle doit, à notre sens, être tranchée dans le sens positif aussi bien dans le cadre de l'art. 260<sup>bis</sup> CP que dans celui de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP. La CRFT exige d'ailleurs expressément que la participation au financement soit punissable (art. 2 § 5 CRFT). Elle en dispose de même pour la tentative de financement (art. 2 § 4 CRFT) et va donc au-delà de ce qui est préconisé en Suisse à propos de l'art. 260<sup>bis</sup> CP par la doctrine unanime, qui considère que la tentative d'acte préparatoire est trop éloignée de l'infraction pour mériter une sanction. Dans le cas du financement du terrorisme, il convient, à notre sens, d'adhérer à la solution découlant de la CRFT, de sorte que la tentative de réunir des fonds ou de les transférer doit également être incriminée. Se rend donc punissable, par exemple, le client qui donne à sa banque l'instruction de faire virer des fonds à un tiers en vue d'un acte terroriste, et cela même si la banque n'exécute pas l'ordre.

*b. Délimitation par rapport à la participation et au soutien à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP)*

Entré en vigueur en 1994, l'art. 260<sup>ter</sup> CP réprime le soutien et la participation à une organisation criminelle, y compris terroriste<sup>66</sup>. Le projet du Conseil fédéral présenté en 2002 proposait d'introduire la mention de l'organisation terroriste à l'art. 260<sup>ter</sup> CP, mais cette adjonction inutile a été biffée devant le parlement.

L'organisation criminelle est une formation stable composée d'au moins trois membres<sup>67</sup>, qui garde sa structure et ses effectifs secrets et dont le but est de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels. Le Tribunal fédéral a jugé que des organisations terroristes telles que les Brigades Rouges italiennes, l'ETA basque et Al-Qaïda<sup>68</sup> remplissaient ces conditions. Le droit suisse saisit le phénomène dans sa dimension transnationale, puisqu'elle permet de viser aussi les actes commis en Suisse mais qui favorisent une organisation dont l'activité criminelle se déroule à l'étranger.

Sous l'angle théorique sinon pratique, le soutien financier à l'organisation terroriste diffère fondamentalement du financement du terrorisme.

- L'art. 260<sup>quinquies</sup> CP réprime le soutien financier à un acte terroriste précis; l'auteur doit connaître cet acte et vouloir, à dessein ou par dol direct, y contribuer de manière causale. Selon l'interprétation préconisée ci-dessus<sup>69</sup>, l'administration courante des fonds est visée, mais pour autant seulement que le financier ait le dessein de soutenir ainsi des actes concrets de terrorisme.
- L'art. 260<sup>ter</sup> CP, quant à lui, suppose que l'auteur favorise l'activité criminelle de l'organisation par un soutien logistique, qui peut relever du service financier. Il doit connaître l'existence d'une organisation et soutenir ses buts illicites au moins par dol éventuel, en les envisageant et les acceptant; nul besoin, en revanche, de l'établissement d'un lien de causalité directe avec une infraction précise. La détention et la gestion courante de fonds qui sont dans le pouvoir de disposition d'une organisation illicite sont considérées comme des actes de soutien à celle-ci, pour autant que ces services financiers soient fournis dans le but au moins

<sup>65</sup> Cf. n. 35 (*supra*).

<sup>66</sup> FF 2002 5061, citant le Message du Conseil fédéral du 30 juin 1993, FF 1993 III 269 ss, 288; ATF 128 II 361 ss; 125 II 574 ss et doctrine unanime.

<sup>67</sup> FF 1989 II 985; FF 1993 III 290; cf., sur la définition de l'organisation criminelle, *Arzt, op. cit.* (n. 33), Art. 260<sup>ter</sup> N 114–151 (qui considère, cependant, que l'organisation doit compter au moins sept membres, N 121); *Ursula Cassani, L'argent des organisations criminelles*, in *Luc Thévenoz* (éd.), Journée 1994 de droit bancaire et financier, 1994, 55, 60 ss; *Marc Forster, Kollektive Kriminalität, Das Strafrecht vor der Herausforderung durch das organisierte Verbrechen, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 27, 1998, 9 ss.*

<sup>68</sup> ATF 128 II 361 ss; 125 II 574; ATF 1A.194/2002 du 15. 11. 2002, consid. 3.5; *Forster, op. cit.* (n. 12), 347 ss.

<sup>69</sup> Cf. Sect. II, 2 (*supra*).

éventuel de favoriser l'activité illicite de l'organisation en lui permettant de disposer facilement de ses avoirs<sup>70</sup>.

Il s'ensuit que l'intermédiaire financier encourt des risques bien plus importants au regard de l'art. 260<sup>ter</sup> CP qu'au regard de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP. S'il sait ou suppose sur la base d'indices concrets que son client ou l'ayant droit économique d'avoirs qui lui sont confiés est un membre d'une organisation terroriste, il risque de se rendre coupable de l'infraction à l'art. 260<sup>ter</sup> CP par la simple détention de ces avoirs, à moins qu'il n'y ait des éléments qui lui permettent de dire que ceux-ci ne sont pas dans le pouvoir de disposition de l'organisation<sup>71</sup>. Le financement du réseau suffit; de même que tout service financier fourni à l'organisation dans son ensemble ou à ses membres.

L'art. 260<sup>quinquies</sup> CP a, en revanche, une portée propre, lorsque l'existence d'une organisation stable d'au moins trois membres ne peut être établie, alors que le dessein de soutenir financièrement un acte de violence terroriste peut l'être.

c. *Intégration de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP dans le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent*

aa. *Délimitation par rapport au blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP)*

En règle générale, le terrorisme ne rapporte pas de l'argent mais en coûte: la planification méticuleuse d'un attentat, une existence prolongée dans la clandestinité, l'acquisition de véhicules, d'armes et d'explosifs, de connaissances et d'aptitudes techniques, ne génèrent pas de profits à blanchir<sup>72</sup>. C'est ainsi que les attentats du 11 septembre 2001 auraient coûté entre US \$ 350 000.– et 5 millions.

Pour financer leurs activités, les mouvements terroristes disposent de ressources d'origine variable, li-

cites ou illicites<sup>73</sup>: alors que les organisations islamistes semblent être soutenues par des Etats ou des fonds privés, d'autres se financent principalement par la criminalité de droit commun, dont le trafic de stupéfiants reste l'activité la plus lucrative. Lorsque c'est le cas, les avoirs issus de crimes peuvent faire l'objet de blanchiment, avant d'être à nouveau affectés au financement d'actions terroristes. Les art. 305<sup>bis</sup> et 260<sup>quinquies</sup> CP s'appliquent alors en concours réel parfait<sup>74</sup>. De même, il n'est pas inimaginable que des avoirs mis à disposition pour le financement d'un acte de terrorisme ne soient finalement pas affectés à cette fin, mais blanchis et utilisés d'une autre manière, donnant lieu à un concours réel parfait entre ces deux dispositions<sup>75</sup>.

Le blanchiment consiste à ôter à l'argent sale la tache qu'il porte en raison de sa provenance d'un crime; il est donc orienté vers la source des avoirs. A l'inverse, le financement du terrorisme consiste à mettre à disposition des fonds – qui peuvent être de provenance parfaitement licite – pour une activité illicite future; il est donc orienté vers la destination des avoirs. Le lien entre la valeur patrimoniale et le crime est ainsi inversé, raison pour laquelle le financement du terrorisme est qualifié parfois de «*reverse money laundering*», voire de «*noircissement*». La preuve du but illicite est sans doute plus difficile à apporter que celle de la source criminelle, du fait que la destination future d'avoirs est essentiellement fondée sur l'élément subjectif du dessein du financier,

<sup>70</sup> FF 1993 III 293; ATF 128 II 362; Cassani, *op. cit.* (n. 67), 65 s.

<sup>71</sup> L'art. 260<sup>ter</sup> CP peut aussi s'appliquer lorsque l'argent est blanchi – par exemple par son injection dans une fondation à but prétendument caritatif (exemple qualifié cependant par le TF de blanchiment de valeurs patrimoniales provenant du crime réprimé à l'art. 260<sup>ter</sup> CP dans l'ATF 1A.194/2002 du 15/11/2002, consid. 3.8 cf. Forster, *op. cit.* [n. 12], 356).

<sup>72</sup> Cf. le Rapport précité du Conseil fédéral (n. 9), FF 2003 1691.

<sup>73</sup> Rapport précité du Conseil fédéral (n. 9), FF 2003 1690; cf. aussi Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI), Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux, 2002–2003, 7; Fletcher N. Baldwin, Money Laundering Countermeasures with Primary Focus upon Terrorism and the USA Patriot Act 2001, *Journal of Money Laundering Control* 6/2 (2002) 105 ss, 116 ss; Bantekas, *op. cit.* (n. 10), 316 ss; Barry Rider, The weapons of war: The use of anti-money laundering laws against terrorist and criminal enterprises – Part. 1, *Journal of International Banking Regulation*, 4/1 (2002) 13 ss, 18.

<sup>74</sup> Le Tribunal fédéral admet le concours parfait entre le blanchiment d'argent et le financement subséquent du trafic de stupéfiants (ATF 122 IV 211, 223) ou la traite d'êtres humains (ATF 128 IV 117, 133).

<sup>75</sup> Il s'agit d'un exemple, certes particulier, qui nous conduit à nuancer l'opinion de Kersten que le financement du terrorisme n'est jamais une infraction préalable au blanchiment d'argent, faute de générer un produit (Armand Kersten, Financing of Terrorism – a Predicate Offence to Money Laundering? in Mark Pieth, Financing Terrorism, 2002, 49 ss (*in toto*)).

alors que la provenance passée peut être établie par le «*paper trail*» et les autres éléments du cas d'espèce qui relient les avoirs à l'infraction qui a déjà eu lieu et qui peut donc avoir déclenché des recherches. Cependant, les techniques de dissimulation sont les mêmes<sup>76</sup>: déguisement de l'appartenance effective des avoirs, interruption du «*paper trail*» par des opérations en espèces, dissimulation de l'identité des bénéficiaires et donneurs d'ordre, ou évitement des systèmes financiers se pliant à des règles prudentielles et soumis à une surveillance. C'est ainsi que le GAFI a identifié le recours à des systèmes informels de transfert de capitaux («*hawalas*», «*hundi*», «*fei-chien*», «*black market pesos*»), aujourd'hui considéré comme une technique de prédilection des financiers du terrorisme<sup>77</sup>, il y a quelques années déjà comme mécanisme de blanchiment<sup>78</sup>. Le problème du contrôle de ces systèmes informels de transfert a été mis en évidence dans les Recommandations spéciales sur le financement du terrorisme prises par le GAFI le 31 octobre 2001<sup>79</sup> (recommandation spéciale VII), de même que celui de l'utilisation abusive des organismes à but non lucratif (recommandation spéciale VIII), qui est considérée comme un des canaux alimentant le terrorisme islamiste<sup>80</sup>.

bb. Le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent à l'épreuve du financement du terrorisme<sup>81</sup>

L'art. 18 ch. 1 let. b CRFT impose aux Etats parties de prendre des mesures faisant obligation aux intermédiaires financiers d'identifier «*leurs clients habituels et occasionnels, ainsi que les clients dans*

*l'intérêt desquels un compte est ouvert, d'accorder une attention particulière aux opérations inhabituelles et suspectes et de signaler les opérations présumées découler d'activités criminelles*». Ces règles étaient d'ores et déjà mises en œuvre en droit suisse, de sorte que la ratification de la convention n'a pas nécessité d'adaptations particulières sur ces points.

Le soupçon de blanchiment ou d'appartenance de valeurs patrimoniales à une organisation criminelle terroriste déclenche toute la batterie des devoirs en vertu de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA<sup>82</sup>). Cette dernière n'a pas été modifiée pour intégrer une référence aux soupçons d'une opération tombant sous le coup de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP, la précision ayant été considérée comme inutile. Il est vrai que les recherches de fonds consécutives au 11 septembre 2001 ont été conduites, en Suisse comme sur le plan international, sous l'étendard de la lutte contre le blanchiment d'argent, alors même que les soupçons ne portaient pas sur la source mais sur la destination illicite des avoirs<sup>83</sup>. En droit suisse, ces démarches étaient parfaitement compatibles avec la LBA si, à défaut d'une source illicite, le soupçon portait sur l'existence d'un pouvoir de disposition d'une organisation criminelle. Or, même si cette condition sera sans doute réalisée dans la plupart des cas à l'avenir également, il aurait été préférable de déclarer expressément que le soupçon que des valeurs patrimoniales sont destinées à financer le terrorisme entraîne le devoir de clarifier (art. 6 lit. b LBA) et l'obligation de communiquer (art. 9 LBA), de dénoncer (art. 21, 23 al. 4, art. 27 al. 4 LBA) et d'annoncer (art. 29 al. 2 LBA).

Selon la LBA, seul le soupçon fondé d'un pouvoir de disposition d'une organisation terroriste ou de l'existence d'avoirs provenant d'un crime fait naître une obligation de communication. Un tel devoir n'existe pas s'agissant d'avoirs dont la destination est de contribuer à la commission d'une infraction future, mise à part l'hypothèse plus générale des avoirs appartenant à une organisation criminelle. Quant à la provenance d'un crime de financement du terrorisme, elle pourra être retenue seulement s'il y a des opérations telles que la collecte de fonds ou le transfert en

<sup>76</sup> GAFI, Rapport 2002-2003 précité (n. 73), 7 et 12.

<sup>77</sup> Cf. Testimony Of Kenneth W. Dam, Deputy Secretary, Department Of The Treasury, Before The Senate Banking Committee, January 29, 2002, The United States Senate, <http://usinfo.state.gov/topical/pol/terror/02012905.htm>; GAFI, Rapport 2002-2003 précité (n. 73), 7, 11 s., 34; Baldwin, *op. cit.* (n. 73), 119 s.; Rider, *op. cit.* (n. 73), 28 s.

<sup>78</sup> Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI), Rapport 1996-1997 sur les typologies du blanchiment de l'argent, février 1997, 8.

<sup>79</sup> Citées n. 11 (*supra*).

<sup>80</sup> GAFI, Rapport 2002-2003 précité (n. 73), 8 ss; GAFI, La lutte contre l'utilisation abusive des organismes à but non lucratif, Meilleures pratiques internationales, 11 octobre 2002 (*in toto*).

<sup>81</sup> Pour un aperçu de l'impact médiat de l'USA Patriot Act sur les intermédiaires financiers suisses, cf. Bovet, *op. cit.* (n. 2) 174 ss; pour son influence sur le «standard» européen, cf. Rider, *op. cit.* (n. 73), 21 ss.

<sup>82</sup> Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, RS 955.0.

<sup>83</sup> Mark Pieth, Financing Terrorism: Following the Money, in Mark Pieth, *op. cit.* (n. 75), 115 ss., 123 et Kersten, *op. cit.* (n. 75).

amont, commises avec le dessein de financer un acte de terrorisme. Ce crime de financement devrait en outre être punissable au lieu de commission également, sans quoi il n'y aurait pas de risque de blanchiment (art. 305<sup>bis</sup> ch. 3 CP). En pratique, ces cas seront saisis plus aisément par référence à un soupçon de pouvoir de disposition d'une organisation criminelle.

La problématique du financement du terrorisme a naturellement fait son entrée dans les normes anti-blanchiment de la Commission fédérale des banques: l'art. 5 OBA-CFB<sup>84</sup> fait interdiction à l'intermédiaire financier d'entretenir des relations d'affaires avec des entreprises et personnes qui constituent ou sont membres d'une organisation terroriste ou qui la soutiennent ou la financent. L'art. 25 OBA-CFB vise le devoir de communication lorsque la clarification de l'arrière-plan économique d'une transaction révèle un lien avec une organisation terroriste, sans que l'on ne comprenne pourquoi ce cas de figure est expressément mentionné et non celui de l'organisation criminelle poursuivant d'autres buts. L'art. 24 OBA-CFB fonde un devoir de communication en cas de rupture de négociations visant à établir une relation d'affaires, élargissant par là l'obligation en vertu de l'art. 9 LBA. Par application du principe «*nullum crimen sine lege*», la violation de ce devoir ne sera cependant pas passible des peines énoncées à l'art. 37 LBA.

On notera également que l'art. 15 OBA-CFB fait interdiction aux intermédiaires financiers de procéder à des virements à l'étranger sans indication de donneur d'ordre, sauf motifs légitimes qui doivent être clarifiés et documentés. Cette disposition transpose en droit suisse l'une des Huit recommandations spéciales du GAFI<sup>85</sup> (ch. VII). Celle-ci ne prévoit cependant ni exception, ni limitation aux virements à l'étranger; en février 2003, le GAFI a rédigé une note interprétative sur la question qui assouplit les exigences<sup>86</sup>, sans pour autant retenir les critères suisses<sup>87</sup>.

Les indices de blanchiment d'argent énumérés dans l'annexe de l'OBA-CFB, tels que les renseignements inexacts donnés par le client, les virements réguliers en provenance d'un pays non coopératif ou en direction d'un tel pays, la dissimulation de l'identité du donneur d'ordre, seront aussi pertinents pour détecter des cas de financement du terrorisme et devront faire naître des doutes dans l'esprit de l'intermédiaire financier. L'indice le plus fort n'en restera pas moins et par la nature des choses l'existence de liens avec une organisation ou une personne déjà soupçonnée d'activité terroriste. D'où l'importance des fameuses «listes», qui sont une pièce maîtresse de la stratégie de lutte contre le financement du terrorisme<sup>88</sup>.

Les listes de personnes soupçonnées d'être liées au terrorisme sont d'origines diverses: certaines s'inscrivent dans le dispositif des sanctions internationales prises par les Nations Unies évoqué ci-après. D'autres, échappant au champ d'application matériel des sanctions internationales, ont été publiées par d'autres sources, dont avant tout l'administration Bush. Ces listes ont été répercutées sur les intermédiaires financiers par leurs autorités de surveillance, de contrôle et d'autorégulation<sup>89</sup>.

C'est ainsi qu'en 2001, sur 417 communications adressées au Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS), 95 concernaient les enquêtes consécutives aux attentats du 11 septembre 2001; la proportion des communications attribuées à la lutte contre le terrorisme a nettement reculé en 2002, puisque 15 seulement sur un total de 652 étaient liées au financement du terrorisme<sup>90</sup>. Les montants concer-

<sup>84</sup> Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB) du 18 décembre 2002, RS 955.022; entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003.

<sup>85</sup> Citées n. 11 (*supra*).

<sup>86</sup> GAFI, Note interprétative à la Recommandation Spéciale VII: Virement électroniques, février 2003.

<sup>87</sup> L'art. 14 du Projet de révision de l'Ordonnance de l'Autorité de contrôle sur le blanchiment d'argent (OBA-AC) concernant les obligations de diligence, envoyé en procédure de consultation le 22 mai 2003 (version allemande), est identique à l'art. 15 OBA-CFB.

<sup>88</sup> Cette opinion est partagée par Mark Pieth, *op. cit.* (n. 75), 124.

<sup>89</sup> La première liste de personnes soupçonnées d'être liées aux attentats du 11 septembre 2001 était annexée au «Bulletin from the Office of Foreign Assets Control» du 24 septembre 2001, publiant l'«Executive Order» pris par le Président Bush le 23 septembre 2001. Le champ couvert par les «listes Bush» a été ensuite élargi à d'autres organisations terroristes, y compris non islamistes. Pour un tableau des obligations (variables) existant à l'égard des différentes listes, cf. le site de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, [http://www.gwg.admin.ch/f/publika/pdf\\_info/15633\\_040603.pdf](http://www.gwg.admin.ch/f/publika/pdf_info/15633_040603.pdf).

<sup>90</sup> MROS, Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, 4<sup>e</sup> Rapport annuel, 2001, mai 2002, 5 ss; 5<sup>e</sup> Rapport annuel 2002, avril 2003, 7 (rapports disponibles sur le site internet de la Police fédérale, <http://internet.bap.admin.ch/f/index.htm>; cf. aussi le Rapport du Conseil fédéral précité (n. 9), FF 2003 1704 et 1734.

nés s'élevaient à Fr. 37 millions en 2001<sup>91</sup> et à seulement Fr. 1 613 819 en 2002<sup>92</sup>, ce qui paraît modeste par rapport au montant total des avoirs criminels pour lesquels des communications ont été effectuées (Fr. 2728 millions en 2001 et Fr. 666 millions en 2001<sup>93</sup>).

#### d. *Le dispositif administratif en cas d'embargo international*

Dès le 12 septembre 2001, le Conseil de sécurité de l'ONU a condamné les attentats de la veille par une Résolution 1368, suivie d'une Résolution 1373 du 28 septembre 2001, instaurant une série de mesures dont le gel des avoirs de personnes commettant ou facilitant des actes terroristes et interdisant les services financiers en faveur de ces personnes. Cette résolution se greffait sur un dispositif de sanctions internationales qui avait déjà été instauré par la Résolution 1267 du 15 octobre 1999<sup>94</sup> contre les Taliban et l'Afghanistan et adapté progressivement pour suivre la situation politique par un recentrage sur Al-Qaïda et Oussama ben Laden. Les sanctions incluent le blocage des avoirs de personnes énumérées dans une liste établie par le Comité des sanctions de l'ONU, mais alimentée quasi exclusivement par l'administration Bush, selon une procédure opaque, dans laquelle les droits des individus frappés sont très faiblement protégés<sup>95</sup>.

S'appuyant en cela sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. féd., le Conseil fédéral a transposé les sanctions internationales dans notre droit interne, par une ordonnance prise dès le 2 octobre 2000 contre les Ta-

liban et l'Afghanistan qui, après plusieurs adaptations, se dirige actuellement contre Oussama ben Laden et Al-Qaïda<sup>96</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, la loi sur les embargos (LEmb) fournit une base légale expresse aux ordonnances prises en application des sanctions internationales<sup>97</sup>. Ce dispositif n'en reste pas moins problématique sous l'angle des droits individuels, car il instaure des mesures coercitives lourdes dont l'application est confiée à une autorité administrative, le Secrétariat d'état à l'économie (seco).

Celles-ci s'étendent au gel des avoirs des personnes frappées par les sanctions internationales; toute personne qui détient les avoirs de personnes visées a donc l'obligation de les bloquer et de les annoncer au seco<sup>98</sup>. Il s'agit d'une procédure d'annonce et de blocage indépendante de celle en vertu des art. 9 et 10 LBA. Le devoir incombe à quiconque détient des avoirs, pas seulement aux intermédiaires financiers; ces derniers sont tenus de faire deux annonces parallèles, l'une au seco et l'autre au Bureau de communication en vertu de la LBA. Enfin, l'obligation de blocage existe *de lege* en vertu des sanctions de l'ONU et de la législation qui les transpose; contrairement à ce qui est prévu à l'art. 10 LBA, le fait que l'autorité ne confirme pas le bien-fondé du blocage dans les cinq jours dès l'annonce n'autorise donc pas sa levée.

### III. Les autres modifications du droit suisse

#### 1. La responsabilité pénale de l'entreprise

L'adaptation du droit suisse aux exigences découlant de la CRFT a été l'occasion d'accélérer l'entrée

<sup>91</sup> Chiffre non mentionné dans le 4<sup>e</sup> Rapport annuel (2001) du MROS précité (n. 90), mais communiqué oralement.

<sup>92</sup> MROS, 5<sup>e</sup> Rapport annuel précité (n. 90), 7.

<sup>93</sup> MROS, 4<sup>e</sup> Rapport annuel précité (n. 90), 9.

<sup>94</sup> Résolution 1267 (1999) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4051<sup>e</sup> séance, tenue le 15 octobre 1999 (Taliban/ben Laden).

<sup>95</sup> Le comité des sanctions de l'ONU est une émanation du Conseil de sécurité; il compose ses listes sur proposition de pays individuels. Le droit d'être entendu des personnes visées n'est pas garanti; l'individu dont le nom figure sur une liste de l'ONU n'est pas habilité à recourir. Selon une déclaration du président du comité des sanctions en août 2002, une procédure de «*de-listing*» a certes été instaurée (Press release SC/7487 AFG/203, Statement of Chairman of 1267 Committee on de-listing procedures), mais il s'agit d'une procédure entre Etats, arbitraire, en dernier lieu, par le Conseil de sécurité de l'ONU. La décision de «*de-listing*» est prise à l'unanimité. Cf. également *Dominique Strebel*, *Auf Druck der USA: Grundrechte verletzt*, plaidoyer 4/02, 4.

<sup>96</sup> Ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban (Afghanistan) du 2 octobre 2000; actuellement: Ordonnance instituant des mesures à l'encontre des personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe «Al-Qaïda» et aux Taliban, du 2 octobre 2000, RS 946.203. Sur la base des mêmes art. 184 et 185 Cst. féd., le Conseil fédéral a également pris une Ordonnance instituant des mesures à l'encontre du groupe «Al-Qaïda» et d'organisations apparentées, du 7 novembre 2001 (RO 2001 3040), créant un délit réprimant la participation et le soutien (y compris la propagande) aux organisations visées et prévoyant la confiscation de valeurs patrimoniales en vertu de l'art. 59 CP. La validité de cette ordonnance est limitée au 31 décembre 2003.

<sup>97</sup> Loi fédérale sur l'application des sanctions internationales (loi sur les embargos, LEmb), du 22 mars 2002, RS 946.231; sur la situation antérieure à la création de la LEmb, cf. *Bovet*, *op. cit.* (n. 2), 187 s.

<sup>98</sup> Cf. *Bovet*, *op. cit.* (n. 2), 187.

en vigueur des dispositions gouvernant la responsabilité pénale de l'entreprise, déjà adoptées par les Chambres fédérales dans le cadre de la révision totale de la partie générale du CP en date du 13 décembre 2002 (art. 102 et 102a CP 2002)<sup>99</sup>. L'entrée en vigueur de cette révision n'étant prévue qu'au 1<sup>er</sup> janvier 2005 au plus tôt, ces dispositions ont été glissées telles quelles dans le paquet «financement du terrorisme», pour devenir les art. 100<sup>quater</sup> et 100<sup>quinquies</sup> CP.

La CRFT exige l'instauration d'un régime de sanctions destinées à la personne morale, tout en précisant, à l'art. 5 § 1, que «[c]ette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative». Nonobstant le caractère très ouvert de cette formulation, le Conseil fédéral en a déduit la nécessité de disposer d'une base légale pour la responsabilité pénale de la personne morale dès la ratification de cette convention<sup>100</sup>.

Une analyse approfondie des nouvelles dispositions fondant la responsabilité pénale de l'entreprise dépasserait le cadre de cette étude<sup>101</sup>; nous nous contenterons donc de quelques observations schématiques.

<sup>99</sup> Révision du CP précitée (n. 31).

<sup>100</sup> FF 2002 5060. Il est vrai que dans une situation semblable – la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997, contenant les mêmes exigences (art. 2 et 3) –, la Suisse avait assorti sa ratification d'une déclaration signalant l'absence de «sanctions pénales à l'encontre des personnes morales» selon le droit en vigueur (Déclaration interprétative de la Suisse, du 23 mai 2000).

<sup>101</sup> Pour ne citer que quelques-unes des nombreuses études consacrées à cette problématique: *Gunther Arzt*, Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen vom Märchen zum Alptraum, RSDA 2002 226; *Carlo Antonio Bertossa*, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, 2003; *Günter Heine*, Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften, RPS 2001 32 ss; *id.*, Das kommende Unternehmensstrafrecht, RPS 2003 24 ss; *Mark Pieth*, Internationale Einflüsse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung, RPS 2001 1; *Dominique Poncet/Alain Macaluso*, Evolution de la responsabilité pénale de l'entreprise en Suisse et perspective inspirée de modèles étrangers, in *Festschrift Stefan Trechsel*, 2002 518 ss; *Robert Roth*, L'entreprise, nouvel acteur pénal, in *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Cedidac no. 49, 2002, 77 ss; *id.*, Une responsabilité sans culpabilité? in *L'expert-comptable suisse spécial*, ECS no 7, juin-juillet 2003, 17; *Niklaus Schmid*, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches, *Festschrift Peter Forstmoser*, 2003, 761 ss; *Wolfgang Wohlers*, Die Strafbarkeit des Unternehmens, RSJ 96 (2000) 381 ss.

L'art. 100<sup>quater</sup> CP instaure deux régimes différents en fonction du type de délit commis. Le premier retient une responsabilité subsidiaire qui entre en ligne de compte lorsqu'une infraction perpétrée au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes au but de celle-ci «ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise» (art. 100<sup>quater</sup> al. 1 CP). Il suffit donc qu'un seul individu responsable puisse être identifié, ce qui ne signifie pas encore jugé, pour que l'entreprise ne voie plus sa responsabilité engagée. Pour prendre un exemple: l'infraction à l'art. 305<sup>ter</sup> CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières) est soumise à ce régime ordinaire. Or, il suffit que l'on puisse imputer l'acte d'intermédiation financière non accompagné de l'identification vigilante de l'ayant droit économique à une personne physique, pour épargner à l'établissement bancaire les désagréments d'une procédure pénale. De là à imaginer qu'une personne soit désignée par l'entreprise pour jouer le rôle ingrat de paratonnerre, protégeant l'entreprise des foudres de la justice pénale et des «reputational damages» qui y sont liés, était un pas que la doctrine a tôt fait de franchir, craignant l'apparition du «Sitzdirektor»<sup>102</sup> ou l'«effet Winkelried»<sup>103</sup>. Or, il s'agit là du régime ordinaire, applicable à la plupart des délits, dont on peut légitimement se demander si elle trouvera des cas d'application ailleurs que dans des arrangements du type «justice négociée», dans lesquels l'autorité judiciaire et l'entreprise au sein de laquelle l'infraction est commise trouvent un intérêt commun – relevant de l'économie de la procédure pour la première et de la discrétion pour la seconde – à ne pas pousser les investigations plus loin.

Le deuxième régime, décrit à l'art. 100<sup>quater</sup> al. 2 CP, est plus incisif pour l'entreprise, puisque sa responsabilité pénale est engagée de manière originale, en parallèle avec celle de la personne physique, au motif qu'il «doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction». Ce régime a été instauré par les Chambres fédérales, qui ont toutefois tenu à réserver son application à quelques infractions récemment créées, dans le domaine économique et financier, soit la participation et le soutien à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup>

<sup>102</sup> *Pieth*, *op. cit.* (n. 101), 15.

<sup>103</sup> *Roth*, *op. cit.* (n. 101, 2002), 95.

CP), le blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP) et les infractions en matière de corruption (art. 322<sup>ter</sup>, art. 322<sup>quinquies</sup>, art. 322<sup>septies</sup> CP)<sup>104</sup>. Ce catalogue a été complété par l'adjonction de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP.

Pour ces incriminations, le fondement de la punissabilité de l'entreprise réside dans le fait que celle-ci a omis de prendre des précautions propres à empêcher l'infraction. La faute reprochée à l'entreprise est saisie en des termes qui relèvent de la négligence, ce qui peut paraître paradoxal, compte tenu du fait que les infractions énumérées exigent, sans exception, l'intention; la loi opère donc un «découplage»<sup>105</sup> entre la forme de la culpabilité requise par l'infraction et le reproche adressé à l'entreprise. Il faut comprendre par là, à notre sens, qu'une infraction doit avoir été commise au sein de l'entreprise par une personne physique, identifiée ou non, qui paraît avoir réalisé les éléments objectifs et subjectifs d'une infraction intentionnelle<sup>106</sup>. Faute de cette référence à la commission intentionnelle, on gommerait les contours des incriminations, dont la définition de l'élément subjectif est un enjeu essentiel. C'est ainsi, pour prendre un exemple, que la limitation de l'infraction de blanchiment d'argent à l'entrave à la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur sait, par dol éventuel au moins, qu'elles proviennent d'un crime, a été un choix conscient et âprement discuté lors de l'élaboration de la norme; en faire abstraction signifierait diluer l'infraction au mépris du principe de l'économie du droit pénal.

Les mêmes observations s'imposent en matière de financement du terrorisme, pour lequel la description de la forme de l'intention – l'exclusion du dol éventuel<sup>107</sup> – a été un des enjeux principaux du processus législatif. Il ne suffit donc pas qu'une personne physique ait réuni ou mis à disposition des fonds qui serviront à un attentat terroriste, il faut en outre qu'elle ait eu le dessein de favoriser cet acte. Enfin, il faut démontrer que l'entreprise, par défaut d'organisation, n'a pas empêché la survenance de

l'infraction. L'on ne saurait, en revanche, punir l'entreprise pour financement du terrorisme, lorsque son manque d'organisation a permis le transfert d'avoirs dont les personnes physiques au sein de l'entreprise auraient pu et dû détecter la destination illicite, ou ont envisagé et accepté cette destination, sans pour autant agir à dessein.

Les sanctions applicables à l'entreprise sont les mêmes, qu'elles soient prises en vertu du modèle subsidiaire ou parallèle: il s'agit au premier chef de l'amende, qui peut s'élever à 5 millions de francs. S'ajoutent à cela la confiscation des objets et valeurs patrimoniales (art. 58 et 59 CP; *de lege ferenda*, art. 69 à 72 CP 2002), ainsi que la publication du jugement (art. 61 CP; art. 68 CP 2002). Bien que la question eût été digne d'un examen approfondi dans le cadre de la révision de la partie générale du CP, le législateur suisse n'a songé à appliquer à l'entreprise ni le travail d'intérêt général (art. 37 CP 2002), ni le cautionnement préventif (art. 57 CP; art. 66 CP 2002) ou l'interdiction d'exercer une profession (art. 54 CP; art. 67 s. CP 2002). Quant aux dispositions sur le casier judiciaire (art. 365 ss CP), elles ne retiennent pas l'inscription des condamnations rendues à l'encontre des entreprises, sans pour autant les exclure expressément. Il conviendrait, dès lors, de clarifier la situation juridique dans l'élaboration de l'ordonnance mettant en œuvre ces dispositions. Une réponse affirmative serait compatible avec le texte de la loi et la seule défendable au regard de son but: il est, en effet, établi depuis les travaux de *Sutherland*<sup>108</sup> que certaines entreprises peuvent être multi-récidivistes par nature ou par calcul économique. Il convient de tenir compte de la récidive dans la fixation de la peine pécuniaire, même si l'art. 100<sup>quater</sup> al. 3 CP ne mentionne pas expressément ce facteur dans une énumération d'éléments qui ne semble toutefois pas être exhaustive.

Enfin, on peut regretter que le législateur suisse ait renoncé à prévoir des sanctions plus incisives, spécifiquement adaptées à la personne morale<sup>109</sup>, telles que la dissolution de l'entreprise, le placement sous surveillance judiciaire ou l'exclusion des marchés publics, prévues notamment par le législateur

<sup>104</sup> Peter Müller, Petite histoire législative: *societas delinquere non potest*, in *L'expert-comptable suisse spécial*, ECS no 7, juin-juillet 2003, 11 ss, 15.

<sup>105</sup> Roth, *op. cit.* (n. 101, 2003), 22; *id.*, *op. cit.* (n. 101, 2002), 97.

<sup>106</sup> Dans le même sens, Schmid, *op. cit.* (n. 101), 772 s., en particulier note 48.

<sup>107</sup> Sur l'exclusion du dol éventuel, cf. sect. II, 3, a (*supra*).

<sup>108</sup> Edwin S. Sutherland, *White Collar Crime*, 1949; *The Uncut Version*, 1983 (*in toto*).

<sup>109</sup> Pour d'autres sanctions alternatives adaptées aux entreprises, cf. C. A. Bertossa, *op. cit.* (n. 101), 227 ss.

français<sup>110</sup>, dont la hardiesse n'a cependant pas été suivie par les tribunaux<sup>111</sup>.

L'art. 100<sup>quater</sup> CP (art. 102a CP 2002) règle quelques aspects du statut procédural de l'entreprise accusée, en particulier la question de sa représentation devant la justice pénale<sup>112</sup>.

## 2. La compétence universelle du juge pénal suisse en vertu de l'art. 6<sup>bis</sup> CP

La CRFT prévoit à son art. 7 § 4 l'application du principe de l'universalité de la poursuite; par conséquent, le juge national a l'obligation d'affirmer sa compétence territoriale pour juger l'auteur de tout acte de financement du terrorisme, commis dans le monde entier, pour autant que l'auteur soit appréhendé sur son territoire national et non extradé (*aut dedere aut prosequi*<sup>113</sup>; cf. également l'art. 10 CRFT).

Le projet du Conseil fédéral prévoyait d'appliquer ce principe à l'infraction de terrorisme mais non à son financement, ce qui se reflétait dans le fait que l'art. 260<sup>quinquies</sup> al. 3 P-CP visant le terrorisme énonçait expressément l'universalité, alors que l'art. 260<sup>sexies</sup> P-CP ne contenait pas de clause comparable, ce qui devait être considéré comme un silence qualifié selon les explications fournies dans le Message<sup>114</sup>. Cette proposition était non seulement contraire aux exigences découlant de la CRFT mais aussi à l'art. 6<sup>bis</sup> CP (art. 6 CP 2002), selon lequel l'universalité vaut pour tous les crimes que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'une convention internationale qui la prévoit. Du seul fait de la ratification de la CRFT, le principe de l'universalité vaut donc en matière de financement du terrorisme par application

de l'art. 6<sup>bis</sup> CP, sans qu'il ne soit nécessaire d'y consacrer une clause dans la partie spéciale<sup>115</sup>. L'affirmation de l'existence d'un silence qualifié sur ce point est donc inexacte et de nature à semer la confusion: il n'y a, en réalité, pas de silence. L'argument de fond que fait valoir le Conseil fédéral est d'ailleurs peu convaincant: selon lui, cette différence se justifierait par le fait que les dispositions sur le financement n'auraient qu'une fonction de «normes de secours» par rapport à toutes celles qui répriment le terrorisme et qui sont soumises à l'universalité par les conventions internationales<sup>116</sup>. Il est difficile de comprendre, cependant, pourquoi la solidarité internationale de la Suisse ne s'exprimerait pas aussi par la poursuite de ceux qui violent «la norme de secours», d'autant plus qu'il existe en la matière une convention internationale spécifique qui l'exige expressément. Il faut en déduire que l'universalité s'applique selon le texte clair de la loi, ainsi que son but<sup>117</sup>.

Cela signifie que le juge suisse pourrait juger toute personne soupçonnée de financement du terrorisme, même lorsqu'il n'existe aucun rattachement quelconque de l'infraction à notre pays, mis à part le fait que son auteur est appréhendé en Suisse et non extradé. Conformément aux principes découlant de l'art. 6<sup>bis</sup> CP et retenus aussi à l'art. 6 CP 2002, l'acte doit aussi être puni au lieu de commission, cette exigence étant toutefois assouplie de *lege ferenda* pour tenir compte des cas dans lesquels l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale.

## 3. La compétence *ratione materiae*: l'art. 340<sup>bis</sup> CP

La compétence en Suisse reviendra à la Confédération, en vertu de l'art. 340<sup>bis</sup> CP applicable à certai-

<sup>110</sup> Art. 131–39 N.C.P. français entré en vigueur en 1994; les dispositions sur la responsabilité pénale de la personne morale ont été révisées en 2000 (Journal Officiel du 11 juillet 2000).

<sup>111</sup> Cf. la Circulaire du 26 janvier 1998 n°CRIM-98-1/F, relative à un premier bilan de l'application des dispositions du nouveau Code pénal concernant la responsabilité pénale des personnes morales, JCP 1998 III 20035.

<sup>112</sup> Cf., sur ces questions, *Bernard Bertossa*, De quelques problèmes pratiques de mise en œuvre, in *L'expert-comptable suisse spécial*, ECS no 7, juin-juillet 2003, 11, 15; *C. A. Bertossa*, *op. cit.* (n. 101), 109 ss.

<sup>113</sup> Cf., sur l'interprétation des clauses quasi-identiques dans la Convention de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, *Marc Henzelin*, Le principe de l'universalité en droit pénal international, 2000, 314 ss.

<sup>114</sup> FF 2002 5056.

<sup>115</sup> *José Hurtado Pozo*, Droit pénal, Partie générale I, 2<sup>ème</sup> éd. 1997, N 451.

<sup>116</sup> FF 2002 5056.

<sup>117</sup> La volonté du législateur n'est jamais décisive pour l'interprétation du droit et ne saurait de toute façon être réduite à l'opinion exprimée dans le Message du Conseil fédéral. La question de l'application du principe de l'universalité n'a pas été discutée par les Chambres fédérales siégeant en *plenum*, mais l'incohérence entre la proposition gouvernementale et les exigences découlant de l'art. 7 § 4 CRFT, ainsi que de l'art. 6<sup>bis</sup> CP, a été évoquée pendant les auditions d'experts (*hearings*) conduites devant les commissions juridiques réunies des deux Chambres. Ces dernières étaient donc parfaitement conscientes du fait que le texte légal voté n'était nullement propre à exclure l'universalité découlant de l'art. 6<sup>bis</sup> CP.

nes infractions expressément énumérées dans le texte légal, auquel l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP est ajouté. Pour tomber dans la compétence fédérale, l'infraction doit revêtir un caractère transfrontière, critère qui sera en règle générale réalisé en matière de financement du terrorisme. L'affaire relèvera donc en premier lieu du Ministère public de la Confédération et du juge d'instruction fédéral, avant d'être déférée devant les tribunaux cantonaux. A l'avenir, la compétence fédérale s'étendra aussi à la phase du jugement, conformément à la Loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF), du 4 octobre 2002<sup>118</sup>, créant un autorité de jugement de première instance qui siègera à Bellinzone.

Le Conseil fédéral a renoncé à soumettre la poursuite du terrorisme et de son financement à une autorisation gouvernementale, comme c'est le cas notamment à l'art. 302 CP, pour les crimes ou délits de nature à compromettre les relations avec l'étranger. Des motifs d'opportunité politique ou des considérations basées sur la raison d'Etat ne sauraient donc être pris en compte par ce biais. En revanche, l'autorité de poursuite peut, quant à elle, se laisser guider par des considérations relevant de l'opportunité de la poursuite (art. 108, 110 al. 1, 120 PPF).

#### 4. Les moyens d'investigation

Contrairement à certains droits étrangers<sup>119</sup>, la Suisse ne soumet pas les infractions terroristes à un régime particulier sous l'angle de la procédure: les actes de violence commis par les terroristes sont des infractions graves, pour lesquelles le droit suisse met à disposition certains moyens d'investigation refusés aux enquêtes portant sur des infractions plus bénignes. Or, le crime de financement du terrorisme est

rangé parmi les infractions justifiant le recours à ces moyens particulièrement incisifs. Par conséquent:

- l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP est intégré à la liste des crimes et délits pour lesquels le secret rédactionnel du journaliste ne peut être opposé au juge pénal en vertu de l'art. 27<sup>bis</sup> al. 2 let. b CP;
- il est également ajouté à la liste des infractions pour lesquelles la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication peut être ordonnée (art. 3 al. 2 lit. a et b LSCPT)<sup>120</sup>;
- enfin, la loi fédérale sur l'investigation secrète du 20 juin 2003 sera complétée dès l'entrée en vigueur de l'art. 260<sup>quinquies</sup> CP par l'adjonction de cet article à la liste des infractions pour lesquelles une enquête sous couverture peut être ordonnée (art. 4 al. 2 lit. a LFIS)<sup>121</sup>.

Le paquet ficelé par le législateur à propos du financement du terrorisme n'a été l'occasion de revenir sur aucun des grands débats à propos des moyens d'investigation et de preuve qui reviennent périodiquement sur l'avant-scène s'agissant du crime organisé et des formes graves de criminalité. En particulier, n'ont été évoqués dans ce contexte ni la figure du «témoin de la couronne» ni le mécanisme du «*plea-bargaining*». Cela vaut mieux sans doute, vu la précipitation dans laquelle les travaux pré-parlementaires ont été menés. Plusieurs moyens d'investigation et de preuve auxquels les enquêtes et procédures judiciaires en matière de terrorisme sont susceptibles de faire appel ont d'ailleurs fait l'objet de procédures législatives récentes ou concomitantes. C'est le cas des écoutes et interceptions en matière de télécommunications, des investigations secrètes et des preuves reposant sur les profils d'ADN<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> FF 2002 6034.

<sup>119</sup> Cf. Laurent Moreillon/Frédérique de Courton, La lutte contre le terrorisme et les droits du suspect: le principe de sécurité à l'épreuve des droits fondamentaux, RPS 2003 117 ss (*in toto*); cf. également les rapports contenus dans l'ouvrage précité (n. 27), dirigé par Emmanuelle Bribosa et Anne Weyembergh, en particulier Didier Bigo, L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France, 219 ss; François Crépeau, L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada, 249 ss. Pour le débat sur la constitutionnalité des mesures procédurales introduites par le USA Patriot Act, cf. Baldwin, *op. cit.* (n. 73), 126 ss.

<sup>120</sup> Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications (LSCPT), RS 780.1; RO 2001 3096; entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002; Message du Conseil fédéral: FF 1998 3689. L'occasion de cette révision a été saisie pour rectifier la liste des infractions, dans le but de réparer ainsi des oublis et de mettre à jour les références déjà devenues obsolètes.

<sup>121</sup> Loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS), du 20 juin 2003, FF 2003 4009, note 3; Message du Conseil fédéral: FF 1998 3689.

<sup>122</sup> LSCPT et LFIS précitées (n. 120 et 121); Loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues, du 20 juin 2003, FF 2003 3981; Message du Conseil fédéral: FF 2001 19; cf. les contributions sur ces sujets dans les actes du colloque 2003 du Groupe Suisse de Tra-

Une seule innovation, au demeurant modeste, a été introduite sous couvert de lutte contre le terrorisme. Il s'agit d'une retouche de la LSCPT, par laquelle les Chambres fédérales sont revenues, au terme d'un débat animé, sur un choix législatif en matière d'identification des titulaires de cartes de téléphone mobile à pré-paiement. Invoquant des informations selon lesquelles des cartes suisses à pré-paiement auraient été découvertes dans le cadre des enquêtes consécutives aux attentats du 11 septembre 2001<sup>123</sup>, elles ont introduit un al. 5<sup>bis</sup> à l'art. 15 LSCPT, obligeant les fournisseurs de services de téléphonie mobile à identifier les clients n'ayant pas souscrit d'abonnement et à conserver cette information pendant au moins deux ans.

#### IV. Conclusion

L'immense espoir fondé sur les mécanismes de lutte contre le financement comme moyen d'éradication du terrorisme repose sur l'idée que l'argent est le «nerf de la guerre» en matière de terrorisme, de la même manière que les gains illicites sont à la fois le moteur principal, la source de pouvoir et le «talon d'Achille» d'organisations criminelles de type mafieux.

S'il ne fait aucun doute que la contribution financière fournie à une activité criminelle extrêmement dévastatrice doit être réprimée et ses canaux identifiés et asséchés, les maigres succès obtenus par la

campagne sans précédent de diffusion, auprès des intermédiaires financiers, de noms de personnes soupçonnées d'être liées au terrorisme, tendent à démontrer les limites de cette stratégie. Ce constat, fondé sur les faibles montants concernés par des communications en Suisse – Fr. 37 millions en 2001 et Fr. 1 613 819 en 2002<sup>124</sup> –, n'est pas démenti par les chiffres étrangers, puisque les enquêtes conduites sur le plan global postérieurement au 11 septembre 2001 ont mené à la maigre récolte de US \$ 112 millions, dont US \$ 34 millions pour les Etats-Unis d'Amérique<sup>125</sup>. Il est, par ailleurs, dans la majorité des cas trop tôt pour dire si ces sommes devaient réellement servir au financement d'actes illicites.

Le premier enseignement que l'on tirera de ces chiffres est que, de toute évidence, pour autant que des sommes importantes soient investies dans les activités terroristes, ces sommes ne transitent que marginalement par les canaux de blanchiment utilisés par les criminels – organisés ou non – dont l'activité est dominé par le but de lucre. Du moins ces avoirs n'aboutissent-ils pas chez les intermédiaires financiers dont l'activité se déploie dans les pays «coopératifs» et qui sont soumis à une surveillance appropriée. Le second enseignement revient à questionner l'hypothèse de départ: peut-être n'est-ce pas l'argent qui est le nerf de la guerre en matière de terrorisme, mais le fanatisme politique et religieux, nourri par l'injustice, l'oppression politique et le sous-développement économique, qui font que des individus n'ont plus rien à perdre.

vail de Criminologie, Ursula Cassani, Volker Dittmann, Renie Maag, Silvia Steiner (éd.), Plus de sécurité – moins de liberté? Les techniques d'investigation et de preuve en question, 2003.

<sup>123</sup> BOCE 2002 1082 s.; BOCN 2003 226.

<sup>124</sup> Cf. n. 91 et 92 (*supra*).

<sup>125</sup> Bureau fédéral de la police, Rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse 2002, juin 2003, 32.