

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



Commission des affaires juridiques
CH-3003 Berne

www.parlement.ch
rk.caj@pd.admin.ch

**05.404 n Initiative parlementaire.
Réprimer explicitement les mutilations sexuelles commises
en Suisse et commises à l'étranger par quiconque se
trouve en Suisse**

**RAPPORT
DE LA COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES
DU 12 FÉVRIER 2009**

Condensé

La Suisse n'est pas épargnée par le phénomène des mutilations génitales féminines. Bien que ces pratiques soient d'ores et déjà punissables dans notre pays et en dépit des mesures de sensibilisation et d'information qui ont été prises, rien ne semble indiquer jusqu'ici que la fréquence de ces atteintes graves à l'intégrité physique et à la dignité des jeunes filles et des femmes qui en sont victimes ait pu être réduite de manière significative.

Soucieuse de mettre fin aux problèmes de définition et de preuve liés à la situation juridique actuelle, qui fait des différences entre les variantes de mutilations sexuelles, et déterminée à signifier clairement la proscription de cette violation grave des droits de la personne humaine, la commission propose d'introduire dans le Code pénal un nouvel article réprimant de manière spécifique les mutilations génitales féminines. Elle suggère en outre de modifier le régime juridique actuel et de rendre une telle infraction punissable en Suisse même si elle a été commise à l'étranger et n'est pas pénalement répréhensible dans l'Etat dans lequel elle a été perpétrée.

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 Initiative parlementaire

Le 17 mars 2005, la conseillère nationale Maria Roth-Bernasconi a déposé une initiative parlementaire demandant l'élaboration d'une norme pénale réprimant la pratique directe et l'incitation à la commission de mutilations sexuelles féminines en Suisse. Elle y exige que cette norme soit aussi applicable aux personnes résidant en Suisse si l'acte a été commis à l'étranger. Le 30 novembre 2006, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a procédé à l'examen préalable de l'initiative et a décidé unanimement de lui donner suite aux termes de l'art. 109, al. 2, de la loi sur le Parlement (LParl)¹. La Commission du Conseil des Etats s'y est rallié sans opposition le 2 juillet 2007 (art. 109, al. 3, LParl).

1.2 Travaux de la commission et de la sous-commission

Le 22 mai 2008, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a désigné une sous-commission chargée d'étudier les différentes possibilités de mise en œuvre de l'initiative parlementaire, de répondre aux questions que celle-ci soulève et de rapporter à la commission.

Cette sous-commission s'est réunie à trois reprises, entre septembre 2008 et janvier 2009. Elle était composée des membres suivants: Anita Thanei (présidente), Andrea Martina Geissbühler, Daniel Jositsch, Christa Markwalder Bär, Lukas Reimann, Barbara Schmid-Federer et Brigit Wyss. Le 10 octobre 2008, la sous-commission a entendu un expert du droit pénal, des représentantes des organisations non gouvernementales UNICEF Suisse et Caritas, engagées dans ce domaine, ainsi qu'une représentante de l'un des groupes de migrants concernés. Le 16 janvier 2009, la sous-commission a adopté à l'unanimité l'avant-projet qu'elle avait préparé à l'attention de la commission.

Le 12 février 2009, la commission a adopté à l'unanimité l'avant-projet ci-joint.

Conformément à la loi fédérale sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation, LCo)², ledit avant-projet doit faire l'objet d'une procédure de consultation.

La commission a été secondée par le Département fédéral de justice et police, en vertu de l'art. 112, al. 1, LParl.

¹ RS 171.10

² RS 172.061

2 Contexte

2.1 Définition, fréquence et différentes formes des mutilations génitales féminines, motifs invoqués

Par mutilation génitale féminine (aussi appelée « excision »), on entend l'ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme ou toute autre atteinte portée aux organes génitaux féminins pour des raisons non médicales³.

Selon les estimations de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le nombre de femmes et de jeunes filles ayant subi des mutilations génitales dans le monde se situe entre 100 et 140 millions, chiffre auquel il faut ajouter chaque année environ trois millions de nouvelles victimes potentielles. Si les mutilations génitales féminines sont pratiquées principalement en Afrique centrale et occidentale, on retrouve aussi cette coutume dans certains pays du Moyen-Orient et de l'Asie du Sud-Est. Sous l'effet des flux migratoires, ce phénomène s'est en outre propagé à l'Amérique du Nord et à l'Europe⁴. Selon une estimation fondée sur une enquête menée auprès de médecins gynécologues, on pense que la Suisse comptait en 2001 parmi sa population résidente quelque 6700 femmes et jeunes filles ayant subi des mutilations génitales ou menacées par cette pratique⁵.

Les mutilations génitales féminines sont apparues il y a environ 2000 ans. Si des motifs religieux sont souvent invoqués par ceux qui tentent de justifier cette coutume, force est de constater que l'on ne connaît aucune religion prescrivant de telles pratiques. D'ailleurs, on trouve des victimes dans de nombreuses communautés religieuses: catholiques, protestants, musulmans, coptes orthodoxes, juifs, animistes ou non-croyants. Outre les motifs religieux, les arguments avancés sont souvent d'ordre social ou culturel (tradition, pureté, questions d'esthétique, préservation de la virginité etc.)⁶.

En 2008, l'OMS a redéfini les différentes formes de mutilations génitales féminines en établissant la classification suivante⁷:

- clitoridectomie (type I): ablation partielle ou totale du clitoris et du capuchon du clitoris (type Ib). Dans des cas rares, l'ablation se limite au capuchon (type Ia).
- excision (type II): ablation partielle ou totale du clitoris et des petites lèvres, avec ou sans ablation des grandes lèvres.
- infibulation (type III): ablation partielle ou totale des petites lèvres et/ou des grandes lèvres avec suture des bords de la plaie aux fins de rétrécir au maximum l'orifice vaginal. Cette intervention peut s'accompagner de l'ablation du clitoris.

³ Cf. Organisation mondiale de la santé (OMS), Eliminating female genital mutilation. An interagency statement, Genève 2008, p. 4.

⁴ OMS, loc. cit., p. 1.

⁵ Fabienne Jäger, Sylvie Schulze, Patrick Hohlfeld, Female genital mutilation in Switzerland: a survey among gynaecologists, in: Swiss Medical Weekly 2002, p. 259ss.

⁶ Cf. Directive de la Société Suisse de Gynécologie et d'Obstétrique „Mutilations génitales féminines: recommandations suisses à l'intention des professionnels de la santé“, p. 4.

⁷ OMS, loc. cit., p. 4.

- Autres formes (type IV): toutes les autres interventions nocives pratiquées sur les organes génitaux féminins à des fins non thérapeutiques (ponction, percement ou incision du clitoris ou des lèvres; étirement du clitoris ou des lèvres; cautérisation du clitoris et des tissus avoisinants; ablation de l'anneau hyménal ou incision du vagin; introduction de sel, de substances corrosives ou d'herbes dans le vagin dans le but de le resserrer).

Les mutilations du type le plus grave (infibulation, type III) représentent quelque 10% des cas, alors que 90% à peu près sont de type I, II ou IV⁸.

2.2 Situation juridique

2.2.1 Punissabilité des mutilations génitales féminines selon les normes en vigueur

En 2004 et en 2007, UNICEF Suisse a publié deux expertises juridiques traitant de manière détaillée de la punissabilité des mutilations génitales féminines en Suisse⁹. Bien que ces deux avis de droit aient largement été pris en compte dans l'analyse suivante, celle-ci est fondée sur la nouvelle classification établie par l'OMS en 2008.

2.2.1.1 Généralités

Le Code pénal suisse (CP)¹⁰ ne contient pas de disposition qui réprime expressément les mutilations génitales féminines. Il est toutefois incontesté que les quatre types de mutilations génitales féminines constituent des lésions corporelles au sens des art. 122 et 123 CP.

L'art. 122 CP réprime le fait d'avoir blessé intentionnellement une personne de façon à mettre sa vie en danger ou de lui avoir infligé des blessures du même degré de gravité. Les lésions corporelles graves sont poursuivies d'office et leurs auteurs sont punis d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. L'art. 123 CP réprime le fait d'avoir fait subir intentionnellement à autrui une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé sans toutefois lui avoir causé une blessure grave. Les lésions corporelles simples au sens de l'art. 123, ch. 1, CP sont poursuivies sur plainte. Les lésions corporelles simples qualifiées au sens de l'art. 123, ch. 2, CP se distinguent des autres lésions corporelles simples par le mode de commission (usage de certains instruments) ou encore par la personne de la victime (notamment, une personne hors d'état de se défendre telle qu'un enfant, une épouse ou une compagne). A l'instar des lésions corporelles graves, les lésions corporelles simples qualifiées sont poursuivies d'office. Leur auteur est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

⁸ OMS, loc. cit., p. 5.

⁹ Stefan Trechsel et Regula Schläuri, Les mutilations génitales féminines en Suisse, Expertise juridique commandée par UNICEF Suisse, Zurich 2004; Marcel Alexander Niggli et Anne Berkemeier, La question de la punissabilité de la mutilation génitale féminine des types I et IV, Expertise juridique commandée par UNICEF Suisse, Zurich 2007.

¹⁰ RS 311.0

Selon les circonstances, les mutilations génitales féminines peuvent aussi réunir les éléments constitutifs d'autres infractions: mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), contrainte (art. 181 CP), séquestration (art. 183, ch. 1, CP), enlèvement (art. 183, ch. 2, CP), violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP), enlèvement de mineur (art. 220 CP).

2.2.1.2 Punissabilité de la clitoridectomie avec ablation du clitoris (type Ib), de l'excision (type II) et de l'infibulation (type III) selon l'art. 122 CP

Typicité objective

Selon les circonstances, la clitoridectomie de type Ib, l'excision et l'infibulation peuvent être de nature à mettre en danger la vie de la victime et peuvent donc être considérées comme des lésions corporelles graves au sens de l'art. 122, al. 1, CP. Tel est par exemple le cas lorsque, suite à l'intervention, la victime souffre d'une infection grave, de septicémie ou d'une forte hémorragie ou si la douleur la fait sombrer dans un état de choc pouvant entraîner la mort.

Comme l'ablation du clitoris équivaut à la mutilation d'un organe important, la clitoridectomie de type Ib, l'excision et l'infibulation sont des actes qui, en règle générale, réunissent les éléments constitutifs des lésions corporelles graves au sens de l'art. 122, al. 2, CP.

Il est en outre fort probable que de telles pratiques tombent également sous le coup de l'art. 122, al. 3, CP (autres atteintes graves à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale) lorsque l'intervention a eu lieu sans anesthésie et dans de mauvaises conditions d'hygiène: en pareils cas, les douleurs sont difficilement supportables et le processus de guérison est long et pénible.

Typicité subjective

Pour que soient réunis les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction de lésions corporelles graves, il faut que l'auteur ait agi intentionnellement au sens de l'art. 12 CP. Si l'auteur de la mutilation au sens de l'art. 122, al. 2, CP ne l'a pas commis intentionnellement, par exemple parce qu'il ignorait tout de la fonction du clitoris, il est vraisemblable que l'acte tombera sous le coup de l'art. 122, al. 3, CP. Au cas où l'auteur n'aurait pas agi intentionnellement, il se peut qu'il se soit rendu coupable de lésions corporelles graves commises par négligence au sens de l'art. 125, al. 2, CP. Cette infraction est elle aussi poursuivie d'office.

Caractère illicite de l'acte

Les lésions corporelles graves ne peuvent être justifiées par le consentement de la personne qui les subit que si ce consentement peut être qualifié de décision sinon judicieuse, du moins justifiable au regard de l'intérêt bien compris de cette personne.¹¹ S'agissant de la clitoridectomie de type Ib, de l'excision et de l'infibulation, il ne peut donc y avoir ni consentement de la victime ni consentement des parents par représentation. Le spécialiste (p.ex. médecin, sage-femme ou

¹¹ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3ème édition, Berne 2005, § 10 n.17.

pédiatre) qui pratique l'intervention ne saurait non plus justifier son acte par un état de nécessité, le caractère subsidiaire faisant défaut: des mesures de protection de l'enfant (art. 307ss du code civil [CC]¹²) doivent pouvoir être prises ou l'intervention de la justice (art. 364 CP) doit pouvoir être garantie dans tous les cas.

Culpabilité

Une lésion corporelle réunissant les éléments constitutifs de l'infraction et ayant un caractère illicite n'est punissable que si l'auteur a agi de manière coupable et que l'acte peut lui être imputé. A cet égard, le principal motif permettant d'exclure la culpabilité de l'auteur est l'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP. Elle présuppose qu'au moment où il a agi, l'auteur n'ait pas su ni n'ait pu savoir que son comportement était illicite. Quant à déterminer si l'auteur avait des motifs suffisants de penser qu'il ne commettait rien d'illicite et s'il doit être acquitté, c'est là une question qui ne peut être tranchée qu'à la lumière des éléments concrets du cas d'espèce. Pour y répondre le juge devra en particulier s'interroger sur les points suivants: les mutilations génitales féminines sont-elles punissables dans le pays d'origine de l'auteur? Quel est le niveau d'éducation de celui-ci et de quel milieu est-il issu (rural et primitif ou citadin et évolué)? Depuis combien de temps réside-t-il en Suisse et quel est son degré d'intégration? Savait-il que les mutilations génitales féminines opérées contre la volonté de la victime sont interdites en Suisse? Tout décalage constaté dans les valeurs de l'auteur par rapport aux valeurs reconnues dans notre culture peut être pris en compte lors de la fixation de la peine (art. 47ss CP).

Complicité et participation

En règle générale, l'organisation et l'exécution d'une mutilation génitale féminine impliquera forcément plusieurs personnes.

Est considéré comme *co-auteur* selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral quiconque, intentionnellement et dans une mesure déterminante, concourt avec d'autres auteurs à la décision de commettre une infraction, à la préparation de celle-ci ou à son exécution, de sorte qu'il peut être considéré comme principal participant¹³. Pour qu'il soit considéré comme tel, il n'est pas nécessaire que le co-auteur ait été présent lors de l'exécution de l'acte; il peut suffire qu'il ait contribué dans une mesure déterminante à la préparation et à la coordination, qu'il ait la maîtrise de l'acte et ait un intérêt propre à sa commission. Ces conditions sont par exemple réunies lorsque les parents organisent et financent le voyage de leur fille dans leur pays d'origine, voire l'y accompagnent, ou encore lorsqu'ils font les démarches nécessaires pour permettre l'entrée en Suisse d'une exciseuse. En préparant et en organisant la mutilation génitale de leur fille, les parents favorisent dans une mesure déterminante l'exécution de l'acte. Leur participation active à la commission de l'acte ou même leur simple présence lors de l'intervention suffit à fonder leur qualité de co-auteurs, car la victime est dépendante de ses parents et relève de leur autorité, ce qui, en règle générale, contribuera notablement à ce qu'elle accepte de subir l'intervention. L'intérêt que les parents y trouvent réside dans le respect des traditions, qui leur assure l'estime des membres de leur communauté.

¹² RS 210

¹³ ATF 108 IV 92; 125 IV 136

Se rend coupable d'*instigation* au sens de l'art. 24 CP quiconque a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit. Dans notre cas, les parents se rendent coupable d'instigation s'ils chargent une tierce personne de procéder à l'intervention.

Se rend coupable de *complicité* au sens de l'art. 25 CP quiconque prête intentionnellement assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit. Pour être considéré comme complice (contrairement au co-auteur), il suffit de fournir une participation de moindre ampleur sous quelque forme que ce soit, par exemple en mettant à disposition des locaux ou en fournissant des instruments ou des médicaments. Outre la complicité matérielle que nous venons de décrire, on peut aussi envisager une complicité morale, par exemple de la part d'une personne qui participerait à la recherche d'une exciseuse. La tentative de complicité n'est pas punissable.

Actes préparatoires et tentative

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la tentative est punissable lorsque le dernier pas décisif a été franchi au point qu'il n'est plus possible de revenir en arrière, à moins que des circonstances externes empêchent les personnes impliquées de poursuivre dans leur intention de commettre l'acte punissable.¹⁴

Dans le cas des mutilations génitales féminines pratiquées à l'étranger se pose la question de savoir si les préparatifs du voyage effectués en Suisse suffisent pour constituer une tentative au sens de la définition ci-dessus et donc à justifier la punissabilité des participants à l'acte en Suisse. C'est là une question qui ne peut être tranchée qu'à la lumière des éléments concrets du cas d'espèce (coût du voyage, état des préparatifs du voyage). Cependant, eu égard à la jurisprudence extensive du Tribunal fédéral¹⁵ dans des cas similaires, on ne saurait exclure que de tels préparatifs ayant lieu sur territoire suisse constituent une tentative punissable. S'agissant des formes de mutilations génitales féminines les plus graves qui font l'objet du présent chapitre, cette question n'a toutefois qu'une importance secondaire, puisque les actes préparatoires des lésions corporelles graves sont punissables en tout état de cause (Art. 260^{bis} CP). Il en résulte non seulement que les préparatifs en question sont punissables en Suisse, mais encore que les autorités sont fondées à protéger la victime avant que celle-ci ne quitte le territoire Suisse ou que la personne chargée de pratiquer l'excision n'arrive en Suisse.

Actes commis à l'étranger

Bien que l'on ne dispose pas de données concrètes à ce sujet, on estime que s'il existe des cas de mutilations génitales féminines pratiquées en Suisse, l'acte est souvent commis dans les pays d'origine des victimes. Par principe, le droit pénal suisse s'applique à toutes les infractions perpétrées (ou que l'on a tenté de perpétrer) en Suisse: une mutilation génitale féminine pratiquée en Suisse peut y faire l'objet de poursuites même si la victime ou l'auteur est de nationalité étrangère (cf. art. 3, al. 1, CP, principe de territorialité, et art. 8 CP).

¹⁴ ATF 104 IV 175 ss.

¹⁵ Cf. notamment ATF 104 IV 175 ss. et ATF 114 IV 112 ss., 114 s

Une mutilation génitale féminine pratiquée à l'étranger ne peut faire l'objet de poursuites en Suisse qui si l'acte est également punissable au lieu de sa commission (principe de la double punissabilité) ou si le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale. Il faut en outre que l'auteur se trouve en Suisse ou qu'il soit remis à la Suisse en raison de cet acte ou que, selon le droit suisse, l'acte puisse donner lieu à extradition et que l'auteur n'a pas été extradé (art. 7, al. 1, CP; principe de la compétence de substitution). Lorsque ni l'auteur ni la victime n'est de nationalité suisse, l'acte ne peut faire l'objet de poursuites en Suisse que si l'Etat étranger a demandé l'extradition de l'auteur et que la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte ou si l'auteur a commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale (art. 7, al. 2, CP).

Si les parents qui ont agi en Suisse doivent être considérés comme co-auteurs, ils relèvent de la juridiction pénale suisse même si l'acte proprement dit a été commis à l'étranger. Selon la jurisprudence et la doctrine dominantes, la qualité de co-auteur fonde en effet une compétence juridictionnelle dans tous les lieux où les différents co-auteurs ont agi.

Les actes commis en Suisse au titre de la participation (soit l'instigation et la complicité) ne sont en revanche punissables que si l'acte principal est également punissable là où il a été commis (caractère accessoire). Ce devrait toutefois très souvent être le cas puisque les mutilations génitales féminines sont considérées comme lésions corporelles et punissables à ce titre dans la plupart des Etats. Il suffit en effet que le droit d'un Etat lui permette de punir les auteurs de mutilations génitales féminines (et peu importe donc que ces normes soient effectivement appliquées)¹⁶.

Prescription

Dans le cas des lésions corporelles graves, l'action pénale se prescrit par quinze ans (art. 97, al. 1, let. b, CP). Si l'acte a été commis sur un enfant de moins de seize ans, le délai de prescription court en tous cas jusqu'au 25^{ème} anniversaire de la victime (art. 97, al. 2, CP).

2.2.1.3 Défibulation et réinfibulation

Lors de la défibulation, les grandes lèvres qui avaient été cousues ensemble sont rouvertes par incision. La réinfibulation consiste au contraire à refermer l'ouverture pratiquée lors de la défibulation.

Ces deux interventions représentent des lésions corporelles simples au sens de l'art. 123, ch. 1, CP, à condition qu'elles soient pratiquées *dans les règles de l'art*. Lorsque la victime est capable de discernement, le consentement à subir une lésion corporelle simple est généralement considéré comme valide. Même si aucun consentement valide n'a été donné, c'est à la femme qui a subi l'intervention pratiquée *dans les règles de l'art* qu'il appartient de décider de porter l'affaire devant les autorités de poursuite pénale, puisque les lésions corporelles simples au sens de l'art. 123, ch. 1, CP sont une infraction qui n'est poursuivie que sur plainte.

¹⁶ Cf. Niggli/Berkemeier, loc. cit., p. 17.

2.2.1.4 Punissabilité de la clitoridectomie sans ablation du clitoris (type Ia) et des autres formes de mutilations génitales féminines (type IV) selon les art. 122 et 123 CP

La clitoridectomie sans ablation du clitoris (type Ia) et les mutilations génitales féminines du type IV ne réunissent pas toujours les éléments constitutifs des lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 CP. On se trouve toutefois en présence de lésions corporelles graves à chaque fois que la victime a subi une atteinte grave à son intégrité corporelle ou à sa santé physique ou mentale au sens de la clause générale contenue à l'art. 122, al. 3, CP.

En tout état de cause, les mutilations génitales féminines des types Ia et IV sont de nature à réunir les éléments constitutifs d'une lésion corporelle simple qualifiée, poursuivie d'office, selon l'art. 123, ch. 2, CP: d'une part, les instruments utilisés pour couper, piquer, percer, cureter, etc. les organes génitaux féminins risquent presque tous de provoquer des lésions corporelles graves et doivent, par conséquent, être considérés comme des objets dangereux au sens de l'art. 123, ch. 2, par. 2, CP; d'autre part, les mutilations génitales féminines sont le plus souvent pratiquées sur des enfants ou sur des personnes hors d'état de se défendre et réunissent donc, sauf exception, les conditions d'une qualification au sens de l'art. 123, ch. 2, par. 3, CP.

Là aussi, l'auteur doit avoir agi intentionnellement. Si son intention était d'infliger une lésion corporelle grave tombant sous le coup de l'art. 122 CP, mais qu'il n'a obtenu que des lésions corporelles simples, il sera puni pour tentative de lésions corporelles graves.

Les parents d'une victime incapable de discernement ne peuvent en aucun cas consentir à ce que celle-ci subisse une mutilation génitale féminine de type I ou IV car ils ne peuvent exercer leurs attributions que dans les limites de leur devoir de garde (art. 301 ss, CC) et ne doivent agir que pour le bien de l'enfant. Dès que la victime est capable de discernement, elle seule peut consentir activement à ce que l'on lèse des biens juridiques relevant de sa plus profonde intimité. Le consentement à subir une lésion corporelle légère, donné par une personne capable de discernement, est généralement considéré comme valide quel que soit le but auquel répond la lésion.

En ce qui concerne les lésions corporelles simples (qualifiées) selon l'art. 123, ch. 2, CP, l'action pénale se prescrit par sept ans (art. 97, al. 1, let. c, CP).

2.2.2 Mutilations génitales et protection de l'enfant

L'auteur de l'initiative parlementaire demande une modification de la législation pénale. Compte tenu du fait que le droit de la tutelle joue un rôle non négligeable dans la pratique – notamment dans le domaine de la prévention – la commission a jugé nécessaire de se pencher aussi sur les possibilités offertes par le droit civil pour protéger les enfants contre les mutilations génitales féminines. Le droit civil prévoit tout un éventail de mesure de protection de l'enfant (art. 307–315b CC), qui s'appliquent lorsque les parents n'assument pas la responsabilité qu'ils ont de veiller au bon développement de l'enfant¹⁷. Il connaît quatre types d'interventions dans

¹⁷ Christoph Häfeli, Handkommentar ZGB, Art. 307 ZGB, n. 2

l'autorité parentale, échelonnées en fonction de leur gravité: les mesures protectrices adéquates (art. 307 CC), la curatelle (art. 308s. CC) et le retrait du droit de garde des père et mère (art. 310 CC). Ces mesures peuvent être combinées pour autant que, prises ensemble, elles n'équivalent pas à un retrait de l'autorité parentale¹⁸. En dernier recours, l'autorité peut prononcer le retrait de l'autorité parentale (art. 311s. CC).

La commission est parvenue à la conclusion que les dispositions de protection de l'enfant existantes sont suffisantes.

2.2.3 Communication à l'autorité en cas d'infractions pénales commises sur des mineurs

La commission a ensuite examiné la situation juridique actuelle en ce qui concerne les droits et les obligations d'aviser. Elle est là aussi parvenue à la conclusion que les normes en vigueur – avec celles qui ont été adoptées dans le cadre de la nouvelle législation sur la protection de l'adulte¹⁹ – étaient suffisantes.

Il existe un grand nombre d'obligations ou de droits d'aviser l'autorité, que ce soit au niveau fédéral ou à l'échelon cantonal²⁰. Il convient en particulier de mentionner l'obligation d'aviser au sens de l'art. 363 CP, dont le libellé est le suivant: „Lorsque, au cours d'une poursuite pour infraction commise à l'encontre de mineurs, l'autorité compétente constate que d'autres mesures s'imposent, elle en avise immédiatement l'autorité tutélaire.“ L'art. 364 CP autorise les personnes tenues au secret de fonction ou au secret professionnel (art. 320 et 321) à aviser les autorités tutélaires des infractions commises à l'encontre de mineurs.

Relevons encore les dispositions de procédure relatives aux droits et obligations d'aviser les autorités de protection de l'adulte ou de l'enfant introduites à la faveur de la révision totale du droit de la tutelle adoptée par le Parlement le 19 décembre 2008 (art. 443 CC)²¹. La nouvelle réglementation va très loin puisqu'elle prévoit que toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte compétente lorsqu'une personne semble avoir besoin d'aide (droit d'aviser) et que quiconque, dans l'exercice de sa fonction officielle, a connaissance d'un tel cas, est tenu d'en informer l'autorité (obligation d'aviser). Ces dispositions sont aussi applicables par rapport à l'autorité de protection de l'enfant (art. 440, al. 3, combiné avec art. 314, al. 1, CC). Alors qu'en pareilles situations, les personnes tenues de garder le secret de fonction en sont déliées de plein droit, celles qui sont tenues de garder le secret professionnel doivent s'en faire délier préalablement (v. art. 321, ch. 2, CP) ou alors pouvoir invoquer l'art. 364 CP. Contrairement à ce que peut laisser croire le libellé de cette dernière disposition, celle-ci est applicable à un stade très précoce, à savoir dès que le détenteur du secret a de sérieuses raisons de craindre qu'une infraction (y

¹⁸ Cyril Hegnauer, Droit suisse de la filiation, Berne, ch. 27.08

¹⁹ FF 2009 139ss.

²⁰ Cf. Yvo Biderbost, Vor Art. 363/364 StGB n.m. 3, dans: Marcel Alexander Niggli et Hans Wiprächtiger (éd.), Strafrecht II, Basler Kommentar, Basel 2007, p. 2636; Michelle Cottier et Regula Schlauri, Übersicht über die Melderechte und Meldepflichten bei Genitalverstümmelungen an Unmündigen im Licht von Amts- und Berufsgeheimnis, dans: FamPra 4/2005, p. 759 ss.

²¹ FF 2009 162.

compris la tentative) a été commise à l'encontre d'un mineur. Les cantons peuvent encore prévoir d'autres obligations d'aviser.

2.3 Droit comparé

La comparaison internationale révèle trois tendances: la mise en place de dispositions légales spécifiquement destinées à lutter contre les mutilations génitales féminines (Suède, Grande-Bretagne et Norvège), l'introduction dans la législation d'une référence particulière aux mutilations génitales féminines (Belgique, Danemark, Italie et Espagne) et finalement l'assujettissement des mutilations génitales féminines aux dispositions pénales en vigueur (Suisse, France, Allemagne, Finlande, Grèce et Pays-Bas)²². La commission a étudié la situation juridique dans trois pays représentatifs de chacun des trois groupes, à savoir la Grande-Bretagne, l'Italie et la France²³.

2.3.1 Grande-Bretagne

L'entrée en vigueur de la loi britannique spécifiquement destinée à lutter contre les mutilations génitales féminines en Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, remonte déjà à 2003²⁴. Cette loi réprime l'ablation partielle ou totale du clitoris, des petites lèvres ou des grandes lèvres, la suture des bords de la plaie pour rétrécir l'orifice vaginal ainsi que toute autre mutilation des organes génitaux²⁵. Elle fonde par ailleurs expressément la punissabilité des personnes qui participent à l'intervention ou qui contribuent à son organisation²⁶. Les personnes qui contreviennent à cette loi, qui qualifie les actes réprimés de crimes graves, sont passibles d'une peine privative de liberté de 14 ans au plus ou de l'amende ou d'une combinaison des deux²⁷. Les us et coutumes et les rites du pays d'origine sont expressément déclarés comme n'étant pas pertinents²⁸. Comme la législation des deux autres pays sélectionnés, la loi britannique s'applique aussi aux actes commis hors du territoire national sur des étrangers résidant en Grande-Bretagne. L'Ecosse s'est dotée d'une législation similaire qui lui est propre²⁹.

En Grande-Bretagne, le risque de subir des mutilations génitales est souvent invoqué comme argument principal pour recourir contre les décisions en matière d'asile et pour obtenir un droit de séjour pour des raisons humanitaires. La jurisprudence révèle que les requérantes d'asile menacées de mutilations sexuelles en cas de

²² Cf. aussi Michael James Miller, *Reaktionen auf die weibliche Genitalverstümmelung in Europa*, dans: Trechsel/Schlauri, loc. cit., p. 32ss.

²³ L'étude comparative destinée à la Commission des affaires juridiques du Conseil national a été réalisée par l'Institut suisse de droit comparé [non-publiée].

²⁴ Female Genital Mutilation Act 2003, chapter 31 (en vigueur depuis le 3 mars 2004)

²⁵ Section 1(1)

²⁶ Section 2

²⁷ Section 5

²⁸ Section 1(5)

²⁹ Prohibition of Female Genital Mutilation (Scotland) Act 2005, asp 8 (en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005).

rentrée forcée au pays ne peuvent guère compter sur la protection de la loi à moins qu'elles soient exposées à des persécutions dans leur pays.

Selon les dernières statistiques, plus de 21'000 filles de moins de quinze ans sont menacées de mutilations génitales en Angleterre et au Pays de Galles, alors que quelque 11'000 filles de plus de huit ans (s'ajoutant aux 21'000 citées plus haut) en ont vraisemblablement déjà été victimes³⁰. Alertés par l'ampleur du phénomène, les ministères de la Santé, de l'Intérieur ainsi que de l'Éducation et du Travail, de même que l'Association britannique des médecins, ont publié sur le sujet des mutilations génitales féminines des circulaires et des brochures d'information destinées aux médecins³¹.

2.3.2 Italie

Pour lutter contre les mutilations génitales féminines, l'Italie a, en 2006, complété sa législation pénale par de nouvelles normes spécifiques³². Le législateur a ajouté au code pénal un article 583bis, qui prévoit de punir d'une peine privative de liberté d'une durée comprise entre quatre et douze ans à toute personne responsable d'une mutilation génitale infligée sans nécessité thérapeutique. Par mutilation, le législateur entend l'infibulation, la clitoridectomie, l'excision ainsi que toute autre intervention ayant des conséquences de même nature. Est en outre punissable d'une peine privative de liberté comprise entre trois et sept ans toute personne qui, en l'absence d'une nécessité thérapeutique et aux fins de porter atteinte aux fonctions sexuelles, provoque d'autres lésions des organes génitaux féminins entraînant des séquelles physiques ou psychiques.

Ces dispositions sont aussi applicables aux actes que des ressortissants italiens commettent à l'étranger, aux actes commis par des étrangers résidant en Italie ou des actes commis à l'étranger aux dépens de ressortissants italiens ou d'étrangers résidant en Italie. Dans ce cas, l'auteur est puni sur requête du Ministre de la justice. A l'art. 583ter, nouveau lui aussi, il est en outre prévu que les personnes travaillant dans le secteur de la santé qui se rendent coupable d'un acte au sens de l'art. 583bis soient accessoirement frappées d'une interdiction d'exercer leur profession pendant une durée comprise entre trois et dix ans.

On trouve en outre dans la loi elle-même un dispositif complet destiné à la prévention des mutilations: activités de promotion et de coordination, campagnes

³⁰ Rachel Williams, 21'000 girls at risk of genital mutilation, say campaigners, in: The Guardian du 10 octobre 2007 (édition en ligne); www.guardian.co.uk/uk/2007/oct/10/gender.ukcrime).

³¹ Department of Health, Home Office, Department for Education and Employment, Working Together to safeguard children. A guide to inter-agency working to safeguard and promote the welfare of children, London, The Stationery Office 1999 (chapitre 5) et site internet de l'association britannique des médecins (www.bma.org.uk/ap.nsf/Content/FGM~UK#Distribution).

³² Loi no 7 du 9 janvier 2006

d'information, formation continue des spécialistes de la santé et participation à des programmes de coopération internationale³³.

2.3.3 France

Si l'excision n'est pas une infraction reconnue par le droit français en tant que telle, elle tombe – comme c'est le cas en Suisse – sous le coup des normes pénales destinées à protéger l'intégrité physique en général. Selon ces dispositions, les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement ou de 150'000 euros d'amende³⁴. La peine encourue est portée à quinze ans de réclusion criminelle si l'infraction est commise sur un enfant de moins de quinze ans par son père ou sa mère ou par toute autre personne ayant autorité sur lui³⁵. En cas de décès, l'auteur peut même être reconnu coupable d'homicide par négligence³⁶.

En 2006, la législation française a été complétée par plusieurs dispositions nouvelles qui, bien que n'étant pas expressément dirigées contre l'excision, étaient néanmoins destinées à prévenir plus efficacement les mutilations génitales féminines³⁷. Le législateur a ainsi ajouté au code pénal une nouvelle disposition rendant pénalement répréhensibles certains actes commis à l'étranger sur des mineurs résidant en France³⁸. On souhaite en effet éviter que des étrangers établis en France renvoient leurs filles dans leur pays d'origine pour les faire exciser. Les conditions de dérogation au secret professionnel – au secret médical en particulier – ont également été étendues dans la perspective de la lutte contre l'excision³⁹ et le délai de prescription pour les infractions commises sur des mineurs a été prolongé: il est désormais de vingt ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime⁴⁰.

Depuis de nombreuses années, la jurisprudence française suit une ligne très stricte de lutte contre les mutilations génitales féminines: le premier jugement de la Cour de Cassation déclarant la mutilation des parties génitales féminines pénalement répréhensible en vertu de l'article 312-3° du code pénal (devenu aujourd'hui l'article 222-9) date du 20 août 1983. Dans un jugement du 10 juillet 1987, la Cour d'Appel de Paris avait en outre refusé de reconnaître une valeur justificative quelconque à des coutumes conduisant à des mutilations du corps.

Le Gouvernement français s'attache depuis plusieurs années à mettre en œuvre des actions de prévention des mutilations génitales féminines. Il soutient les associations spécialisées dans la prévention des mutilations génitales féminines et encourage la

³³ Articles 2 à 4 et article 7 de la loi no 7 du 9 janvier 2006; pour ce qui est de la mise en oeuvre, voir les Directives du Ministère de la santé du 8 mars 2008 destinées aux professionnels de la santé et d'autres branches relatives aux mesures de prévention, d'assistance et de réhabilitation (www.ministerosalute.it/imgs/C_17_publicazioni_769_allegato.pdf)

³⁴ Article 222-9 du Code pénal français

³⁵ Article 222-10 du Code pénal français

³⁶ Articles 222-7 et 222-8 (pour les victimes de moins de quinze ans) du Code pénal français

³⁷ Loi du 4 avril 2006

³⁸ Article 222-16-2 du Code pénal français

³⁹ Article 226-14, 1° du Code pénal français

⁴⁰ Article 7 du Code de procédure pénale français

distribution de brochures traitant de l'aspect juridique, mais aussi de la dimension morale du phénomène et présentant les techniques médicales développées pour aider les victimes⁴¹.

2.4 Données du problème et nécessité d'y remédier

Les mutilations génitales féminines représentent une atteinte grave aux droits de la personne. Elles sont l'expression d'une inégalité des sexes profondément enracinée dans les structures sociales, économiques et politiques des pays où elles sont pratiquées et constituent donc une forme extrême de discrimination des femmes. Ce qui confère aux mutilations génitales féminines leur caractère particulièrement inique c'est d'une part le fait que les interventions sont extrêmement douloureuses et qu'elles mettent souvent gravement en péril la vie et la santé de celles qui les subissent. D'autre part, il est fréquent que les mutilations génitales féminines entraînent des complications chroniques qui peuvent laisser chez les femmes qui en ont été victimes des séquelles à vie tant sur le plan physique que du point de vue psychique. Infligées le plus souvent à des filles mineures (âgées de 0 à 15 ans)⁴², elles représentent aussi une grave violation des droits de l'enfant. Sans compter que, des années après, les séquelles laissées par l'intervention peuvent venir perturber sensiblement la vie sexuelle des victimes, physiquement ou psychologiquement. Enfin, il ne faut pas oublier que les mutilations génitales peuvent provoquer des complications durant la grossesse et l'accouchement et donc mettre en péril la vie des enfants à naître⁴³.

On constate que les instruments de droit pénal dont on dispose aujourd'hui pour lutter contre les mutilations génitales féminines ne produisent pas l'effet souhaité. Comme indiqué ci-avant, ce phénomène s'est répandu jusque chez nous et pourtant la Suisse n'a enregistré jusqu'ici que deux procédures pénales portant sur des cas de mutilations génitales féminines: en juin 2008 la Cour suprême du canton de Zurich a jugé dans la première affaire dont l'objet était une excision qui avait eu lieu sur territoire suisse. Elle a condamné les parents de la fillette, qui n'avait que deux ans au moment des faits, à une peine privative de liberté de deux ans avec sursis pour instigation à des lésions corporelles graves commises sur la personne de leur fille. Dans une autre affaire, découverte dans le canton de Fribourg, les autorités ont – en juin 2008 également – émis une ordonnance pénale à l'encontre de la demi-sœur de la victime – âgée de treize ans au moment des faits – pour violation du devoir d'assistance et d'éducation. Comme l'intervention avait eu lieu en Somalie et que les mutilations génitales féminines n'y sont pas considérées comme un acte pénalement répréhensible, la demi-sœur n'a pas pu être poursuivie pour lésions corporelles graves (principe de la double punissabilité). Le décalage constaté entre le nombre de cas estimé et le nombre de procédures pénales enregistré laisse supposer que les cas non découverts sont nombreux.

⁴¹ Consultez à ce propos le site Internet du Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille de la Solidarité et de la Ville (<http://www.travail-solidarite.gouv.fr/espaces/femmes-egalite/lutte-contre-violences-mutilations-sexuelles-feminines.html>) et les documents qui peuvent y être téléchargés.

⁴² Cf. OMS, loc. cit, p. 4.

⁴³ Pour plus de détails, voir Directive de la Société Suisse de Gynécologie et d'Obstétrique, loc.cit., p. 6 s.

Quant aux multiples efforts de sensibilisation et de prévention que les organisations actives dans ce domaine ont fournis en collaboration avec l'Office fédéral de la santé publique⁴⁴, ils ne semblent pas avoir permis d'obtenir une amélioration significative de la situation. Les nouvelles législations adoptées par certains pays européens pour lutter plus efficacement contre le phénomène risquent en outre d'inciter certains étrangers à venir faire exciser leurs filles en Suisse.

Or, nul ne conteste la nécessité de mettre en œuvre tous les moyens appropriés pour augmenter l'efficacité de la lutte contre les mutilations génitales féminines. Le fait que les normes pénales en vigueur, combinées avec des mesures de sensibilisation et d'information, ne permettent pas d'atteindre l'objectif visé montre bien que les remèdes appliqués ne suffisent pas à venir à bout du mal. La commission est d'avis que la situation pourrait être améliorée par des mesures législatives adoptées dans le domaine du droit pénal.

Comme il a été précisé plus haut, les mutilations génitales féminines sont aujourd'hui considérées comme des lésions corporelles et sont donc, en tant que telles, pénalement répréhensibles en vertu des art. 122 et 123 CP. La commission estime pourtant que la législation pénale en vigueur est insuffisante de plusieurs points de vue: le fait que la loi n'interdise pas explicitement les mutilations génitales féminines ne contribue pas à faire connaître et admettre cette interdiction. En renonçant à mettre un nom sur l'infraction, on perd l'effet dissuasif et donc préventif que pourrait avoir une norme spécifique. Un autre problème résulte du fait que les différents types de mutilations génitales féminines ne tombent pas tous sous le coup de la même disposition pénale (cf. ch. 2.2.1). Selon les circonstances, on peut se trouver en présence d'un crime ou d'un délit, une différence qui a toute son importance, notamment dans la perspective de la prescription. Or, dans la pratique, il est souvent difficile d'établir les faits de manière détaillée. Les examens gynécologiques nécessaires peuvent être refusés par les parents. Les autorités pénales, pour leur part, ne peuvent ordonner une enquête que si elles ont des soupçons très concrets. La situation juridique actuelle, qui n'est pas claire pour tous les cas de figure, crée des difficultés concernant les définitions et l'établissement des preuves. Ceci rend la poursuite pénale sensiblement plus difficile.

L'exigence de la double punissabilité, sans laquelle les mutilations génitales féminines commises à l'étranger ne peuvent par principe pas être poursuivies (cf. ch. 2.2.1.2), constitue un obstacle supplémentaire qu'il convient de surmonter. Le problème apparaît clairement dans l'affaire découverte dans le canton de Fribourg mentionnée plus haut. La commission est d'avis que les lacunes qui font encore obstacle à la poursuite des mutilations génitales féminines en raison du principe de la double punissabilité doivent être comblées. Ce vide juridique est gênant parce que l'on estime qu'une grande majorité des infractions en cause sont commises à l'étranger et notamment dans des pays dans lesquels les mutilations génitales féminines ne sont pas réprimées par la loi (comme la Somalie). La commission relève en outre un certain manque de consistance dans l'appréciation de la gravité des infractions: elle ne voit pas pourquoi les mutilations génitales féminines pratiquées sur des mineures ne figurent pas dans la liste des infractions énumérées à

⁴⁴ Le Conseil fédéral a été chargé d'intervenir par la motion Roth-Bernasconi „Mutilations sexuelles féminines. Mesures de sensibilisation et de prévention“ (05.3235), transmise le 2 octobre 2007, et par la motion Gadiant „Lutte contre l'excision“ (00.3365), transmise sous forme de postulat le 6 octobre 2000.

l'art. 5 CP, pour quelles raisons les actes d'ordre sexuel commis sur des mineurs de moins de quatorze ans, par exemple, représenteraient une atteinte plus grave à l'intégrité psychique de la victime que les mutilations génitales féminines, d'autant plus que celles-ci impliquent toujours aussi une atteinte physique doublée de séquelles permanentes. Elle estime par conséquent que l'introduction du principe d'universalité est parfaitement justifiée dans le cas des mutilations génitales féminines.

Si les mesures de sensibilisation et d'information constituent des moyens de prévention contribuant de manière décisive à améliorer la protection contre les mutilations génitales féminines, elles n'excluent pas la recherche d'améliorations au niveau des bases légales dans le droit pénal. Il ne faut en effet pas oublier que la situation juridique actuelle et le manque de consistance que la commission lui reproche ne facilitent pas la prise de mesures „douces“ étant donné qu'il n'est pas possible de faire référence à des normes pénales claires, qui s'appliquent à toutes les formes de mutilations génitales féminines sans équivoque possible.

3 La nouvelle réglementation requise

3.1 Généralités

La commission demande l'introduction d'une disposition pénale nouvelle, spécifiquement destinée à la répression des mutilations génitales féminines. La nouvelle norme doit aussi prévoir la punissabilité des personnes ayant commis une mutilation génitale féminine dans un pays étranger, indépendamment du fait que l'acte y soit punissable ou non. L'acte doit en revanche rester impuni si la personne qui l'a enduré était majeure et l'a subi de son plein gré.

Une norme pénale explicite et généralement applicable augmenterait la publicité de l'interdiction des mutilations génitales féminines. L'effet symbolique et dissuasif qui s'en dégage contribuerait à les prévenir. Sans compter que l'introduction d'une disposition pénale explicite et généralement applicable permettrait une meilleure application de la loi: dès le moment où il ne sera plus nécessaire de déterminer le type de mutilation en cause, d'avoir connaissance des circonstances exactes de l'acte et de savoir s'il a été commis en Suisse ou dans un autre pays où il est punissable, les procédures pénales pourront être conduites plus simplement et plus rapidement. Toute mutilation génitale commise sur une fille mineure ou sur une femme majeure sans son accord pourrait alors d'emblée être qualifiée de crime et poursuivie comme tel. La commission en espère une diminution du nombre des cas passés sous silence. Elle est en outre persuadée qu'en mettant un nom sur l'infraction et en réprimant celle-ci de manière explicite dans le code pénal, il sera possible de faire connaître l'interdiction plus aisément et plus efficacement. Cela facilitera sensiblement le travail de prévention des autorités et des organisations qui se préoccupent du problème et augmentera l'efficacité des mesures „douces“.

La commission estime que se contenter de compléter l'art. 5 CP („Infractions commises à l'étranger sur des mineurs“) ne constituerait pas une solution optimale. Comme l'introduction dans cet article d'un renvoi général aux art. 122 s. CP irait trop loin, il faudrait faire référence aux mutilations génitales féminines sans qu'il n'existe une disposition pénale correspondante dans les Dispositions spéciales du

code pénal. Une solution de ce type ne permettrait par ailleurs pas de résoudre le problème posé par les actes commis à l'étranger sur des personnes majeures.

3.2 Commentaire de l'art. 122a P-CP

Telle qu'elle est formulée à l'art. 122a P-CP, la définition des mutilations génitales féminines s'inspire très largement de celle qu'en donne l'Organisation mondiale de la santé (OMS), à savoir l'ensemble des procédés impliquant une ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme ou toute autre atteinte aux organes génitaux féminins pratiquée pour des raisons non médicales⁴⁵. On vise ainsi à garantir que tous les types de mutilations génitales féminines tomberont sous le coup de la nouvelle norme pénale et seront sanctionnés de manière uniforme⁴⁶.

La commission s'est aussi interrogée sur la nécessité d'inclure dans la nouvelle disposition légale les mutilations génitales masculines, notamment la circoncision des nouveaux-nés et des jeunes garçons pratiquée dans les traditions juives et musulmanes. Elle renonce à étendre le champ d'application de l'art. 122a P-CP à la circoncision, considérant que celle-ci ne posait pas problème. De plus, une pénalisation de cette intervention aurait été bien au-delà de ce que demande l'auteur de l'initiative parlementaire.

3.2.1 Typicité objective et subjective

Est considérée comme auteur toute personne qui, pour des motifs non médicaux, procède chez une femme ou chez une fille mineure à l'ablation totale ou partielle des organes génitaux externes ou, de toute autre manière, mutile ces organes. Peu importe, en l'occurrence, que l'intervention ait été pratiquée dans des conditions d'hygiène optimale par du personnel médical compétent et peu importe aussi le type d'instruments utilisés. En revanche, ne réunissent pas les éléments objectifs de l'infraction, les interventions pratiquées à des fins médicaux, par exemple parce qu'elles sont médicalement indiquées pour traiter une maladie (quant à savoir quelles considérations le droit pénal porte sur les interventions pratiquées pour des raisons esthétiques, voir ch. 3.2.2 ci-après).

L'art. 122a P-CP proposé permet de réprimer également la défibulation (réouverture par incision des grandes lèvres qui ont été cousues ensemble) et la réinfibulation (intervention qui consiste à refermer l'ouverture pratiquée lors de la défibulation). On admet toutefois là aussi la possibilité de l'existence de motifs médicaux au sens de l'art. 122a, al. 1, P-CP, ou la possibilité que la personne adulte concernée y ait consenti selon l'art. 122a, al. 2, P-CP (v. ci-dessous, ch. 3.2.2).

Les éléments subjectifs de l'infraction doivent inclure l'intention au sens de l'art. 12 CP.

⁴⁵ Cf. OMS, loc. cit., p. 4.

⁴⁶ Pour plus de précisions sur les différentes formes de MGF, voir ch. 2.1.

3.2.2 Caractère illicite de l'acte

A l'instar de ce qui vaut pour les lésions corporelles graves (art. 122 CP), une mutilation génitale féminine ne doit en principe pouvoir être justifiée par le consentement de la personne qui la subit que si ce consentement peut être qualifié de décision sinon judicieuse, du moins justifiable au regard de l'intérêt bien compris de cette personne. Selon la doctrine et la jurisprudence qui prévalent, le consentement d'une personne à subir une atteinte grave et mutilante à son intégrité corporelle ne peut être valide que si une telle intervention s'impose d'un point de vue médical. On peut en conclure que, dans le cas d'une mutilation génitale telle que définie à l'art. 122a P-CP, il ne saurait y avoir consentement de la victime, ni, en lieu et place, celui de ses parents. Le consentement des parents d'une victime incapable de discernement n'est pas valable car ils ne peuvent exercer leurs attributions que dans les limites de leur devoir de garde (art. 301 ss, CC) et ne doivent agir que pour le bien de l'enfant. Dès le moment où la victime est capable de discernement, ce ne sont plus les parents, mais plus que la victime elle-même qui peut autoriser une atteinte portée à des biens juridiques relevant de sa plus profonde intimité.⁴⁷ Le spécialiste (par exemple, un médecin, une sage-femme ou un pédiatre) qui pratique l'intervention ne saurait non plus justifier son acte par un état de nécessité (art. 17 CP), le caractère subsidiaire faisant défaut puisque, dans chaque cas, les mesures de protection de l'enfant (art. 307 ss, CC) doivent pouvoir être prises ou l'intervention de la justice (art. 364 CP) doit pouvoir être garantie.

Si l'on appliquait ces principes de manière rigide, force serait de réprimer aussi des pratiques aussi répandues dans notre pays que les tatouages, les piercings ou les opérations esthétiques sur les parties génitales qui ne sont généralement pas pratiqués à des fins médicaux, mais pour des raisons esthétiques ou autres. C'est pourquoi la commission a jugé nécessaire d'ajouter une clause d'accord explicite (art. 122a, al. 2, P-CP), qui donne à la personne subissant une telle intervention la possibilité d'y donner son accord exprès. Un tel consentement ne sera toutefois licite que si la personne mutilée est majeure et si les conditions usuelles auxquelles est subordonnée la validité du consentement sont remplies (il faut que la personne soit capable de discernement, qu'elle ait donné son accord après avoir reçu une information complète et correcte sur l'intervention et qu'elle n'ait fait l'objet ni de menaces ni de contrainte). C'est aux autorités de poursuite pénale qu'il incombera de déterminer dans chaque cas d'espèce si les conditions requises pour que l'accord de la victime soit considéré comme valable sont réunies et notamment si celle-ci a consenti à l'intervention de son plein gré. La commission estime à ce propos qu'une immigrante qui se fait exciser selon la tradition pour augmenter ses chances de trouver un mari ne devrait pas être traitée autrement qu'une Suisseuse qui choisit de subir une opération de réduction des lèvres ou de rétrécissement du vagin pour des raisons esthétiques.

La commission est consciente du fait que l'art. 122a, al. 2, P-CP excluerait pour l'avenir la possibilité donnée aux mineurs sous le régime actuel de consentir valablement à des lésions corporelles simples pratiquées sur les parties génitales (comme les tatouages ou les petits piercings). Il s'agit là d'une conséquence du choix qui a été fait de mettre toutes les formes de mutilations génitales, légères ou

⁴⁷ Cf. Trechsel/Schlauri, loc. cit., p. 13 ss.

graves, sur un pied d'égalité dans la disposition de l'art. 122a, al. 1, P-CP dont il faudra s'accommoder.

3.2.3 Culpabilité, complicité et participation, actes préparatoires et tentative

En ce qui concerne les conditions devant être réunies pour que l'auteur agisse de manière coupable ainsi que les questions de complicité et de participation, de même que les critères appliqués aux actes préparatoires et à la tentative, le nouvel art. 122a P-CP proposé ne viendrait rien changer à la situation juridique actuelle. Il est renvoyé donc, à ce propos, au ch. 2.2.1.2. supra.

3.2.4 Actes commis à l'étranger

Afin de faciliter la poursuite pénale des actes commis à l'étranger, l'art. 122a P-CP a été complété par un 3ème paragraphe statuant qu'est également punissable qui-conque commet l'acte à l'étranger, se trouve en Suisse et n'est pas extradé. Cette disposition permet de s'écarter de la règle de la double punissabilité et, partant, d'engager en Suisse des poursuites pénales contre tous les auteurs de mutilations génitales féminines, quel que soit le lieu où l'acte a été commis et indépendamment de sa punissabilité dans le pays où il a été perpétré. En revanche l'application du principe selon lequel toute nouvelle poursuite pénale est prohibée et de la règle de l'imputation (art. 7, al. 4 et 5, CP) sera maintenue.

3.2.5 Quotité de la peine

Les peines prévues en cas de mutilation génitale féminine (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins) correspondent à celles dont sont passibles les auteurs de lésions corporelles graves (art. 122 CP). Il s'agit là pour la commission d'une conséquence logique de sa volonté d'abandonner la distinction faite actuellement entre les formes les moins graves de mutilations génitales féminines, assimilées à des lésions corporelles simples – qualifiées – (art. 123 CP) et les formes les plus graves, assimilées à des lésions corporelles graves (art. 122 CP) et de surmonter par la même occasion les problèmes de délimitation entre atteinte grave et moins grave, y compris les difficultés d'administration des preuves.

En adoptant cette solution, la commission a aussi voulu souligner la gravité des atteintes à l'intégrité corporelle et à la dignité des jeunes filles et des femmes qui en sont victimes et signifier très clairement la proscription de ces pratiques. Elle a souhaité que les parallèles avec les lésions corporelles graves ne se limitent pas à la quotité de la peine, mais incluent aussi le consentement de la victime – du moins partiellement – de même que la punissabilité des actes préparatoires et la prescription.

Une minorité (Schwander, Geissbühler, Kaufmann, Stamm) considère pour sa part que les faits visés sont trop graves pour qu'il soit possible de les sanctionner par une simple peine pécuniaire, qui au surplus serait insuffisamment sévère pour déployer

un véritable effet préventif. La minorité estime également que la peine ne saurait être inférieure à une peine privative de liberté de un an.

3.2.6 Prescription

Dans le cas des mutilations génitales féminines, l'action pénale doit se prescrire par 15 ans, à l'instar de ce qui vaut pour les lésions corporelles graves (v. art. 97, al. 1, let. b, CP). Si l'acte a été dirigé contre un enfant de moins de 16 ans, la prescription de l'action pénale doit courir en tout cas jusqu'au jour où la victime a 25 ans (v. l'adjonction proposée à l'art. 97, al. 2, CP).

Quant à savoir si l'art. 123b de la Constitution fédérale (cst.)⁴⁸, adopté lors de la votation populaire du 30 novembre 2008, pourra s'appliquer aux mutilations génitales féminines, il faudra attendre la mise en œuvre de l'initiative sur l'imprescriptibilité pour en juger.

3.2.7 Concurrence des normes

En tant que disposition pénale spécifique, l'art. 122a P-CP prime les art. 122 et 123 CP (lésions corporelles graves et lésions corporelles simples).

4 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Dans l'état actuel des choses, la modification législative proposée n'a pour la Confédération aucune conséquence directe, ni du point de vue financier ni en matière de personnel.

Au niveau cantonal, il n'est pas exclu que les nouvelles dispositions se traduisent par une augmentation du nombre des procédures pénales et donc par un surcroît de travail pour les autorités de poursuite pénale. Quant aux coûts supplémentaires qui pourraient en résulter, ils sont impossibles à estimer pour l'instant.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

La disposition législative proposée est fondée sur l'art. 123, al. 1, cst., qui confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière pénale.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

L'art. 122a P-CP proposé est compatible avec les conventions internationales pertinentes auxquelles la Suisse est partie. Ainsi, la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)⁴⁹, que la Suisse a ratifiée en 1997, exige des Etats parties qu'ils « prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives ap-

⁴⁸ RS 101

⁴⁹ RS 0.107

propriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle... »⁵⁰. Elle les exhorte en outre à « prendre toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants »⁵¹. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)⁵², que la Suisse a également ratifiée en 1997, enjoint aux Etats parties d'œuvrer « à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »⁵³. Les mutilations génitales féminines sont des pratiques inhumaines qui sont proscrites par l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵⁴, par l'art. 7 du Pacte II de l'ONU⁵⁵ et par l'art. 16 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵⁶. En conséquence, les Etats parties sont tenus d'adopter des dispositions pénales sanctionnant les auteurs de telles pratiques et de veiller à ce que ces dispositions soient appliquées par leurs autorités judiciaires.

50 Art. 19, par. 1, CDE

51 Art. 24, par. 3, CDE

52 RS 0.108.

53 Art. 5 CEDEF

54 RS 0.101.

55 RS 0.103.2.

56 RS 0.105.