Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

[Signature]

[QR Code]

18.043

Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions

Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle (avant-projet)

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États

du 28 janvier 2021

Condensé

La Commission des affaires juridiques du Conseil des États met en consultation un avant-projet de loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle. Il comporte deux variantes pour certaines dispositions afin que la consultation puisse être aussi ouverte que possible.

Contexte

En 2010, le Conseil fédéral a envoyé en consultation un avant-projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire. Il a proposé dans ce cadre quelques modifications des infractions contre l'intégrité sexuelle.

Pour diverses raisons, le Conseil fédéral n'a adopté le message et le projet qui en ont découlé qu'en avril 2018, sans qu'une seconde consultation ait eu lieu. Dans son projet, en partie sur la base d'interventions parlementaires déposées dans l'intervalle, le Conseil fédéral a proposé d'autres modifications matérielles du droit pénal en matière sexuelle.

Après l'adoption du message, le grand public et les médias se sont emparés du sujet, notamment de la question du traitement à accorder sur le plan pénal aux actes d'ordre sexuel commis contre la volonté ou sans le consentement d'une personne, mais sans violence ni menaces.

Le Conseil des États, sur proposition de sa commission des affaires juridiques et de la cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP), a décidé de scinder le projet et de mener une consultation en bonne et due forme sur le titre du code pénal consacré aux infractions contre l'intégrité sexuelle, afin de pouvoir analyser en profondeur le besoin de procéder à des modifications d'ordre matériel. Le Conseil national ne s'est pas encore prononcé sur cette décision.

Contenu du projet

Le projet ne vise pas une refonte totale du droit pénal en matière sexuelle. La révision ne porte que sur certains points. Les principales modifications du code pénal qui sont soumises à discussion sont les suivantes :

- *peine privative de liberté minimale d'un an pour certains actes tombant sous le coup de l'article sur les actes d'ordre sexuel avec des enfants lorsque la victime n'a pas 12 ans le jour de l'acte et traitement privilégié de l'auteur dans les cas de peu de gravité ;*
- *nouvel art. 187a qui s'applique en l'absence d'éléments constitutifs spécifiques des art. 188 à 193 et en présence d'actes allant plus loin que ceux énumérés dans l'article sur les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198), notamment lorsque l'auteur :*

- *commet ou fait commettre un acte d'ordre sexuel et ignore intentionnellement (ou par dol éventuel) la volonté contraire exprimée verbalement ou non verbalement par la victime sans user de contrainte,*
- *commet par surprise un acte d'ordre sexuel dont l'intensité dépasse les attouchements d'ordre sexuel ou*
- *commet ou fait commettre un acte d'ordre sexuel dans l'exercice d'une activité relevant du domaine de la santé en profitant de l'erreur de la victime quant au caractère de l'acte ;*

- *extension de la définition du « viol » à des actes autres que l'acte sexuel et aux victimes autres que celles de sexe féminin ;*
- *amende possible en lieu et place d'une peine pécuniaire en cas d'exhibitionnisme ;*
- *suppression de la qualification en tant que pornographie dure des objets ou représentations pornographiques ayant comme contenu des actes de violence entre adultes ;*
- *extension de l'absence de punissabilité en matière de pornographie aux personnes qui fabriquent, possèdent ou consomment des photographies ou des films pornographiques de mineurs ou qui les leur transmettent, si ces actes interviennent avec le consentement desdits mineurs, que la personne qui fabrique les images ou les films ne fournit ou ne promet aucune rémunération et que la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas trois ans ; absence de punissabilité également à certaines conditions pour les mineurs qui fabriquent, possèdent ou consomment des photographies ou des films pornographiques d'eux-mêmes ;*
- *nouvel art. 197a qui punit expressément le pédopiégeage (cybergrooming) au sens étroit (voir l'initiative parlementaire 18.434 [Amherd] Bregy « Punir enfin le pédopiégeage en ligne »).*

Pour certaines dispositions, deux variantes sont mises en discussion.

Contrairement au projet du Conseil fédéral, la peine pécuniaire est maintenue aux art. 187 ss. On renonce par ailleurs à une infraction spécifique pour les images montrant des enfants dans des poses sexuelles (voir la motion 14.3022 Rickli « Pornographie enfantine. Interdiction des images d'enfants nus »).

Table des matières

Condensé **2**

1 Genèse **8**

1.1 Projet du Conseil fédéral 8

1.2 Travaux de la commission et de la sous-commission 8

1.3 Élaboration d'un avant-projet par l'Office fédéral de la justice 9

2 Présentation du projet **11**

2.1 Réglementation proposée 11

2.2 Modifications d'ordre linguistique dans la version française du texte de loi 12

3 Commentaire des dispositions du code pénal **13**

3.1 Dispositions générales (listes d'infractions) 13

3.2 Art. 187 Actes d'ordre sexuel avec des enfants 14

3.2.1 Variante 1 14

3.2.2 Variante 2 15

3.3 2e titre « Atteinte à la liberté et à l'honneur sexuels » 17

3.4 Art. 187*a* Atteintes sexuelles 18

3.4.1 Contexte : dispositions en vigueur et jurisprudence relatives à la contrainte sexuelle et au viol 18

3.4.2 Arguments en faveur d'une réforme 19

3.4.3 Arguments contre une réforme 20

3.4.4 Possibilité de mise en œuvre 21

3.4.4.1 Bien juridique protégé 21

3.4.4.2 Al. 1, première variante : « contre la volonté d'une personne » 22

3.4.4.3 Al. 1, seconde variante : « par surprise » 26

3.4.4.4 Al. 2 : erreur de la victime quant au caractère de l'acte 27

3.5 Art. 188 Actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes 29

3.6 Art. 189, 190 et 191 Contrainte sexuelle, viol et actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance 30

3.6.1 Variante 1 30

3.6.1.1 Ajout de la contrainte à commettre un acte d'ordre sexuel en application de la jurisprudence 30

3.6.1.2 Pas d'augmentation de la peine minimale à l'art. 190, al. 1 31

3.6.1.3 Modification de l'infraction qualifiée commise « avec cruauté » 31

3.6.1.4 Modification du titre marginal de l'art. 191 en allemand 31

3.6.1.5 Suppression de « sachant que … » à l'art. 191 31

3.6.1.6 Adaptation du texte français de l'art. 191 : ajout de la commission d'un acte d'ordre sexuel par la victime 32
3.6.1.7 Pas d'extension de la définition du viol 32
3.6.2 Variante 2 32
3.6.2.1 Extension de la définition du viol 32
3.6.2.2 Pas d'augmentation de la peine minimale à l'art. 190, al. 1, pas d'abaissement de la peine maximale à l'art. 189, al. 1 33
3.6.2.3 Peine minimale à l'art. 191 34
3.7 Art. 192 Actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues 34
3.8 Art. 193 Abus de la détresse 34
3.9 Art. 194 Exhibitionnisme 35
3.9.1 Variante 1 35
3.9.2 Variante 2 37
3.10 Art. 197 Pornographie 37
3.10.1 Al. 4 et 5 37
3.10.2 Al. 8 et 8bis 38
3.10.2.1 Variante 1 40
3.10.2.2 Variante 2 41
3.11 Titre de section « Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles » 42
3.12 Art. 197*a* Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles (pédopiégeage) 42
3.12.1 Contexte 42
3.12.1.1 Initiative parlementaire 18.434 (Amherd) Bregy « Punir enfin le pédopiégeage en ligne » 42
3.12.1.2 Définitions 42
3.12.1.3 Droit en vigueur 43
3.12.2 Variante 1 44
3.12.2.1 Systématique 44
3.12.2.2 Bien juridique protégé 44
3.12.2.3 Catégorie d'auteurs et objet de l'atteinte 44
3.12.2.4 Applicabilité de l'art. 187, ch. 2 et 3 45
3.12.2.5 Éléments constitutifs objectifs 45
3.12.2.6 Éléments constitutifs subjectifs 46
3.12.2.7 Désistement et tentative lors d'actes préparatoires 47
3.12.2.8 Sanction 47
3.12.3 Variante 2 47
3.12.4 Convention du 25 octobre 2007 du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels 48
3.12.5 Droit comparé: Autriche et Allemagne 49

3.13 Titre de section « Contraventions contre l'intégrité sexuelle » 49
3.14 Art. 198 Désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel 49
3.14.1 Modification du titre marginal en français 49
3.14.2 Al. 1 49
3.14.3 Al. 2 50
3.14.3.1 Contexte 50
3.14.3.2 Variante 1 51
3.14.3.3 Variante 2 52
3.15 Titre de section « Commission en commun » 53
3.16 Art. 200 Commission en commun 53
3.17 Art. 264*a*, al. 1, let. g Crimes contre l'humanité Art. 264*e*, al. 1, let. b Traitement médical immotivé, atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle ou à la dignité de la personne 54

4 Droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 54

5 Code pénal militaire du 13 juin 1927 54
5.1 Concordance entre CPM et CP 54
5.2 Art. 157 Exploitation d'une situation militaire 55

6 Code de procédure pénale 55

7 Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 56

8 Règles non retenues 56
8.1 Art. 187 ss : maintien de la peine pécuniaire comme sanction possible 56
8.2 Motion 14.3022 Rickli « Pornographie enfantine. Interdiction des images d'enfants nus » 57
8.2.1 Contexte 57
8.2.2 Difficultés de mise en œuvre de la motion 58
8.2.3 Modification de la jurisprudence et nouvelle législation 59
8.2.4 Conclusion 60
8.3 Stealthing 60
8.4 Solution du consentement 61

9 Conséquences 62
9.1 Conséquences pour la Confédération 62
9.2 Conséquences pour les cantons et les communes 62

10 Aspects juridiques 63
10.1 Constitutionnalité 63
10.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse 63
10.2.1 Obligations internationales générales de droit pénal 63
10.2.2 Conventions du Conseil de l'Europe 64

11 Tableau synoptique des différentes versions des art. 187 à 200 CP 66

Bibliographie **79**
Documents préparatoires **81**

Rapport

1 Genèse

1.1 Projet du Conseil fédéral

La présente révision des titres du code pénal (CP)[1] et du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)[2] consacrés aux infractions contre l'intégrité sexuelle se fonde sur une longue série de travaux préalables. Le Conseil fédéral, après avoir ouvert la consultation le 30 juin 2010 sur un avant-projet de modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions), a envoyé en consultation un avant-projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire[3]. Le 19 décembre 2012, le Conseil fédéral a décidé de repousser les travaux d'harmonisation et de ne les poursuivre qu'une fois adopté le nouveau droit des sanctions, à propos duquel il avait adressé un message[4] au Parlement en date du 4 avril 2012[5]. Les Chambres ont adopté la réforme du droit des sanctions en vote final le 19 juin 2015. Deux modifications du droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin)[6] sont entrées en vigueur le 1er juillet 2016, celles concernant le code pénal et d'autres lois le 1er janvier 2018[7]. Les travaux sur le projet d'harmonisation des peines se sont poursuivis dans l'intervalle. Le 25 avril 2018, le Conseil fédéral a adopté le message à l'intention du Parlement (18.043 é Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions)[8]. Il porte sur deux projets distincts : le projet 1, qui comporte essentiellement des modifications des quotités de peine mais aussi quelques modifications matérielles, et le projet 2, qui prévoit des adaptations du droit pénal accessoire en fonction du nouveau droit des sanctions. Les bureaux des conseils ont attribué l'objet aux commissions des affaires juridiques pour l'examen préalable, en priorité au Conseil des États.

1.2 Travaux de la commission et de la sous-commission

La Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) s'est penchée sur l'objet la première fois lors de sa séance des 17 et 18 janvier 2019. Elle a entendu à cette occasion des représentants des cantons, des ministères publics, des tribunaux, du barreau, des organisations d'aide aux victimes, de la police et de la doc-

1 RS **311.0**
2 RS **321.0**
3 Documents envoyés en consultation et synthèse des résultats de la consultation : www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2010 > DFJP.
4 FF **2012** 4385
5 www.admin.ch > Documentation > Communiqués > Communiqué du 19 décembre 2012 « L'harmonisation des peines sera alignée sur le nouveau régime des sanctions ».
6 RS **311.1**
7 RO **2016** 1249
8 FF **2018** 2889

trine, qui se sont dans leur majorité montrés critiques à l'encontre du projet. Ils ont regretté que la procédure de consultation remonte à un certain temps déjà et que certaines propositions, comme celle de reformuler l'article consacré au viol (art. 190), n'y aient pas été soumises. La CAJ-E a dès lors décidé le 18 janvier 2019 d'instituer une sous-commission chargée de procéder pour elle à l'examen préliminaire[9].

La sous-commission, formée des députés au Conseil des États Andrea Caroni (AR) et Beat Rieder (VS) et présidée par le député au Conseil des États Daniel Jositsch (ZH), s'est réunie à l'occasion de cinq séances et a présenté ses propositions de modifications le 17 janvier 2020 à la CAJ-E, nouvellement constituée suite au changement de législature. La CAJ-E a examiné le projet les 17 janvier et 11 février 2020, le Conseil des États le 9 juin 2020. Les propositions de la CAJ-E et les décisions du Conseil des États peuvent être consultées sur les dépliants[10].

La sous-commission a notamment proposé à la CAJ-E des changements matériels dans le domaine du droit pénal en matière sexuelle. Les médias se sont emparés du sujet après l'adoption du message, notamment de la question des éventuelles lacunes du titre du code pénal consacré aux infractions contre l'intégrité sexuelle, en vigueur depuis le 1er octobre 1992. D'entente avec la cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP), la CAJ-E a conclu que le projet d'harmonisation des peines devait se limiter à l'adaptation des quotités de peines, sans changement matériel. Elle a proposé au Conseil des États de scinder le projet 1 d'un projet 3 qui serait consacré aux infractions contre l'intégrité sexuelle[11]. Le Conseil des États s'est rallié à cette proposition le 9 juin 2020, sans opposition[12]. La CAJ-E estime que la procédure adoptée permettra de clore rapidement les travaux sur le projet d'harmonisation des peines proprement dit, d'analyser en profondeur le besoin de réviser matériellement le droit pénal en matière sexuelle et de mener une consultation en bonne et due forme sur ce titre du code pénal.

1.3 Élaboration d'un avant-projet par l'Office fédéral de la justice

L'Office fédéral de la justice (OFJ), sur mandat de la CAJ-E et avec l'appui de représentants de la doctrine, a élaboré un avant-projet et un rapport intégrant le résultat des discussions menées au sein de la sous-commission. Il a organisé trois séances avec des experts :

– Nora Scheidegger, docteure en droit, postdoc à l'Institut Max Planck pour l'étude de la criminalité, de la sécurité et du droit, Fribourg en Brisgau, auteure de la thèse « Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf » (2018) ;

9 www.parlement.ch > n° d'objet 18.043 > communiqué de presse > communiqué de la CAJ-E du 18 janvier 2019.
10 www.parlement.ch > n° d'objet 18.043 > documents des conseils > dépliant.
11 www.parlement.ch > n° d'objet 18.043 > communiqué de presse > communiqué de la CAJ-E du 17 janvier 2020.
12 BO **2020** E 433

– Felix Bommer, docteur en droit, professeur à la chaire de droit pénal, procédure pénale et droit pénal international, faculté de droit de l'Université de Zurich ;

– Philipp Maier, docteur en droit, juge aux tribunaux de district de Meilen et Uster, auteur de la thèse « Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht » (1994) et, dans le Commentaire bâlois, Droit pénal II, 4e édition, Bâle 2019, des remarques précédant le commentaire de l'art. 187 CP et du commentaire des art. 187 à 193 CP.

Les experts ci-dessous se sont également tenus à la disposition du groupe de travail à l'occasion de l'une de ses séances :

– Angela Weirich, première procureure, Ministère public de Bâle-Campagne ;

– Maggie Schauer, docteur en psychologie, spécialiste de la psychologie clinique et de la neuropsychologie, directrice du centre de compétences en psychotraumatologie (Kompetenzzentrum Psychotraumatologie) de l'Université de Constance ;

– Werner Tschan, docteur en psychiatrie, psychiatre et psychothérapeute FMH, centre de consultation sur les débordements sexuels en milieu professionnel, Institut de psychotraumatologie (Beratungszentrum Sexuelle Grenzverletzungen in professionellen Beziehungen, Institut für Psychotraumatologie), Bâle.

L'OFJ a par ailleurs mandaté l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne pour réaliser un avis de droit comparé sur la réglementation belge, allemande, anglaise et galloise, autrichienne et suédoise en matière d'atteintes sexuelles commises contre la volonté ou sans le consentement de la victime mais sans violence ni menaces. L'institut a par ailleurs examiné si le « stealthing » était punissable dans les pays considérés et si oui, quelle était la sanction encourue[13].

L'OFJ, conformément au souhait de la CAJ-E, a élaboré deux variantes pour certaines dispositions ; la première est en général relativement proche du droit en vigueur, la seconde comporte davantage de nouveaux éléments.

La CAJ-E a sciemment renoncé à examiner l'avant-projet en détail avant la consultation, ceci afin que celle-ci soit la plus ouverte possible. Lors de sa séance des 28 et 29 janvier 2021, elle a décidé d'envoyer l'avant-projet et son rapport explicatif en consultation avec deux variantes pour certaines dispositions. Elle a renoncé également à se prononcer en faveur de l'une ou l'autre des variantes ou à proposer d'autres variantes dans le projet mis en consultation.

13 www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit > Gutachten über die rechtliche Einordnung sexueller Übergriffe ohne Einverständnis in Belgien, Deutschland, England & Wales, Österreich, Schweden, avis de droit de l'Institut suisse de droit comparé du 31 mai 2020 (en allemand uniquement).

2 Présentation du projet

2.1 Réglementation proposée

Le projet ne vise pas une refonte totale des dispositions du CP et du CPM relatives aux infractions contre l'intégrité sexuelle. La révision ne porte que sur certains points.

Les principales modifications proposées dans le CP sont les suivantes[14] :

- peine privative de liberté minimale d'un an pour certains actes tombant sous le coup de l'article sur les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187) lorsque la victime n'a pas 12 ans le jour de l'acte et traitement privilégié de l'auteur dans les cas de peu de gravité (variante 2) ;
- suppression du traitement privilégié de l'auteur dans les cas où la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec lui dans les articles sur les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187, ch. 3), sur les actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188, ch. 2) et sur l'abus de la détresse (art. 193, al. 2) ;
- nouvel art. 187*a* qui s'applique en l'absence d'éléments constitutifs spécifiques des art. 188 à 193 CP et en présence d'actes allant plus loin que ceux énumérés dans l'article sur les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP), notamment lorsque l'auteur :
  - commet ou fait commettre un acte d'ordre sexuel et ignore intentionnellement (ou par dol éventuel) la volonté contraire exprimée verbalement ou non verbalement par la victime, et ce sans user de la contrainte,
  - commet par surprise un acte d'ordre sexuel dont l'intensité dépasse les attouchements d'ordre sexuel ou
  - commet ou fait commettre un acte d'ordre sexuel dans l'exercice d'une activité relevant du domaine de la santé, en profitant de l'erreur de la victime quant au caractère de l'acte ;
- extension de la définition du « viol » à des actes autres que l'acte sexuel et aux victimes autres que de sexe féminin (art. 190, al. 1, variante 2) ;
- amende possible en lieu et place d'une peine pécuniaire en cas d'exhibitionnisme (art. 194) ;
- suppression de la qualification en tant que pornographie dure des objets ou représentations pornographiques ayant comme contenu des actes de violence entre adultes (art. 197, al. 4 et 5) ;
- extension de l'absence de punissabilité en matière de pornographie aux personnes qui fabriquent, possèdent ou consomment des photographies ou des films pornographiques de mineurs ou qui les leur transmettent, si ces actes interviennent avec le consentement desdits mineurs, que la personne qui fabrique les images ou les films ne fournit ou ne promet aucune rémunération et que la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas

[14] Avec les conséquences que cela implique pour le CPM, voir le ch. 5.

trois ans (art. 197, al. 8 et 8bis) ; absence de punissabilité également à certaines conditions pour les mineurs qui fabriquent, possèdent ou consomment des photographies ou des films pornographiques d'eux-mêmes ;

  - nouvel art. 197*a* qui punit expressément le pédopiégeage (*cybergrooming*) au sens étroit (voir l'initiative parlementaire 18.434 [Amherd] Bregy « Punir enfin le pédopiégeage en ligne », variante 1) ;[15]
- punissabilité des nuisances sexuelles commises au moyen d'images grossières (nouvel élément de l'art. 198) et
- poursuite d'office des nuisances sexuelles commises sur une victime de moins de 12 ans (art. 198, al. 2, variante 1).

Pour certaines dispositions, deux variantes sont mises en discussion.

D'autres modifications n'auront pour ainsi dire pas de répercussions dans la pratique, par exemple l'ajout de « fait commettre » dans les articles sur la contrainte sexuelle et le viol et la suppression du passage « sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance » à l'art. 191.

Contrairement au projet du Conseil fédéral, la peine pécuniaire est maintenue aux art. 187 ss. On renonce par ailleurs à une infraction spécifique pour les images montrant des enfants dans des poses sexuelles (voir la motion 14.3022 Rickli « Pornographie enfantine. Interdiction des images d'enfants nus »[16]).

2.2 Modifications d'ordre linguistique dans la version française du texte de loi

La Commission parlementaire de rédaction a renoncé à utiliser, dans les *textes législatifs en français*, des termes épicènes ou des doublets à la place du masculin dit générique (forme masculine désignant les deux genres), car un tel usage « pose des problèmes insurmontables »[17]. Elle a toutefois invité le législateur à éviter les substantifs masculins et, dans la mesure du possible, à faire usage de tournures neutres. C'est pour cette raison que, dans le texte français du projet 3, à l'instar des projets 1 et 2[18], on remplace la locution « celui qui » par la formulation neutre « quiconque ». La forme du futur est par ailleurs remplacée par celle du présent. Cette modification trouve sa justification dans le fait que le présent est mieux adapté à l'énonciation d'infractions. D'ailleurs, la version française correspondra sur ce point à la version allemande, qui utilise aussi ce temps. Ces modifications ne sont plus évoquées dans le commentaire des dispositions.

15 www.parlement.ch > n° d'objet 18.434.
16 www.parlement.ch > n° d'objet 14.3022.
17 FF **1993** I 113 116
18 FF **2018** 2889 2907

3 Commentaire des dispositions du code pénal

3.1 Dispositions générales (listes d'infractions)

Art. 5, al. 1, let. a *Infractions commises à l'étranger sur des mineurs*

Le nouveau titre marginal de l'art. 191 (« Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person ») est ajouté dans le texte allemand.

Art. 66a, al. 1, let. h *Expulsion obligatoire*

Le nouveau titre marginal de l'art. 191 est ajouté dans le texte allemand.

Variante 1

Les modifications prévues à l'art. 187, variante 1, n'ont pas de répercussions sur l'art. 66*a*.

Variante 2

Les modifications matérielles proposées à l'art. 187, variante 2, doivent être répercutées dans la liste des infractions donnant lieu à une expulsion obligatoire du territoire suisse. On ajoute l'art. 187, ch. 1bis, à la let. h.

En revanche, on n'ajoute pas l'art. 187, ch. 1ter (actes d'ordre sexuel avec des enfants, cas de peu de gravité), l'art. 187*a* (atteintes sexuelles) et l'art. 197*a* (sollicitation d'enfants à des fins sexuelles). L'art. 121, al. 3, let. a, de la Constitution (Cst.)[19] n'exige en effet l'expulsion obligatoire qu'en cas de viol ou de « tout autre délit sexuel *grave* » [comprendre : toute autre infraction sexuelle grave (terme générique) ; voir l'art. 10 CP]. Conformément à la volonté du législateur, seuls les crimes (art. 10, al. 2, CP) ont été intégrés à la let. h. Or les art. 187, ch. 1ter, 187*a* et 197*a* constituent des délits (art. 10, al. 3, CP). Par contre, une condamnation pour un cas de peu de gravité d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, d'atteintes sexuelles ou de sollicitation d'enfants à des fins sexuelles pourra entraîner une expulsion non obligatoire au sens de l'art. 66*a*^{bis}.

Art. 67, al. 3, let. b et c, 4, let. a, et 4bis, let. a *Interdiction d'exercer une activité*

Les modifications matérielles effectuées dans le CP doivent être répercutées sur les trois listes d'infractions entraînant une interdiction d'exercer une activité :

- on ajoute l'art. 187*a* aux listes figurant à l'art. 67, al. 3, let. c, et 4, let. a ;
- en allemand, on remplace le titre marginal de l'art. 191 par le nouveau titre dans les trois listes ;
- on retire l'art. 192, al. 1, qui doit être abrogé, des listes figurant à l'art. 67, al. 3, let. c, et 4, let. a ;
- on modifie le titre marginal de l'art. 193 dans les listes de l'art. 67, al. 3, let. c, et al. 4, let. a ;

19 RS **101**

– on ajoute l'art. 197*a* à la liste figurant à l'art. 67, al. 3, let. b ;
– en français, on modifie le titre marginal de l'art. 198 dans les listes de l'art. 67, al. 3, let. c, et al. 4, let. a.

Art. 97, al. 2 Prescription de l'action pénale

On ajoute l'art. 187*a* à la liste des infractions de l'art. 97, al. 2. On en profite pour réparer un oubli du législateur : lors des délibérations sur l'imprescriptibilité des actes punissables d'ordre sexuel ou pornographiques sur des enfants impubères, le Parlement a ajouté les art. 192, al. 1, et 193, al. 1, à la liste de l'art. 101, al. 1, let. e, mais a omis d'adapter l'art. 97, al. 2, de la même manière. Le Conseil fédéral, s'appuyant sur la doctrine dominante, n'en avait pas fait de même dans son projet car ces dispositions sont absorbées par l'art. 187[20]. On ajoute l'art. 193 à la liste de l'art. 97, al. 2, mais pas l'art. 192, qu'il est prévu d'abroger.

Art. 101, al. 1, let. e Imprescriptibilité

En allemand, on remplace le titre marginal de l'art. 191 par son nouveau titre dans la liste des infractions imprescriptibles et dans toutes les langues, on modifie le titre marginal de l'art. 193. On supprime l'art. 192, al. 1, de la liste et on y ajoute l'art. 187*a* (voir le commentaire de l'art. 97, al. 2).

Variante 1

Les modifications prévues à l'art. 187, variante 1, n'ont pas de répercussions sur l'art. 101.

Variante 2

Les modifications matérielles proposées à l'art. 187, variante 2, doivent être répercutées dans la liste des infractions imprescriptibles. On y ajoute l'art. 187, ch. 1bis et 1ter.

3.2 Art. 187 Actes d'ordre sexuel avec des enfants

3.2.1 Variante 1

Dans la variante 1, on propose des modifications aux ch. 1 et 3.

Au ch. 1, par. 3, on procède à une adaptation linguistique en allemand et on reprend la formulation de l'art. 156, ch. 1, par. 3, CPM.

Le ch. 3 en vigueur mentionne que l'autorité compétente peut renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine si la victime a contracté mariage ou a conclu un partenariat enregistré avec lui. On supprime ce traitement privilégié, qui a un effet de discrimination à l'égard des auteurs non mariés. Du fait de cette réglementation, la victime pourrait par ailleurs se sentir poussée à contracter mariage ou à conclure un partenariat enregistré avec l'auteur, ce

20 FF **2011** 5565 5586

qui ne saurait être le but. L'autorité compétente pourra considérer le mariage, la vie commune ou une relation amoureuse comme des circonstances particulières et renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine, mais uniquement si l'auteur avait moins de 20 ans au moment de l'acte ou du premier acte commis.

On renonce, dans la variante 1, à une peine privative de liberté minimale d'un an si l'enfant n'a pas 12 ans le jour de l'acte (voir la variante 2 ci-après). Elle n'est pas indispensable car le cadre légal en vigueur permet au juge de prononcer une peine privative de liberté de plus d'un an. Sans peine minimale, le juge dispose en outre d'une plus grande latitude. Il paraît d'ailleurs contradictoire d'instaurer une peine minimale et parallèlement une exception pour les cas de peu de gravité. Il est difficile de percevoir quelle serait la valeur ajoutée d'une telle réglementation.

La peine minimale prévue dans la variante 2 paraît de plus disproportionnée par rapport à d'autres infractions pour lesquelles le juge doit impérativement prononcer une peine privative de liberté minimale d'un an, notamment en cas de meurtre passionnel (art. 113) et de viol (art. 190).

S'agissant de la peine privative de liberté maximale de cinq ans prévue à l'art. 187, ch. 1, il importe de noter qu'il y a concours idéal entre l'art. 187 d'une part et les art. 189 (contrainte sexuelle) et 190 (viol) d'autre part, de même qu'entre l'art. 187 et l'art. 191 (actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance). Ces dispositions protègent des biens juridiques différents. Dès lors, si un acte d'ordre sexuel commis sur un enfant réunit également les éléments constitutifs de la contrainte sexuelle, du viol ou d'un acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, ces dispositions s'appliquent conjointement à l'art. 187[21]. Conformément à l'art. 49, al. 1 (concours), le juge peut dans ce cas prononcer une peine privative de liberté maximale de 15 ans pour l'infraction de base. Une peine privative de liberté d'un an s'applique de plus en cas de viol. Si la victime ne subit pas de contrainte de la part de l'auteur et que les éléments constitutifs des actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance ne sont pas non plus réunis, la peine privative de liberté maximale de cinq ans suffit à couvrir l'illicéité de l'acte. Il ne semble donc pas nécessaire de mettre en œuvre l'initiative parlementaire 03.424 Abate « Actes d'ordre sexuel avec des enfants. Allongement de la peine prévue par l'article 187 CP »22, qui demande qu'on fasse passer la peine privative de liberté maximale à dix ans à l'art. 187, ch. 1.

3.2.2 Variante 2

Dans la variante 2, on procède également à une adaptation linguistique en allemand au ch. 1. De même, au ch. 3, on supprime le traitement privilégié dont jouit l'auteur si la victime a contracté mariage ou a conclu un partenariat enregistré avec lui.

21 Maier Philipp, 2019, n° 57 ad art. 187, n° 82 ad art. 189 et n° 19 ad art. 191.
22 www.parlement.ch > n° d'objet 03.424. La CAJ-N a donné suite à l'iv. pa. le 22 septembre 2004.

On instaure au ch. 1bis une *peine privative de liberté minimale* d'un an pour les cas où l'enfant a moins de 12 ans le jour de l'acte et où l'auteur *commet* sur lui un acte d'ordre sexuel ou l'*entraîne à commettre* un tel acte *avec un tiers ou un animal*. Cette adaptation découle d'une demande formulée dans l'initiative parlementaire 16.408 Jositsch « Actes d'ordre sexuel avec des enfants de moins de 16 ans. Instaurer des peines planchers », à laquelle les commissions des affaires juridiques ont donné suite[23].

L'instauration d'une peine minimale exprime le caractère particulièrement répréhensible d'un abus commis sur un enfant aussi jeune. En règle générale, plus la victime est jeune, plus le degré d'illicéité est élevé.

L'art. 187, ch. 1, comporte trois variantes d'infraction :

- lorsque l'auteur *commet* un acte d'ordre sexuel sur un enfant, il y a *contact physique entre l'auteur et la victime*, c'est-à-dire que l'auteur touche l'enfant ou que l'enfant touche l'auteur[24] ;
- lorsque l'auteur *entraîne* l'enfant *à commettre* un acte d'ordre sexuel, il n'y a pas entre eux de contact physique ; cette variante n'englobe que les actes que l'enfant commet sur son propre corps, sur le corps d'un tiers ou sur un animal[25] ;
- lorsque l'auteur *mêle* un enfant à un acte d'ordre sexuel, il n'y a *pas* non plus *de contact physique entre eux* ; dans cette variante, l'enfant est associé à l'acte d'ordre sexuel en qualité de *spectateur*[26].

La peine minimale prévue au ch. 1bis s'appliquera aux variantes ci-après de l'art. 187, ch. 1 :

- lorsque l'auteur *commet* un acte d'ordre sexuel sur un enfant ou
- lorsque l'auteur *entraîne* l'enfant à commettre un acte d'ordre sexuel *sur un tiers ou un animal*.

Ces actes justifient une peine minimale en raison de leur degré d'illicéité.

Le fait d'*entraîner* un enfant à commettre un acte d'ordre sexuel *sur son propre corps* ne justifie pas par contre une telle peine minimale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral[27], lorsque l'auteur incite l'enfant à se masturber, il l'entraîne à commettre un acte d'ordre sexuel sur son propre corps. Cela n'implique *pas obligatoirement la présence de l'auteur*. Dans une telle situation, une peine privative de liberté minimale d'un an serait excessive, raison pour laquelle ce cas de figure relève du ch. 1 ou relèvera du nouveau ch. 1ter.

La variante qui consiste à *mêler* un enfant à un acte d'ordre sexuel ne donnera *pas* lieu à l'application de la nouvelle peine minimale. Le développement sexuel de

23 www.parlement.ch > n° d'objet 16.408. La CAJ-E a donné suite à l'iv. pa. le 30 août 2016. La CAJ-N s'est ralliée à cette décision le 6 avril 2017.
24 Maier Philipp, 2019, n° 10 ad art. 187.
25 Maier Philipp, 2019, n° 13 ad art. 187.
26 Maier Philipp, 2019, n° 17 ad art. 187.
27 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_702/2009 du 8 janvier 2010, consid. 7.4.

l'enfant est bien moins menacé s'il est spectateur que s'il subit des atteintes physiques.

On instaure en parallèle une *forme privilégiée pour les cas de peu de gravité* (ch. 1ter). Elle semble indiquée dans la mesure où l'art. 187, ch. 1, englobe des actes d'ordre sexuel d'intensités diverses allant du tripotage des fesses nues d'un enfant jusqu'à l'acte sexuel ou à la pénétration orale et anale.

Lorsque la loi impose une peine minimale, il arrive parfois que les autorités pénales interprètent des notions juridiques indéterminées de manière plus restrictive pour éviter d'avoir à sanctionner les cas de peu de gravité de manière disproportionnée. En l'absence de forme privilégiée, les autorités pénales pourraient être tentées de donner une définition plus étroite des actes d'ordre sexuel punissables au sens de l'art. 187. Il y aurait alors moins de condamnations prononcées pour des actes actuellement punissables mais au degré d'illicéité moindre. L'inscription dans l'article d'une disposition sur les cas de peu de gravité permet d'éviter cette issue.

La *statistique des jugements* de ces dernières années montre que près de 80 % des peines prononcées uniquement en application de l'art. 187, ch. 1, sont *inférieures à un an*. L'âge des victimes n'apparaît pas dans la statistique. La faible quotité de ces peines s'explique par des circonstances de peu de gravité ou par l'application de motifs d'atténuation de la peine (tentative, responsabilité restreinte, complicité).

Les cas de peu de gravité sont réglés au ch. 1ter. La systématique implique que cette disposition s'applique à *tous* les groupes d'âge. Il serait en effet étrange de ne prévoir des cas de peu de gravité que pour les actes les plus graves (c'est-à-dire ceux impliquant des victimes de moins de 12 ans). On s'attendrait plutôt à ce que les cas impliquant des victimes plus âgées puissent être de peu de gravité. La peine encourue est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

3.3 2e titre « Atteinte à la liberté et à l'honneur sexuels »

Le 2e titre « Atteinte à la liberté et à l'honneur sexuels », qui porte sur les art. 189 à 194, s'étendra aux art. 187*a* (atteintes sexuelles) et 188 (actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes). On supprime l'honneur sexuel, qui n'a plus aujourd'hui de signification propre[28].

Le nouvel art. 187*a* protègera le *droit à l'autodétermination sexuelle* ; il est donc justifié, sur le plan de la systématique, qu'il figure sous le 2e titre. En tant qu'infraction de base, cet article doit être placé avant l'art. 188. En conséquence, l'art. 188 ne figurera plus sous le 1er titre « Mise en danger du développement de mineurs » mais sous le 2e titre, nouvellement « Atteintes à la liberté sexuelle ». Ce changement est conforme à la doctrine dominante, selon laquelle l'art. 188 ne protège pas en premier lieu le développement sexuel des mineurs, mais bien leur *droit à l'autodétermination sexuelle*[29].

28 Maier Philipp, 1994, pp. 255 s. ; Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, n° 1 ad art. 189.

29 Maier Philipp, 2019, n° 1 ad art. 188 et les références citées.

3.4 Art. 187*a* Atteintes sexuelles

3.4.1 Contexte : dispositions en vigueur et jurisprudence relatives à la contrainte sexuelle et au viol

Au vu du texte de la loi et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il apparaît qu'un acte de l'auteur commis contre la volonté de la victime ne suffit pas à remplir les éléments constitutifs de la contrainte sexuelle ou du viol. Le Tribunal fédéral a indiqué qu'on ne pouvait pas considérer que n'importe quelles pressions ni n'importe quel comportement conduisant à un acte sexuel, à un acte analogue ou à un autre acte d'ordre sexuel non souhaité représentaient une contrainte sexuelle. Il a estimé qu'il n'y avait pas de pressions suffisantes au sens des art. 189 et 190 lorsqu'un mari menace sa femme de ne plus parler avec elle, de partir seul en vacances ou de la tromper si elle refuse les actes d'ordre sexuel qu'il exige. De son point de vue, ces menaces, bien que constituant une charge psychique pour la victime, n'ont pas l'intensité requise par les actes de violence sexuelle[30]. Il a indiqué dans un autre arrêt que le fait d'exploiter des relations de dépendance ou d'amitié ne suffisait pas en règle générale à constituer des pressions d'ordre psychique au sens de l'art. 189 (ou 190)[31].

Dans un autre arrêt encore, il a précisé qu'il fallait un acte de contrainte, c'est-à-dire que l'auteur devait obliger la victime à commettre ou subir un acte d'ordre sexuel en usant de menaces ou de violence, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister. Le Tribunal fédéral ne place pas la barre très haut pour ce qui est de la contrainte. En termes de violence, il a estimé qu'en fonction des circonstances, un usage modéré de la force pouvait suffire, la condition étant qu'on ne puisse attendre ou exiger de résistance de la part de la victime dans ces circonstances précises et au vu de ses caractéristiques personnelles[32].

Une atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle commise contre la volonté ou sans le consentement de la victime mais sans contrainte (art. 189 et 190), sans abus de la dépendance ou de la détresse (art. 188, 192 ou 193) et sans que la victime soit incapable de discernement ou de résistance (art. 191) peut aujourd'hui être punie en application de l'art. 198, 2e al., première variante de l'infraction, au titre des attouchements d'ordre sexuel lorsque c'est l'auteur qui commet l'acte d'ordre sexuel sur la victime. Il n'y a donc *pas d'acte punissable sans peine*. Cela dit, les infractions figurant à l'art. 198 sont poursuivies sur plainte et sont des contraventions ; elles sont uniquement punies d'une amende. On peut se demander s'il s'agit là d'une sanction appropriée, en particulier lorsqu'il s'agit d'un acte d'ordre sexuel d'une certaine intensité tel que l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel impliquant une pénétration du corps de la victime[33]. Il se peut de plus que l'auteur ne soit pas puni

30 ATF **131** IV 167, consid. 3.1.
31 ATF **131** IV 107, consid. 2.2.
32 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_674/2011 du 13 février 2012, consid. 3.
33 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_436/2010 du 6 décembre 2010 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_630/2014 du 20 janvier 2015.

comme il se doit, car la plainte n'a pas été déposée à temps ou que l'infraction est prescrite.

3.4.2 Arguments en faveur d'une réforme

En novembre 2019, Amnesty International a lancé une pétition intitulée « Justice pour les personnes qui ont subi des violences sexuelles » demandant à la conseillère fédérale Karin Keller-Sutter et au DFJP de présenter notamment des propositions de révision du code pénal pour que tout acte d'ordre sexuel non consenti puisse être adéquatement puni (« oui, c'est oui » = solution du consentement). 37 organisations et près de 37 000 personnes l'ont signée[34].

22 professeurs de droit pénal ont soutenu la pétition d'Amnesty International, demandant que les actes d'ordre sexuel non consentis soient punis de manière appropriée indépendamment du sexe de la victime et notamment que les rapports sexuels non consentis soient punis en tant que viol. Ils estiment que la réforme qu'ils appellent de leurs vœux ne remet nullement en question le principe de la présomption d'innocence et n'entraîne pas d'inversion du fardeau de la preuve[35].

En juin 2020, Amnesty International, plus de 50 autres organisations et plus de 130 personnalités issues des milieux de la justice, de la politique et de la culture ont lancé un « appel (national) pour une révision du droit pénal sexuel » et demandé une réforme rapide et complète de la loi en Suisse, afin de garantir une meilleure protection contre les violences sexuelles.

Les auteurs de l'appel font état de la situation suivante dans leur argumentaire : « Aujourd'hui, l'infraction pénale du viol est fondée sur un délit sexuel stéréotypique, qui ne correspond en rien aux agressions sexuelles dans la réalité. Ce délit stéréotypique part de l'idée que l'agresseur est une personne inconnue qui attaque violemment la victime et laisse des traces. La victime stéréotypique se défend, a des traces de blessures et porte immédiatement plainte. La réalité est pourtant différente : dans la plupart des cas, l'agresseur est connu de la victime et une relation de confiance les lie. Ainsi, la plupart des agressions surviennent dans des moments en premier lieu paisibles. De plus, une réaction naturelle des femmes concernées est un état de choc ou une paralysie que l'on appelle freezing. Ce n'est que dans de très rares cas qu'elles résistent physiquement. Le droit en vigueur qui présuppose un moyen de contrainte, ne rend pas justice à la grande majorité des agressions. La plupart des agresseurs n'ont pas besoin de recourir à la force, car ils profitent de l'état de stress ou de choc de la victime et de leur relation de confiance ».

Ils soulignent aussi que la présomption d'innocence n'est pas remise en cause : « La réforme demandée n'entraînera pas une inversion du fardeau de la preuve. La présomption d'innocence ne sera pas remise en cause. Il incombera toujours au Ministère public de prouver que la personne accusée a agi sans le consentement de la victime. Et le principe selon lequel chaque personne est considérée innocente jusqu'à ce que l'État puisse prouver sa culpabilité, restera inchangé. Si des doutes

34 https://stop-violences-sexuelles.amnesty.ch/fr/
35 « Übergriffe angemessen bestrafen », Der Bund du 3 juin 2019.

subsistent quant au déroulement des événements, l'accusé·e sera acquitté·e. La réforme vise uniquement à ce qu'une peine appropriée soit prononcée dans les cas où le tribunal considère qu'il est prouvé que l'accusé·e a agi contre la volonté de la victime. Ce n'est pas toujours le cas à l'heure actuelle »[36].

L'état de choc mentionné plus haut est appelé catalepsie ou immobilité tonique. La littérature scientifique mentionne que nous sommes biologiquement conçus pour nous défendre ('fight') ou pour fuir ('flight') dans les situations menaçantes. Lorsque nous ne pouvons adopter aucune de ces deux réactions ou qu'elles s'avèrent non salvatrices, il nous reste la thanatose ou la catalepsie ou encore la dissociation, c'est-à-dire la coupure avec la réalité. La catalepsie, qui désigne une paralysie, est favorisée par un flux d'endorphines qui neutralise la peur aiguë de la mort. Elle s'accompagne d'une dissociation : les différents éléments du vécu sont scindés, si bien que les événements extérieurs ne forment pas de continuum ou ne s'inscrivent pas dans la mémoire[37].

Une étude suédoise de 2017 définit l'immobilité tonique comme un état involontaire et passager de restriction motrice en réaction aux situations de peur intense. Les auteurs de l'étude ont interrogé 298 femmes qui se sont rendues dans une clinique spécialisée de Stockholm au cours du mois suivant un viol. 70 % d'entre elles ont indiqué avoir vécu une immobilité tonique significative pendant l'agression, 48 % une immobilité tonique extrême[38].

3.4.3 Arguments contre une réforme

Certains s'opposent à une révision du droit pénal allant dans ce sens. 32 avocats spécialistes du droit pénal ont exprimé publiquement leur point de vue critique[39]. Estimant que la révision n'est pas nécessaire, ils redoutent une inversion du fardeau de la preuve et la remise en question de la présomption d'innocence.

L'une des signataires, Tanja Knodel, avocate au pénal, estime, vu la peine encourue pour un viol, qu'il faut des éléments plus probants qu'une simple démonstration crédible par la victime de son opposition à l'acte. Elle considère que la dimension de la contrainte ou de la contrainte sexuelle doit impérativement être présente dans le viol. Si la victime doit décrire la contrainte, il faut s'appuyer sur des critères réalistes, ce qu'il n'est pas possible de faire si un simple « non » suffit. Une révision du droit pénal en ce sens priverait le prévenu de sérieuses possibilités de se défendre[40].

Tanja Knodel note par ailleurs qu'un non est déjà un non dans le droit en vigueur. Elle considère la modification proposée comme inutile et suscitant de faux espoirs. Les relations sexuelles doivent reposer sur le consentement mutuel, ou alors on est en présence d'une infraction, car sans ce consentement, on est toujours face à une forme de contrainte. Il ne peut selon elle en être autrement. Lorsque l'un des parte-

36 www.stopp-sexuelle-gewalt.ch/fr
37 Beckrath-Wilking Ulrike/Biberacher Marlene/Dittmar Volker/Wolf-Schmid Regina, 2013, p. 53.
38 Möller Anna/Söndergaard Hans Peter/Helström Lotti, 2017, pp. 932 à 938.
39 « Professorale Fake News zum Sexualstrafrecht », TagesAnzeiger du 22 juin 2019.
40 Knodel Tanja/Scheidegger Nora, 2019, pp. 6 ss.

naires dit « non » et que l'autre parvient tout de même à ses fins, c'est qu'il a fait usage de violence ou de pressions d'ordre psychique, par exemple en tenant la victime ou en disant des choses. L'un a passé outre la volonté, le « non » de l'autre, de quelque manière que ce soit. Quelque chose s'est passé entre le « non » exprimé et l'acte d'ordre sexuel consommé[41].

Deux autres signataires, Laura Jetzer et Diego R. Gfeller, estiment qu'une telle révision éveillerait de faux espoirs. Une nouvelle loi ne changerait rien au fait qu'il est toujours difficile d'apporter des preuves dans une telle procédure. Les victimes d'atteintes sexuelles ne seraient pas mieux protégées et il n'y aurait pas davantage de condamnations. À l'avenir également, elles devraient détailler le déroulement des événements après leur « non »[42].

L'ancien juge au Tribunal fédéral Hans Wiprächtiger s'oppose lui aussi à une réforme. Il résume sa pensée en disant qu'une protection paternaliste de l'État envers des adultes sains et capables de se déterminer librement est inutile. Il dit craindre par ailleurs que le prévenu doive à l'avenir prouver son innocence en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle, ce qui serait contraire aux principes de l'État de droit. Il faut selon lui rejeter cette extension du droit pénal, car elle serait source de nombreuses erreurs judiciaires[43].

3.4.4 Possibilité de mise en œuvre

Au début des travaux, les efforts se sont concentrés sur l'élaboration d'une disposition intégrant les exigences de la pétition d'Amnesty International et de l'« appel (national) pour une révision du droit pénal sexuel ». Au cours des travaux, il s'est avéré qu'il serait nécessaire d'intégrer à la révision les actes d'ordre sexuel commis par surprise et les situations dans lesquelles l'auteur exploite l'erreur de la victime quant au caractère de l'acte[44].

Une réglementation telle qu'exposée ci-dessous pourrait permettre de réviser le CP dans le sens exigé. La nouvelle disposition serait placée avant l'art. 188 (actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes) et porterait le titre « Atteintes sexuelles ».

3.4.4.1 Bien juridique protégé

L'art. 187*a* protège le *droit à l'autodétermination sexuelle.*

41 « Wollen die Anwälte, dass Vergewaltiger ohne Strafe bleiben? », Republik du 12 juillet 2019.
42 Tribune de Laura Jetzer et Diego R. Gfeller, « Die Revision weckt falsche Erwartungen », Neue Zürcher Zeitung du 31 janvier 2020.
43 Wiprächtiger Hans, 2020, pp. 924 ss.
44 À propos du « stealthing », voir le ch. 8.3.

3.4.4.2 Al. 1, première variante : « contre la volonté d'une personne »

La nouvelle disposition instaure une infraction de base. Elle porte sur les atteintes sexuelles au cours desquelles l'auteur n'exerce pas de contrainte sur la victime (art. 189 et 190), n'abuse pas d'un rapport de dépendance ni de la détresse de la victime (art. 188, 192 et 193) ni ne profite de son incapacité de discernement ou de résistance (art. 191). Elle *ne porte pas* par contre sur les atteintes *moins intenses*, qui continueront d'être traitées comme des *attouchements d'ordre sexuel* (art. 198, 2e al., première variante). Le champ d'application de l'art. 198, 2e al., première variante, sera considérablement restreint ; une nouvelle jurisprudence verra le jour et s'établira.

L'al. 1, première variante, englobe des situations dans lesquelles il est considéré comme prouvé que l'auteur a passé outre intentionnellement, le cas échéant par dol éventuel, la volonté contraire exprimée verbalement et / ou non verbalement par la victime et a commis sur elle un acte d'ordre sexuel sans exercer de contrainte *au sens des art. 189 et / ou 190*. En de tels cas, en application du droit en vigueur, la procédure est classée ou l'auteur acquitté du chef de contrainte sexuelle et / ou de viol[45].

La victime peut par exemple exprimer son refus sous forme non verbale en pleurant, en se détournant ou en secouant la tête.

L'al. 1, première variante, portera aussi sur des situations dans lesquelles il n'y a ni dépendance, ni détresse, ni incapacité de résistance et dans lesquelles l'auteur ne peut pas être condamné en application des art. 188, 191, 192 (actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues) ou 193 (abus de la détresse).

La nouvelle disposition repose sur l'idée de protéger la *volonté contraire* de la victime. Elle s'appliquera donc vraisemblablement à des personnes qui ont atteint la *majorité sexuelle*. Pour les victimes plus jeunes, ce sont en général les art. 189 à 191 (en relation avec l'art. 187) qui primeront ou alors exclusivement l'art. 187, qui prévoit une peine plus élevée que l'art. 187*a*, al. 1, première variante. Il ne faut en aucun cas que les enfants soient moins bien protégés en application de la nouvelle disposition qu'ils ne le sont aujourd'hui.

Éléments constitutifs objectifs

La mise en œuvre proposée repose sur la solution « non, c'est non »[46], dans laquelle la victime doit communiquer verbalement et / ou non verbalement, qu'elle ne consent pas à l'acte d'ordre sexuel. La formulation proposée est « Quiconque, contre la

45 Voir également Scheidegger Nora/Lavoyer Agota/Stalder Tamara, 2020, pp. 57 ss et l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_912/2009 du 22 février 2010.

46 Par opposition à la solution du consentement (« oui, c'est oui »), dans laquelle la victime doit exprimer son consentement expressément ou tacitement.

volonté d'une personne (…), commet sur elle ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel ... »[47].

En règle générale, ce sera plutôt l'auteur qui commettra l'acte d'ordre sexuel *sur la victime*. Il n'est cependant pas exclu qu'une personne qui y est pressée *commette* un acte d'ordre sexuel (sur l'auteur). En de tels cas, il sera vraisemblablement difficile de prouver que l'auteur a reconnu le fait que la victime, bien qu'active, a agi contre sa volonté.

Tatjana Hörnle, à la question de savoir pourquoi une victime ne se défend pas davantage alors qu'elle n'est pas soumise à la contrainte, qu'elle n'est pas dépendante, qu'elle n'est pas en détresse et qu'elle n'est pas incapable de discernement ou de résistance, avance qu'il peut y avoir tout une série d'éléments résidant dans le vécu ou les motivations d'une femme (ou d'un homme) jeune ou adulte qui l'incitent à capituler après avoir dit non et à se soumettre à un acte d'ordre sexuel (voire à se soumettre à des instructions visant à satisfaire l'auteur). Il serait absurde de croire que tous les êtres qui au fond d'eux-mêmes sont opposés à ce qui se passe réagissent de manière appropriée à la situation et sont en mesure de défendre vraiment leurs intérêts. La capacité de la personne concernée à s'imposer peut être temporairement atténuée (par ex. parce qu'elle est ivre) ou globalement réduite en raison de la structure de sa personnalité. Les personnes timides, inhibées ou manquant de maturité n'ont pas forcément besoin de la contrainte ou de la crainte d'être blessées pour ne pas parvenir à s'opposer pour de bon aux intentions ou aux injonctions d'autrui si pour celui-ci les protestations, les pleurs et la souffrance ne sont pas des motifs d'empêchement. La différence d'âge ou un sentiment diffus (c'est-à-dire pas spécifiquement lié à la peur de la violence) d'infériorité sociale ou psychique peut empêcher la victime de s'imposer vis-à-vis de personnes dominantes. (...) Enfin, une paralysie peut survenir même chez une personne qui, de par sa constitution et selon les situations, est capable de s'imposer. Sur le moment, elle ne peut alors faire plus que s'opposer verbalement à la volonté de l'auteur. La paralysie peut par exemple apparaître lorsque la victime, après avoir protesté en vain, est effrayée et embarrassée par une situation soudainement sexualisée, en particulier lorsque fuir ou attirer l'attention de tiers reviendrait à devoir s'afficher publiquement dans cette situation gênante[48].

Comme aux art. 187, 188, 192 et 193 sont réputés « actes d'ordre sexuel » l'acte sexuel, les actes analogues à l'acte sexuel et les autres actes d'ordre sexuel.

Éléments constitutifs subjectifs

L'auteur doit agir intentionnellement, le cas échéant par dol éventuel, et donc reconnaître qu'il agit (peut-être) contre la volonté de la victime. La négligence ne suffit pas.

47 La formulation utilisée au § 177 (1) du code pénal allemand « Wer gegen den *erkennbaren* Willen einer anderen Person … » (quiconque, contre la volonté *manifeste* d'une autre personne …) est critiquée du fait qu'elle englobe les actes commis par négligence. Voir à ce sujet Fischer Thomas, « Zum letzten Mal: Nein heisst nein », Fischer im Recht, ZEIT online du 28 juin 2016, ch. 5.

48 Hörnle Tatjana, 2015, pp. 211 s.

Peine encourue

La nouvelle disposition prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Comme aux art. 188, 192 et 193, on renonce à une peine échelonnée. Dans ces articles également, la peine maximale est de trois ans, alors qu'ils portent sur des situations dans lesquelles l'auteur abuse d'un rapport de dépendance ou de la détresse de la victime. La peine encourue ici semble donc proportionnée.

Le juge pourra infliger une peine plus élevée s'il s'agit de l'acte sexuel ou d'un acte analogue. Aux art. 188, 192 et 193, plusieurs éléments influent sur la peine à prononcer. S'agissant de l'art. 187*a*, l'acte d'ordre sexuel commis déterminera la peine.

Infractions poursuivies d'office

Les atteintes sexuelles (et non les attouchements d'ordre sexuel au sens de l'art. 198) seront poursuivies d'office. Un délai de plainte de trois mois paraît trop court pour les cas visés, ou en tout cas pour une partie d'entre eux. Une personne qui estime avoir été violée peut avoir besoin de plus de temps pour se décider à porter plainte.

Pas d'inscription sur la liste des infractions de l'art. 55*a*

La nouvelle disposition ne figurera pas sur la liste des infractions de l'art. 55*a*, qui prévoit la suspension et le classement de la procédure pénale en cas de violence légère dans le couple. Depuis la révision du CP et du CPM de 2004[49], les infractions impliquant des actes de violence dans le couple sont poursuivies d'office. Parallèlement, l'art. 55*a* (équivalent dans le CPM : art. 46*b*), nouvelle disposition procédurale, a vu le jour pour permettre la suspension voire le classement de la procédure à la demande de la victime lorsqu'il s'agit d'actes de violence légère commis au sein du couple. On tient compte de la sorte des intérêts des victimes qui ne souhaitent pas que leur partenaire soit poursuivi et puni pour ses actes. Cette disposition a été révisée récemment[50]. La liste des infractions n'en comporte aucune contre l'intégrité sexuelle[51]. Y inscrire l'art. 187*a* serait contraire au but et à l'objet de la disposition, qui consiste à ne relativiser le principe de la poursuite d'office que pour quelques infractions légères.

Concours

La contrainte sexuelle (art. 189) et le viol (art. 190) sont des *infractions violentes*[52]. Selon la doctrine dominante, ces infractions absorbent les lésions corporelles simples et les voies de fait au sens des art. 123, 125, al. 1, et 126[53]. Trechsel / Bertossa[54] et Hurtado Pozo[55] considèrent qu'il y a concours avec l'art. 123.

49 RO **2004** 1403 ; FF **2003** 1750 ; FF **2003** 1779.
50 RO **2019** 2273 ; en vigueur depuis le 1er juillet 2020.
51 On a renoncé sciemment à l'époque à inscrire la contrainte sexuelle et le viol sur la liste des infractions de l'art. 55*a*. Étant donné la gravité de ces infractions, l'intérêt public à la poursuite prime l'intérêt de la victime au classement de la procédure (FF **2003** 1750 1764). La proposition contraire d'une minorité a été rejetée par le Conseil national (BO **2003** N 795).
52 ATF **133** IV 49, consid. 4.
53 Maier Philipp, 2019, n° 80 ad art. 189 et les références citées.
54 Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, n° 17 ad art. 189.

L'art. 187*a* ne porte pas quant à lui sur des infractions violentes. De plus, la peine maximale encourue est inférieure à celle prévue aux art. 189 et 190. Les infractions corporelles *découlant d'infractions au sens de l'art. 187a* ne seront donc pas absorbées par cet article, si ce n'est les voies de fait.

Il y aura sans doute concours idéal entre l'art. 187*a* et l'art. 187 (actes d'ordre sexuel avec des enfants), dans la mesure où ils protègent des biens juridiques différents.

Les art. 188 à 193 primeront l'art. 187*a*.

L'art. 187*a ne porte pas* sur des *atteintes sexuelles d'une intensité moindre*, qui continueront d'être punies de l'amende en tant qu'*attouchements d'ordre sexuel* au sens de l'art. 198. Il s'agit par exemple du fait de toucher des parties du corps proches des parties génitales (cuisses, bas du ventre) par-dessus les vêtements[56] ou de caresser le dos nus d'une victime mineure avec la main sous son t-shirt[57].

Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)[58]

L'art. 36 de la Convention enjoint aux Parties d'ériger en infraction pénale la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet et les autres actes à caractère sexuel non consentis sur autrui (par. 1, let. a et b). Le rapport explicatif de la Convention[59] indique que le par. 1 couvre toutes les formes d'actes sexuels imposés intentionnellement à un tiers sans son libre consentement (ch. 189). Cela n'implique pas que les Parties soient tenues d'adopter une législation pénale réprimant expressément ces actes. Les rédacteurs de la Convention leur ont laissé le soin « de décider de la formulation exacte de la législation et des facteurs considérés comme exclusifs d'un consentement libre » (ch. 193).

Dans son message concernant l'approbation de la Convention[60], le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que le droit suisse répondait aux exigences de celles-ci. Les comportements visés sont punis par le titre 5 CP (infractions contre l'intégrité sexuelle), notamment en tant que contrainte sexuelle (art. 189) et viol (art. 190) et le cas échéant par les art. 191, 192 et 193. Le consentement doit être donné volontairement pour qu'il n'y ait pas infraction. Le nouvel art. 187*a* ne modifie nullement cette appréciation (voir le ch. 10.2.2).

55 Hurtado Pozo José, 2009, n° 2951 ad § 100.
56 Arrêt du Tribunal fédéral 6P_123/2003 du 21 novembre 2003 : l'auteur pose sa main sur la cuisse de la victime en lui disant qu'elle est bien ferme.
57 ATF **137** IV 263
58 RS **0.311.35**
59 www.coe.int/fr/ > Explorer > Bureau des Traités > Liste complète > 210 > Rapport explicatif.
60 FF **2017** 163 216

3.4.4.3 Al. 1, seconde variante : « par surprise »

Dans le droit en vigueur, les actes d'ordre sexuel commis *par surprise* sont punis soit en tant qu'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191), soit en tant qu'attouchements d'ordre sexuel (art. 198, 2e al., première variante). Il paraît inéquitable de ne punir l'auteur qu'au titre de ce second article si la victime a subi un acte d'ordre sexuel qui, même s'il était de courte durée, revêtait une certaine intensité. Un homme qui avait porté sévèrement atteinte à l'intégrité sexuelle de deux femmes dans un parc aquatique, n'a ainsi écopé que d'une amende. Il avait simulé une chute dans un bassin, avait glissé sa main sous le maillot de la première femme et avait touché ses lèvres vaginales pendant deux à trois secondes jusqu'à ce qu'elle parvienne à retirer sa main. Peu de temps après, il s'était approché de la seconde femme par derrière sous l'eau, avait poussé son maillot de côté et introduit au moins un doigt dans son vagin[61].

La nouvelle disposition permettra de punir plus sévèrement, et donc de manière appropriée, les actes d'ordre sexuel commis par surprise et *revêtant une certaine intensité*.

Éléments constitutifs objectifs

Si l'auteur agit par surprise, la victime n'a pas la possibilité de former une volonté contraire. Il se peut que l'atteinte soit déjà terminée au moment où elle exprime sa volonté. L'auteur, lorsqu'il agit par surprise, veut justement inhiber la formation de volonté pour éviter que la victime se défende ou prenne la fuite. La formulation « contre la volonté d'une personne » ne convient pas à ce genre de situation. On ajoute donc la variante *par surprise*.

Dans cette variante, c'est l'auteur qui commet l'acte d'ordre sexuel *sur la victime*.

Éléments constitutifs subjectifs

L'auteur doit agir intentionnellement ou par dol éventuel ; la négligence ne suffit pas.

Peine encourue

Une personne qui commet une atteinte sexuelle par surprise encourra également une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Cela peut paraître beaucoup en comparaison avec les autres variantes mais, à l'inverse, une peine privative de liberté maximale d'un an ou une simple peine pécuniaire semble trop peu s'il s'agit de punir l'auteur de nombreuses atteintes (commises sur plusieurs victimes). Il appartiendra aux tribunaux de jauger le degré d'illicéité des différentes variantes de l'art. 187*a* et de prononcer des peines adaptées.

Infractions poursuivies d'office

Les atteintes sexuelles commises par surprise seront poursuivies d'office.

61 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_630/2014 du 20 janvier 2015.

Pas d'inscription sur la liste des infractions de l'art. 55*a*

Voir le commentaire de l'art. 187*a*, al. 1, première variante (ch. 3.4.4.2).

Concours

Dans cette variante également, les lésions corporelles *consécutives à l'infraction* ne seront vraisemblablement pas absorbées par l'art. 187*a*, sauf en cas de voies de fait.

Il y aura sans doute concours idéal avec l'art. 187, car les deux articles protègent des biens juridiques différents.

L'art. 191 primera l'art. 187*a*, al. 1, seconde variante. Des actes qui tombent aujourd'hui sous le coup de l'art. 191 pourraient à l'avenir relever de l'art. 187*a*[62].

Les *atteintes sexuelles de moindre intensité commises par surprise* ne tomberont *pas sous le coup* de l'art. 187*a*. Elles continueront de relever de l'art. 198 et d'être punies de l'amende.

3.4.4.4 Al. 2 : erreur de la victime quant au caractère de l'acte

L'arrêt du Tribunal fédéral 6B_453/2007 du 19 février 2008 est consacré à la question de savoir si l'intimé, qui a massé différentes parties du corps d'une patiente après un traitement par acupuncture et en a profité pour commettre des atteintes sexuelles, s'est rendu coupable d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de résistance et / ou d'attouchements d'ordre sexuel. Les faits sont les suivants : pendant que la patiente était couchée sur le ventre, l'intimé a massé son clitoris et introduit un doigt dans son vagin. Une fois qu'elle s'est trouvée sur le dos, il s'est mis à stimuler son mamelon gauche avec une main tandis qu'il promenait son autre main dans la zone pubienne et entrait puis ressortait son doigt de son vagin. La victime n'avait toléré ces actes que parce qu'elle croyait qu'ils s'inscrivaient dans le cadre d'un traitement médical. Le Tribunal fédéral a reconnu qu'elle était incapable de résistance, en tous les cas provisoirement, durant la première phase où elle se trouvait sur le ventre. L'intimé savait au vu de la situation dans son ensemble que la victime ne s'attendait pas à subir des actes d'ordre sexuel et n'était pas consentante. Le tribunal a considéré que les éléments constitutifs subjectifs des actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de résistance étaient réunis (consid. 3.4.2). S'agissant de la seconde phase où elle se trouvait sur le dos, le tribunal a noté (consid. 3.4.3) que la victime pouvait voir pleinement ce que faisait l'intimé. Elle n'a toléré ses actes que parce qu'elle croyait à leur indication médicale. Mais

62 Dans l'ATF **133** IV 49, le Tribunal fédéral a considéré qu'un (physio)thérapeute qui trompe sa patiente sur le contenu du traitement et commet soudainement sur elle un acte d'ordre sexuel (introduction subite d'un ou deux doigts dans le vagin), ne se rendait pas coupable de contrainte sexuelle selon l'art. 189 CP (consid. 6). La patiente est incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP, lorsqu'en raison de la position particulière de son corps, elle se trouve dans l'incapacité de déterminer que les actes du thérapeute constituent une atteinte à son intégrité sexuelle et que, par surprise, il abuse d'elle sexuellement (consid. 7). Wiprächtiger demande si le Tribunal fédéral n'est pas allé trop loin et si ces actes n'auraient pas pu être qualifiés d'attouchements d'ordre sexuel au sens de l'art. 198 (Wiprächtiger Hans, 2007, p. 300).

cette erreur ne suffit pas, de l'avis du tribunal, à confirmer l'incapacité de résistance, si bien que tous les éléments constitutifs des actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de résistance ne sont pas réunis. Il a confirmé le verdict du tribunal de première instance, selon lequel l'intimé s'est rendu coupable d'attouchements d'ordre sexuel (art. 198, al. 2, CP).

Comme en cas d'atteinte sexuelle commise par surprise, la condamnation pour de simples attouchements d'ordre sexuel ne paraît pas appropriée lorsque l'atteinte revêt une certaine intensité (massage du clitoris ou introduction d'un doigt dans le vagin). Dans le domaine de la santé, le patient est en droit de se fier au traitement et ne doit pas avoir à craindre des atteintes sexuelles.

L'exploitation de l'erreur de la victime ne figure pas à l'al. 1, première variante (« contre la volonté »). La victime n'exprime pas de rejet. Elle consent aux actes uniquement parce qu'elle croit *par erreur* qu'ils s'inscrivent dans le cadre du traitement médical.

Il faut distinguer également l'exploitation de l'erreur de la victime – situation dans laquelle elle forme sa volonté en se fondant sur de fausses croyances – des actes d'ordre sexuel commis par surprise (al. 1, seconde variante). Lorsqu'il agit par surprise, l'auteur cherche justement à inhiber la formation de la volonté de la victime, pour éviter qu'elle se défende ou prenne la fuite.

L'al. 2 règle expressément l'exploitation de l'erreur de la victime quant au caractère de l'acte[63].

Éléments constitutifs objectifs

L'auteur est une personne exerçant une *activité dans le domaine de la santé* (voir l'art. 67, al. 4).

Il est punissable lorsque la victime pense par erreur que les actes dont elle fait l'objet font partie du traitement et qu'elle n'y consent ou n'omet de se défendre que pour cette raison. Que la victime fasse erreur parce que l'auteur cherche activement à la tromper ou qu'elle parvienne à cette conclusion en raison de la situation dans son ensemble et du comportement de l'auteur ne joue aucun rôle.

Soit l'auteur commet l'acte sur la victime, soit il incite la victime à commettre l'acte sur lui, sur un tiers ou sur elle-même.

Éléments constitutifs subjectifs

L'auteur doit agir intentionnellement ou par dol éventuel. En raison de la situation dans son ensemble, il ne peut que savoir ou supputer que la victime ne s'attend pas à des actes d'ordre sexuel et n'y consent pas. Un acte commis par négligence n'est pas punissable.

63 On pourrait envisager, comme le suggère une partie de la doctrine, de punir les actes commis dans un contexte (physio)thérapeutique, alors que la victime se trompait sur leur indication médicale, non en tant qu'attouchements d'ordre sexuel (art. 198) comme le fait le Tribunal fédéral, mais en tant qu'abus de la détresse (art. 193) ; voir Nora Scheidegger, 2018, p. 246, n° 482 s.

Peine encourue

Les actes d'ordre sexuel commis en profitant de l'erreur de la victime quant au caractère de l'acte sont punis de la même manière que les actes d'ordre sexuel commis contre sa volonté ou par surprise (al. 1).

Infractions poursuivies d'office

Les infractions au sens de l'art. 187*a*, al. 2, seront poursuivies d'office. Cela se justifie du fait qu'on ne sait pas d'emblée si les actes relèvent de l'art. 191 (actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance), de l'art. 193 (abus de la détresse) ou bien justement de l'art. 187*a*, al. 2.

Pas d'inscription sur la liste des infractions de l'art. 55*a*

Voir le commentaire de l'art. 187*a*, al. 1, première variante (ch. 3.4.4.2). L'inscription sur la liste des infractions de l'art. 55*a* apparaît de plus comme peu utile dans la mesure où l'exploitation d'une erreur quant au caractère de l'acte n'est sans doute pas courante dans un couple.

Concours

Il y aura sans doute concours idéal avec l'art. 187, car les deux articles protègent des biens juridiques différents.

Les art. 188 à 193 primeront l'art. 187*a*, al. 2. Cette disposition permettra de réprimer des atteintes sexuelles d'une certaine intensité qui ne peuvent aujourd'hui être punies ni au titre de l'art. 191 (du fait que la victime n'est pas incapable de résistance) ni au titre de l'art. 193 (du fait qu'il n'y a pas de lien de dépendance entre la victime et l'auteur).

Les *atteintes sexuelles de moindre intensité* ne tomberont *pas sous le coup* de l'art. 187*a*, al. 2. Elles continueront de relever de l'art. 198 (attouchements d'ordre sexuel) et d'être punies de l'amende.

3.5 Art. 188 Actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes

Les limitations d'âge en vigueur aux art. 187 (« enfant de moins de 16 ans ») et 188 (« mineur âgé de plus de 16 ans ») ont pour conséquence qu'un mineur qui a exactement 16 ans ne peut être puni sur la base d'aucune de ces deux dispositions. Pour combler cette lacune, l'art. 188, ch. 1, est complété par la formule « sur un mineur âgé de 16 ans *au moins* ».

On renonce par contre à *abroger* l'art. 188, et ce bien qu'une partie de la doctrine considère de longue date que l'art. 193 (abus de la détresse) le rend superflu[64]. Une disposition spécifiquement prévue pour les mineurs dépendants semble appropriée.

On supprime le *traitement privilégié dont jouit l'auteur* si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec lui. On renvoie au commentaire de

64 Voir notamment Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, n° 1 ad art. 188.

l'art. 187, variante 1, s'agissant des motifs de cette suppression. Selon le message du 26 juin 1985 concernant la révision du code pénal et du code pénal militaire (infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille)[65], une telle exemption se justifiait d'autant plus que la victime se rapprochait de l'âge de la majorité et par conséquent de l'âge auquel il est normal de se marier. Ce raisonnement n'est plus défendable à l'heure actuelle. De même, le souci exprimé par le législateur de l'époque de tenir compte du changement dans la nature de la relation entre la victime et l'auteur et de ne pas hypothéquer le mariage dès le départ avec une procédure pénale ne convainc guère. L'exemption de peine est certes facultative. Cependant, les infractions visées aux art. 188, 192 (actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues) et 193 concernent des actes d'ordre sexuel commis en abusant de la dépendance ou de la détresse de la victime, ce dont il convient de tenir compte. Par ailleurs, une exemption de peine pourra toujours être obtenue par le biais de l'art. 52 (absence d'intérêt à punir) ou 53 (réparation).

3.6 Art. 189, 190 et 191 Contrainte sexuelle, viol et actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance

3.6.1 Variante 1

3.6.1.1 Ajout de la contrainte à commettre un acte d'ordre sexuel en application de la jurisprudence

Dans la variante 1, on adapte le texte de loi à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la doctrine dominante. On ajoute à l'art. 189, al. 1, la « contrainte à commettre » un acte d'ordre sexuel en plus de la « contrainte à subir » un tel acte.

Depuis la révision du droit pénal en matière sexuelle du 1er octobre 1992, seule la « contrainte à subir » un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel voire l'acte sexuel lui-même figure encore aux art. 189 et 190. L'ancêtre de l'art. 189, l'art. 188 aCP (« attentat à la pudeur avec violence ») évoquait encore la contrainte « à subir ou à faire un autre acte contraire à la pudeur ».

Dans l'ATF 127 IV 198, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il n'y avait pas de motifs matériels justifiant la restriction de l'infraction décrite à l'art. 189 à la seule contrainte à subir un acte d'ordre sexuel et que cette restriction n'avait pas été voulue par le législateur. Les documents relatifs à la révision montrent qu'il s'agit manifestement d'une inadvertance de sa part. Le Tribunal fédéral a dès lors conclu qu'une interprétation de la norme incluant la contrainte à commettre un acte d'ordre sexuel était compatible avec le principe de la légalité au sens de l'art. 1 CP. Une application à la lettre de la disposition serait selon lui inappropriée et aurait des conséquences choquantes. Il a invité le législateur à corriger son inadvertance à l'occasion.

La révision en cours permet de remédier à cette erreur pour la contrainte sexuelle et pour le viol (art. 190, al. 1).

65 FF **1985** II 1021 1086

3.6.1.2 Pas d'augmentation de la peine minimale à l'art. 190, al. 1

On n'augmente pas la peine minimale à l'art. 190, al. 1 (un an de peine privative de liberté). On restreindrait trop sinon la latitude du juge, de même que sa capacité de prendre en compte les circonstances du cas concret. Si la peine minimale était plus élevée, on ne pourrait exclure que le juge emploie des critères plus stricts lors de l'évaluation des preuves et qu'on aboutisse de ce fait à moins de condamnations en application de l'art. 190, al. 1[66].

3.6.1.3 Modification de l'infraction qualifiée commise « avec cruauté »

L'al. 3 des art. 189 et 190 indique que l'auteur agit avec cruauté notamment s'il fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux. Le message du 26 juin 1985[67] relève que « la cruauté doit dans tous les cas être admise si l'auteur a menacé sa victime d'une arme à feu ou d'une autre arme dangereuse ». Cela ne paraît pas convaincant pour Trechsel / Bertossa, qui considèrent qu'il n'est pas forcément cruel de recourir à une arme dangereuse ou à un autre objet dangereux[68]. On supprime de ce fait le terme « notamment ». L'utilisation d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux sera toujours une circonstance qualifiante, que l'auteur agisse avec cruauté ou non. Les éléments constitutifs des art. 189, al. 3, et 190, al. 3, sont d'ailleurs réunis lorsque l'auteur agit avec cruauté[69].

3.6.1.4 Modification du titre marginal de l'art. 191 en allemand

En allemand, le titre marginal de l'art. 191 « Schändung », stigmatisant pour la victime, est remplacé par « Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person ». Il se rapproche dès lors des versions française et italienne[70], qui ne nécessitent aucune adaptation.

3.6.1.5 Suppression de « sachant que … » à l'art. 191

À l'art. 191, on supprime le passage « sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance ». Cette formule a pour but de garantir que l'auteur s'est bien rendu compte de la situation de la victime. Mais si le trouble mental n'est

66 L'iv. pa. 16.483 Rickli « Viol. Durcir les peines » demande une peine privative de liberté minimale de trois ans à l'art. 190, al. 1 et une peine privative de liberté minimale de cinq ans à l'art. 190, al. 3. Le Conseil national a donné suite à l'iv. pa. le 11 juin 2020. Voir www.parlement.ch > n° d'objet 16.483.

67 FF **1985** II 1021 1090

68 Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, n° 15 ad art. 189.

69 À propos des actes commis avec cruauté, voir Maier Philipp, 2019, n° 67 ss ad art. 189.

70 « Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance » et « Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere »

pas apparent et que l'auteur a peu ou pas d'expérience en rapport avec les personnes en situation de handicap mental, on ne peut pas admettre à la légère qu'il s'est aperçu qu'il profitait du handicap pour commettre l'acte[71]. L'auteur peut aussi agir par dol éventuel. On assure de la sorte la conformité avec les règles générales de droit pénal. Il n'est pas nécessaire de mentionner que l'auteur savait.

3.6.1.6 Adaptation du texte français de l'art. 191 : ajout de la commission d'un acte d'ordre sexuel par la victime

Selon la formulation actuelle du texte français de l'art. 191, l'auteur n'est punissable que s'il commet un acte d'ordre sexuel *sur la victime*. Cette formulation est trop restrictive[72]. Les formulations allemande et italienne incluent le fait de déterminer la victime à commettre un acte d'ordre sexuel (par ex. pratiques orales par des personnes en situation de handicap mental)[73]. Le texte français est adapté en conséquence.

3.6.1.7 Pas d'extension de la définition du viol

On renonce à étendre la définition du viol dans la variante 1. À eux deux, les art. 189 et 190 en vigueur protègent les victimes de sexe féminin et masculin de violences sexuelles. Cette réglementation *considérée dans son ensemble* ne conduit pas à des actes impunis et pas davantage à des incohérences. Dans l'ATF 132 IV 120, consid. 2, le Tribunal fédéral a relevé que la peine réprimant un comportement consistant à contraindre la victime à subir un acte analogue à l'acte sexuel ne pouvait pas être considérablement inférieure à celle que le juge aurait fixée pour un viol commis dans des circonstances comparables. Aucune convention internationale *n'oblige* par ailleurs la Suisse à procéder à des modifications en la matière[74]. Limiter l'infraction de viol aux personnes de sexe féminin se justifie du fait qu'une femme peut suite à un viol être confrontée à une grossesse non désirée et à la question de l'avortement ou de l'adoption.

3.6.2 Variante 2

3.6.2.1 Extension de la définition du viol

En plus des modifications déjà présentées dans la variante 1, on étend la définition du viol dans la variante 2. C'est ce que demande l'initiative cantonale genevoise 14.311 « Résolution pour une modification des articles 189 et 190 du code pénal et une redéfinition de la notion juridique de viol », à laquelle les commissions des

71 Maier Philipp, 2019, n° 16 ad art. 191.
72 Queloz Nicolas/Illànez Federico, 2017, n° 5 ad art. 191
73 Maier Philipp, 2019, n° 13 ad art. 191
74 Voir également les réponses du Conseil fédéral à l'ip. 13.3485 Hiltpold « Définition du viol dans le code pénal suisse » et à la mo. 14.3651 Hiltpold « Code pénal. Stop à la discrimination dans la définition du viol ».

affaires juridiques du Conseil national et du Conseil des États ont donné suite[75]. L'initiative cantonale demande à l'Assemblée fédérale d'élargir la définition de la notion juridique du viol aux victimes de sexe masculin et à d'autres formes de pénétrations sexuelles forcées que l'acte sexuel proprement dit[76]. Le 17 septembre 2018, le Conseil national a par ailleurs adopté la motion 17.3992 Fehlmann Rielle « Définition du viol en droit suisse. La loi doit changer ! », qui demande elle aussi que l'on étende la définition du viol. Le Conseil des États ne l'a pas encore traitée[77].

La variante 2 de l'art. 190 comporte, outre l'acte sexuel, des *actes analogues* commis en faisant usage de la contrainte et *impliquant une pénétration* ; ces actes auront donc valeur de viol et seront soumis à la même peine minimale. Le viol couvrira donc la pénétration anale et orale (fellation) et les hommes pourront également en être victimes. Comme dans le droit en vigueur, seule la pénétration du corps *de la victime* réunira les éléments constitutifs de l'infraction. Les actes analogues à l'acte sexuel au cours desquels la victime doit exercer une pénétration du corps de l'auteur ou d'un tiers continueront de relever de la contrainte sexuelle (art. 189), tout comme les actes analogues à l'acte sexuel au cours desquels il n'y a pénétration ni du corps de la victime, ni de celui de l'auteur ou d'un tiers (voir le ch. 3.6.2.2) et les autres actes d'ordre sexuel.

La formulation « acte analogue qui implique une pénétration (du corps de la victime) » a pour but d'éviter que le baiser lingual tombe sous le coup de l'art. 190. Il s'agit bien d'une pénétration du corps de la victime, mais *pas* d'un acte *analogue à l'acte sexuel*.

Cette modification tient compte du fait que d'autres formes de violence sexuelle portent autant voire davantage atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle de la victime que l'acte sexuel forcé, même si ce dernier peut donner lieu à une grossesse non désirée. Souvent, la victime est plus fortement traumatisée suite à une pénétration anale ou orale ou à des actes sadiques que suite à une pénétration vaginale[78].

3.6.2.2 Pas d'augmentation de la peine minimale à l'art. 190, al. 1, pas d'abaissement de la peine maximale à l'art. 189, al. 1

Dans la variante 2 également, la peine privative de liberté minimale encourue en cas de viol restera fixée à un an.

La peine privative de liberté maximale encourue à l'art. 189, al. 1, demeurera de dix ans. La formulation « acte analogue qui implique une pénétration (dans le corps de

75 www.parlement.ch > n° d'objet 14.311. La CAJ-E a donné suite à l'iv. pa. le 10 février 2015, la CAJ-N le 26 juin 2015.

76 L'acte sexuel est défini comme la réunion du sexe masculin et du sexe féminin.

77 www.parlement.ch > n° d'objet 17.3992. Dans son avis du 14 février 2018, le Conseil fédéral a rappelé qu'une modification des art. 189 et 190 dans le sens proposé par l'auteure de la motion figurait dans son message sur l'harmonisation des peines, dont l'adoption était prévue au printemps 2018. Il a précisé que la notion de viol ne couvrirait cependant que les actes analogues à l'acte sexuel, et non tous les actes d'ordre sexuel subis sous la contrainte.

78 Maier Philipp, 1994, pp. 258 et 287 s. et les références citées.

la victime) » ne couvre pas tous les actes d'ordre sexuel qui sont aujourd'hui considérés comme analogues à l'acte sexuel et qui de ce fait, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont soumis à la même fourchette de peines que le viol[79]. Pensons notamment à la stimulation orale sous contrainte des organes génitaux *extérieurs* de la femme (cunnilingus)[80]. Cet acte d'ordre sexuel continuera de tomber sous le coup de l'art. 189. Il ne semble par conséquent pas approprié d'abaisser la peine maximale encourue à l'art. 189, al. 1.

3.6.2.3 Peine minimale à l'art. 191

L'extension de la définition du viol se répercute sur l'art. 191. Comme pour le viol, le fait de faire commettre ou subir l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration à une personne incapable de discernement ou de résistance sera passible d'une peine privative de liberté minimale d'un an.

3.7 Art. 192 Actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues

Selon la doctrine dominante[81], l'art. 192 constitue une disposition spéciale de l'art. 193 (abus de la détresse) : toutes les infractions décrites à l'art. 192 sont couvertes par l'art. 193 et les peines prévues par la loi sont identiques. Le message du 26 juin 1985[82] précise que c'est le fait, pour l'auteur, d'avoir profité du rapport de dépendance dans lequel la victime se trouve pour obtenir son consentement à un acte sexuel qui détermine sa punissabilité. L'art. 192 peut de ce fait être abrogé.

3.8 Art. 193 Abus de la détresse

On adapte le titre marginal de l'art. 193 puisqu'il ne recouvre actuellement pas les deux différents états de fait décrits par cette disposition. Son libellé sera : « Abus de la détresse ou de la dépendance ». Il est prévu par ailleurs de supprimer – comme c'est le cas pour les art. 187 (actes d'ordre sexuel avec des enfants) et 188 (actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes) – les circonstances donnant lieu à un traitement privilégié de l'auteur si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec lui. Voir le commentaire des art. 187, variante 1, et 188.

79 ATF **132** IV 120, consid. 2.
80 ATF **84** IV 100
81 Maier Philipp, 2019, n° 20 ad art. 193 et les références citées.
82 FF **1985** II 1021 1094

3.9 Art. 194 Exhibitionnisme

Selon le droit en vigueur, l'exhibitionnisme est puni d'une peine pécuniaire tandis que la variante énoncée dans la disposition réprimant les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198, al. 1) « se livrer à un acte d'ordre sexuel en présence d'une personne qui y aura été inopinément confrontée » – qui se recoupe avec l'exhibitionnisme – n'est passible que d'une amende. Cette situation paraît inéquitable notamment en raison du fait qu'un exhibitionniste ne commet pas nécessairement un acte sexuel ; le seul fait de montrer ses organes génitaux découverts ne constitue pas en effet un acte d'ordre sexuel[83]. Les propositions exposées ci-après devraient atténuer cette inégalité de traitement.

3.9.1 Variante 1

La sanction prévue pour l'infraction de base (al. 1) continuera d'être une peine pécuniaire. L'al. 2 introduit un « cas de peu de gravité » qui sera passible d'une amende. Le fait de montrer ses organes génitaux découverts pourrait ainsi constituer un cas de peu de gravité.

D'après une jurisprudence récente du Tribunal fédéral, les éléments objectifs de l'infraction peuvent être exceptionnellement réunis même si les organes sexuels ne sont pas entièrement découverts, c'est-à-dire sans que les parties génitales soient intégralement mises à nu[84]. Dans l'arrêt en question, le recourant portait des leggings moulants presque transparents et avait porté son membre en érection prolongée grâce à l'absorption de médicaments. Il appartiendra à la jurisprudence de déterminer si un tel cas peut être considéré comme étant de « peu de gravité ».

S'agissant d'une norme impérative, le « cas de peu de gravité » est érigé uniquement en contravention (art. 103)[85].

Selon que l'infraction est qualifiée de délit ou de contravention, il en découle notamment les conséquences suivantes :

- inscription au casier judiciaire :
  - les jugements pour délit sont inscrits au casier judiciaire pour autant qu'une peine ou une mesure ait été prononcée (art. 366, al. 2, let. a) ;
  - les jugements pour contravention sont enregistrés si :
    - une amende de plus de 5000 francs a été prononcée ,
    - une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique a été prononcée, ou

83 Isenring Bernhard, 2019, n° 3a et 9d art. 194.
84 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1037/2016 du 19 avril 2017.
85 ATF **125** IV 74 (en relation avec la situation juridique qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la révision de la PG-CP de 2002).

– la contravention fait partie intégrante d'un jugement qui doit être enregistré (art. 366, al. 2, let. b, en relation avec l'art. 3, al. 1, let. c et d, de l'ordonnance VOSTRA du 29 septembre 2006[86]) ;

si aucune de ces conditions n'est remplie – une condamnation pour exhibitionnisme n'étant pas nécessairement assortie d'une interdiction d'exercer une activité (art. 67, al. 4bis) – un jugement condamnant l'auteur (uniquement) pour exhibitionnisme ne sera plus inscrit au casier judiciaire s'il s'agit d'un « cas de peu de gravité » et que l'amende infligée est inférieure à 5000 francs ;

– le délai de prescription pour un délit passible d'une peine pécuniaire est de sept ans (art. 97, al. 1, let. d) ; pour une contravention il est de trois ans (art. 109) ;
– la condamnation pour un délit qui ne figure pas dans la liste des infractions de l'art. 66*a* peut être assortie d'une expulsion non obligatoire (art. 66*a*^{bis}) ; la condamnation pour une contravention ne peut donner lieu à une expulsion (art. 105, al. 1).

En outre, le « cas de peu de gravité » – tout comme l'infraction de base de l'al. 1 – n'est poursuivi que sur plainte. Cela est dû au fait que la sanction encourue est plus douce. Aucune mention dans le texte de loi n'est nécessaire.

Le *nouvel al. 3* correspond à la teneur de l'actuel al. 2 et est adapté au code de procédure pénale (CPP)[87]. La réglementation actuelle fait état de la « suspension de la procédure » et de la « reprise de la procédure ». Les termes de « suspension de l'instruction » (art. 314 CPP) et de « reprise de l'instruction » (art. 315 CPP) doivent être compris de la même manière. La procédure est suspendue si l'auteur se soumet au traitement et elle est reprise s'il s'y soustrait. La réglementation en vigueur ne dit rien cependant de la *clôture* de la procédure en cas de réussite du traitement. On corrige ce point en précisant que la procédure est *classée* si l'auteur se soumet au traitement médical ordonné par l'autorité compétente.

Les actes de procédure « suspension de l'instruction » et « reprise de l'instruction » ne doivent pas être mentionnés expressément car le CPP ne décrit pas exhaustivement dans quelles circonstances ils peuvent être accomplis[88]. En revanche, le CPP énonce limitativement les motifs pour lesquels il y a lieu de *classer* la procédure (art. 319, al. 1, let. a à d, CPP)[89]. Si aucun des motifs mentionnés dans le CPP n'est applicable, une disposition légale expresse est nécessaire (art. 319, al. 1, let. e, CPP). Une telle disposition est créée par la formulation du nouvel al. 3 de l'art. 194.

86 RS **331**
87 RS **312.0**
88 Omlin Esther, 2014, n° 11 ad art. 314.
89 Grädel Rolf/Heininger Matthias, 2014, n° 5 ad art. 319.

3.9.2 Variante 2

Dans la variante 2, l'objectif poursuivi est autre : on propose ici d'alléger la sanction de l'infraction de base (al. 1) et de n'infliger qu'une amende (comme c'est aussi le cas à l'al. 1 de l'art. 198). L'al. 2 introduit un « cas grave » qui est puni d'une peine pécuniaire. Dans le cadre d'un acte exhibitionniste, le « cas grave » pourrait être réalisé si l'on se trouve en présence d'un récidiviste ou d'une personne qui se masturbe devant la victime.

Tout comme l'infraction de base à l'al. 1, le « cas grave » ne peut être poursuivi que sur plainte. Contrairement à la variante 1, il est indispensable de préciser cela ici. En effet, compte tenu de la peine plus lourde prévue à l'al. 2, on pourrait supposer qu'il s'agit d'une infraction poursuivie d'office.

En ce qui concerne l'*al. 3*, on renvoie aux explications relatives à la variante 1.

3.10 Art. 197 Pornographie

3.10.1 Al. 4 et 5

Les formulations de la loi et les précisions dans les commentaires de droit pénal permettent de déduire que la notion de violence de l'art. 135 (représentation de la violence) est plus étroite que celle de l'art. 197 (pornographie) : pour que l'art. 135 s'applique, il faut que les actes de violence soient cruels, qu'ils soient illustrés avec insistance, qu'ils ne présentent aucune valeur d'ordre culturel ou scientifique digne de protection et qu'ils portent gravement atteinte à la dignité humaine. En revanche, l'art. 197 ne mentionne que des « actes de violence entre adultes » auxquels vient s'ajouter la composante sexuelle.

Dans un arrêt rendu au mois de décembre 2019 en matière de fabrication de représentations pornographiques de la violence[90], le Tribunal fédéral a précisé que, dans un contexte où sexualité et violence sont mêlés, la limite à partir de laquelle il y a violation de la dignité humaine est déjà atteinte lorsque la violence a dépassé la mesure établie par l'art. 135. Dans tous les cas où les actes de violence ont eu lieu manifestement sans le consentement réciproque, ce n'est pas tant en fonction de l'intensité de la violence qu'il convient de vérifier si les conditions de l'art. 197, al. 4 et 5, sont réunies, mais bien plus en raison de l'effet dégradant de cette violence. Dans le cas soumis au Tribunal fédéral, il ne fait aucun doute que les scènes filmées mises en cause ne constituent pas des représentations prohibées au sens de l'art. 135. Il n'en demeure pas moins que le seuil de violence fixé à l'art. 197, al. 4 et 5, est clairement dépassé. Contrairement à ce que prévoit le texte de la loi, des cas de violence sexuelle (sans consentement réciproque) peuvent être particulièrement dégradants et remplir de ce fait les éléments constitutifs de l'infraction, alors que les caractéristiques générales de la pornographie ne sont pas entièrement réunies. Plus l'usage de la violence est marqué, moins les exigences du caractère pornographique d'un contexte sexuel sont élevées.

90 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_149/2019 du 11 décembre 2019, consid. 1.3.2., 1.3.3. et 1.4.2.

Le message de 1985[91] ne précise pas pour quel motif et en vue de protéger quelle catégorie de personnes les représentations d'actes de violence à caractère pornographique sont punissables. On y souligne simplement que la pornographie dure doit être interdite. Il est étrange que l'art. 197, al. 4 et 5, trouve application alors même que la représentation pornographique dépourvue de la composante de violence (assimilée à de la pornographie douce) serait légale et – comme l'indique l'arrêt du Tribunal fédéral précité – que la représentation ne serait même pas considérée comme pornographique. La sanction se teinte ainsi d'une appréciation morale indésirable.

Au vu de ce qui précède, on propose de supprimer des al. 4 et 5 les termes « des actes de violence entre adultes ». Ainsi, les objets et représentations pornographiques ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des scènes de violence entre adultes ne relèveront plus de cette disposition, mais seront réprimés par les art. 135 ou 197, al. 1 ou 2.

3.10.2 Al. 8 et 8bis

Selon l'art. 197, al. 4 et 5, la fabrication, la diffusion, la possession et la consommation de matériel pornographique où sont représentés des mineurs est punissable. Cette norme correspond à la réglementation de la convention du 25 octobre 2007 du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote)[92]. La convention de Lanzarote prévoit cependant que les États contractants peuvent émettre une réserve et prévoir des exceptions si les personnes représentées ont atteint la majorité sexuelle propre à chaque pays (art. 20, ch. 1, let. a et e, et ch. 3). La Suisse a fait usage de cette possibilité et a prévu à l'actuel art. 197, al. 8, que le mineur âgé de 16 ans ou plus n'est pas punissable lorsqu'il produit [fabrique], possède ou consomme, avec le consentement d'un autre mineur âgé de 16 ans ou plus, des objets ou des représentations pornographiques. La transmission de matériel pornographique à des tiers non impliqués demeure punissable. Cette exception à la réglementation avait pour objectif de décriminaliser certains comportements propres aux adolescents qu'il n'était visiblement pas nécessaire de sanctionner. Il serait en effet contradictoire que des mineurs âgés de plus de 16 ans puissent entretenir des rapports sexuels entre eux auxquels ils consentent, mais qu'ils ne puissent pas se photographier ou se filmer.

En dépit de cette exception à la règle, on a néanmoins relevé des incohérences et pénalisé inutilement des enfants entre 10 et 16 ans dans l'idée de les protéger. Le champ d'application de l'art. 197, al. 8, est notamment trop étroit pour la raison suivante : si deux jeunes âgés de 16 et 17 ans produisent des photos ou des films à caractère pornographique qui les représentent réciproquement, aucun des deux n'est punissable. Le plus âgé est cependant punissable à raison du même acte dès qu'il a atteint l'âge de 18 ans (puisque le plus jeune est toujours mineur). Indépendamment de cela, la jurisprudence applicable condamne les mineurs qui prennent des clichés à caractère pornographique d'eux-mêmes (« selfies »), alors que l'interdiction de

91 FF **1985** II 1021 1105 ss
92 RS **0.311.40**

pornographie dure est précisément censée protéger aussi les mineurs qui figurent sur les représentations.

Il convient dès lors de remodeler la réglementation actuelle et d'étendre l'impunité, sans pour autant perdre de vue les dispositions sur la protection de la jeunesse, les prescriptions de la convention de Lanzarote et le fait que l'art. 197, al. 4 et 5, réprime dans son principe la fabrication, la diffusion, la possession et la consommation de matériel pornographique dont le contenu représente des mineurs.

Selon le texte de la convention de Lanzarote, la possibilité d'émettre une réserve est limitée aux *mineurs ayant atteint la majorité sexuelle* conformément au droit national. Ont la majorité sexuelle des enfants et des jeunes qui peuvent être actifs sexuellement sans être punis. Le droit pénal suisse fixe cette limite d'âge à 16 ans. Les participants ne sont pas punissables non plus si la différence d'âge entre eux ne dépasse pas trois ans (art. 187, ch. 2). Ils ne sont pas pour autant sexuellement majeurs d'un point de vue formel, mais la règle des trois ans les met dans certaines situations à égalité avec les personnes jouissant de la majorité sexuelle.

Il faut opérer une distinction avec le contenu de l'« avis du Comité de Lanzarote sur les images et / ou vidéos d'enfants sexuellement suggestives ou explicites produites, partagées ou reçues par des enfants » du 6 juin 2019[93] (ci-après « avis »). Cet « avis » a pour but « de guider les Parties dans la mise en œuvre de l'article 20 de la convention de Lanzarote s'agissant des images et/ou vidéos sexuellement suggestives ou explicites autoproduites par des enfants en identifiant les situations qui ne constituent pas des infractions pénales et celles qui n'appellent de poursuites pénales qu'en dernier ressort » (let. m). Des enfants qui fabriquent, possèdent et partagent volontairement et en connaissance de cause leurs propres images ou vidéos sexuellement suggestives ou explicites ne devraient pas être poursuivis pénalement pour pornographie enfantine lorsque ces images ou vidéos sont destinées à un usage privé. En l'absence d'un bien juridique à protéger, on ne saurait, dans un tel contexte, parler en règle générale d'exploitation sexuelle. D'un point de vue matériel, cet « avis » va plus loin que la convention de Lanzarote et n'est donc juridiquement pas contraignant. Il pose toutefois les jalons d'une évolution juridique possible (et souhaitable).

Il convient notamment de souligner que la transmission de telles photos et vidéos ne devrait pas faire l'objet d'une décriminalisation générale. D'ailleurs, le ch. 5 de l'« avis » dispose que le partage volontaire et consenti par des enfants de leurs propres images et / ou vidéos (« selfies ») sexuellement suggestives ou explicites n'échappe à une sanction que si elles sont uniquement destinées à leur usage *privé*. Cette situation doit être distinguée de la transmission à un cercle de personnes plus important.

93 www.coe.int > Droits de l'homme > Droits des enfants > Violence sexuelle > Convention de Lanzarote > Comité de Lanzarote > Documents adoptés > Avis sur les images et / ou vidéos d'enfants sexuellement suggestives ou explicites produites, partagées ou reçues par des enfants.

3.10.2.1 Variante 1

Al. 8

L'al. 8 règle les conditions auxquelles une personne qui fabrique, possède ou consomme des images ou des films à caractère pornographique qui impliquent un mineur, ou les lui transmet, n'est pas punissable. Concrètement, les conditions suivantes doivent être remplies :

- la personne figurant sur les images ou les films a donné son consentement ;
- la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas trois ans ;
- la personne qui fabrique les images ou les films ne fournit ou ne promet aucune rémunération.

Si la personne qui fabrique les images ou les films à caractère pornographique fournit ou promet une *rémunération* pour leur réalisation, elle ne bénéficie pas de la clause d'exemption. De même qu'à l'art. 196 (actes sexuels avec des mineurs contre rémunération), dont la formulation « contre une rémunération ou une promesse de rémunération » est reprise, et en vertu duquel seul le client mais non le prostitué mineur est punissable, la *personne figurant sur les objets ou les représentations* n'est pas punissable, même si elle a consenti à la réalisation des images[94].

Par souci de clarté, le texte du second alinéa précise expressément que la *personne figurant sur les objets et les représentations* n'est pas non plus punissable en ce qui concerne la fabrication, la réception et la possession de l'image ou du film, ainsi que sa consommation (la possession et la consommation non punissables découlent également de l'al. 8[bis]). Cette règle reste valable même si la différence d'âge est dépassée. Selon la théorie de la participation nécessaire, une personne mineure dont on s'est servi pour réaliser une image pornographique ne doit pas être punissable même si elle a consenti à la réalisation. Elle est en outre protégée par l'interdiction de pornographie des mineurs et son statut de victime ne devrait pas être échangé contre celui de coupable.

La nouvelle formulation de l'al. 8 constitue une amélioration par rapport au droit en vigueur. Elle est compatible, pour l'essentiel, avec les prescriptions de la convention de Lanzarote, même si l'usage de la réserve prévu en lien avec l'âge des participants a été quelque peu étendu : l'auteur des images ou des films peut, dans certains cas, être une personne de 18 à 20 ans et donc ne plus être mineure.

Al. 8[bis]

L'al. 8[bis] dispose que les mineurs qui *fabriquent, possèdent ou consomment* des photos pornographiques d'eux-mêmes demeurent non punissables. La nécessité de pénaliser ces comportements n'est pas avérée, ce d'autant plus que le fait de les ériger en infraction a pour but de protéger les mineurs figurant sur ces photos.

La *transmission* et la *remise* de ces objets sont cependant punissables en vertu de l'art. 197, al. 4, ce qui permet de protéger la personne mineure. Il y a notamment un risque d'abus de la part du destinataire lorsque les photos lui sont transmises par un

94 Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, n° 14 ad art. 196.

téléphone mobile ou par Internet (« sextos »). Dans un tel cas, la personne figurant sur le support peut être mise sous pression par la menace de sa diffusion ou réellement compromise par une telle diffusion, ce qui porte atteinte à sa personnalité. À ce titre, il convient de rappeler qu'une fois envoyées, les images et vidéos échappent au contrôle de celui qui les a produites.

L'al. 8bis amène lui aussi une amélioration par rapport au droit en vigueur. On peut toutefois se demander si l'interdiction *absolue* de transmission consacrée par l'al. 8bis constitue une solution appropriée dès lors que la transmission demeure autorisée à l'al. 8 ; le « selfie » pourrait ainsi être transmis au partenaire, qui de toute manière peut photographier la personne mineure sans être puni. C'est pourquoi la variante 2 autorise la transmission de selfies à caractère pornographique à certaines conditions.

3.10.2.2 Variante 2

Al. 8

L'al. 8 est identique à la réglementation de la variante 1 ; on peut donc renvoyer aux explications relatives à cette dernière.

Al. 8bis

À l'instar de la variante 1, il est tout d'abord précisé que les mineurs qui fabriquent, possèdent ou consomment des photos pornographiques d'eux-mêmes demeurent non punissables.

Considérant que la *transmission* d'images et de vidéos pornographiques comporte un risque d'utilisation abusive, elle ne sera autorisée que si certaines conditions sont remplies :

- les personnes concernées devront se connaître personnellement, c'est à dire que la connaissance par les seuls réseaux sociaux ne sera par exemple pas suffisante ; cette restriction permettra de limiter le risque d'un usage abusif de l'image par son destinataire ;
- le destinataire de l'image à caractère pornographique devra avoir consenti à la transmission ; personne ne doit être mis en présence d'images ou de vidéos à caractère pornographique sans avoir été consulté préalablement (voir aussi l'art. 197, al. 2, en matière de pornographie douce)[95] ;
- la différence d'âge entre les personnes concernées ne devra pas dépasser trois ans, comme à l'al. 8.

Quant au destinataire des photos ou des films, il ne sera pas punissable à condition qu'il connaisse personnellement l'expéditeur, que la différence d'âge entre les deux

95 Voir Smahel David/Machackova Hana/Mascheroni Giovanna/Dedkova Lenka/Staksrud Elisabeth/Ólafsson Kjartan/Livingstone Sonia/Hasebrink Uwe, 2020. D'après ce rapport, 40 % des enfants et des adolescents suisses interrogés de 9 à 16 ans se sont sentis assez ou très chamboulés à la suite de leur dernière confrontation avec une image à connotation sexuelle, pp. 91 ss.

personnes ne dépasse pas trois ans, qu'il ne fournisse ou ne promette aucune rémunération pour ces photos et vidéos et qu'il se limite à les posséder ou à les consommer sans les transmettre.

La variante 2 constitue donc également une amélioration par rapport au droit en vigueur.

3.11 Titre de section « Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles »

Le titre de section et celui précédant le nouvel art. 197*a* s'intitule : « 5. Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles ».

3.12 Art. 197*a* Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles (pédopiégeage)

3.12.1 Contexte

3.12.1.1 Initiative parlementaire 18.434 (Amherd) Bregy « Punir enfin le pédopiégeage en ligne »

L'initiative parlementaire 18.434 (Amherd) Bregy « Punir enfin le pédopiégeage en ligne »[96] demande que le pédopiégeage en ligne (*cybergrooming*) soit déclaré punissable et qu'il soit érigé en infraction poursuivie d'office. Dans son développement, l'initiative soulève la question de savoir si une norme doit être spécialement créée contre le pédopiégeage, laquelle punirait les préparatifs d'une rencontre avec un mineur, ou s'il faut compléter une norme existante. Le harcèlement sexuel d'enfants sur Internet doit quoi qu'il en soit être poursuivi d'office.

Le 29 août 2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a décidé de donner suite à l'initiative parlementaire par 17 voix contre 6 et 1 abstention ; le 29 octobre 2019, la CAJ-E a adhéré à cette décision par 9 voix contre 2 et 2 abstentions. Le 28 août 2020, la CAJ-N a décidé d'élaborer elle-même un avant-projet par 16 voix contre 2 et 3 abstentions.

3.12.1.2 Définitions

La notion de pédopiégeage en ligne n'est pas utilisée de manière uniforme[97].

Le pédopiégeage en ligne au sens étroit du terme désigne la sollicitation d'enfants et d'adolescents par des adultes à des fins sexuelles au moyen de technologies de l'information et de la communication (TIC) dans le but de les rencontrer physique-

96 www.parlement.ch > n° d'objet 18.434.

97 Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, ch. A II 2 ; www.fedpol.admin.ch > Criminalité > Dangers liés à Internet > Les différentes formes d'escroquerie > Infractions relevant de la pédocriminalité > Aide-mémoire Grooming.

ment et d'abuser d'eux sexuellement. Le pédopiégeage en ligne englobe uniquement la préparation de l'abus par des manœuvres visant à une rencontre physique, mais non l'abus sexuel lui-même (ci-après : pédopiégeage au sens étroit).

À l'inverse, le pédopiégeage en ligne au sens large décrit des comportements de harcèlement sexuel par le biais de TIC par lesquels l'auteur recherche et entretient un contact avec des enfants et des adolescents sur Internet, sans que ces agissements visent nécessairement une rencontre réelle ou remplissent les conditions d'un abus sexuel (ou de la tentative d'un tel abus) avec des enfants ou celles de la production (ou d'une tentative de production) de pornographie enfantine (ci-après : pédopiégeage au sens large).

Le terme de TIC recouvre au sens large toutes les applications de communication telles que la radio, la télévision, les téléphones mobiles, les smartphones, le matériel informatique et les logiciels, les réseaux, les systèmes satellites ainsi que les diverses prestations et applications qui en font partie[98].

3.12.1.3 Droit en vigueur

Le pédopiégeage en ligne est déjà punissable dans le droit en vigueur.

Pédopiégeage en ligne au sens étroit

Un adulte qui entre en contact avec un enfant ou un adolescent par le biais de TIC en vue d'abuser de lui sexuellement peut se rendre coupable de tentative d'actes sexuels avec des enfants (art. 187, ch. 1, al. 1, en relation avec l'art. 22) ou de tentative de production de pornographie enfantine (art. 197, al. 4, 2e phrase, en relation avec l'art. 22) si la rencontre a lieu et qu'elle constitue la dernière étape décisive avant la réalisation de l'infraction.

Le Tribunal fédéral a examiné à plusieurs reprises la question de la *délimitation entre les actes préparatoires non punissables et la tentative*. L'arrêt ATF 131 IV 100 est particulièrement pertinent à ce sujet : l'auteur, sur 'un forum de discussion, convient avec un garçon, censé avoir 14 ans, d'un rendez-vous en vue d'actes d'ordre sexuel et se trouve à l'heure convenue à l'endroit prévu. Le Tribunal fédéral précise que, dans ce contexte, le seuil de la tentative d'accomplir des actes d'ordre sexuel avec un enfant n'avait pas encore été franchi lors de la discussion. Le fait que le recourant se soit décidé à passer à l'acte en se rendant à l'endroit convenu et en s'y trouvant est à la fois la dernière étape décisive et la première dépassant le stade des simples préparatifs, et constitue ainsi le début de la tentative.

Pédopiégeage en ligne au sens large

Un auteur qui dialogue sur un forum de discussion sans qu'aucun contact physique n'entre en ligne de compte est punissable :

– s'il montre à l'enfant des textes ou des images (de lui-même ou de tiers) pornographiques (art. 197, al. 1) ;

98 fr.wikipedia.org > technologies de l'information et de la communication.

- s'il entraîne l'enfant à commettre des actes d'ordre sexuel sur sa propre personne (art. 187, ch. 1, par. 2) ;
- s'il mêle l'enfant à un acte d'ordre sexuel, par exemple parce qu'il commet des actes d'ordre sexuel devant l'enfant ou que l'enfant les perçoit (art. 187, ch. 1, par. 3).

En revanche, le seul fait d'échanger des propos à contenu sexuel sur un forum de discussion sans que ceux-ci soient accompagnés des actes mentionnés ci-dessus n'est en règle générale pas punissable. À tout le moins pourrait-on retenir les nuisances sexuelles verbales (art. 198, al. 2). D'après le droit en vigueur, la poursuite d'une telle infraction n'intervient que sur plainte.

3.12.2 Variante 1

3.12.2.1 Systématique

Tout comme pour la réglementation sur la pornographie à l'art. 197, il est prévu de créer une nouvelle disposition spécifique avec un titre de section propre : « Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles ». Le titre marginal comporte le même texte. L'alternative qui consistait à compléter deux dispositions existantes (art. 187 et 197) par l'introduction respective des deux objectifs distincts visés par l'auteur, à savoir la commission intentionnelle d'un acte d'ordre sexuel sur des enfants (art. 187, ch. 1, al. 1), ou la fabrication intentionnelle d'objets ou de représentations ayant pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs (art. 197, al. 4, 2e phrase), était compliquée et d'application malaisée.

3.12.2.2 Bien juridique protégé

L'art. 197*a* a pour but de garantir le *bon développement sexuel des enfants et des adolescents*. À l'instar de la finalité de protection des art. 187 et 197, cette disposition veut empêcher que le développement sexuel des enfants et des adolescents soit mis en danger. Le pédopiégeage en ligne constitue une infraction de mise en danger abstraite : peu importe qu'un dommage se produise ou non dans le cas considéré[99].

3.12.2.3 Catégorie d'auteurs et objet de l'atteinte

L'auteur au sens de l'art. 197*a* se définit par le type d'infraction qu'il envisage de commettre. Ce qui est valable pour la commission des infractions au sens des art. 187 et 197 doit l'être également pour les actes préparatoires dans le cadre du nouvel art. 197*a*.

99 Maier Philipp, 2019, n° 1 ss ad art. 187 ; Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, n° 2 ss ad art. 197.

L'auteur qui prévoit de commettre une infraction au sens de l'art. 187, ch. 1, par. 1, peut être une femme, un homme, ou un(e) adolescent(e) âgé(e) de trois ans de plus que la victime (art. 187, ch. 2)[100]. Toute personne, même un enfant de plus de 10 ans, peut commettre une infraction au sens de l'art. 197, al. 4, 2e phrase[101].

Peuvent être victimes au sens de l'art. 187, ch. 1, par. 1, des enfants et des adolescents de moins 16 ans. Il s'agit là d'une limite d'âge absolue[102]. Dans la variante de l'infraction figurant à l'art. 197, al. 4, 2e phrase, la protection pénale ne s'applique qu'aux mineurs, c'est à dire aux enfants et aux adolescents de moins de 18 ans[103].

3.12.2.4 Applicabilité de l'art. 187, ch. 2 et 3

L'art. 187, ch. 2, (actes d'ordre sexuel avec des enfants) ne trouve pas application si la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas trois ans. Le but est de ne pas criminaliser des actes d'ordre sexuel dans le cadre d'amours de jeunesse. D'après le ch. 3, l'autorité compétente peut renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine, si, au moment de l'acte ou du premier acte commis, l'auteur avait moins de 20 ans et en cas de circonstances particulières ou si la victime avait contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec lui (voir le ch. 3.2[104]). Ces règles s'appliquent également au pédopiégeage en ligne visé à l'art. 197*a*, mais bien entendu uniquement dans le cas d'une infraction intentionnelle en vertu de l'art. 187, ch. 1, par. 1. Il convient de renvoyer à cette disposition dans l'art. 197*a*.

3.12.2.5 Éléments constitutifs objectifs

Comme exposé ci-dessus, le pédopiégeage en ligne au sens étroit constitue un acte préparatoire non punissable au sens du droit applicable, dès lors qu'il n'aboutit pas à une rencontre entre les personnes concernées. C'est ce point que l'initiative parlementaire combat dans la mesure où elle veut rendre punissable les actes préparatoires d'une rencontre avec des mineurs. Aussi l'avant-projet prévoit-il que la nouvelle infraction ne sera pas seulement réalisée au moment de la rencontre et même à celui où l'on se présente au lieu convenu, mais déjà au moment des manœuvres préalables en vue d'une telle rencontre. Cette modification a pour conséquence d'étendre la punissabilité en amont de la tentative. Trois conditions cumulatives fondent la punissabilité : l'intention de commettre une infraction au sens de l'art. 187, ch. 1, par. 1, ou de l'art. 197, al. 4, 2e phrase, la proposition d'une rencontre et les préparatifs de celle-ci. Les éléments constitutifs « propose une rencontre et fait des préparatifs en vue de cette rencontre » délimitent la punissabilité en amont et limitent le danger de créer un droit pénal réprimant les convictions ou les

100 Maier Philipp, 2019, n° 1 ad art. 187 et les références citées, ainsi que n° 4 s.
101 Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, n° 11 et n° 63a ss ad art. 197.
102 Maier Philipp, 2019, n° 6 ss ad art. 187.
103 Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, n° 20 ss ad art. 197.
104 Proposition de suppression de circonstances donnant lieu à un traitement privilégié si la victime a contracté mariage avec l'auteur ou conclu un partenariat enregistré avec lui.

opinions. La mention explicite des actes préparatoires est nécessaire pour que les éléments constitutifs circonscrivent l'infraction au plus près. Pour un auteur potentiel, les préparatifs en vue d'une rencontre pourraient consister par exemple en l'achat d'un billet de train à destination du lieu de rencontre convenu ou en un départ en voiture en direction du lieu de rendez-vous. Les infractions possibles sont nommées explicitement et limitativement. Le principe de la précision de la base légale est ainsi respecté.

Par pédopiégeage (en ligne), on entend le fait de s'adresser de manière ciblée à des enfants et des adolescents au moyen de TIC en vue de préparer des contacts sexuels lors d'une rencontre physique. On se demande dans ce contexte s'il est approprié de déclarer cet acte punissable uniquement s'il est commis en ligne. Selon un principe de technique législative, il sied, dans la mesure du possible, de formuler les élément constitutifs d'une infraction de manière (technologiquement) neutre, soit sans référence à l'outil, au média ou au moyen utilisé. Des réglementations particulières ne se rencontrent que lorsque l'infraction ne peut être commise qu'au moyen de TIC, par exemple lorsqu'il s'agit d'une fraude informatique et non d'une escroquerie. Il n'est guère fondé de rendre le pédopiégeage punissable que s'il a été commis par le biais de TIC. Qu'un tel acte soit commis en ligne ou hors connexion ne devrait en principe jouer aucun rôle. Le fait, pour un auteur potentiel, d'aborder (à plusieurs reprises) un enfant dans la rue ou sur une place de jeux, de gagner sa confiance et de lui fixer un rendez-vous à un moment donné pour lui montrer quelque chose, manger du gâteau avec lui ou quelque chose de similaire, pourrait constituer un acte préparatoire hors connexion. L'intention de commettre un abus d'ordre sexuel reste cachée. Un tel comportement n'est pas moins punissable qu'en ligne.

Il y a intention lorsque l'auteur veut atteindre un but déterminé situé au-delà des éléments constitutifs objectifs de l'infraction, que ce soit par la réalisation d'un résultat ou par l'opportunité de commettre un autre acte (délictueux). Cela implique dans une certaine mesure de rendre punissables en amont des actes qui, objectivement, ne sont qu'une tentative ou des actes préparatoires de l'atteinte à proprement parler[105]. C'est l'intention (intime) de l'auteur d'abuser d'un enfant ou de fabriquer du matériel à contenu pornographique qui est déterminante pour fixer la limite entre un comportement non punissable et un comportement délictueux. Dans la pratique, il n'est pas aisé d'apporter la preuve d'une telle intention. S'agissant d'actes délictueux en ligne, les discussions menées peuvent cependant être prises en compte dans l'administration des preuves.

3.12.2.6 Éléments constitutifs subjectifs

Il faut non seulement que les actes préparatoires aient été entrepris intentionnellement ou par dol éventuel, mais encore que l'auteur les ait entrepris avec l'intention d'abuser d'un enfant ou de fabriquer du matériel à contenu pornographique.

105 Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, 2019, n° 76 ad art. 12.

3.12.2.7 Désistement et tentative lors d'actes préparatoires

Désistement

Selon l'art. 23, le désistement et le repentir actif – pouvant donner lieu à une réduction de la peine ou à son exemption – ne sont possibles qu'en cas de tentative. Comme les actes préparatoires sont déclarés ici punissables, le désistement de l'auteur avant la réalisation de l'acte punissable doit être réglé séparément. De manière analogue au texte de l'art. 260bis, al. 2 (actes préparatoires délictueux), on propose la rédaction suivante: « L'auteur n'est pas punissable s'il interrompt les préparatifs de son propre chef ».

Agir « de son propre chef » signifie que l'auteur se résout de son propre gré à abandonner son projet. Autrement dit, il renonce à poursuivre son plan pour des motifs personnels, indépendants de toutes circonstances extérieures. La valeur morale des mobiles qui poussent l'auteur au désistement n'entre pas en ligne de compte ; même la crainte de la peine, la honte ou la pitié à l'égard de la victime potentielle peuvent motiver le désistement. En revanche, celui qui renonce à son plan en raison d'un facteur extérieur n'agit pas de son propre chef. Le désistement conduit nécessairement à l'impunité lorsque l'auteur renonce à son projet au moment où il n'a pas encore atteint le degré de la tentative punissable, indépendamment du fait que les actes préparatoires sont achevés[106].

Tentative

Dans les degrés de réalisation de l'infraction, les actes préparatoires précèdent la tentative punissable. Il est de ce fait normal que la tentative des préparatifs soit non punissable[107].

3.12.2.8 Sanction

La sanction encourue est une peine pécuniaire, ce qui érige cette infraction en délit. Une telle sanction est appropriée en comparaison de celles qui répriment la tentative ou la réalisation de l'infraction.

3.12.3 Variante 2

Dans la variante 2, on renonce à créer une infraction spécifique réprimant le pédopiégeage au sens étroit. Les motifs ci-après plaident pour l'abandon d'une telle disposition.

Le droit en vigueur réprime déjà dans une large mesure les actes préparatoires visant le pédopiégeage au sens étroit (voir le ch. 3.12.1.3). Une nouvelle disposition pénale distincte n'élargirait que peu le champ d'application actuel, de sorte que son avan-

106 Engler Marc, 2019, n° 14 s. ad art. 260bis et les références citées.
107 Analogie avec art. 260bis, cf. à ce sujet Engler Marc, 2019, art. 260bis n° 17 et les références citées.

tage pratique est douteux. L'ajout d'une telle disposition dans la loi n'aurait de ce fait qu'une valeur symbolique[108].

Contrairement au droit en vigueur, l'infraction de pédopiégeage proposée englobe aussi les actes préparatoires. Ceux-ci ne sont cependant déclarés punissables par la législation pénale en vigueur que dans des situations exceptionnelles, en particulier pour des infractions particulièrement graves telles que l'assassinat, le brigandage, la séquestration et l'enlèvement, ou encore le génocide (art. 260bis, actes préparatoires délictueux). À l'inverse de l'art. 260bis, il est difficile de définir en matière de pédopiégeage ce que sont les « dispositions concrètes d'ordre technique ou organisationnel » qui seraient « conformes à un plan ». Il paraît dès lors malaisé de fixer avec précision un seuil à partir duquel un acte serait objectivement punissable, avec le risque que l'accent soit mis davantage sur l'élément subjectif, à savoir sur l'intention.

Il ne serait pas facile d'apporter la preuve de l'intention dans la pratique. Par ailleurs, en mettant l'accent sur l'intention, la norme risquerait de basculer dans le domaine inacceptable du droit pénal réprimant les opinions et les intentions. Or le droit pénal ne doit punir un comportement qu'en cas d'atteinte ou de mise en danger sérieuse d'un bien juridique protégé.

3.12.4 Convention du 25 octobre 2007 du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels[109]

La Suisse remplit les exigences de l'art. 23 de la convention de Lanzarote (sollicitations d'enfants à des fins sexuelles). Cette disposition oblige les États contractants à ériger en infraction pénale le fait pour un adulte de proposer intentionnellement une rencontre à un enfant dans le but de commettre à son encontre un acte d'ordre sexuel (art. 18, par. 1, let. a, de la convention de Lanzarote) ou de produire de la pornographie enfantine (art. 20, par. 1, let. a, de la convention de Lanzarote), si la proposition est suivie d'actes matériels conduisant à ladite rencontre et si la victime n'a pas encore atteint la majorité sexuelle (art. 18, par. 2, de la convention de Lanzarote) d'après le droit national applicable (voir le ch. 3.12.1.3).

Chaque État contractant est libre d'édicter des règles plus restrictives que celles de la convention. Telle qu'elle a été présentée ci-avant, une infraction spécifique de pédopiégeage au sens étroit qui rendrait punissables même les actes préparatoires va au-delà des exigences de la convention ; elle est conforme à celle-ci d'un point de vue formel. Il n'existe aucune obligation de créer une disposition spécifique réprimant le pédopiégeage ou déclarant punissable une simple discussion en ligne[110].

108 FF **2012** 7051 7105
Voir aussi Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, ch. IV I 2. (et les références citées), qui se prononcent contre une disposition pénale spécifique sur le pédopiégeage.
109 RS **0.311.40**
110 Voir FF **2012** 7051 7103 ss

3.12.5 Droit comparé: Autriche et Allemagne

§ 208a du code pénal autrichien Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen (sollicitation de mineurs à des fins sexuelles)[111]

Par le biais de la disposition sur la sollicitation de mineurs à des fins sexuelles, le droit pénal autrichien criminalise des comportements en amont de l'acte proprement dit. Ce sont donc les préparatifs qui sont érigés en infraction.

§176 du code pénal allemand Sexueller Mißbrauch von Kindern (abus sexuel d'enfants)[112]

Le droit pénal allemand réprime la prise de contact en tant qu'acte préparatoire se situant en amont de la tentative punissable elle-même. Cette infraction a fait l'objet de nombreuses critiques dans la doctrine allemande du fait qu'elle place la punissabilité en amont. Il en résulte que l'infraction est consommée par la seule prise de contact de l'auteur avec l'enfant sans que, dans la réalité, celui-là ait nécessairement rencontré celui-ci. Cette criminalisation en amont surprend d'autant plus que le fait de convenir d'une rencontre physique n'est pas punissable[113].

3.13 Titre de section « Contraventions contre l'intégrité sexuelle »

Comme un titre a été introduit avant l'art. 197a, il y a lieu de donner une nouvelle numérotation au titre de section qui précède les art. 198 et 199 « Contraventions contre l'intégrité sexuelle ».

3.14 Art. 198 Désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel

3.14.1 Modification du titre marginal en français

Le titre marginal actuel de l'art. 198, bien que long, ne couvre pas tous les états de fait figurant dans la disposition. Il est remplacé par le titre « Nuisances sexuelles » qui, de plus, correspond mieux aux versions allemande (« Sexuelle Belästigungen ») et italienne (« Molestie sessuali »).

3.14.2 Al. 1

L'avant-projet prévoit de compléter par le terme « images » la seconde variante de l'infraction décrite à l'actuel al. 2 de l'art. 198. Cela signifie qu'une personne pourra être importunée non seulement par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles grossières, mais aussi par des *images* (grossières). Cette modification con-

111 www.ris.bka.gv.at > Bundesrecht > Bundesrecht konsolidiert > StGB.
112 www.gesetze-im-internet.de > Gesetze / Verordnungen > StGB.
113 Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, ch. I. 1. a avec les références citées.

cerne en particulier l'envoi par voie électronique d'images à contenu sexuel que l'actuel art. 198, al. 2, ne rend pas punissable[114]. Le fait d'envoyer ou de montrer des images *pornographiques* sera toujours sanctionné par l'art. 197 (Pornographie).

Contrairement à la requête formulée dans la motion 18.4049 Reynard « Harcèlement sexuel. De graves lacunes à combler »[115], le terme « écrits » n'est en revanche pas ajouté. Dans son avis du 30 novembre 2018, le Conseil fédéral a expliqué que, selon la doctrine dominante, le fait d'envoyer un SMS à connotation sexuelle contre le gré de son destinataire n'était pas couvert par l'art. 198 car cet article ne portait que sur des paroles. Certains auteurs en jugent toutefois autrement. La question n'a jamais été tranchée non plus par le Tribunal fédéral, si bien qu'il n'est pas possible d'affirmer que l'art. 198 ne s'appliquerait pas à ce cas de figure. La situation a changé dans l'intervalle : dans son arrêt 6B_69/2019 du 4 novembre 2019, le Tribunal fédéral a précisé que le libellé de l'art. 198, al. 2, utilise le terme de « paroles » et englobe, de par son caractère général, non seulement des mots prononcés, mais aussi des écrits et des images (consid. 2.3.2).

Cette conception se retrouve également dans les développements les plus récents de la doctrine. Dans la 4e édition du Basler Kommentar, Strafrecht II, parue en 2018, un nouvel auteur soutient une autre opinion que celle qui prévalait encore dans la précédente édition de 2013. Selon cette nouvelle approche, il ne semble pas d'emblée exclu que les lettres, les courriels ou les SMS puissent, dans certains cas, être des éléments constitutifs de l'infraction. D'après l'auteur, il ne fait aucun doute que le terme de « paroles » puisse porter sur des paroles écrites ou prononcées[116]. Auparavant déjà, Donatsch était d'avis que des « paroles » écrites relevaient du champ d'application de l'art. 198[117]. À la lumière de ces considérations, il est donc clair que le terme de « paroles » peut se référer aussi bien à des mots prononcés qu'écrits ; dès lors, il n'est pas nécessaire de compléter la norme en question.

3.14.3 Al. 2

3.14.3.1 Contexte

L'initiative parlementaire 18.434 (Amherd) Bregy « Punir enfin le pédopiégeage en ligne » demandait que le harcèlement sexuel d'enfants sur Internet soit réprimé en tant qu'infraction poursuivie d'office.

Sont poursuivies d'office les infractions dont les autorités de poursuite pénale ont eu connaissance et qu'elles doivent poursuivre et sanctionner indépendamment de la volonté de la victime. En revanche, lorsqu'une infraction est poursuivie sur plainte, sa répression n'intervient que suite à une déclaration de volonté de la victime : la plainte.

114 Isenring Bernhard, 2019, n° 24 ad art. 198 ; Kummer Kathrin, 2002, p. 83.
115 www.parlement.ch > n° d'objet 18.4049. L'intervention a été classée le 25 septembre 2020.
116 Isenring Bernhard, 2019, n° 24 ad art. 198.
117 Donatsch Andreas, 2018, § 65 p. 588.

La distinction entre infractions poursuivies d'office et infractions poursuivies sur plainte s'opère essentiellement sur deux points : premièrement, la plainte est subordonnée à un délai et à une forme plus stricte ; deuxièmement, tout un chacun peut faire une dénonciation alors que seul un cercle déterminé de personnes peut porter plainte[118].

3.14.3.2 Variante 1

L'avant-projet propose de compléter l'art. 198 par un second alinéa au terme duquel le harcèlement sexuel serait poursuivi d'office si la victime a moins de 12 ans.

L'art. 198 a pour but d'empêcher des personnes d'être confrontées contre leur volonté à une tierce personne se livrant à un acte d'ordre sexuel. Contrairement à l'art. 187 (actes d'ordre sexuel avec des enfants), cette disposition ne vise pas à protéger le développement sexuel harmonieux des enfants et des adolescents : le bien juridique protégé par les deux alinéas est l'intégrité sexuelle et le droit à l'autodétermination sexuelle.

Certes un forum de discussion sur Internet implique une séparation d'ordre spatial entre les interlocuteurs ; il n'en demeure pas moins que l'intégrité sexuelle d'un enfant peut subir une atteinte par le biais d'un message écrit ou vocal ou d'une image, même en l'absence de contact physique. Un dialogue à connotation sexuelle peut avoir à tout le moins des conséquences psychiques néfastes sur l'intégrité sexuelle d'un enfant. Toutefois, comme on l'a déjà souligné, on ne se trouve généralement en présence de nuisances sexuelles (verbales) que si le comportement de l'auteur n'est *pas désiré*[119]. Les nuisances verbales (2e phrase, 2e variante de l'acte) ne sont punissables que si elles sont commises de manière grossière. La punissabilité est ici subordonnée à l'utilisation d'expressions d'une grande vulgarité qui dénotent un comportement grossier[120]. Le seuil à partir duquel les nuisances sexuelles sont admises est relativement élevé dans ce cas de figure, ce d'autant plus qu'elles ne sont actuellement poursuivies que sur plainte. L'infraction visée à l'art. 198, 2e phrase, 2e variante de l'acte, peut être également réalisée par des écrits, notamment des lettres, des courriels ou des sms et, selon l'avant-projet, par des images (voir le ch. 3.14.1).

Selon un principe de technique législative, il sied, dans la mesure du possible, de formuler les éléments constitutifs d'une infraction de manière (technologiquement) neutre, soit sans référence à l'outil, au média ou au moyen utilisé (voir le ch. 3.12.2.5). D'après les règles générales d'interprétation, le texte de l'art. 198 – en

118 Riedo Christof, 2019, ad art. 30 n° 1, 2, 5 et les références citées.

119 D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, la personne qui se trompe sur la nature véritable d'un acte peut également se sentir importunée au sens de l'art. 198, al. 2 : une patiente qui se laisse toucher dans la zone intime en croyant que cette manipulation est nécessaire au traitement médical est victime de nuisances sexuelles si ce « traitement » consiste – même partiellement – en des actes dont la motivation est purement sexuelle et qui ne revêtent aucune nécessité thérapeutique (arrêt du Tribunal fédéral 6B_453/2007 du 19 février 2008 ; voir Isenring Bernhard, 2019, n° 19 ad art. 198.

120 Isenring Bernhard, 2019, n° 4, 5, 8 et 22 ad art. 198 et les références citées ; ATF **137** IV 263, consid. 3.1.

particulier de la 2e phrase, 2e variante de l'acte (nuisances sexuelles par des paroles grossières) – peut trouver application dans le cadre de discussions sur les réseaux sociaux[121]. Il n'y a donc aucune nécessité d'ajouter les TIC à cette disposition.

Le renforcement de la protection de l'enfance et de la jeunesse pourrait constituer un argument pour ériger en infraction poursuivie d'office le harcèlement sexuel sur des enfants. Il faut cependant garder à l'esprit que les mineurs de 16 ans au moins ont la majorité sexuelle d'après l'art. 187, ch. 1 et 2. Lorsque la différence d'âge ne dépasse pas trois ans, des enfants plus jeunes peuvent légalement être sexuellement actifs entre eux. Il paraît dès lors pensable d'accorder à des enfants plus âgés une certaine responsabilité et de leur permettre de décider eux-mêmes si une plainte pénale doit être déposée. Il n'en est pas de même pour les enfants de moins de 12 ans (voir à ce sujet le ch. 3.2.2). Dans cette tranche d'âge, il est indispensable que l'intégrité sexuelle bénéficie d'une protection accrue. C'est pourquoi il est imaginable de poursuivre d'office les nuisances sexuelles commises sur des enfants de moins de 12 ans. Cette proposition s'écarte de l'initiative parlementaire dans la mesure où cette dernière réclame la poursuite d'office des nuisances sexuelles perpétrées à l'encontre de jeunes de moins de 18 ans.

Les nuisances sexuelles, qu'elles soient commises par le biais de paroles, d'attouchements d'ordre sexuel ou éventuellement d'images donneront toutes lieu à une poursuite d'office si la victime est un enfant de moins de 12 ans, et ce que les actes soient commis en ligne ou dans la vraie vie.

3.14.3.3 Variante 2

Les nuisances sexuelles constituent une violation légère de l'intégrité sexuelle. Il est rare que les victimes courent le danger d'un traumatisme psychique important. C'est pourquoi cette infraction est érigée en contravention punissable seulement sur plainte. Les adultes et les enfants jouissent ainsi de la même protection.

Dans la variante 2, on renonce à une révision de l'art. 198 pour y inclure le pédopiégeage au sens large et le harcèlement sexuel d'enfants sur Internet, car une telle modification n'aurait qu'une valeur symbolique par rapport à ses effets. Dans son avis sur la motion 14.3666 de la CAJ-N « Article 198 CP. Infraction poursuivie d'office dans certains cas »[122], le Conseil fédéral s'est prononcé en défaveur d'une modification de l'art. 198 visant à poursuivre d'office les nuisances sexuelles envers des enfants ou des adolescents. La CAJ-E, dans son rapport du 23 avril 2015, a principalement justifié son opposition par le fait que l'art. 198 concernait des affaires généralement mineures qui ne pouvaient être poursuivies indépendamment de la volonté de leur victime. Selon ses arguments, il est certes question d'enfants, mais les parents peuvent en tout temps porter plainte et demander l'ouverture d'une procédure. Renoncer à la poursuite d'office semble plus approprié à ses yeux, car une procédure pénale peut représenter une épreuve supplémentaire pour un enfant. Il

121 Voir aussi la motion Schmid-Federer 12.3476 « Harcèlement sexuel des mineurs. Adapter les éléments constitutifs de l'infraction », selon laquelle les dialogues à caractère sur Internet devraient aussi tomber sous le coup de cette infraction.

122 www. parlement.ch > n° d'objets 14.3666 et 12.3476.

doit donc appartenir aux parents de décider si une telle procédure doit être entamée ou non. Elle ajoute qu'il serait disproportionné qu'une procédure pénale soit engagée d'office dès qu'un mot inconvenant a été exprimé. Le 18 juin 2015, le Conseil des États s'est rallié à l'unanimité à l'avis de sa commission des affaires juridiques.

De plus, il serait fastidieux dans la pratique d'engager d'office de telles procédures pénales (en raison de dialogues à des fins sexuelles sur Internet qui ne sont suivis d'aucun autre acte). Compte tenu de la nature de l'infraction – discussions par le biais de TIC –, il est évident que les autorités de poursuite pénale ouvrent une procédure non pas tant parce qu'elles ont eu connaissance de l'infraction, mais bien plutôt après que l'enfant ou ses parents les en ont informées (par une plainte ou une dénonciation). Il n'y a *en définitive* que peu de différences entre la plainte et la dénonciation puisque, dans 90 % des cas, les autorités ont connaissance d'une infraction sur indication de la population. En règle générale, il est tout aussi rare qu'une procédure pénale soit ouverte en l'absence d'une dénonciation que faute de plainte[123]. Le fait de poursuivre cette infraction d'office plutôt que sur plainte n'aurait donc que peu d'incidence sur la procédure pénale. En continuant de ne poursuivre l'infraction que sur plainte, on donne avant tout à la victime la possibilité de ne pas engager la procédure pénale contre sa volonté.

3.15 Titre de section « Commission en commun »

Comme un titre a été introduit avant l'art. 197*a*, il y a lieu de donner une nouvelle numérotation au titre de section qui précède l'art. 200 « Commission en commun ».

3.16 Art. 200 Commission en commun

Cette disposition est adaptée uniquement dans sa version allemande en ce sens que le terme « Richter » est remplacé par le substantif plus neutre « Gericht ». Par ailleurs, la formulation potestative est remplacée par une formulation impérative, de sorte que le juge, pour tenir compte du degré accru d'illicéité, doit augmenter la peine si l'infraction est commise en commun. Cette modification ne devrait pas avoir une grande incidence dans la pratique, car le fait que plusieurs personnes agissent ensemble a dans tous les cas pour conséquence d'augmenter la peine.

123 Riedo Christof, 2019, remarque précédant le commentaire de l'art. 30, n° 5, et les références citées.

3.17 Art. 264*a*, al. 1, let. g Crimes contre l'humanité
Art. 264*e*, al. 1, let. b Traitement médical immotivé, atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle ou à la dignité de la personne

En raison des modifications prévues aux art. 189 et 190, il est nécessaire de compléter les art. 264*a*, al. 1, let. g, et 264*e*, al. 1, let. b. D'une manière générale, on peut renvoyer au commentaire des art. 189 et 190.

Les deux variantes introduisent le terme « commettre », tandis que la variante 2 étend la notion de viol en biffant les termes « de sexe féminin ».

4 Droit pénal des mineurs du 20 juin 2003[124]

Art. 36, al. 2 et 3

En ce qui concerne l'ajout des art. 187*a* et 193 CP dans l'énumération de l'art. 36, *al. 2*, DPMin relative à la prescription de l'action pénale des infractions, on renvoie au commentaire de l'art. 97, al. 2, CP. Dans la foulée, on corrige une omission du législateur en complétant également l'énumération par les art. 124 et 197, al. 3, CP. L'art. 36, al. 2, DPMin s'inspire clairement de la réglementation de l'art. 97, al. 2, CP, à ceci près que les art. 187 et 188 n'y figurent pas.

Les dispositions de droit transitoire contenues dans l'actuel art. 36, al. 2, 2e phrase, DPMin sont reprises et complétées dans un nouvel *al. 3*, comme à l'art. 97 CP. Le droit transitoire y est également réglé dans un alinéa spécifique (al. 4), tandis que les délais de prescription de l'action pénale, plus longs pour les infractions contre des enfants, figurent à l'art. 97, al. 2, CP. Le DPMin est entré en vigueur le 1er janvier 2007. C'est pourquoi les infractions déclarées punissables à ce moment sont énumérées explicitement à l'al. 3. Il n'en résulte aucune modification matérielle des dispositions transitoires, mais cela permet de compléter l'énumération de l'al. 2 sans apporter de modifications à la réglementation de l'al. 3.

5 Code pénal militaire du 13 juin 1927[125]

5.1 Concordance entre CPM et CP

La partie spéciale du CPM correspond pour l'essentiel à celle du CP ; des différences n'interviennent que lorsqu'elles sont commandées par les besoins spécifiques du droit pénal militaire. Au même titre que les révisions partielles, la présente révision a pour objectif de maintenir cette concordance dans la mesure du possible. C'est pourquoi les commentaires de la partie spéciale du CP s'appliquent au CPM.

La liste ci-après indique la correspondance entre les dispositions adaptées :

124 RS **311.1**
125 RS **321.0**

AP-CPM	art. 49*a*, al. 1, let. f	et	AP-CP	art. 66*a*, al. 1, let. h
	art. 50, al. 3, let. a, 4 et 4bis, let. a	et		art. 67, al. 3, let. b et c, 4, let. a, et 4bis, let. a
	art. 55, al. 2	et		art. 97, al. 2
	art. 59, al. 1, let. e	et		art. 101, al. 1, let. e
	art. 109, al. 1, let. g	et		art. 264*a*, al. 1, let. g
	art. 112*a*, al. 1, let. b	et		art. 264*e*, al. 1, let. b
	art. 153	et		art. 189
	art. 154	et		art. 190
	art. 155	et		art. 191
	art. 156, ch. 1 à 1ter et 3	et		art. 187, ch. 1–1ter et 3
	art. 158	et		art. 187*a*
	art. 159	et		art. 194
	art. 159*a*	et		art. 198
	art. 159*b*	et		art. 200

L'art. 197*a* CP (sollicitation d'enfants à des fins sexuelles) n'est pas repris dans le CPM et ne correspond à aucun besoin spécifique ; de plus, le CPM ne comprend aucune infraction en matière de pornographie – mais l'art. 197*a* CP fait référence. Le droit pénal ordinaire s'applique aux personnes soumises au droit pénal militaire pour les infractions pénales non prévues par le présent code (art. 8 CPM).

5.2 Art. 157 Exploitation d'une situation militaire

Bien que l'art. 157 CPM soit une norme spécifiquement militaire, il présente cependant des similitudes avec les art. 188, 192 et 193 CP, l'auteur profitant ici aussi d'une situation de contrainte préexistante. Tandis que les dispositions de droit pénal ordinaire ne prévoient pas de peine pécuniaire minimale, l'art. 157 CPM fixe une peine pécuniaire de 30 jours-amende au moins. Cette peine minimale ne paraît pas appropriée et on propose dès lors de la supprimer.

6 Code de procédure pénale[126]

Art. 269, al. 2, let. a, et 286, al. 2, let. a

Les modifications matérielles intervenues dans le CP doivent être transcrites dans les deux listes d'infractions du code de procédure pénale. L'art. 192, al. 1, CP doit de ce fait être biffé de ces deux listes et l'art. 187*a* CP doit y être ajouté. En revanche, il n'a pas paru nécessaire d'y inscrire l'art. 197*a* CP en raison du manque de gravité de cette infraction (sollicitation d'enfants à des fins sexuelles).

126 RS **312.0**

7 Procédure pénale militaire du 23 mars 1979[127]

Art. 70, al. 2

Une modification matérielle intervenue dans le CPM doit être transcrite dans la liste d'infractions de l'art. 70, al. 2, de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM). L'art. 158 CPM doit de ce fait être ajouté à la liste.

Il convient de noter que le message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 CAJ-E « Adaptation du code de procédure pénale »)[128] propose d'harmoniser les deux listes d'infractions relatives à la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 70, al. 2, PPM) et à l'investigation secrète (art. 73*a*, al. 1, let. a, PPM) avec celles du code de procédure pénale (art. 269 al. 2, let. a, et 286, al. 2, let. a, CPP). Ce projet est actuellement débattu au Parlement (19.048). En fonction du résultat des délibérations parlementaires, l'art. 158 CPM devra le cas échéant être repris dans la nouvelle liste d'infractions relative au recours à l'investigation secrète (art. 73*a*, al. 1, let, a, P-PPM).

8 Règles non retenues

8.1 Art. 187 ss : maintien de la peine pécuniaire comme sanction possible

Contrairement au projet présenté par le Conseil fédéral, la peine pécuniaire prévue aux art. 187 ss comme alternative possible à la peine privative de liberté ne sera pas biffée. Diverses raisons plaident pour le maintien de cette sanction.

– *Contradiction avec la (nouvelle) approche du droit des sanctions*
  Les modifications du droit des sanctions (entrées en vigueur le 1er janvier 2018) répondent aux préoccupations de punir plus souvent les infractions – et aussi les infractions à l'intégrité sexuelle – par une peine privative de liberté que par une peine pécuniaire, et ce pour deux motifs. En premier lieu en raison d'une réduction générale du champ d'application de la peine pécuniaire (de 360 à 180 jours-amende), en second lieu afin de laisser subsister la possibilité de prononcer une courte peine privative de liberté au lieu d'une peine pécuniaire pour des motifs de prévention spéciale. En d'autres termes, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (art. 41, al. 1, let. a). Si, dans cette optique, on décidait de n'infliger en règle générale que des peines privatives de liberté en cas d'infractions à l'intégrité sexuelle, on se trouverait doublement en contradiction avec les décisions du Parlement. Tout d'abord parce que le principe de la primauté de la peine pécuniaire, défendu après d'âpres débats,

127 RS **322.1**
128 FF **2019** 6351

serait réduit à néant, et ensuite parce que cela s'opposerait à l'intention rejetée par le Parlement d'infliger une peine privative de liberté plutôt qu'une peine pécuniaire si la peine ne dépasse pas six mois, et ce pour des motifs de prévention générale.

- *Abandon général de la peine pécuniaire : inutile et inéquitable*
  On l'a vu, le nouveau droit des sanctions réduit nettement le champ d'application de la peine pécuniaire. Ce changement représente déjà un durcissement par rapport à l'ancien droit tant il est vrai que le législateur comme le Tribunal fédéral considèrent que la peine pécuniaire constitue objectivement une sanction plus douce qu'une peine privative de liberté[129]. En conséquence, il ne semble pas opportun de procéder à un nouveau durcissement dès lors que, même si le juge peut prononcer une peine privative de liberté, la peine pécuniaire reste son premier choix. Le nouveau droit des sanctions offre une marge de manœuvre suffisante pour assurer des solutions équitables et éviter qu'un délinquant ne soit traité trop favorablement.
- *Risque de mise en péril du système*
  L'exclusion quasi générale des peines pécuniaires en matière d'infractions d'ordre sexuel ouvrirait une brèche inutile dans le système et risquerait d'être étendue à d'autres infractions (par ex. à des lésions corporelles impliquant des enfants ou des personnes âgées), avec la conséquence de voir le système des sanctions mis en péril.
- *Retours de la pratique*
  Il n'y a que trois ans que le nouveau droit des sanctions est entré en vigueur. Il convient dès lors de suivre l'évolution de ces modifications législatives avant d'apporter des changements ponctuels à des décisions de principe. Si, par la suite, une nécessité de légiférer devait se faire sentir, il serait toujours temps d'en débattre. Dans un premier temps, il conviendra d'attendre et d'analyser les développements de la jurisprudence en la matière.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de renoncer à la peine pécuniaire, surtout si l'on considère qu'une telle modification n'aurait pas un impact accru sur le caractère dissuasif des normes considérées.

8.2 Motion 14.3022 Rickli « Pornographie enfantine. Interdiction des images d'enfants nus »

8.2.1 Contexte

La *motion Rickli 14.3022 « Pornographie enfantine. Interdiction des images d'enfants nus »*[130] charge le Conseil fédéral de préparer un projet de loi visant à punir le commerce professionnel de photos et de films montrant des enfants nus. La

129 ATF **134** IV 97, consid. 4.2.2. : « La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général sont des sanctions moins graves que les peines privatives de liberté ». Dans la pratique, il n'en demeure pas moins que les personnes condamnées préfèrent souvent une peine privative de liberté qu'une peine pécuniaire.

130 www.parlement.ch > n° d'objet 14.3022.

motion a été adoptée par le Parlement et transmise le 6 décembre 2016. Le Conseil fédéral a proposé d'adopter la motion : il en soutenait les objectifs en soulignant toutefois qu'elle soulèverait de délicats problèmes de délimitation.

Un cas concret se trouve à l'origine de cette motion : après trois années d'investigations, la police canadienne a démantelé en 2014 un réseau international de pornographie enfantine (*opération « Spade »*). L'entreprise canadienne *Azov Films,* active sur le web, produisait des films en Europe de l'Est qui représentaient des garçons nus de dix à seize ans en train de jouer. La police a séquestré des centaines de milliers de vidéos et saisi les listes de noms et adresses des acquéreurs – presque exclusivement masculins – dans le monde entier. Environ 150 d'entre eux étaient domiciliés en Suisse. D'après l'Office fédéral de la police (fedpol), les films en question ne contenaient pas d'images représentant des actes d'ordre sexuel, ni de gros plans sur les parties génitales des garçons. On a considéré de ce fait qu'il ne s'agissait pas de matériel illégal. Des enquêtes pénales ont cependant été ouvertes dans divers cantons pour suspicion de pornographie enfantine[131].

Suite à cette enquête, une affaire a éclaté en *Allemagne*, impliquant l'ancien député au Bundestag Edathy, qui a reconnu avoir téléchargé des films de pornographie enfantine. La procédure a été classée[132], mais le *droit pénal* allemand *en matière sexuelle* a subi un durcissement suite à ces évènements. Cette révision (controversée)[133] visait à empêcher l'exercice d'activités lucratives en lien avec des corps d'enfants. Dans la foulée, on a élargi la définition légale des écrits ou représentations pornographiques ayant pour objet des enfants ou des adolescents aux § 184*b* et 184*c* du code pénal allemand, en y incluant les représentations d'enfants ou d'adolescents entièrement ou partiellement dévêtus, dans une posture peu naturelle et mettant en valeur leur sexe[134]. Le § 201*a* du code pénal allemand concernant l'atteinte à la sphère privée et intime au moyen de prises de vue a également été adapté[135].

8.2.2 Difficultés de mise en œuvre de la motion

Les arguments développés dans la motion présentent une certaine confusion, notamment en ce qui concerne la désignation des éléments constitutifs de l'infraction à réprimer. Une analyse plus approfondie démontre que les problèmes seraient quasiment insolubles et que l'on se heurterait à une réglementation insatisfaisante dont l'application poserait d'importantes difficultés. Ces dernières sont exposées ci-après.

131 Voir sur cette question le développement de la motion ; Grossermittlung wegen Kinderpornographie, Neue Zürcher Zeitung du 30 novembre 2014.
132 Edathys Geständnis ohne Schuldgefühle, Neue Zürcher Zeitung du 2 mars 2015.
133 Voir sur cette question Eisele Jörg/Franosch Rainer, 2016, pp. 519 ss.
134 L'ajout d'un nouvel alinéa rend également punissable la diffusion d'une représentation sexuellement provocante de l'appareil génital ou des fesses dénudés d'un enfant.
135 En raison d'une différence de systématique juridique, cette modification ne saurait être prise en compte dans une analyse de droit pénal comparé : autrement qu'en droit allemand, la systématique du droit suisse protège le droit à l'image non pas par une norme pénale, mais par le biais de la protection de la personnalité qui ressortit au droit civil.

Toute norme de droit pénal se fonde sur le bien juridique à protéger. La détermination du bien à protéger dans le cas où l'élément constitutif est une image d'enfant soulève des *questions délicates* dans la mesure où, dans le sens classique du terme, des images d'enfants ne constituent pas des images pornographiques.

À cela vient s'ajouter le fait que la motion désigne l'objet de l'infraction soit par les termes « photos et (de) films montrant des enfants nus » (traduction française de « Nacktfotos und entsprechenden Filmaufnahmen »), soit par le terme « images d'enfants nus » (traduction française du titre allemand « Posing-Bildern »). Or ces concepts sont définis de manières différentes : par une « *Nackt-Aufnahme* », on entend une image (photo ou film) où l'enfant est *dévêtu* (on peut se demander s'il doit être entièrement nu ou si ses parties génitales doivent être visibles). En revanche, une « *Posing-Aufnahme* » est généralement une photo *posée* dont la réalisation a nécessité de toute évidence une action sur l'enfant, ce dernier n'étant en règle générale que partiellement dévêtu.

Sous l'angle de l'acte à réprimer, la motion manque aussi de clarté. Si on s'appuie sur le texte déposé[136], la punissabilité demeure limitée au *commerce professionnel*. Or dans son développement, la motion vise la consommation : dans l'affaire « Azov », l'auteure de la motion se plaignait du fait que les acheteurs et les consommateurs ne pouvaient être condamnés en Suisse.

Rendre punissable la consommation d'images non pornographiques irait *trop loin*[137]. Il serait choquant par ailleurs de limiter la punissabilité à celui qui en fait métier dès lors que cette notion a été jusqu'à maintenant utilisée dans le CP comme simple *motif de qualification*. En d'autres termes, l'activité commerciale en tant que telle ne fonde pas la punissabilité, mais qualifie tout au plus le caractère illégal d'une activité qui a été déclarée punissable dans son principe.

Des *images privées* telles que des photos destinées par exemple à un album de famille ne doivent pas être interdites. La motion veut cependant empêcher que de telles photos puissent être utilisées aux fins de satisfaire des intérêts d'ordre sexuel et vendues ensuite à titre professionnel dans ce but. Pour ce faire, l'acte délictueux ne devrait être réalisé que si les photos *sont utilisées à des fins d'ordre sexuel*.

8.2.3 Modification de la jurisprudence et nouvelle législation

La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de pornographie a sensiblement évolué depuis le dépôt de la motion : dans son arrêt 6B_180/2015 du 18 février 2016, le Tribunal fédéral a élargi la définition de la pornographie enfantine. Cet arrêt

136 BO **2016** E 1036, Sommaruga Simonetta, conseillère fédérale : « Mais vous savez, pour le Conseil fédéral, c'est toujours le texte de la motion qui est déterminant. Dans cette optique, il est question ici de commerce professionnel de photos et de films montrant des enfants nus que le droit pénal doit réprimer » (traduction).

137 Les Chambres fédérales ont compris la motion en ce sens qu'elle ne visait pas à condamner n'importe quel type de consommation, mais uniquement celle dont on fait métier : voir BO **2016** E 1035, Jositsch Daniel (S, ZH).

porte notamment sur des « images d'enfants (partiellement) dévêtus en train de jouer sur la plage » à partir desquelles le recourant a élaboré des photos[138]. D'après la nouvelle jurisprudence, il n'est pas forcément indispensable que l'enfant ait été directement sollicité pour se prêter à une véritable séance de pose ; des photos d'enfants nus prises à leur insu peuvent aussi être considérées comme un élément constitutif de l'infraction si elles incitent celui qui les regarde à commettre des actes illicites. En revanche, selon cette jurisprudence, de simples clichés de scènes de la vie quotidienne tels que des photos représentant des enfants nus à la plage ou à la piscine ne sont pas punissables. D'après la Haute Cour, le critère de distinction est constitué par le *respect des normes sociales :* si les images sont placées hors de leur contexte social généralement admis et n'autorisent aucune autre interprétation que celle dont il ressort qu'elles favorisent l'excitation sexuelle de personnes à tendance pédosexuelle, on se trouve en présence de représentations de pornographie enfantine prohibées. Ainsi ce ne sont pas uniquement des images d'enfants entièrement nus qui peuvent présenter un caractère de pornographie enfantine, mais aussi celles de personnes en bas âge partiellement dévêtues, dont l'attitude, le mode de représentation, la prise de vue, le cadrage ou d'autres éléments comportent clairement une connotation sexuelle et paraissent en inadéquation avec les normes sociales. Dans les cas où les enfants ne sont pas entièrement nus ou les parties génitales ne sont que partiellement découvertes, les exigences relatives à la connotation sexuelle seront plus strictes[139].

Au vu de l'extension du champ d'application de l'art. 197 résultant de cette nouvelle jurisprudence, on peut considérer que l'actuelle définition des éléments constitutifs de l'infraction de pornographie se recoupe avec celle qui était demandée dans les grandes lignes par la motion[140].

8.2.4 Conclusion

En résumé, il appert qu'une infraction sanctionnant les photos posées soulèverait des questions juridiques très délicates et que sa mise en œuvre donnerait lieu à des difficultés insolubles. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral reprend ce que la motion réclamait en substance.

8.3 Stealthing

Au cours de ces dernières années, la presse a relaté fréquemment des cas de condamnations pénales pour « stealthing » (de l'anglais stealth = secret, ruse). Le

138 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_180/2015 du 18 février 2016, let. A. de l'exposé des faits.
139 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_180/2015 du 18 février 2016, consid. 3.3.1.
140 BO **2016** E 1034, Caroni Andrea (RL, AR) au sujet de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral : « Il découle de cette jurisprudence que la notion de pornographie dans ce domaine doit être prise dans un sens très large et – hormis un éventuel cliché pris en famille sur la plage – englobe déjà maintenant presque tous les cas de figure ; je me suis brièvement entretenu à ce sujet avec l'auteure de la motion et elle m'a dit que les souhaits qui s'y trouvaient émis étaient en pratique largement satisfaits (...) » (traduction).

stealthing est le fait, pour un homme, de retirer le préservatif pendant l'acte sexuel ou la pénétration anale à l'insu ou contre la volonté du partenaire (ou de renoncer d'emblée à l'usage du préservatif contrairement à ce qui a été convenu).

Parmi plusieurs décisions rendues en Suisse à ce sujet, on peut en mentionner quelques-unes ci-après.

- Le 9 janvier 2017, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné pour viol (art. 190) un prévenu à une peine privative de liberté d'une année avec sursis. Par jugement du 8 mai 2017, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a confirmé le prononcé pénal ainsi que la peine, mais a toutefois condamné le prévenu pour des actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191)[141]. Ce jugement est entré en force.
- Le 15 janvier 2019, le Tribunal pénal de Bâle-Campagne a acquitté un prévenu du chef d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance[142]. Le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne a confirmé l'acquittement par jugement du 6 juin 2019[143]. La cause a été portée devant le Tribunal fédéral où elle est encore pendante[144].
- Par jugement du 13 février 2019, le Tribunal d'arrondissement de Bülach ZH a également acquitté un prévenu du chef d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance. Le Tribunal cantonal zurichois a confirmé ce jugement le 28 novembre 2019[145]. L'affaire a aussi été portée devant le Tribunal fédéral et est encore à juger[146].

Il conviendra d'attendre que le Tribunal fédéral se prononce sur la question du stealthing pour savoir s'il y a lieu de légiférer en la matière.

8.4 Solution du consentement

Dans le cadre de l'élaboration de l'art. 187a (atteintes sexuelles), on s'est demandé s'il fallait prévoir uniquement la solution « non, c'est non » ou s'il y avait lieu de proposer également la solution « seulement oui veut dire oui » (solution du consentement), qui fait aussi l'objet de discussions dans l'opinion publique (cf. ch. 3.4, en particulier 3.4.2). La solution du consentement, dans laquelle la personne doit exprimer son consentement expressément ou tacitement, n'a pas été retenue pour les raisons suivantes :

- Conformément au droit pénal en vigueur relatif aux infractions sexuelles, un acte d'ordre sexuel commis sous la contrainte (art. 189 et 190 CP) a

141 Jugement du Tribunal cantonal vaudois, cour d'appel pénale, du 8 mai 2017 (PE15.012315).
142 Jugement du Tribunal pénal de Bâle-Campagne du 15 janvier 2019 (300 18 65).
143 Décision du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, division du droit pénal, du 6 juin 2019 (460 19 68).
144 Tribunal fédéral, affaire n° 6B_34/2020 (pendante, état le 17 décembre 2020).
145 Jugement du Tribunal cantonal zurichois, Ie cour pénale, du 28 novembre 2019 (SB190282).
146 Tribunal fédéral, affaire n° 6B_265/2020 (pendante, état le 17 décembre 2020).

toujours lieu contre la volonté de la victime. Cette interprétation ressort également de la description suivante du Tribunal fédéral : « L'opposition doit être manifestée sans ambiguïté. La résistance, au sens juridique, de la victime n'est rien d'autre qu'une expression ferme et manifeste d'une volonté, par laquelle elle indique clairement et explicitement à l'auteur qu'elle ne consent pas à une relation sexuelle ou à des actes d'ordre sexuel. » [trad.][147]

– Même si la solution du consentement est largement discutée au sein du public, elle n'a pas vraiment été examinée et développée par les milieux scientifiques compétents. Les opposants à cette solution craignent d'importantes difficultés à établir la preuve, un renversement du fardeau de la preuve et une violation de la présomption d'innocence (cf. ch. 3.4.3 concernant les arguments contre une telle réforme). Les opposants estiment que cette solution n'est pas applicable.

La conception selon laquelle une relation sexuelle sans consentement est considérée comme un viol – lequel présuppose une contrainte – et doit être passible des mêmes sanctions pénales qu'un viol, doit être rejetée.

9 Conséquences

9.1 Conséquences pour la Confédération

Sauf exception, les infractions contre l'intégrité sexuelle ne sont pas soumises à la juridiction fédérale (voir l'art. 23, al. 1, let. a, CPP). Le projet n'a donc pas de conséquences pour la Confédération, ni en termes de finances ni en termes de personnel.

9.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les conséquences en termes de finances et de personnel sont très difficiles à estimer, et encore plus à chiffrer, pour les infractions soumises à la juridiction cantonale et à la juridiction militaire (dans ce dernier cas, les cantons assument les frais découlant de l'exécution des peines et des mesures ; voir l'art. 215, al. 1, CPM). Certaines des modifications proposées pourraient entraîner des coûts supplémentaires pour les cantons, d'autres générer des économies. Mais il existe de nombreuses inconnues, d'où la difficulté de savoir si les modifications auront au final des conséquences financières positives ou négatives.

Certaines modifications pourraient entraîner des coûts supplémentaires.

– Les atteintes sexuelles (art. 187*a*) constitueront un délit poursuivi d'office. Or, dans le droit en vigueur, les actes qui relèveront de cet article peuvent être punis en tant qu'attouchements d'ordre sexuel (art. 198), qui ont valeur de contravention et qui sont poursuivis sur plainte. La nouvelle infraction

147 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_718/2013 du 27 février 2014, consid. 2.3.2.

pourra donner lieu à l'expulsion (non obligatoire) de l'auteur du territoire suisse (art. 66*a*^{bis}).

- On étend la punissabilité du pédopiégeage (nouvel art. 197*a*).
- Les nuisances sexuelles (nouveau titre de l'art. 198) pourront être réalisées par l'envoi d'images à connotation sexuelle. L'infraction sera par ailleurs poursuivie d'office si la victime a moins de 12 ans.

L'extension de l'absence de punissabilité à l'art. 197, al. 4, 5, 8 et 8bis (pornographie) générera en contrepartie des économies.

10 Aspects juridiques

10.1 Constitutionnalité

Aux termes de l'art. 123 Cst., la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération.

Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit (art. 31, al. 1, Cst.).

10.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

10.2.1 Obligations internationales générales de droit pénal

De manière générale, si les conventions internationales conclues en matière pénale ne prévoient pas de fourchette des peines, elles contiennent la plupart du temps des dispositions obligeant les États parties à inscrire dans leurs législations des peines et des mesures punissant de manière effective, proportionnée et dissuasive les auteurs d'infractions[148]. On a toujours tenu compte de ces dispositions lors de la mise en œuvre des conventions. De ce point de vue, le projet satisfait pleinement aux obligations internationales de la Suisse.

Les conventions internationales contiennent des dispositions obligeant les États parties à prévoir des sanctions privatives de liberté pouvant donner lieu à l'extradition[149]. Selon l'art. 35, al. 1, de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale[150], l'extradition peut être accordée si l'infraction est frappée d'une

148 Voir par ex. l'art. 27, ch. 1, de la convention de Lanzarote, l'art. 45, al. 1, de la convention de Lugano, l'art. 19, al. 1, de la convention pénale du 27 janvier 1999 contre la corruption (RS **0.311.55**) et l'art. 13, al. 1, de la convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (RS **0.311.43**) ; voir par analogie l'art. 11, ch. 2, de la convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (RS **0.311.54**) et l'art. 30, ch. 3, de la convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (RS **0.311.56**).

149 Voir par ex. l'art. 19, al. 1, de la convention pénale contre la corruption et l'art. 24, al. 2, de la convention sur la cybercriminalité.

150 RS **351.1**

sanction privative de liberté d'un an au moins ou d'une sanction plus sévère, aux termes du droit suisse et du droit de l'État requérant, et qu'elle ne relève pas de la juridiction suisse. Le projet ne contient pas a priori de proposition de modification incompatible avec les dispositions internationales évoquées.

Avant le 1er mai 1999, date de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les États membres de l'UE devaient seulement prévoir des peines effectives, proportionnées et dissuasives. Une partie des actes juridiques secondaires adoptés par la suite contient également des dispositions pénales définissant les éléments constitutifs d'infractions et, dans certains cas, les quotités de peine à prévoir[151]. L'inscription de telles dispositions dans les actes juridiques secondaires est appelée à se renforcer suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009. Ce dernier reconnaît explicitement, en tant que disposition de droit primaire, la compétence de l'UE d'établir sous certaines conditions des règles minimales pour la définition des infractions pénales et des sanctions (art. 83 TFUE[152]). Dans le domaine du droit pénal en matière sexuelle, les actes juridiques secondaires de référence sont principalement la directive 2011/93/UE[153] et, sur certains points, la directive 2011/36/UE[154]. Elles définissent toutes deux les actes intentionnels que les États membres doivent rendre punissables et le niveau minimal des peines maximales qu'ils doivent fixer. Elles ne sont cependant pas contraignantes pour la Suisse. Les modifications proposées sont par conséquent compatibles avec les obligations internationales de la Suisse.

10.2.2 Conventions du Conseil de l'Europe

Convention de Lanzarote

Art. 20 Infractions se rapportant à la pornographie enfantine

La révision de l'art. 197, al. 8, CP n'est pas incompatible avec l'art. 20, ch. 1, let. a et e, de la convention de Lanzarote (production et possession de pornographie enfantine) ni avec l'art. 20, ch. 3, 2e tiret (réserve possible en la matière). Voir le ch. 3.10.2.

151 Citons à titre d'exemple la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (JO L 13 du 20.1.2004, p. 44).

152 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), JO C 326 du 26.10.2012, p. 47.

153 Directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, JO L 335 du 17.12.2011, p. 1.

154 Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JO L 101 du 15.4.2011, p. 1.

Art. 23 Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles

Le projet de nouvel art. 197*a* CP, qui rend punissables jusqu'aux actes préparatoires, et qui va donc plus loin que l'art. 23 de la convention de Lanzarote, remplit les exigences minimales de la convention. Cela dit, même sans le nouvel article, le droit en vigueur remplit déjà ces exigences. Voir le ch. 3.12.3.

Convention d'Istanbul

Art. 36 Violence sexuelle, y compris le viol

L'art. 187*a* CP proposé est compatible avec l'art. 36 de la convention d'Istanbul. Voir le ch. 3.4.4.2.

11 Tableau synoptique des différentes versions des art. 187 à 200 CP

Art. 187 Actes d'ordre sexuel avec des enfants

Droit en vigueur	**Variante 1** **ch. 3 : suppression d'un traitement privilégié**	**Variante 2** **ch. 1bis : peine minimale** **ch. 1ter : cas de peu de gravité pour toutes les tranches d'âge** **ch. 3 : suppression d'un traitement privilégié**
1. Celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, celui qui aura entraîné un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel, celui qui aura mêlé un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	1. ~~**Celui qui aura commis**~~ **Quiconque commet** un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, ~~**celui qui aura entraîné**~~ **quiconque entraîne** un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel, ~~**celui qui aura mêlé**~~ **quiconque mêle** un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel, ~~**sera**~~ **est** puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	1. ~~**Celui qui aura commis**~~ **Quiconque commet** un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, ~~**celui qui aura entraîné**~~ **quiconque entraîne** un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel, ~~**celui qui aura mêlé**~~ **quiconque mêle** un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel, ~~**sera**~~ **est** puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
		1bis. Si l'enfant n'a pas 12 ans le jour de l'acte et que l'auteur commet sur lui un acte d'ordre sexuel ou l'entraîne à commettre un tel acte sur un tiers ou un animal, l'auteur est puni d'une peine privative de liberté d'un à cinq ans.
		1ter. Dans les cas de peu de gravité, l'auteur est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
2. L'acte n'est pas punissable si la différence d'âge entre les participants ne dépasse pas trois ans.		
3. Si, au moment de l'acte ou du premier acte commis, l'auteur avait moins de 20 ans et en cas de circonstances particulières ou si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur, l'autorité compétente peut renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le	3. Si, au moment de l'acte ou du premier acte commis, l'auteur avait moins de 20 ans et en cas de circonstances particulières ~~**ou si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur**~~, l'autorité compétente peut renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant	3. Si, au moment de l'acte ou du premier acte commis, l'auteur avait moins de 20 ans et en cas de circonstances particulières ~~**ou si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur**~~, l'autorité compétente peut renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant

tribunal ou à lui infliger une peine.	le tribunal ou à lui infliger une peine.	le tribunal ou à lui infliger une peine.
4. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si l'auteur a agi en admettant par erreur que sa victime était âgée de 16 ans au moins alors qu'en usant des précautions voulues il aurait pu éviter l'erreur.	4. ~~**La peine sera**~~ **L'auteur est puni d'**une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ~~**si l'auteur a agi**~~ **s'il a agi** en admettant par erreur que sa victime était âgée de 16 ans au moins alors qu'en usant des précautions voulues il aurait pu éviter l'erreur.	4. ~~**La peine sera**~~ **L'auteur est puni d'**une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ~~**si l'auteur**~~ **s'il a agi** en admettant par erreur que sa victime était âgée de 16 ans au moins alors qu'en usant des précautions voulues il aurait pu éviter l'erreur.

*2. Atteinte**s** à la liberté* ***~~et à l'honneur sexuels~~ sexuelle***

Art. 187a ***Atteintes sexuelles***

Proposition
[1] Quiconque, contre la volonté d'une personne ou par surprise, commet sur elle ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
[2] Est également puni quiconque, dans l'exercice d'une activité relevant du domaine de la santé, commet sur une personne ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel en profitant de son erreur quant au caractère de l'acte.

Art. 188 Actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes

Droit en vigueur	**Proposition**
1. Celui qui, profitant de rapports d'éducation, de confiance ou de travail, ou de liens de dépendance d'une autre nature, aura commis un acte d'ordre sexuel sur un mineur âgé de plus de 16 ans celui qui, profitant de liens de dépendance, aura entraîné une telle personne à commettre un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	1. ~~**Celui qui**~~ **Quiconque**, profitant de rapports d'éducation, de confiance ou de travail, ou de liens de dépendance d'une autre nature, ~~**aura commis**~~ **commet** un acte d'ordre sexuel sur un mineur âgé de ~~**plus de**~~ 16 ans **au moins**, ~~**celui qui**~~ **quiconque**, profitant de liens de dépendance, ~~**aura entraîné**~~ **entraîne** une telle personne à commettre un acte d'ordre sexuel, ~~**sera**~~ **est** puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
2. Si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur, l'autorité compétente pourra renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine..	**2. Abrogé**

Art. 189 Contrainte sexuelle

Art. 190 Viol

Art. 191 Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance

Droit en vigueur	**Variante 1** **art. 189, al. 1, et 190, al. 1 :** **ajout de la « contrainte à commettre »** **art. 189, al. 3, et 190, al. 3 :** **suppression de « notamment »** **art. 191 :** **suppression de « sachant que … » et ajout de la commission d'un acte d'ordre sexuel par la victime**	**Variante 2** ***en plus des modifications de la variante 1* :** **art. 189, al. 1, et 190, al. 1 :** **extension de la définition de viol** **art. 191 :** **instauration d'une peine minimale**
Art. 189 Contrainte sexuelle [1] Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. [2] … [3] Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins.	Art. 189 Contrainte sexuelle [1] **~~Celui qui~~ Quiconque**, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, **~~l'aura contrainte~~ la contraint à commettre ou** à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, **~~sera~~ est** puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. [2] … [3] Si l'auteur **~~a agi~~ agit** avec cruauté, **~~notamment~~** s'il **~~a~~** fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, **~~la peine sera la~~ il est puni d'une** peine privative de liberté de trois ans au moins.	Art. 189 Contrainte sexuelle [1] **~~Celui qui~~ Quiconque**, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, **~~l'aura contrainte~~ la contraint à commettre ou** à subir **~~un acte analogue à l'acte sexuel ou~~** un **~~autre~~** acte d'ordre sexuel, **~~sera~~ est** puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. [2] … [3] Si l'auteur **~~a agi~~ agit** avec cruauté, **~~notamment~~** s'il **~~a~~** fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, **~~la peine sera la~~ il est puni d'une** peine privative de liberté de trois ans au moins.
Art. 190 Viol [1] Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe	Art. 190 Viol [1] **~~Celui qui~~ Quiconque**, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, **~~aura~~** contraint une per-	Art. 190 Viol [1] **~~Celui qui~~ Quiconque**, notamment en usant de menace ou de violence **à l'égard d'une personne**, en exerçant sur **~~sa victime~~ elle** des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de

féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.	sonne de sexe féminin à commettre ou à subir l'acte sexuel, ~~sera~~ est puni d'une peine privative de liberté ~~de~~ **d'**un à dix ans.	résister, ~~aura la~~ **la** contraint ~~une personne de sexe féminin~~ à commettre ou à subir l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration **de son corps**, ~~sera~~ est puni d'une peine privative de liberté ~~de~~ **d'**un à dix ans.
[2] …	[2] …	[2] …
[3] Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins.	[3] Si l'auteur ~~a agi~~ **agit** avec cruauté, ~~notamment~~ s'il ~~a~~ fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, ~~la peine sera la~~ **il est puni d'une** peine privative de liberté de trois ans au moins.	[3] Si l'auteur ~~a agi~~ **agit** avec cruauté, ~~notamment~~ s'il ~~a~~ fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, ~~la peine sera la~~ **il est puni d'une** peine privative de liberté de trois ans au moins.
Art. 191 Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance Celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	Art. 191 *Ne concerne que le texte allemand.* ~~**Celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle**~~ **Quiconque profite du fait qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance pour lui faire commettre ou subir** l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel ~~**sera**~~ **est** puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	Art. 191 *Ne concerne que le texte allemand.* [1] ~~**Celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle**~~ **Quiconque profite du fait qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance pour lui faire commettre ou subir ~~l'acte sexuel, un acte analogue ou~~** un ~~**autre**~~ acte d'ordre sexuel ~~**sera**~~ **est** puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. **[2] Si l'auteur en profite pour lui faire commettre ou subir l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration de son corps, il est puni d'une peine privative de liberté d'un à dix ans.**

Art. 192 Actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues

Droit en vigueur	**Proposition**
[1] Celui qui, profitant d'un rapport de dépendance, aura déterminé une personne hospitalisée, internée, détenue, arrêtée ou prévenue, à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	**Abrogé**
[2] Si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur, l'autorité compétente pourra renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine.	

Art. 193 Abus de la détresse

Droit en vigueur	**Proposition**
Abus de la détresse [1] Celui qui, profitant de la détresse où se trouve la victime ou d'un lien de dépendance fondé sur des rapports de travail ou d'un lien de dépendance de toute autre nature, aura déterminé celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	Abus de la détresse **ou de la dépendance** [1] ~~**Celui qui**~~ **Quiconque**, profitant de la détresse où se trouve la victime ou d'un lien de dépendance fondé sur des rapports de travail ou d'un lien de dépendance de toute autre nature, ~~**aura déterminé**~~ **détermine** celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel ~~**sera**~~ **est** puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
[2] Si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur, l'autorité compétente pourra renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine.	**[2] Abrogé**

Art. 194 Exhibitionnisme

Droit en vigueur	**Variante 1**	**Variante 2**
[1] Celui qui se sera exhibé sera, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire.	[1] ~~**Celui qui se sera exhibé sera**~~ **Quiconque s'exhibe est**, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire.	[1] ~~**Celui qui se sera exhibé sera**~~ **Quiconque s'exhibe est**, sur plainte, puni d'une ~~**peine pécuniaire**~~ **amende**.
	[2] Dans les cas de peu de gravité, l'auteur est puni d'une amende.	**[2] Dans les cas graves, l'auteur est puni d'une peine pécuniaire. L'acte est poursuivi sur plainte.**
[2] Si l'auteur se soumet à un traitement médical, la procédure pourra être suspendue. Elle sera reprise s'il se soustrait au traitement.	[3] Si l'auteur se soumet ~~**à un**~~ **au** traitement médical **ordonné par l'autorité compétente**, la procédure ~~**pourra être**~~ **est classée**. ~~**Elle sera reprise s'il se soustrait au traitement.**~~	[3] Si l'auteur se soumet ~~**à un**~~ **au** traitement médical **ordonné par l'autorité compétente**, la procédure ~~**pourra être**~~ **est classée**. ~~**Elle sera reprise s'il se soustrait au traitement.**~~

Art. 197 Pornographie

Droit en vigueur	**Proposition** **Al. 4, 5 et 8**		
[1] Quiconque offre, montre, rend accessibles à une personne de moins de 16 ans ou met à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ou les diffuse à la radio ou à la télévision, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.			
[2] Quiconque expose ou montre en public des objets ou des représentations visés à l'al. 1, ou les offre à une personne sans y avoir été invité, est puni de l'amende. Quiconque, lors d'expositions ou de représentations dans des locaux fermés, attire d'avance l'attention des spectateurs sur le caractère pornographique de celles-ci n'est pas punissable.			
[3] Quiconque recrute un mineur pour qu'il participe à une représentation pornographique ou favorise sa participation à une telle représentation est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.			
[4] Quiconque fabrique, importe, prend en dépôt, met en circulation, promeut, expose, offre, montre, rend accessible, met à disposition, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'al. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si les objets ou représentations ont pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mi-	[4] Quiconque fabrique, importe, prend en dépôt, met en circulation, promeut, expose, offre, montre, rend accessible, met à disposition, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'al. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, ~~**des actes de violence entre adultes**~~ ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, …		

neurs, la sanction est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire			
[5] Quiconque consomme ou, pour sa propre consommation, fabrique, importe, prend en dépôt, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'al. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Si les objets ou représentations ont pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, la sanction est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.	[5] Quiconque consomme ou, pour sa propre consommation, fabrique, importe, prend en dépôt, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'al. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, ~~**des actes de violence entre adultes**~~ ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, …		
[6] En cas d'infraction au sens des al. 4 et 5, les objets sont confisqués.			
[7] Si l'auteur agit dans un dessein d'enrichissement, le juge prononce une peine pécuniaire en plus de la peine privative de liberté.			
[8] N'est pas punissable le mineur âgé de 16 ans ou plus qui produit, possède ou consomme, avec le consentement d'un autre mineur âgé de 16 ans ou plus, des objets ou des représentations au sens de l'al. 1 qui les impliquent.	**[8] Quiconque, avec le consentement d'un mineur, fabrique, possède ou consomme des objets ou des représentations au sens de l'al. 1 qui impliquent le mineur, ou les lui transmet, n'est pas punissable:** **a. s'il ne fournit ou ne promet pas de rémunération et** **b. si la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas trois ans.** **La personne figurant sur les objets ou les représentations n'est pas punissable non plus.**		

		Art. 197 **Variante 1** **Al. 8bis** **La transmission de photos pornographiques de soi-même demeure punissable.**	*Art. 197* **Variante 2** **Al. 8bis** **La transmission de photos pornographiques de soi-même est non punissable à certaines conditions.**
		8bis Les mineurs qui fabriquent, possèdent ou consomment des objets ou des représentations au sens de l'al. 1 qui les impliquent eux-mêmes ne sont pas punissables.	**8bis Les mineurs qui fabriquent, possèdent ou consomment des objets ou des représentations au sens de l'al. 1 qui les impliquent eux-mêmes ne sont pas punissables.** **Les personnes qui transmettent des objets ou des représentations qu'elles ont elles-mêmes fabriqués ne sont pas punissables:** **a. si les personnes concernées se connaissent personnellement,** **b. si le destinataire a consenti à la transmission et** **c. si la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas trois ans.** **Le destinataire n'est pas punissable non plus s'il ne fournit ou ne promet aucune rémunération pour les objets ou les représentations qui lui sont transmis, s'il les possède ou les consomme, si les personnes concernées se connaissent personnellement et si la différence d'âge entre elles ne dépasse pas trois ans.**
9 Les objets et représentations visés aux al. 1 à 5 qui présentent une valeur culturelle ou scientifique digne de protection ne sont pas de nature pornographique.			

5. Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles

Art. 197a Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles

Variante 1	**Variante 2**
Quiconque propose une rencontre à un enfant de moins de 16 ans et fait des préparatifs en vue de cette rencontre dans le but de commettre une infraction au sens de l'art. 187, ch. 1, par. 1 ou de l'art. 197, al. 4, 2e phrase, est puni d'une peine pécuniaire. **L'art. 187, ch. 2 et 3, est applicable.** **L'auteur n'est pas punissable s'il renonce à poursuivre de sa propre initiative les préparatifs jusqu'à leur terme.**	**Pas de nouvelle réglementation**

~~5.~~ 6. Contraventions contre l'intégrité sexuelle

Art. 198 Désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel

Droit en vigueur	**Proposition** **Al. 1**		
Désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel Celui qui aura causé du scandale en se livrant à un acte d'ordre sexuel en présence d'une personne qui y aura été inopinément confrontée, celui qui aura importuné une personne par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles grossières, sera, sur plainte, puni d'une amende.	***Nuisances sexuelles*** [1] **~~Celui qui aura causé~~ Quiconque cause** du scandale en se livrant à un acte d'ordre sexuel en présence d'une personne qui y est inopinément confrontée, **~~celui qui aura importuné~~ quiconque importune** une personne par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles **ou des images** grossières, **~~sera~~ est**, sur plainte, puni d'une amende.		
		Variante 1 **Al. 2**	**Variante 2** **Al. 2**
		[2] L'infraction est poursuivie d'office si la victime est un enfant de moins de 12 ans.	**Pas de nouvelle réglementation**

Art. 199 Exercice illicite de la prostitution

Droit en vigueur	**Modifications linguistiques en français**
Celui qui aura enfreint les dispositions cantonales réglementant les lieux, heures et modes de l'exercice de la prostitution et celles destinées à lutter contre ses manifestations secondaires fâcheuses, sera puni d'une amende.	**~~Celui qui aura~~ Quiconque** enfreint les dispositions cantonales réglementant les lieux, heures et modes de l'exercice de la prostitution et celles destinées à lutter contre ses manifestations secondaires fâcheuses, **~~sera~~ est** puni d'une amende.

~~6.~~ 7. *Commission en commun*

Art. 200 Commission en commun

Droit en vigueur	**Proposition**
Lorsqu'une infraction prévue dans le présent titre aura été commise en commun par plusieurs personnes, le juge pourra augmenter la durée de la peine, mais pas au-delà de la moitié en sus du maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il sera, en outre, lié par le maximum légal du genre de peine.	Lorsqu'une infraction prévue dans le présent titre **~~aura été~~ est** commise en commun par plusieurs personnes, le juge **~~pourra augmenter la durée de~~ augmente** la peine**~~, mais pas~~. Il ne peut toutefois pas aller** au-delà de la moitié en sus du maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il **~~sera~~ est**, en outre, lié par le maximum légal du genre de peine.

Bibliographie

Beckrath-Wilking Ulrike/Biberacher Marlene/Dittmar Volker/Wolf-Schmid Regina, 2013, Traumafachberatung, Traumatherapie & Traumapädagogik : Ein Handbuch für Psychotraumatologie im beratenden, therapeutischen & pädagogischen Kontext, Paderborn 2013.

Donatsch Andreas, 2018, Strafrecht III, 11e édition, Zurich 2018.

Eisele Jörg/Franosch Rainer, 2016, Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz, in : ZIS 2016.

Engler Marc, 2019, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4e édition, Bâle 2019.

Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, Gefahr im Netz : Die unzeitgemässe Erfassung des Cybergroomings und des Cyberharassments im schweizerischen Sexualstrafrecht – Zur Notwendigkeit der Modernisierung von Art. 198 StGB, in : RDS 5/2016.

Grädel Rolf/Heininger Matthias, 2014, in : M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2e édition, Bâle 2014.

Hörnle Tatjana, 2015, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, in : ZIS 4/2015.

Hurtado Pozo José, 2009, Droit pénal, Partie spéciale, Genève/Zurich/Bâle 2009.

Isenring Bernhard, 2019, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4e édition, Bâle 2019.

Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4e édition, Bâle 2019.

Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, StGB BT, 4e volume : Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Art. 187–200, Art. 213–220 StGB, Berne 1997.

Knodel Tanja/Scheidegger Nora, 2019, « Respekt vor dem 'Nein' gehört ins Gesetz », in : plaidoyer 6/2019.

Kummer Kathrin, 2002, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, thèse Berne 2002.

Maier Philipp, 1994, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht – Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen, thèse Zurich 1994.

Maier Philipp, 2019, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4e édition, Bâle 2019.

Möller Anna/Söndergaard Hans Peter/Helström Lotti, 2017, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, Acta Obstet Gynecol Scand 96/2017.

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, 2019, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4e édition, Bâle 2019.

Omlin Esther, 2014, in : M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (éd.)., Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2e édition, Bâle 2014.

Queloz Nicolas/Illànez Federico, 2017, in : A. Macaluso/L. Moreillon/N. Queloz (éd.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017.

Riedo Christof, 2019, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar Strafrecht I, 4e édition, Bâle 2019.

Scheidegger Nora, 2018, Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf, thèse Berne 2018.

Scheidegger Nora/Lavoyer Agota/Stalder Tamara, 2020, Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, in : sui generis 2020.

Smahel David/Machackova Hana/Mascheroni Giovanna/Dedkova Lenka/Staksrud Elisabeth/Ólafsson Kjartan/Livingstone Sonia/Hasebrink Uwe, 2020, EU Kids Online 2020, Survey results from 19 countries, 2020, consultable à l'adresse : www.eukidsonline.ch > Internationaler Ergebnisbericht.

Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, in : S. Trechsel/M. Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3e édition, Zurich/St-Gall 2018.

Wiprächtiger Hans, 2007, Das geltende Strafrecht, Eine kritische Standortbestimmung, in : RPS 3/2007.

Wiprächtiger Hans, 2020, Neuer Tatbestand für sexuelle Handlungen ohne Konsens?, in : AJP/PJA 7/2020.

Documents préparatoires

FF *1985* II 1021, message du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille).

FF *1993* I 113, formulation non sexiste des textes législatifs, rapport du 22 septembre 1992 de la commission parlementaire de rédaction.

FF *2003* 1750, initiative parlementaire 96.464. Classification parmi les infractions poursuivies d'office des actes de violence commis sur des femmes. Révision de l'art. 123 CP. Classification parmi les infractions poursuivies d'office des actes de violence à caractère sexuel commis sur un conjoint. Modification des art. 189 et 190 CP. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 28 octobre 2002.

FF *2003* 1779, initiative parlementaire 96.464. Classification parmi les infractions poursuivies d'office des actes de violence commis sur des femmes. Révision de l'art. 123 CP. Classification parmi les infractions poursuivies d'office des actes de violence à caractère sexuel commis sur un conjoint. Modification des art. 189 et 190 CP. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 28 octobre 2002. Avis du Conseil fédéral du 19 février 2003.

FF *2011* 5565, message du 22 juin 2011 relatif à la loi fédérale portant mise en œuvre de l'art. 123*b* de la Constitution concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères (Modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs).

FF *2012* 4385, message du 4 avril 2012 relatif à la modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions).

FF *2012* 7051, message du 4 juillet 2012 concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (modification du code pénal).

FF *2017* 163, message du 2 décembre 2016 concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul).

FF *2018* 559, message du 22 novembre 2017 relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur, à l'approbation de deux traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et à leur mise en œuvre.

FF *2018* 2889, message du 25 avril 2018 concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié.

FF *2019* 6351, message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États « Adaptation du code de procédure pénale ».