



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)

Réponse à la consultation de la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF (mai 2021)

I. Généralités

Voilà quelques années que le droit pénal en matière sexuelle fait l'objet de débats dans le public et dans les médias. Les critiques se focalisent sur la manière dont les actes sexuels commis sans le consentement de la personne concernée sont réprimés pénalement en l'absence de violence ou de menace. Le projet de révision du droit pénal en matière sexuelle répond à ces critiques et met en œuvre certaines propositions exposées dans les milieux politiques, dans la pratique et dans la doctrine.

La CFQF salue sur le principe cet effort visant à améliorer la protection de l'autodétermination sexuelle. Mais selon le rapport explicatif de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (ci-après « rapport explicatif »), le projet a pour but non pas de refondre le droit pénal en matière sexuelle, mais seulement de l'adapter ponctuellement. C'est à déplorer. Cette partie du droit pénal remonte dans sa construction à une époque où la société n'avait pas encore une compréhension approfondie de la notion d'autodétermination sexuelle. Et même si la réforme de 1992 a permis une importante avancée en faisant une place à la protection de l'autodétermination sexuelle, il n'en reste pas moins que seules les aberrations et les iniquités les plus criantes ont été éliminées à l'époque. La réforme s'est abstenue de repenser complètement le droit pénal en matière sexuelle et de l'articuler autour de l'autodétermination sexuelle. La structure, la terminologie et les quotités de peine montrent combien le droit pénal en matière sexuelle – tout comme l'avant-projet (AP-CP) dont il est question ici – reste marqué par les réglementations du passé et par une vision de la violence sexuelle qui est stéréotypée et étrangère au droit. Diverses dispositions laissent toujours transparaître l'injonction de principe selon laquelle la victime d'avances sexuelles non désirées doit résister à la personne qui l'agresse, cimentant l'idée que la « véritable » injustice dans le viol réside dans le recours à la violence. Bien que globalement favorable à l'orientation de la révision, la CFQF déplore que cette occasion n'ait pas été saisie pour repenser totalement le droit pénal en matière sexuelle en l'articulant plus systématiquement autour de la notion de protection de l'autodétermination sexuelle.

Dans la présente réponse à la consultation, la CFQF n'entre pas en matière sur la totalité des propositions, ni sur la systématique de la loi. Elle a préféré exposer les problèmes les plus

importants et les termes de la discussion.

La CFQF demande en outre que les dispositions pénales en matière sexuelle, qu'elles soient nouvelles ou reprises, soient **systématiquement formulées de manière épiciène**. La contradiction entre la formulation neutre sur le plan du genre des art. 189 et suivants AP-CP et l'emploi du terme « auteur » dans les al. 3 est particulièrement frappante.

II. Appréciation des dispositions

1. Art. 187 AP-CP : Actes d'ordre sexuel avec des enfants

Il convient de **saluer** les adaptations rédactionnelles proposées dans la variante 1 comme dans la variante 2 ainsi que la **suppression du traitement privilégié** sous le ch. 3. Il est juste que le fait d'avoir contracté formellement un mariage ou un partenariat enregistré (peut-être sous la contrainte) ne puisse pas fonder un privilège, contrairement le cas échéant à une relation librement consentie entre l'auteur-e et la victime. Cela pourra toujours être pris en compte au titre des « circonstances particulières » mentionnées sous le ch. 3. La CFQF approuve également la suppression du traitement privilégié dans les **art. 188 et 193 AP-CP**.

Selon la CFQF, il y a lieu de **rejeter** la **qualification proposée** dans la variante 2 (peine minimale d'un an de privation de liberté) lorsque la victime n'a pas 12 ans combinée à l'instauration de « cas de peu de gravité ». Il y a plusieurs raisons à cela :

- L'instauration d'une peine minimale a pour but de montrer que la personne qui abuse d'un enfant aussi jeune a un comportement particulièrement répréhensible. Or, ce signal est immédiatement relativisé par l'introduction, à l'art. 187, ch. 1^{er}, AP-CP, de la notion de « cas de peu de gravité » concernant les atteintes sexuelles, y compris lorsque les victimes ont moins de 12 ans, qui rétrograde cette infraction au rang de délit. Cela paraît contradictoire et incohérent. De plus, il ne faut pas oublier que l'âge de l'enfant n'est pas le seul facteur qui fait que les abus sexuels provoquent des dommages graves chez les victimes. Contrairement à ce qui est communément admis, l'expérience montre que les séquelles corporelles et psychiques sont le plus systématiquement corrélées avec la durée des abus subis, avec les formes de violence subies et plus spécialement avec la nature du lien entre la victime et l'auteur-e¹.
- Non seulement l'introduction d'un « cas de peu de gravité » est contraire à l'idée fondamentale sur laquelle repose la peine minimale proposée dans la variante 2. Mais en outre, elle pourrait accroître le danger de victimisation secondaire des personnes abusées. En effet, l'avant-projet ne définit pas les « cas de peu de gravité ». Si l'on s'en tient au texte allemand du rapport explicatif, le critère de l'intensité objective de l'acte sexuel est mentionné uniquement à titre d'exemple (cf. p. 17). Il n'est pas exclu que le comportement prétendument « provocateur » de la victime, son comportement après l'acte ou l'absence prétendue de dommages subis par la victime puissent être invoqués pour convaincre le tribunal que le cas est de peu de gravité. Cette nouvelle disposition pourrait ainsi ouvrir la porte à des stratégies de défense visant à culpabiliser les victimes, ce qu'il faut absolument éviter.

¹ Il suffit de lire GÖRGEN ET AL., Langfristige Folgen sexuellen Missbrauchs Minderjähriger, Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie 6/2012, p. 3 ss.

2. Art. 187a AP-CP : Atteintes sexuelles

Remarques liminaires

La nouvelle infraction d'atteinte sexuelle prévue à l'art. 187a AP-CP vise à répondre aux critiques formulées dans la doctrine, la pratique et les milieux politiques ainsi qu'à harmoniser le droit pénal en matière sexuelle avec les normes du droit international en matière de violence sexualisée. Il est **urgent** de réformer le droit pénal en matière sexuelle.

Le viol est considéré comme un délit bénéficiant d'une **quasi-impunité**, et pour cause : des études montrent qu'une femme sur dix subit des violences sexuelles à un moment ou à un autre de sa vie et que seule une petite partie des victimes dénonce ces faits à la police. Selon une étude de gfs.bern de 2019, seulement 8 % des victimes portent plainte². Et dans les rares cas où les victimes dénoncent les violences qu'elles ont subies, la probabilité d'une condamnation est faible : selon une étude récente, **le taux de condamnation pour viol et contrainte sexuelle est terriblement bas** ; il n'atteint même pas 10 % dans de nombreux cantons³.

Outre qu'il est spécialement difficile d'apporter la preuve de ce délit, le **droit en vigueur** empêche souvent d'entamer des poursuites pénales. L'étude de cas pratiques montre que les personnes prévenues peuvent sciemment passer outre un « non » clair sans pour autant se rendre punissables de viol ou de contrainte sexuelle car, si la victime n'oppose pas la résistance qui est attendue d'elle, l'auteur·e n'a pas besoin d'utiliser de moyen de contrainte et l'infraction de viol ou de contrainte sexuelle n'est pas constituée⁴.

L'idée que personne ne tolérerait une atteinte sexuelle sans acte de contrainte préalable, qui est reprise dans le rapport explicatif (cf. p. 21 : « Quelque chose s'est passé entre le "non" exprimé et l'acte d'ordre sexuel consommé »), passe à côté de la réalité vécue par de nombreuses victimes. Les raisons pour lesquelles des personnes capitulent ou sont incapables de réagir lorsque leur « non » est ignoré sont multiples et variées : les victimes sont tout simplement en état de stress extrême, sont submergées de honte voire tombent dans un état de sidération dont l'auteur·e de l'agression ne comprend pas toujours la nature⁵. Cet état de sidération, qui paralyse les victimes (« freezing »), est une réaction biologique parfaitement naturelle face à une situation de danger. Selon les centres d'aide aux victimes, il est fréquent que les personnes qui ont subi un viol sans acte de contrainte renoncent d'emblée à porter plainte lorsqu'elles apprennent que l'acte de violence qu'elles-mêmes considèrent comme une lourde atteinte à leur intégrité sexuelle ne sera pas considéré comme tel juridiquement parce qu'elles n'ont pas subi de contrainte. Il faut réformer le droit pénal en matière sexuelle

² gfs.bern, Befragung sexuelle Gewalt an Frauen, 17 mai 2019 : selon cette enquête sur la violence sexuelle à l'encontre des femmes réalisée sur mandat d'Amnesty International Suisse, 12 % des femmes interrogées ont subi des rapports sexuels non consentis depuis l'âge de 15 ans. Voir aussi : Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), Violence à l'égard des femmes : une enquête à l'échelle de l'UE, 2014, p. 9 : « Depuis l'âge de 15 ans, une femme sur 10 a subi une forme de violence sexuelle et une femme sur 20 a été violée. »

³ Baier, Entwicklung von Gewaltstraftaten in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Verurteiltenstatistik, Kriminalistik. 4/2021, p. 223.

⁴ SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz: Grundlagen und Reformbedarf, 1^e éd., Berne/Baden-Baden 2018, SCHEIDEGGER ET AL., Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, in: *sui-generis* 2020, p. 57 ss.

⁵ Voilà qui contredit la thèse défendue par le P^r Niggli selon laquelle les situations de sidération sont prises en compte dans la notion d'acte sexuel commis sur une personne incapable de résistance car, selon l'art. 191 CP, il faut que la personne qui commet l'acte soit consciente de l'incapacité de résistance de la victime. Cf. interview du P^r Niggli dans la NZZ am Sonntag du 9.1.2021.

de manière à conforter ces victimes dans leur perception instinctive des faits afin qu'elles **portent davantage plainte**. En Allemagne et en Suède, la réforme du droit pénal dans ce sens et la sensibilisation de la population qui l'a accompagnée ont conduit à une forte hausse du nombre de plaintes déposées⁶.

Contrairement à ce que l'on entend régulièrement dans le débat public, cette réforme n'entraînerait **pas un renversement du fardeau de la preuve**⁷. Il resterait nécessaire de prouver que la personne prévenue a commis l'acte sexuel, mais aussi que l'acte n'était pas consenti. Les difficultés que cela pose ne sont ni nouvelles ni insurmontables. Sous le droit en vigueur, il n'est pas rare que les preuves indubitables fassent défaut : si la personne prévenue conteste avoir menacé la victime ou lui avoir immobilisé les mains, c'est sa parole contre celle de la victime. Il est d'ailleurs tout à fait possible que le défaut de consentement à un contact sexuel soit démontré même en l'absence de recours à la contrainte, comme le montrent des jugements critiqués dans lesquels, malgré la *démonstration* du défaut de consentement, une *relaxe* a été prononcée. De plus, les premiers enseignements tirés de l'application du modèle du consentement en Suède montrent que les difficultés de preuve attendues ont plutôt été surestimées⁸.

Le fait de prévoir un nouvel élément constitutif d'infraction ne change rien aux difficultés en matière de preuve. Il ne faut donc pas donner de faux espoirs aux victimes. Mais si les preuves nécessaires peuvent être apportées dans un cas concret, il est important que l'on dispose des instruments nécessaires pour pouvoir condamner et sanctionner de manière appropriée la personne qui a commis les faits. De plus, ce n'est pas la même chose pour les victimes de voir la procédure pénale classée pour cause d'absence de preuves ou, comme cela se produit à l'heure actuelle, parce que le comportement reproché à la personne prévenue ne constitue pas un crime ou un délit au motif que la victime n'a pas subi une contrainte encore plus forte que celle de l'acte subi⁹. Étroitement liée à la question de l'appréciation des preuves et à la problématique des preuves en générales, la crainte de fausses accusations n'est pas un argument convaincant contre la réforme. Les fausses accusations se produisent, malheureusement, quelle que soit la densité des conditions à remplir pour qu'un acte soit constitutif d'une infraction (viol ou autre). Cette crainte est compréhensible car une accusation de comportement sexuel inapproprié, même fausse, peut suffire à déclencher une forte stigmatisation sociale, Mais elle ne doit pas être exploitée pour argumenter contre l'introduction d'une norme pénale en matière sexuelle plus appropriée et plus équitable. Pour lutter contre les fausses accusations, il serait plus efficace d'exiger des enquêtes aussi minutieuses que possibles, l'enregistrement des dépositions et, le cas échéant, le recours à du personnel spécialisé.

⁶ Cf. Brå report 2020, The new consent law in practice, 2020. Concernant l'Allemagne, lire Biedermann/Volbert, Empirische Erkenntnisse zur Reform des Sexualstrafrechts in Bezug auf die §§ 177 und 184 i StGB und daraus resultierende Schlussfolgerungen für die Vernehmungsgestaltung, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, vol. 103, cahier 4, p 250 ss, qui explique la hausse entre autres par la plus grande propension à porter plainte.

⁷ Les explications de la Cour suprême suédoise à ce sujet sont édifiantes : cf. arrêt B 1200-19 du 11 juillet 2019, n. 16.

⁸ Cf. Brå report 2020, The new consent law in practice, 2020 ; et les explications de l'avocate suédoise Silvia Ingolfsdottir Åkermar dans une interview au Tagesanzeiger du 28.6.2019.

⁹ Concernant l'ensemble de cette question, lire Scheidegger et al.

Ad art. 187a, al. 1

La CFQF salue l'orientation de de l'art. 187a AP-CP. Elle considère que cette disposition fait un pas dans la bonne direction, mais au final la solution proposée reste insuffisante à bien des égards.

Tout d'abord, la CFQF est résolument opposée à la conception de l'atteinte sexuelle comme une **infraction autonome**. L'introduction d'une infraction distincte renforce le stéréotype classique du viol comme étant un rapport sexuel *imposé par la violence*. Il est important de relever à ce propos que, selon le GREVIO, le modèle à deux infractions qui distingue le « vrai viol » du « rapport sexuel sans consentement » n'est pas conforme à la Convention d'Istanbul¹⁰. La CFQF demande donc d'intégrer l'art. 187a, al. 1, AP-CP dans les articles 189 et 190 AP-CP (voir en fin de document).

La CFQF est également déçue que le **modèle du consentement** n'ait pas été retenu au lieu du modèle du veto (« non, c'est non ») et elle invite instamment le Conseil fédéral à revenir sur cette décision de fond. Ce choix est important du point de vue sociétal car le modèle du consentement apporte un changement de paradigme plus clair que le modèle du veto concernant le traitement de la violence sexuelle. Dans la pratique pénale, il est probable que le choix du modèle aura des incidences bien moins prononcées qu'on ne le pensait jusqu'ici, d'autant que les deux modèles ont d'importants aspects en commun. Dans les cas où le défaut de consentement est tout à fait évident (actes sexuels commis par surprise, en particulier du fait d'une personne inconnue, « non » explicite ou tacite), les deux modèles ne diffèrent pas. Dans les cas moins clairs ou ambivalents, qui se sont déroulés par exemple dans le cadre d'une rencontre sexuelle d'abord consentie, le modèle du consentement requiert lui aussi, ne serait-ce que pour établir l'intention de l'auteur-e, que la victime ait exprimé son changement d'avis et donc son défaut de consentement par un « non ! » explicite ou par un comportement tacite pouvant être clairement compris comme un « non ». Il est donc injustifié de prétendre que la solution du consentement est difficile à mettre en pratique. Il faut également s'inscrire en faux contre l'assertion figurant dans le rapport explicatif selon laquelle la solution du consentement « n'a pas vraiment été examinée et développée par les milieux scientifiques compétents ». Certains pays d'Europe et de nombreux États des États-Unis connaissent depuis des années voire des décennies une infraction de viol fondée sur le modèle du consentement, laquelle a fait l'objet de multiples études. Il ne manque donc pas d'ouvrages de recherche et de doctrine sur le sujet¹¹.

Indépendamment de la classification de la nouvelle infraction dans la systématique et du choix

¹⁰ GREVIO, 1^{er} rapport général sur les activités du GREVIO, avril 2020, § 62, <https://rm.coe.int/1er-rapport-general-sur-les-activites-du-grevio/16809e1a42>.

¹¹ Pour ne citer que quelques uns : ARCHARD, *Sexual Consent*, Westview 1998 ; MADDEN DEMPSEY, *Victimless Conduct and the Volenti Maxim : How Consent Works*, *Criminal Law and Philosophy* 7, 2013, p. 11 ss ; MADDEN DEMPSEY /HERRING, *Why Sexual Penetration Requires Justification*, in : *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 3, 2007, p. 467 ss ; DRIPPS, *Beyond Rape : An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent*, in : *Columbia Law Review* 92, 1992, p. 1780 ss ; GAUTHIER, *Consent, Coercion, and Sexual Autonomy*, in : Burgess-Jackson (éd.), *A most Detestable Crime*, New York 1999, p. 71 ss ; Green, *Consent and the Grammar of Theft Law*, in : *Cardozo Law Review*, 28, 6, 2007, p. 2505 ss ; MCGREGOR, *Force, Consent, and the Reasonable Woman*, in : Coleman/Buchanan (éd.), *In Harm's Way : Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge University Press 1994, p. 231 ss ; MCGREGOR, *Is it Rape ? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Ashgate 2005 ; REMICK, *Read Her Lips : An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape*, *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 3, 1993, p. 1103 ss ; WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge 2003, WESTEN, *The Logic of Consent – The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Aldershot 2004 ; WESTEN, *Some Common Confusions About Consent in Rape Cases*, in : *OSJCL*, 2, n° 1, 2004, p. 332 ss.

du modèle, la **quotité de peine** proposée est fortement critiquable, en tout cas en ce qui concerne les situations visées à l'art. 187a, al. 1, AP-CP. La peine prévue est une privation de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, ce qui ravale l'atteinte sexuelle au rang de délit. Il est impossible de se rallier à ce choix pour plusieurs raisons. Le fait que la sanction encourue est bien inférieure à celle prévue à l'art. 190 CP indique implicitement que la partie la plus importante du tort subi lors d'un viol est imputable non pas à la violation de l'autodétermination sexuelle, mais à la contrainte. C'est une erreur¹². Le non-respect de l'autodétermination sexuelle constitue également un tort grave en tant que tel parce qu'il touche à un domaine éminemment personnel. Cela doit se refléter dans la quotité de la peine sanctionnant l'infraction de base¹³. Il y a également lieu de contester la qualification des atteintes sexuelles en délit si l'on considère le rapport entre le vol et le brigandage : pourquoi le vol, qui est l'infraction de base du brigandage, est-il érigé en crime alors que dans le domaine sexuel, où le bien juridique impliqué a une valeur nettement supérieure, l'infraction de base aurait seulement la qualification d'un délit ? Il est tout simplement hors de proportion que les atteintes sexuelles soient placées dans la même catégorie que la violation de domicile (art. 186 CP) ou l'accès indu à un système informatique (art. 143^{bis} CP). La CFQF demande donc instamment que le droit pénal en matière sexuelle soit adapté au système de valeurs de la société actuelle aussi en ce qui concerne la quotité de peine.

La commission salue par contre très clairement la décision de faire des atteintes sexuelles un **délit poursuivi d'office** et de ne pas inscrire l'art. 187a AP-CP dans le **catalogue de l'art. 55a CP**.

Ad art. 187a, al. 2

L'art. 187a, al. 2, AP-CP vise certaines formes de tromperie dans le domaine sexuel. Le principe sur lequel repose cette disposition mérite d'être salué car les comportements trompeurs portent atteinte à l'autodétermination sexuelle. En revanche, on ne comprend pas pourquoi les cas de tromperie réprimés pénalement sont limités aux tromperies sur l'indication médicale ou thérapeutique d'un acte sexuel. On observe parfois dans la pratique des cas de tromperie sur l'identité, dans lesquels la personne prévenue s'est présentée comme une connaissance personnelle de la victime et a ainsi obtenu son consentement par la ruse. La CFQF insiste auprès du Conseil fédéral pour qu'il revoie le champ des tromperies visées en se demandant s'il ne convient pas de l'étendre.

3. Art. 189, 190 et 191 AP-CP

La CFQF **salue clairement** l'adaptation de la **teneur** des art. 189 et 190 AP-CP à la jurisprudence fédérale. Elle **se félicite** de l'abandon à l'art. 191 AP-CP du terme stigmatisant « Schändung » dans le titre marginal en allemand, au profit d'une expression plus neutre correspondant à l'actuel titre marginal en français (« Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance »). En effet, il ne faut pas sous-estimer l'importance que revêt la désignation d'un acte pour les victimes. La commission approuve également l'abandon, à

¹² SCHEIDEGGER **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, n. 611.

¹³ P. ex. GARDNER/SHUTE, *The Wrongness of Rape*, 24 ss.

l'art. 191 AP-CP, de la notion de connaissance de l'incapacité de la victime, dont une interprétation erronée pourrait faire croire que les actes commis par dol éventuel échappent à cette disposition. Cette clarification est donc positive.

En outre, la CFQF se prononce pour la **variante 2** et, donc, pour l'extension de la définition du viol à l'art. 190 CP (ainsi que, par voie de conséquence, pour l'introduction à l'art. 191 AP-CP d'une peine minimale pour les actes analogues à l'acte sexuel). Même si les *engagements* de droit international n'imposent pas explicitement de modification sur ce point, il est fortement recommandé de formuler le droit pénal en matière sexuelle de manière plus neutre du point de vue du genre¹⁴, d'autant que rien ne permet de justifier le statut à part actuellement conféré aux rapports sexuels vaginaux¹⁵. D'ailleurs, la variante 2 ne ferait que transposer dans la loi ce qui est établi depuis longtemps dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, à savoir que les actes analogues à l'acte sexuel doivent être sanctionnés par des peines à peu près aussi lourdes que la commission de l'acte sexuel sous la contrainte.

En ce qui concerne la formulation concrète proposée, la CFQF souhaite néanmoins relever que d'autres actes sexuels que la pénétration ou la manière dont ces actes sont commis peuvent être particulièrement traumatisants et humiliants pour les victimes. Elle suggère donc de rajouter « notamment » ou « en particulier » dans les art. 190 et 191 AP-CP afin que d'autres actes d'ordre sexuel que ceux comportant une pénétration puissent être exceptionnellement considérés comme constitutifs d'un viol ou d'une infraction visée à l'art. 191, al. 2, AP-CP. On pense d'une part au coït intercrural, qui peut être extrêmement traumatisant pour les enfants¹⁶. D'autre part, la formulation « qui implique une pénétration de son corps » requiert une pénétration de la victime. Or, cela ne tient pas compte de certaines situations, par exemple celles où une victime masculine est contrainte de pénétrer un autre homme ou de subir une relation bucco-génitale. Cela paraît illogique.

4. Art. 194 AP-CP : Exhibitionnisme

La CFQF privilégie la **variante 1**, qui maintient l'exhibitionnisme dans la catégorie des délits. Cette classification apparaît d'autant plus appropriée que l'exhibitionnisme porte atteinte à l'autodétermination en matière sexuelle au sens large, qui inclut le droit de ne pas être contraint-e de jouer un rôle dans une action sexuelle (avec ou sans contact corporel). Des études récentes montrent en outre que les victimes d'exhibitionnisme peuvent éprouver une grande souffrance¹⁷. La CFQF propose également de donner une **formulation potestative** à l'art. 194, al. 2, variante 1. Cela laisserait la possibilité de ne prononcer qu'une amende (pour délit) dans les cas les moins graves tout en maintenant l'inscription des condamnations pour exhibitionnisme dans le casier judiciaire indépendamment du montant de l'amende. Des études récentes montrent que les exhibitionnistes ont un taux de récidive élevé et qu'en outre ils sont fréquemment sujets à une escalade, allant jusqu'à commettre des délits sexuels graves¹⁸. Il apparaît

¹⁴ L'art. 4 de la Convention d'Istanbul et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dont la Suisse est membre depuis 1963, recommandent de formuler les dispositions légales relatives au viol et aux atteintes sexuelles de manière neutre du point de vue du genre.

¹⁵ Cf. SCHEIDEGGER, n. 649 ss.

¹⁶ Voir les explications de SCHEIDEGGER, n. 670.

¹⁷ Concernant l'ensemble de cette question, lire KAYLOR, Exhibitionism, in : O'Donohue/Schewe (éd.) Handbook of Sexual Assault and Sexual Assault Prevention, p. 745-760.

¹⁸ Ibid. Ce constat amène à porter un regard critique en particulier sur la variante 2. Selon le rapport explicatif, un cas grave pourrait être réalisé si l'on se trouve en présence d'un récidiviste notamment. Sans inscription dans le casier

donc judicieux et important de concevoir l'art. 194 CP de façon à ce que les récidivistes puissent être repérés.

5. Art. 197 AP-CP : Pornographie

La CFQF **rejette** les modifications de l'**art. 197, al. 4 et 5, AP-CP** visant à ne plus qualifier de pornographie dure les objets ou représentations pornographiques ayant comme contenu des actes de violence entre adultes. En effet, le lien problématique entre fantasmes sexuels et fantasmes de violence peut précisément être à l'origine d'actes de violence sexualisée. Autoriser la fabrication, la diffusion, la possession et la consommation d'objets ou de représentations de pornographie violente dans lesquels il n'est pas manifeste que la victime consent aux actes de violence est en contradiction avec l'intention du législateur – que partage la CFQF – d'endiguer la violence sexualisée.

La commission se félicite également de l'**extension aux jeunes de la réglementation dérogatoire** afin d'éliminer la dérangeante asymétrie par rapport à l'art. 187 CP. Mais par sa précision, la disposition proposée élargit fortement le champ d'une infraction déjà définie très en détail, ce qui nuit nécessairement à son intelligibilité et à sa clarté. Vu les destinataires finaux de la norme dérogatoire, la CFQF demande que l'on réfléchisse à une formulation plus synthétique et plus facile à comprendre de l'infraction en général et de la réglementation dérogatoire en particulier.

La CFQF accueille favorablement la réglementation proposée à l'**art. 197, al. 8, AP-CP**. Néanmoins, sa formulation pourrait induire en erreur et laisser penser que la non-punissabilité de la personne figurant sur la représentation dépend de la non-punissabilité de la personne à l'origine de la représentation. Or, telle ne semble pas être l'intention (cf. rapport explicatif, p. 40). La CFQF propose donc de modifier la formulation de l'art. 197, al. 8, AP-CP. Le nouvel **art. 197, al. 8^{bis}, AP-CP** répond à la problématique des mineurs qui, selon le droit en vigueur, se rendent punissables de fabrication et de diffusion de pornographie enfantine lorsqu'ils font des photographies pornographiques de leur propre personne et les envoient à leur partenaire (« sextos »). La CFQF est convaincue que la pénalisation n'est pas un outil approprié pour protéger les personnes mineures. En effet, il y a tout lieu de penser que la sensibilisation aux conséquences potentielles des sextos, en particulier en milieu scolaire, est plus efficace sur ce plan alors que la pénalisation pourrait avoir des effets indésirables. Il est à craindre en particulier que les personnes mineures qui ont transmis des représentations pornographiques de leur propre personne et qui en subissent ensuite des conséquences négatives (diffusion incontrôlée, mobbing, etc.) ne s'adressent que trop tard aux centres de consultation et aux autorités de poursuite pénale par peur d'être poursuivies pour leurs propres actes. C'est pourquoi la CFQF est globalement favorable à la **variante 2**, même si elle comporte le risque d'une pénalisation inutile et contre-productive des personnes mineures qui transmettent les représentations dans la mesure où elle soumet la non-punissabilité à trois conditions cumulatives. Il découle de ces conditions que la personne qui transmet des selfies pornographiques à une personne qui a plus de trois ans d'écart avec elle ou qu'elle ne connaît pas se rend punissable. Cette pénalisation est d'autant plus problématique qu'elle concerne des situations dans lesquelles le danger de diffusion incontrôlée a tendance à être plus élevé. La CFQF propose donc de revoir le contenu de l'art. 197, al. 8^{bis}, variante 2.

judiciaire dès la première infraction, il est difficile voire impossible de repérer les récidivistes.

6. Art. 197a AP-CP : Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles

Si la CFQF se félicite que l'on cherche à mieux protéger les enfants des atteintes dans l'espace numérique, elle **doute** néanmoins que l'art. 197a AP-CP soit un instrument approprié et suffisamment bien pensé pour cela. Selon elle, en effet, cette disposition présente un certain nombre de **défauts**, dont voici quelques exemples :

- La teneur de la disposition et les commentaires figurant dans le rapport explicatif se contredisent en ce qui concerne le cercle des victimes potentielles : la disposition fixe clairement la limite d'âge à 16 ans tandis que le rapport explique que la deuxième variante de la disposition (pédopiage pour fabriquer des produits de pornographie infantile) offre une protection pénale à *toutes* les personnes mineures (rapport explicatif, p. 45).
- Il n'y a pas de raison pour que les exceptions à la règle statuées à l'art. 187, ch. 2 et 3, s'appliquent dans les cas visés à l'art. 197a AP-CP, mais pas la nouvelle exception pour les jeunes d'âge proche prévue à l'art. 197, al. 8 et 8^{bis}, AP-CP.
- Il n'y a pas d'explications sur la manière dont l'art. 197a AP-CP dans la variante 2 (pédopiage pour fabriquer de la pornographie infantile) s'articulera avec l'art. 197, al. 3, CP (« Quiconque recrute un mineur pour qu'il participe à une représentation pornographique... »).

Le nouvel art. 197a AP-CP n'avance que marginalement le stade de la punissabilité par rapport à l'actuelle jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le début de la tentative d'acte sanctionné par l'art. 187 CP, ce qui donne au pédopiage un champ d'application plutôt limité. La commission doute fortement que cette maigre avancée vaille la peine par rapport au manque de clarté entourant l'infraction de pédopiage. Il lui paraît plus efficace d'adapter l'art. 198 AP-CP (voir ci-dessous).

7. Art. 198 AP-CP : Nuisances sexuelles

Le harcèlement sexuel se déroule de plus en plus souvent dans l'espace numérique, sur Internet et sur les réseaux sociaux. La CFQF adhère totalement au but d'adapter l'art. 198 CP à la numérisation croissante et d'améliorer la protection des personnes mineures.

La commission **approuve** la proposition de rajouter le terme « **images** » à l'art. 198, al. 2, CP. Envoyer des images d'organes génitaux constitue sans aucun doute une atteinte à l'intégrité sexuelle de la personne qui n'a pas demandé à être confrontée à des contenus à caractère sexuel, même s'il s'agit d'une atteinte mineure. La CFQF propose en outre de faire figurer explicitement dans les moyens employés les « **écrits** » et les « **technologies de l'information et de la communication** » (TIC)¹⁹. On peut se rallier au rapport explicatif lorsqu'il rappelle que des « paroles » peuvent être écrites ou prononcées et que l'art. 198, al. 2, CP, dans sa version actuelle, est en principe applicable aux dialogues via les TIC. Néanmoins, le Tribunal fédéral soumet cette application à la condition que la victime prenne connaissance directement de l'assertion nuisible, bien que rien dans la teneur de la disposition ne l'exige ou ne le suggère. Or,

¹⁹ Lire p. ex. FONANTIVE/SIMMLER, Gefahr im Netz: Die unzeitgemässe Erfassung des Cybergroomings und des Cyberharassments im schweizerischen Sexualstrafrecht - Zur Notwendigkeit der Modernisierung von Art. 198 StGB, ZSR 135/2016, p. 500 s.

cette condition est difficile à remplir lorsque le harcèlement a lieu dans l'espace virtuel, par écrit ou par d'autres moyens²⁰. L'ajout des écrits et des technologies de l'information et de la communication dans les moyens énoncés établirait clairement que les nuisances dont la victime prend connaissance sur Internet ou sur les réseaux sociaux avec un décalage dans le temps peuvent être considérées comme du harcèlement sexuel.

Sur le principe, la CFQF **salue** la proposition d'ériger en **délict poursuivi d'office** les nuisances sexuelles à l'encontre d'enfants de moins de 12 ans. La réglementation actuelle pose problème en particulier en ce qui concerne les actes commis dans l'espace virtuel, d'autant que ni les personnes exploitant des forums de discussion ni d'autres tierces personnes qui repèrent un acte de harcèlement sexuel dans un forum ne sont habilitées à déposer une dénonciation pénale. Avec un délict poursuivi d'office, les autorités de poursuite pénale n'auront plus besoin d'attendre la réception d'une dénonciation pénale, de surcroît dans des délais utiles ; elles pourront poursuivre la personne qui a commis les faits dès qu'elles en ont connaissance, que ce soit de leur propre fait ou après avoir été alertées par des tierces personnes non impliquées (p. ex. des enseignant·e·s). Toutefois, la CFQF suggère de revoir la **limite d'âge** de 12 ans et de prévoir plutôt que les délits visés à l'art. 198 CP sont poursuivis d'office si la victime est âgée de **moins de 16 ans**. Contrairement à ce qui est exposé dans le rapport explicatif, les valeurs que défend notre droit pénal veulent que les enfants jusqu'à 16 ans soient protégés contre les actes importuns à caractère sexuel commis par des adultes parce qu'ils n'ont pas encore la maturité, la compétence et l'autonomie voulues. La CFQF estime par conséquent qu'il ne convient pas de leur faire porter le fardeau, excessif pour leur âge, de décider de porter plainte ou non avant 16 ans, l'âge de la majorité sexuelle.

²⁰ P. ex. dans le cas de Nathalie Rickli, cf arrêt du Tribunal fédéral. 6B_69/2019 du 4.11.2019, consid. 2.3.

III. Récapitulatif de la position de la CFQF au sujet des différentes dispositions

Sur la base des explications qui précèdent, voici la position de la CFQF concernant les différentes dispositions de l'avant-projet de loi.

Disposition	Position de la CFQF
Art. 187 AP-CP	Approbation de la variante 1 .
Art. 187a AP-CP	Recommandation de la CFQF : intégration de l'art. 187a, al. 1, AP-CP dans l'art. 189 s. CP en conservant et en élargissant l'art. 187a, al. 2, AP-CP. Éventualité : approbation de l'art. 187a AP-CP si l'infraction est qualifiée de crime.
Art. 188 AP-CP	Approbation de la proposition.
Art. 189 AP-CP Art. 190 AP-CP Art. 191 AP-CP	Recommandation de la CFQF : intégration de l'art. 187a, al. 1, AP-CP dans l'art. 189 s. CP en conservant et en élargissant l'art. 187a, al. 2, AP-CP. Par ailleurs, approbation de la variante 2 .
Art. 192 AP-CP	Approbation de la proposition (biffer l'art. 192 CP).
Art. 193 AP-CP	Approbation de la proposition.
Art. 194 AP-CP	Approbation de la variante 1 avec la suggestion d'employer une formule potestative concernant les cas de peu de gravité.
Art. 97 AP-CP	Rejet de la proposition concernant les al. 4 et 5. Approbation après modification de la réglementation proposée dans la variante 2 (cf. explications plus haut).
Art. 197a AP-CP	Approbation de la variante 2 (pas de nouvelle réglementation).
Art. 198 AP-CP	Approbation de la proposition concernant l'al. 1 avec la suggestion de mentionner explicitement les écrits et les technologies de l'information et de la communication. Concernant l'al. 2, approbation de la variante 1 avec la suggestion de fixer la limite d'âge à 16 ans.
Art. 200	Approbation de la proposition

IV. Proposition de reformulation des art. 189 et 190 CP

Art. 189 AP-CP « Atteinte sexuelle » (pour les actes de peu de gravité)

¹ Quiconque, sans l'accord / sans le consentement d'une autre personne, commet sur elle un acte d'ordre sexuel est puni d'une peine privative de liberté **de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire**.

^{1bis} Quiconque, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant une pression d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, la contraint à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel est puni d'une peine privative de liberté **de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire**.

² ... (Abrogé)

³ Si **la personne auteure** agit avec cruauté, si **elle** fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, elle est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au moins.

Proposition neutre, mais entièrement reformulée : « Si l'acte est commis avec cruauté, en faisant usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la personne qui l'a commis est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au moins. »

Art. 190 « Viol » (pour les actes représentant une atteinte importante)

¹ Quiconque, sans l'accord / sans le consentement d'une autre personne, commet sur elle l'acte sexuel ou un acte analogue, **en particulier** qui implique une pénétration dans le corps, est puni d'une peine privative de liberté **de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire**.

^{1bis} Quiconque, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant une pression d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, la contraint à commettre ou à subir l'acte sexuel ou un acte analogue, **en particulier** qui implique une pénétration dans le corps, est puni d'une peine privative de liberté **de dix ans au plus**.

² (Abrogé)

³ Si **la personne auteure** agit avec cruauté, si **elle** fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, elle est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au moins.

Proposition neutre, mais entièrement reformulée : « Si l'acte est commis avec cruauté, en faisant usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la personne qui l'a commis est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au moins. »