

13 AOUT 2015

Le Bâtonnier

Par porteur

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ
ET DE L'ÉCONOMIE
7, Place de la Taconnerie
Case postale 3962
1211 Genève 3

A l'att. de M. Christophe Marguerat,
Directeur

Genève, le 13 août 2015

Concerne : Consultation fédérale – modification du code pénal et du code pénal militaire en relation avec la mise en œuvre de l'article 123c Cst.

Monsieur le Directeur,

Nous faisons suite à votre courrier du 1^{er} juin 2015, par lequel vous sollicitez notre détermination.

L'Ordre des avocats est bien sûr convaincu de la nécessité de protéger les enfants et les personnes particulièrement vulnérables des abus sexuels.

Cela étant, il ne peut adhérer à ce projet qui contrevient, comme l'article 123c Cst., à des principes fondamentaux de l'Etat de droit, notamment le principe de la proportionnalité. Le Conseil fédéral donne d'ailleurs lui-même, dans son rapport explicatif, les raisons de ne pas appuyer les modifications proposées du code pénal et du code pénal militaire.

Voici nos principales observations :

Initiative « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants »

1. La question soumise au peuple et aux cantons le 14 mai 2014 était la suivante :

« Acceptez-vous l'initiative populaire : Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants ? »

2. Au-delà du titre même de l'initiative, les initiants ne visaient que les pédophiles (www.protegeons-les-enfants.ch).
3. Pour le Conseil fédéral, il allait de soi que les personnes, en particulier les pédophiles, condamnés pour une infraction sexuelle commise sur un enfant ne devaient plus pouvoir travailler avec des enfants ; c'est la raison pour laquelle il avait entrepris une modification du droit pénal, acceptée par le Parlement, avant même le dépôt de l'initiative. Pour le Conseil fédéral, l'initiative était dès lors inutile, ce d'autant plus qu'elle contrevenait à des principes juridiques cardinaux (brochure aux citoyens, p. 23) :

« En exigeant une interdiction à vie obligatoire, l'initiative met le Conseil fédéral, le Parlement et les tribunaux face à un dilemme. Faut-il, en cas d'acceptation de l'initiative, mettre celle-ci en œuvre à la lettre, enfreindre le principe de la proportionnalité et prendre le risque de problèmes juridiques ? Ou faut-il la mettre en œuvre sans perdre le sens de la mesure, s'éloigner de la lettre et décevoir ainsi les attentes placées dans l'initiative ? Le Conseil fédéral souhaite éviter ce dilemme et rejette pour cette raison l'initiative. »

4. Le Parlement n'a donné aucune recommandation de vote, dès lors que si le Conseil national a approuvé l'initiative, le Conseil des Etats l'a rejetée.
5. Le 18 mai 2014, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative.

Rapport explicatif concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire

Violation du principe de proportionnalité

6. Vu l'issue du scrutin, le Conseil fédéral a été « *contraint* » de mettre en œuvre l'article 123c Cst. dans le code pénal et le code pénal militaire.
7. Sa position inconfortable ressort du rapport explicatif.

Déjà dans le chapitre introductif « *Condensé* », il stigmatise derechef le conflit entre la nouvelle norme constitutionnelle et d'autres règles juridiques cardinales et supérieures (rapport, p. 2) :

« La nouvelle norme entre en conflit avec des principes constitutionnels existants (en particulier le principe de proportionnalité) et le droit international, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme. Une clause est prévue à titre d'option 1 pour limiter ce conflit autant que possible : le juge pourra renoncer à prononcer une interdiction d'exercer une activité de manière exceptionnelle dans les cas de peu de gravité dans lesquels elle n'est manifestement ni nécessaire ni raisonnable. Il est toutefois exclu de laisser cette marge d'appréciation au juge pour certaines infractions. L'option 2 consiste à renoncer à cette clause. »

- a. Même si l'option 1 heurte moins le principe de la proportionnalité que l'option 2, elle n'est pas acceptable, puisque toute marge d'appréciation est exclue pour un certain

nombre d'infractions, la loi sous-tendant, par une présomption irréfragable, qu'il n'existe pas de cas de peu de gravité pour les infractions sexuelles les plus lourdes, quelle que soit la peine infligée.

De plus, dans les cas de peu de gravité, le juge ne peut renoncer à une interdiction à vie d'exercer une activité qu'à des conditions très restrictives : soit s'il n'est pas « *manifestement ni nécessaire ni raisonnable de l'infliger à l'auteur* ».

Le Conseil fédéral émet d'ailleurs des doutes sur cette option (rapport, p. 20) :

« L'art. 8 CEDH, qui consacre le droit au respect de la vie privée, impose un examen de la proportionnalité pour toute restriction de ce droit. La clause applicable aux cas de peu de gravité, tout en constituant un pas dans cette direction, n'écarte pas entièrement le danger d'une condamnation par la Cour EDH pour violation de la convention dans un cas concret ... »

Il l'a redit dans le chapitre « *Appréciation de la solution retenue* » (rapport, p. 29).

b. Selon le rapport (p. 21), il résulte de l'option 2 :

« ... une réglementation rigide, imposant au juge d'infliger une interdiction à vie d'exercer une activité à toute personne qui a été frappée d'une peine ou d'une mesure pour avoir commis une infraction sexuelle sur une personne protégée.

Cet automatisme n'est pas compatible avec les exigences de la Constitution en matière de restriction des droits fondamentaux. Il entre en conflit avec d'autres dispositions de la Constitution et avec la CEDH. Le Conseil fédéral ne considère pas l'option 2 comme une solution défendable. »

8. La problématique de la conformité du projet aux droits fondamentaux, à la CEDH et au Pacte ONU I est également développée au chapitre « *Aspects juridiques* » (rapport, p. 42 à 47).
9. Si le titre de l'initiative et l'argumentaire des initiants ne concernent que les pédophiles, le cercle des auteurs visés par le texte de l'art. 123c Cst. est plus large, ce qui a amené le Conseil fédéral à ne pas réserver l'obligation de prononcer une interdiction à vie d'exercer une activité aux seuls pédophiles, mais à l'étendre à tous les auteurs condamnés pour une infraction sexuelle sur une personne protégée.

A notre sens, au regard du principe visé en marge, le Conseil fédéral est allé trop loin.

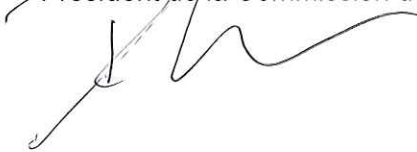
10. Ce principe est également heurté par le fait que, parmi les infractions susceptibles de mener à l'interdiction en question, il y a des infractions qui ne sont poursuivies que sur plainte, ce qui signifie que l'intérêt de l'Etat de les poursuivre est relativement faible et qu'il s'agit d'infractions mineures : l'exhibitionnisme (art. 194 CP) et les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP), cette dernière infraction n'étant de surcroît qu'une contravention.

De plus, il n'est pas raisonnable que l'interdiction à vie ne dépende que de la seule volonté du plaignant. Le Conseil fédéral soutient qu'il « *n'est guère possible d'éviter ces écueils au vu de la formulation de l'art. 123c Cst. (« atteinte à l'intégrité sexuelle »)* » (rapport, p. 18), opinion que nous ne partageons pas, puisque le principe de la proportionnalité doit être respecté.

* * *

Nous vous prions de croire, Monsieur le Directeur, à l'assurance de notre parfaite considération.

Robert Assaël
Président de la Commission de droit pénal



Exct Jean-Marc Carnicé
Bâtonnier

