

Rapport explicatif

**concernant la modification du code pénal et du code pénal
militaire (mise en œuvre de l'art. 123c Cst.)**

Mars 2015

Condensé

Le Conseil fédéral propose de mettre en œuvre la nouvelle norme constitutionnelle intitulée « Mesure consécutive aux infractions sexuelles sur des enfants, des personnes incapables de résistance ou de discernement » en se fondant sur les dispositions du code pénal et du code pénal militaire relatives à l'interdiction d'exercer une activité entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Les nouvelles dispositions sont conçues de manière à concrétiser l'interdiction dans le respect le plus strict possible du texte constitutionnel et à appliquer autant que faire se peut l'automatisme qu'il institue. On prendra en compte les principes constitutionnels existants en incluant dans la loi une clause permettant au juge de renoncer exceptionnellement à des conditions strictes à prononcer une interdiction d'exercer une activité dans les cas de peu de gravité et en instaurant le réexamen des interdictions en cours d'exécution.

Contexte

Le 14 mai 2014, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants ». L'art. 123c inscrit dans la Constitution prévoit que quiconque est condamné pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante est définitivement privé du droit d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes.

Contenu de l'avant-projet

Les dispositions relatives à la nouvelle interdiction d'exercer une activité seront très proches du texte de l'art. 123c Cst. L'interdiction sera prononcée par le juge s'il prononce une peine ou une mesure à l'encontre d'un adulte qui a commis une infraction sexuelle sur un mineur, une personne particulièrement vulnérable, incapable de résistance ou de discernement ou n'ayant pas été en état de se défendre du fait d'un état de dépendance physique ou psychique. La liste des infractions susceptibles de mener à l'interdiction est vaste ; elle comporte aussi bien des crimes et des délits contre l'intégrité sexuelle que des contraventions de cette nature. Le juge devra prononcer systématiquement une interdiction à vie, et ce en principe indépendamment des circonstances du cas concret et de la peine infligée.

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.

On pourra également atténuer quelque peu les contradictions entre l'art. 123c Cst. et les principes de l'état de droit inscrits dans la Constitution dans le cadre de

l'application de l'interdiction. Il est prévu à certaines conditions de permettre le réexamen de cette mesure à la demande du condamné après un certain temps ; celui-ci pourra solliciter sa levée ou l'aménagement de sa durée ou de son contenu. Les pédophiles au sens psychiatrique du terme ne bénéficieront pas de cette possibilité.

Comme dans le droit en vigueur, le respect de l'interdiction sera contrôlé au moyen d'extraits du casier judiciaire (en particulier l'extrait spécial destiné aux particuliers) et d'une assistance de probation ordonnée systématiquement.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation de l'avant-projet	6
1.1 Contexte	6
1.1.1 Chronologie de l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants »	6
1.1.2 La nouvelle norme constitutionnelle	6
1.2 L'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique du droit en vigueur	7
1.3 Conditions de la mise en œuvre de la nouvelle norme constitutionnelle dans la loi	9
1.3.1 Normes méritant concrétisation	9
1.3.2 Principes d'interprétation des nouvelles dispositions constitutionnelles	10
1.3.3 Restriction des droits fondamentaux et proportionnalité	11
1.3.4 Relation entre droit international et initiatives populaires	11
1.4 Notions comprises dans l'art. 123c Cst.	12
1.4.1 Conditions	12
1.4.2 Conséquences juridiques	15
1.5 Proposition de mise en œuvre de l'art. 123c Cst. dans le code pénal	16
1.5.1 Principes	16
1.5.2 Auteurs visés par l'initiative	17
1.5.3 Infractions susceptibles de mener à l'interdiction d'exercer une activité	17
1.5.4 Concrétisation de la notion de condamnation	18
1.5.5 Marge d'interprétation du juge	19
1.5.6 Personnes protégées	21
1.5.7 Perte à vie du droit d'exercer une activité	23
1.5.8 Activités professionnelles ou bénévoles	23
1.5.9 Activités en contact avec des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables, dépendantes ou incapables de résistance ou de discernement	24
1.5.10 Application de l'interdiction d'exercer une activité	24
1.6 Validité temporelle et dispositions transitoires	26
1.7 Validité géographique	26
1.8 Parallélisme des règles dans le code pénal militaire	27
1.9 Exclusion de l'ordonnance pénale et de l'ordonnance de condamnation	27
1.10 Pas d'obligation de prononcer une interdiction à vie d'exercer une activité dans le droit pénal des mineurs	28
1.11 Appréciation de la solution retenue	29
1.12 Droit comparé	30
2 Commentaire des dispositions	31

2.1	Code pénal	31
2.1.1	Art. 19 (irresponsabilité et responsabilité restreinte)	31
2.1.2	Art. 67 (interdiction d'exercer une activité, conditions)	31
2.1.3	Art. 67 <i>a</i> (contenu et étendue)	34
2.1.4	Art. 67 <i>c</i> (dispositions communes, exécution de l'interdiction)	36
2.1.5	Art. 369 (élimination de l'inscription)	38
2.1.6	Art. 369 <i>a</i> (extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers)	39
2.1.7	Art. 371 <i>a</i> (extrait spécial du casier judiciaire destiné à des particuliers)	39
2.2	Code pénal militaire	40
3	Conséquences	40
3.1	Conséquences pour la Confédération	40
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes	41
4	Relation avec le programme de la législature	42
5	Aspects juridiques	42
5.1	Constitutionnalité	42
5.1.1	Compétence législative	42
5.1.2	Conformité aux droits fondamentaux	42
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales	46
5.2.1	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)	46
5.2.2	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (pacte ONU I)	47
5.2.3	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (pacte ONU II)	48
5.2.4	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant	48
5.2.5	Convention du Conseil de l'Europe du 25 octobre 2007 sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote)	48
	Ouvrages	49
	Autres documents	50

1 Présentation de l'avant-projet

1.1 Contexte

1.1.1 Chronologie de l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants »

Les auteurs de l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » ont présenté une liste de signatures à la Chancellerie fédérale le 29 septembre 2009 ; la Chancellerie a clos son examen préalable le 6 octobre 2009¹. Le comité d'initiative a déposé l'initiative avec le nombre de signatures requis le 20 avril 2011 auprès de la Chancellerie, laquelle a décidé le 16 mai 2011 que l'initiative avait abouti, puisqu'elle avait recueilli 111 681 signatures valables². Selon le texte de l'initiative, quiconque est condamné pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante est définitivement privé du droit d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes.

L'initiative a été présentée sous la forme d'un projet rédigé. Le Conseil fédéral lui a opposé un contre-projet indirect qui prévoyait notamment l'extension de l'interdiction d'exercer une profession déjà inscrite dans la loi aux activités non professionnelles, de même que deux formes plus sévères d'interdictions d'exercer une activité pour les infractions commises sur des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. Le contre-projet instaurait par ailleurs une interdiction de contact et une interdiction géographique. La volonté du Conseil fédéral était d'appliquer le principe constitutionnel de la proportionnalité et de garantir le respect du droit international³. Les Chambres fédérales ont examiné le contre-projet indirect comme un projet de loi indépendant de l'initiative populaire et l'ont adopté lors du vote final du 13 décembre 2013⁴. La modification de loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (cf. ch. 1.2)⁵.

Le peuple a accepté l'initiative populaire lors de la votation du 18 mai 2014 par 1 818 822 voix pour et 1 044 704 voix contre ; tous les cantons lui ont donné leur aval⁶.

1.1.2 La nouvelle norme constitutionnelle

L'art. 123c de la Constitution (Cst.)⁷ figure à la section 10 du chapitre 2 « Droit civil, droit pénal, métrologie ». Sa teneur est la suivante⁸ :

¹ FF **2009** 6359

² Décision de la Chancellerie fédérale du 16 mai 2011 concernant l'aboutissement de l'initiative populaire fédérale « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », FF **2011** 4125

³ Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.7.1.

⁴ FF **2013** 8701

⁵ RO **2014** 2055

⁶ FF **2014** 6121

Art. 123c Mesure consécutive aux infractions sexuelles sur des enfants, des personnes incapables de résistance ou de discernement

Quiconque est condamné pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante est définitivement privé du droit d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes.

1.2 L'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique du droit en vigueur

Comme évoqué au ch. 1.1.1, les nouvelles dispositions (art. 67 ss du code pénal, CP⁹) sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Voici les principales mesures qu'elles instituent¹⁰ :

Interdiction générale d'exercer une activité (art. 67, al. 1, CP)

Les dispositions sur l'interdiction d'exercer une profession de l'ancien droit (art. 67, al. 1, aCP) ont été adaptées de manière à inclure les *activités non professionnelles organisées*.

Le juge peut prononcer une interdiction d'exercer une activité si l'auteur a été condamné à *au moins* six mois de peine privative de liberté ou 180 jours-amende en raison d'un *crime* ou d'un *délict*. Si le juge le déclare irresponsable (art. 19, al. 1, CP), il peut tout de même prononcer une interdiction d'exercer une activité (art. 19, al. 3, CP). Il en est de même si le juge atténue la peine en raison de la responsabilité restreinte de l'auteur, et que celle-ci n'atteint pas la limite fixée. L'auteur doit avoir commis l'acte illicite *dans l'exercice de l'activité que le juge va interdire*. Il doit en outre y avoir un pronostic défavorable quant au *risque de récidive* s'il continue d'exercer cette activité.

La *durée* de l'interdiction s'étend de six mois à cinq ans; toute prolongation est exclue (art. 67, al. 6, CP).

L'auteur peut demander un *réexamen* de l'interdiction d'exercer une activité dont il fait l'objet après une période d'exécution de deux ans (art. 67c, al. 5, let. a, CP). Pendant la période d'exécution, le juge peut à certaines conditions *étendre* l'interdiction ou prononcer une interdiction *supplémentaire* du même type (art. 67d, al. 1, CP). Il peut aussi prononcer une telle interdiction *ultérieurement*, pendant que l'auteur exécute une peine privative de liberté ou une mesure entraînant une privation de liberté (art. 67d, al. 2, CP).

⁷ RS 101

⁸ RO 2014 2771

⁹ RS 311.0

¹⁰ Pour plus de détails, cf. le message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.

Interdiction plus sévère d'exercer une activité (art. 67, al. 2 à 4, CP)

L'art. 2 prévoit une interdiction d'exercer une activité visant à protéger les *mineurs* ou d'*autres personnes particulièrement vulnérables*. Il offre une protection accrue en cela que l'interdiction d'exercer une activité peut être prononcée pour un *crime* ou un *délit* commis sur un mineur ou une personne particulièrement vulnérable, mais pas forcément *dans l'exercice de l'activité en question*. Cette interdiction n'est subordonnée à *aucune exigence de peine minimale* (cf. plus haut concernant l'absence de peine pour cause d'irresponsabilité). Il doit néanmoins exister un pronostic défavorable quant au risque que l'auteur commette un *nouvel acte* si, dans son activité, il entretient des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables.

La *durée* de l'interdiction s'étend d'un à dix ans ; si nécessaire, elle peut être prononcée à vie (art. 67, al. 2 et 6, CP). Le juge peut prolonger une interdiction de cinq ans en cinq ans au plus si les conditions nécessaires sont réunies (art. 67, al. 6, CP).

Le *réexamen* d'une interdiction de durée limitée peut avoir lieu après la moitié de la durée de l'interdiction, mais au plus tôt après une période d'exécution d'au moins trois ans (art. 67c, al. 5, let. b, CP) ; il peut avoir lieu après une période d'exécution d'au moins dix ans pour les interdictions à vie (art. 67c, al. 5, let. d, CP).

Si l'acte à l'origine de l'interdiction est une *infraction contre l'intégrité sexuelle d'un mineur ou d'une autre personne particulièrement vulnérable*, l'art. 67, al. 3 et 4 impose au juge de prononcer une interdiction d'exercer une activité.

Pour que cette interdiction impérative soit prononcée, l'auteur doit avoir été condamné à *au moins* six mois de peine privative de liberté ou 180 jours-amende ou à une *mesure* (au sens des art. 59 à 61 ou 64 CP). L'interdiction peut être prononcée suite à des actes qui *n'ont pas été commis dans l'exercice de l'activité que le juge va interdire*. *Aucun pronostic défavorable* n'est requis.

La *durée* de l'interdiction impérative est de dix ans ; elle peut être prononcée à vie si nécessaire (art. 67, al. 6, CP). Le juge peut renouveler une interdiction de durée limitée de cinq ans en cinq ans au plus si les conditions sont réunies (cf. art. 67, al. 6, CP).

Le *réexamen* d'une interdiction de durée limitée peut intervenir après cinq ans (art. 67c, al. 5, let. c, CP), tandis qu'il faut attendre dix ans pour une interdiction à vie (let. d). Le juge peut à certaines conditions étendre une interdiction d'exercer une activité prononcée en vertu de l'art. 67, al. 2 à 4, pendant la période d'exécution ou prononcer une interdiction supplémentaire (art. 67d, al. 1, CP). Il n'est pas exclu non plus que le juge prononce une interdiction ultérieurement, alors que l'auteur est en train de purger une peine privative de liberté ou une mesure entraînant une privation de liberté ; cette possibilité se limite toutefois à l'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 2, CP (art. 67d, al. 2, CP).

Interdiction de contact et interdiction géographique (art. 67b)

L'art. 67b CP instaure une interdiction de contact et une interdiction géographique principalement pour protéger les *victimes potentielles* de violence domestique et de harcèlement obsessionnel (dit « *stalking* »). Ces interdictions ne visent pas spécifiquement à prévenir des actes qui pourraient être commis sur des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables.

Le juge peut prononcer une interdiction de contact ou une interdiction géographique si l'auteur a commis un *crime* ou un *délit*. Une telle interdiction n'est subordonnée à aucune exigence de peine minimale. L'acte commis doit avoir visé une ou plusieurs personnes déterminées, c'est-à-dire pouvant être désignées nommément ou appartenant à un groupe précis¹¹. L'interdiction ne peut en outre être ordonnée que si l'auteur *risque* de commettre de nouveaux *crimes* ou *délits* sur la personne ou les personnes visées (art. 67b, al. 1, CP).

L'interdiction de contact et l'interdiction géographique permettent d'interdire à l'auteur de prendre contact avec la ou les personnes à protéger (cf. art. 67b, al. 2, let. a, CP), de s'en approcher ou d'accéder à un périmètre déterminé autour de son ou de leur logement (let. b) ou de fréquenter certains lieux (let. c).

La *durée* d'une interdiction de ce type est de cinq ans au plus (art. 67b, al. 1, CP) ; le juge, à la demande de l'autorité compétente, peut la prolonger de cinq ans en cinq ans au plus si les conditions sont réunies (art. 67b, al. 5, CP).

La *réexamen* d'une interdiction de contact ou d'une interdiction géographique peut intervenir après une période d'exécution d'au moins deux ans (art. 67c, al. 5, let. a, CP). Le juge peut *l'étendre* pendant l'exécution ou prononcer une *interdiction supplémentaire* (art. 67d, al. 1, CP) ; il peut également prononcer une interdiction *ultérieurement* pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une mesure entraînant une privation de liberté (art. 67d, al. 2, CP).

1.3 Conditions de la mise en œuvre de la nouvelle norme constitutionnelle dans la loi

1.3.1 Normes méritant concrétisation

Ainsi qu'évoqué dans le message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », l'art. 123c Cst. comporte des notions indéterminées, dont on ne peut déduire directement le champ d'application précis. Il n'inclut aucune disposition indiquant comment mettre en œuvre l'interdiction d'exercer une activité¹². Il n'est donc pas directement applicable ; le législateur doit le concrétiser et le compléter.

La mise en œuvre de l'art. 123c Cst. se fera sur la base des dispositions relatives à l'interdiction d'exercer une activité entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (art. 67 ss CP ; cf. ch. 1.2).

Il n'est pas nécessaire d'adapter les dispositions sur l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67b CP), puisque l'art. 123c Cst. ne prévoit pas d'instrument de ce type¹³.

¹¹ Il s'agit de personnes dont on ne connaît pas forcément le nom, mais qui ont une caractéristique commune (par ex. des adolescentes ou des apprentis mineurs). Cf. le message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.2.6 et 6.4.1.

¹² Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 3.1.2 et 4.3.

¹³ Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.2.6.

1.3.2

Principes d'interprétation des nouvelles dispositions constitutionnelles

Pour interpréter la Constitution, il faut tout d'abord partir du texte de la norme, comme on le ferait pour une loi ou une ordonnance (interprétation littérale). Si le texte n'est pas clair ou qu'il permet différentes interprétations, il faut en rechercher la portée véritable. Il faut dès lors recourir à d'autres méthodes d'interprétation portant sur la genèse de la norme (interprétation historique) et son but (interprétation téléologique). Il est judicieux de s'intéresser également à l'importance que la norme revêt dans le contexte des dispositions qui l'entourent (interprétation systématique). Aucune méthode d'interprétation ne prévaut ni ne saurait être utilisée de manière exclusive, qu'il s'agisse d'interpréter la loi ou la Constitution. On utilise les méthodes d'interprétation en parallèle. Il faut évaluer au cas par cas la méthode ou la combinaison de méthodes qui sera la plus appropriée pour faire ressortir le sens intrinsèque de la norme constitutionnelle. On parle à cet égard de pluralisme méthodologique¹⁴. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, il est possible de tenir compte de la volonté des auteurs de la norme constitutionnelle dans le cadre de l'interprétation historique¹⁵.

L'interprétation de la Constitution a ceci de particulier que les normes qu'elle contient sont formulées de manière générale. Celles qui attribuent la compétence de légiférer sont souvent relativement imprécises et ne reflètent qu'un premier consensus sur la nécessité de confier une tâche à l'Etat dans le domaine concerné et sur le but recherché. Elles nécessitent généralement une concrétisation plutôt qu'une interprétation.

Si le constituant n'applique pas lui-même une certaine hiérarchie, le principe qui prévaut est celui de l'égalité des normes constitutionnelles¹⁶, à deux restrictions près toutefois. Les dispositions impératives du droit international reprises dans la Constitution prévalent sur les normes « ordinaires » de celle-ci¹⁷. Par ailleurs, la primauté d'une norme peut découler au cas par cas de la mise en balance de tous les éléments déterminants. Les principes mis au point pour interpréter la loi au sens formel [celui selon lequel le droit plus récent prévaut sur le droit plus ancien (« *lex posterior derogat legi priori* ») et celui selon lequel les normes spéciales priment les normes générales (« *lex specialis derogat legi generali* »)] ne sauraient toutefois s'appliquer de manière systématique à l'interprétation de la Constitution¹⁸.

La mise en œuvre des nouvelles normes constitutionnelles doit prendre en compte deux méthodes d'interprétation spécifiques qui s'ajoutent aux méthodes d'interprétation générales :

- l'interprétation harmonisante¹⁹, qui oblige le législateur à prendre en compte toutes les dispositions de la Constitution avec lesquelles la nouvelle norme pourrait entrer en conflit et d'éviter autant que possible les contradictions ;
- l'interprétation conforme au droit international, qui implique de « respecter » le droit international (art. 5, al. 4, Cst.). Tous les organes de l'Etat doivent en con-

¹⁴ Häfelin/Haller/Keller 2012, n° 130.

¹⁵ Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 8.7.1.2.

¹⁶ Tschannen 2011, § 4 n° 13, § 9 n° 5; Müller 2010 n° 7; cf. ATF 105 Ia 330, consid. 3c.

¹⁷ Tschannen 2011, § 4 n° 16.

¹⁸ Tschannen 2011, § 4 n° 16.

¹⁹ Rhinow/Schefer 2009, n° 524, 529; Hangartner 2011, p. 473.

séquence interpréter autant que possible et autant que nécessaire les nouvelles normes constitutionnelles de manière conforme au droit international dans leurs tâches législatives ou d'exécution.

1.3.3 Restriction des droits fondamentaux et proportionnalité

Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et être proportionnée au but visé (art. 36, al. 1 à 3, Cst.). L'atteinte à un droit fondamental dans un but d'intérêt public ou de protection des droits fondamentaux d'autrui doit être appropriée, nécessaire et raisonnablement exigible.

Le principe de proportionnalité est d'une importance primordiale en matière de concrétisation de la Constitution. Désigné à l'art. 5, al. 2, Cst. comme « principe de l'activité de l'Etat régi par le droit », il est un principe fondamental de l'ensemble de l'ordre juridique et constitutionnel. Il intervient principalement en droit pénal au moment d'ordonner des mesures et d'infliger des peines (corollaire au principe de la faute).

Le Tribunal fédéral comme la doctrine voient dans le principe de proportionnalité un principe de base déterminant pour tous les domaines du droit public, qui domine par conséquent l'ensemble du droit administratif et qui est valable aussi bien dans l'application du droit que dans l'action législative²⁰. Doctrine et jurisprudence se rejoignent également sur la fonction du principe de proportionnalité : protéger les citoyens contre les atteintes disproportionnées de l'Etat²¹. Puisqu'il régit l'activité de l'Etat dans son ensemble, ce principe trouve également son application dans l'interprétation de la Constitution (interprétation harmonisante et interprétation conforme au droit international).

1.3.4 Relation entre droit international et initiatives populaires²²

Les initiatives populaires violant des règles impératives du droit international ne sont pas valables ; le peuple n'est donc pas appelé à se prononcer. Celles qui violent d'autres règles du droit international sont en revanche valables et requièrent une mise en œuvre de la part des autorités une fois qu'elles ont été acceptées par le peuple et les cantons (art. 139, al. 3, 193, al. 4, 194, al. 2, et 195 Cst.).

L'existence de normes de droit constitutionnel contraires au droit international devrait néanmoins constituer une exception limitée dans le temps, comme le commandent la Constitution (art. 5, al. 4, Cst.), les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et le rôle du droit international pour la coexistence pacifique entre les Etats. Lorsqu'une initiative populaire acceptée viole le droit international non impératif, le législateur et les autorités font en sorte de la mettre en œuvre de manière conforme au droit international. Or il n'est pas toujours facile de respecter à la fois la volonté du constituant et les obligations de droit international, si bien qu'il

²⁰ ATF 96 I 234, consid. 5

²¹ ATF 102 Ia 234, consid. 5c. cf. le message sur la Constitution, FF 1997 I 1 133.

²² Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 8.7 et 9.6.

faut envisager le cas échéant la renégociation ou la dénonciation du traité ou accepter que la Suisse viole ses engagements internationaux.

Des problèmes se posent face aux traités non dénonçables ou aux engagements auxquels la Suisse ne veut pas mettre fin pour des raisons politiques ou économiques. Elle risque de violer durablement le droit international et d'être condamnée par un organe international si le traité prévoit un mécanisme de contrôle. S'agissant de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)²³, l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) relève du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Selon la pratique constante de ce dernier, l'exécution d'un arrêt doit, au-delà du cas d'espèce, empêcher de nouvelles violations du même type de la CEDH ; l'Etat condamné est donc tenu de prendre des mesures d'ordre général.

1.4 Notions comprises dans l'art. 123c Cst.

1.4.1 Conditions

Les conséquences juridiques prévues (interdiction à vie d'exercer une activité prononcée systématiquement) interviendront si l'auteur est condamné pour une atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante.

Auteurs visés par l'initiative

Le titre de l'initiative et son argumentation²⁴ se réfèrent au terme de « *pédophile* » pour désigner l'auteur des actes répréhensibles.

D'après la classification des troubles mentaux et des troubles du comportement de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)²⁵, la pédophilie est définie comme étant la préférence sexuelle pour des enfants, le plus souvent prépubères. Toujours d'après cette classification, la personne doit être âgée d'au moins seize ans et avoir au moins cinq ans de plus que la victime. Les critères diagnostiques posés par le manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM-IV-TR)²⁶ sont quant à eux les suivants : (A) présence de fantasmes imaginatives sexuellement excitantes, d'impulsions sexuelles, ou de comportements, survenant de façon répétée et intense, pendant une période d'au moins six mois, impliquant une activité sexuelle avec un enfant ou des enfants prépubères (généralement âgés de treize ans ou plus jeunes), (B) la personne a cédé à ces impulsions sexuelles, ou les impulsions sexuelles ou les fantasmes imaginatives sont à l'origine d'un désarroi prononcé ou de difficultés interpersonnelles, (C) le sujet est âgé de seize ans au moins et a au moins cinq ans de plus que l'enfant mentionné en A.

²³ RS 0.101

²⁴ Explications du Conseil fédéral, p. 21 (arguments du comité d'initiative).

²⁵ Classification internationale des maladies (dixième révision); pédophilie ; consultable à l'adresse [http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2008/f/#> V Troubles mentaux et du comportement](http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2008/f/#>V_Troubles_mentaux_et_du_comportement) > F60-F69 > F65.4 (dernière consultation le 24 mars 2015).

²⁶ Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Störungen 2003, pp. 630 ss.

Le titre et le texte de l'art. 123c Cst. ne font pas mention de la notion de « pédophile ». Ils sont *plus larges dans leur formulation* puisqu'ils visent non seulement les personnes ayant commis une infraction sur un enfant, mais également celles qui ont commis une infraction sur une personne dépendante, incapable de résistance ou de discernement.

L'art. 123c Cst. n'indique pas si les auteurs visés par l'initiative peuvent être des mineurs.

Infractions susceptibles de mener à l'interdiction d'exercer une activité

Pour désigner les comportements pouvant mener à une interdiction d'exercer, le titre de l'art. 123c Cst. utilise la notion d'« infractions sexuelles sur des enfants, des personnes incapables de résistance ou de discernement ». Le texte de l'article évoque quant à lui une condamnation « pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante ».

Etant donné que seule une condamnation peut mener au prononcé d'une interdiction d'exercer, il faut que le comportement en question réunisse les éléments constitutifs d'une infraction pénale.

Le CP ne recourt pas aux notions d'« infractions sexuelle » ni d'« atteinte à l'intégrité sexuelle », mais réunit toutes les infractions contre l'intégrité sexuelle au titre 5 de son livre 2 (art. 187 ss CP).

Il s'agit d'actes *portant atteinte à la liberté sexuelle* de la victime, qui consistent à lui imposer des contacts sexuels contre son gré ou en exploitant son manque de discernement ou de résistance ou encore à la confronter contre son gré à des pratiques sexuelles ou des représentations de telles pratiques. Il s'agit par ailleurs d'actes *menaçant le développement sexuel* de mineurs, par lesquels la victime est conduite à s'adonner à des pratiques sexuelles qui ne sont pas de son âge ou est entraînée dans de telles pratiques²⁷.

Condamner

D'après les définitions que l'on peut tirer des dictionnaires, condamner signifie « frapper d'une peine, faire subir une punition (à qqn), par un jugement »²⁸ ou « prononcer une peine par jugement contre la personne jugée coupable »²⁹. En allemand, condamner signifie « durch Gerichtsbeschluss mit einer bestimmten Strafe belegen »³⁰. En italien enfin, condamner est un « detto dell'autorità giudiziaria, imporre una pena o una sanzione a un imputato riconosciuto colpevole »³¹. Dans les trois langues, on constate que la notion de condamnation est *intimement liée à celle de peine*.

²⁷ Stratenwerth/Jenny/Bommer 2010, avant le § 7 n° 2.

²⁸ Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris 2008.

²⁹ Le Petit Larousse illustré en couleurs, Paris 2006.

³⁰ Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim/Leipzig/Vienne/Zurich 2001.

³¹ Dizionario della Lingua Italiana, Milan 2003.

Une condamnation suppose ainsi non seulement qu'une personne soit reconnue coupable, mais également le prononcé d'une peine. Cette définition est *plus restrictive* que la définition juridique de la condamnation, qui consiste en la reconnaissance, par une autorité judiciaire, de la culpabilité d'une personne, indépendamment du fait qu'une peine ait été prononcée³².

La possibilité de condamner une personne sans prononcer de peine à son encontre est notamment prévue aux art. 52 à 54, 187, ch. 3, 188, ch. 2, 192, al. 2, et 193, al. 2, CP.

On ne peut déduire sans équivoque de ce qui précède à quelle définition de la condamnation l'art. 123c Cst. se réfère.

Personnes protégées

Les personnes protégées sont désignées par le terme « enfants » dans le titre de l'initiative, par les termes « enfants » et « personnes incapables de résistance ou de discernement » dans le titre de l'art. 123c Cst. et enfin par les termes « enfants » et « personnes dépendantes » dans le texte même de l'article. On parle donc de *quatre catégories* de victimes potentielles:

- *les enfants* (Kinder, fanciulli) : la notion d'enfant peut dépendre du contexte juridique dans lequel elle apparaît et ne correspond pas nécessairement à celle de mineur. L'art. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant³³ définit l'enfant comme un « être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». L'art. 11 Cst., qui consacre la protection des enfants et des jeunes, ne donne pas de définition plus précise. Toutefois, la doctrine s'accorde pour dire qu'il s'agit probablement de protéger avant tout les mineurs³⁴ ;
- *les personnes incapables de résistance* (zum Widerstand unfähige Personen, personne inette a resistere) : cette terminologie couvre un nombre assez important de situations. En effet, une personne peut être incapable de résistance de manière temporaire ou durable, chronique ou provoquée et par plusieurs raisons : consommation excessive d'alcool ou de drogue, invalidité physique, impossibilité de bouger (être ligoté par exemple) ou de voir l'auteur (se trouver sur le dos sur une table d'examen gynécologique ou sur le ventre sur une table de massage³⁵), menace, recours à la violence, etc. ;
- *les personnes incapables de discernement* (urteilsunfähige Personen, persone incapaci di discernimento) : la capacité de discernement est une notion juridique importante pour tous les domaines du droit. En se fondant sur l'art. 16 CC (discernement), la jurisprudence admet que la capacité de discernement comporte un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens et les effets d'un acte déterminé, et un élément caractériel, la faculté d'agir en fonction de

³² Cf. Gruber 2013, ad art. 366 n° 18 (avec des références au message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787).

³³ RS 0.107

³⁴ Aubert/Mahon 2003, ad art. 11 n° 3.

³⁵ ATF 133 IV 49, consid. 7 ; ATF 103 IV 165.

cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté. La capacité de discernement est relative, cela signifie qu'elle s'évalue pour un acte déterminé. Dans le contexte des infractions contre l'intégrité sexuelle, cela signifie qu'il faut examiner, dans chaque cas concret, si la victime était psychiquement apte à se défendre ou à consentir aux relations ;

- *les personnes dépendantes* (Abhängige, persone dipendenti) : la notion de personne dépendante est extrêmement large. Elle va au-delà d'une incapacité physique ou psychique de se défendre et couvre un nombre important de réalités. La dépendance peut résulter d'un rapport hiérarchique, d'un rapport de confiance, de la crainte, ou encore de difficultés financières. Ce type de rapport peut apparaître dans le cadre d'une relation de travail, d'une relation thérapeutique ou encore d'une relation où l'un des protagonistes dispose d'un certain pouvoir (enseignant, policier, agent de détention, etc.). En résumé, l'auteur doit avoir profité d'une situation ou provoqué une situation lui permettant d'exercer un certain pouvoir sur la victime.

1.4.2 Conséquences juridiques

Si toutes les conditions sont réunies (cf. ch. 1.4.1), la personne condamnée perdra définitivement le droit d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant des contacts avec des personnes protégées par la norme, ce qui nous permet de déduire que le juge devra prononcer une interdiction.

Privation définitive du droit d'exercer une activité

Ce passage du texte de l'art. 123c Cst. soulève trois questions bien distinctes :

1. le juge doit-il ordonner *impérativement* une interdiction dès qu'il prononce une condamnation ?
2. l'interdiction doit-elle être systématiquement prononcée *à vie* ?
3. la privation du droit signifie-t-elle que la profession à interdire est *soumise à autorisation* ?

Le caractère impératif du prononcé de l'interdiction d'exercer une activité ne fait aucun doute quand on lit le texte de l'art. 123c Cst. Dès que le juge condamne une personne, il doit en tous les cas ordonner une telle interdiction. Selon la lettre de l'art. 123c Cst., cette décision ne relève plus de la marge d'appréciation du juge.

Le terme « définitivement » est lui aussi dépourvu d'ambiguïté : lorsque les conditions seront réunies, l'interdiction d'exercer une activité devra être prononcée à vie.

La troisième et dernière question est plus délicate. Le fait de dire que le condamné doit être privé de son droit d'exercer une activité peut laisser entendre qu'il doit avoir préalablement obtenu le droit d'exercer un travail ou une activité et que cette autorisation doit lui être retirée en cas de commission d'une infraction pénale. Une telle interprétation serait cependant trop restrictive et susceptible de vider l'initiative de sa substance. Aussi faut-il partir du principe que l'auteur doit être privé du droit

d'exercer une activité avec des enfants de manière générale, que l'acte ait été commis dans l'exercice de sa profession ou non et que la profession soit soumise à autorisation ou non. Cette conclusion est d'autant plus logique que l'interdiction devra également concerner les activités bénévoles, qui ne sont pas soumises à autorisation.

Activités professionnelles et bénévoles

L'argumentation fournie par le comité d'initiative contient quelques exemples d'activités professionnelles ou bénévoles en contact avec des enfants : celles exercées dans les écoles, les établissements pour handicapés ou les associations sportives³⁶. Ces activités ont ceci de commun qu'elles se déroulent dans un *cadre organisé*.

Activités en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes

Selon le texte allemand de l'art. 123c Cst., les activités à prohiber doivent être exercées avec (« mit ») des mineurs ou des personnes dépendantes. Cela implique des *contacts directs* avec ces personnes et vraisemblablement aussi l'établissement d'un *lien de confiance* avec elles. Les activités concernées sont principalement celles d'enseignant, d'accompagnant ou d'entraîneur dans un club sportif, une école ou une crèche. Les activités d'intendance exercées dans de tels établissements (concierge, secrétaire, cuisinier, personnel de ménage) ne seraient quant à elles pas systématiquement soumises à l'interdiction prévue, puisqu'elles sont rarement exercées directement « avec » les personnes visées et que les contacts directs avec elles ne sont dans de nombreux cas pas nécessaires.

Le texte français de l'art. 123c Cst. diverge quelque peu de la version allemande puisqu'il mentionne les activités « en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes ». Cette *formulation est plus vaste* : les activités exercées « en contact » avec des mineurs ou des personnes dépendantes ne sont pas forcément exercées directement « avec » elles ; il peut s'agir de toutes les activités exercées régulièrement dans les établissements qui proposent des prestations adressées directement et spécifiquement aux mineurs ou aux personnes dépendantes. Les activités d'intendance (voir ci-dessus) exercées dans ces établissements seraient donc également concernées par l'interdiction.

Ni la notion française de « en contact avec » ni la notion allemande de « mit » ne fournissent d'informations sur la fréquence, la durée et l'intensité des contacts.

1.5 Proposition de mise en œuvre de l'art. 123c Cst. dans le code pénal

1.5.1 Principes

La mise en œuvre de l'art. 123c Cst. se fondera, comme cela a été évoqué au ch. 1.3, sur les dispositions du droit en vigueur relatives à l'interdiction d'exercer une activité

³⁶ Explications du Conseil fédéral, p. 21 (arguments du comité d'initiative).

té (art. 67 ss CP). Elle découle en premier lieu du texte constitutionnel. Elle devra être conforme aux droits fondamentaux garantis par la Constitution, ceux-ci n'ayant pas été abrogés suite à l'acceptation de l'initiative. Enfin, elle tiendra compte des droits de l'homme garantis par le droit international. Si l'acceptation de cette nouvelle norme a fait reculer la portée de ces principes de l'état de droit, elle ne les a pas pour autant privés de leur substance. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose dans son avant-projet, à titre de mise en concordance pratique, une clause qui permettra dans les cas de peu de gravité de renoncer à prononcer une interdiction si des conditions strictes sont réunies (cf. ch. 1.5.5 et 2.1.2 [option 1]).

1.5.2 Auteurs visés par l'initiative

Comme cela a été dit au ch. 1.4.1, bien que le terme de « pédophiles » soit utilisé dans l'initiative et son argumentaire, le cercle des auteurs visés est plus large dans le texte de l'art. 123c Cst.

Il est donc proposé de ne pas réserver l'obligation de prononcer une interdiction à vie d'exercer une activité aux seuls pédophiles au sens psychiatrique, mais de l'étendre à *tous les auteurs* condamnés pour une infraction sexuelle sur une personne protégée (concernant les personnes protégées, cf. ch. 1.5.6). Cette interdiction ne s'appliquera *qu'aux adultes*. Les mineurs seront soustraits au champ d'application à raison de la personne (cf. ch. 1.10).

1.5.3 Infractions susceptibles de mener à l'interdiction d'exercer une activité

Si l'on se réfère au texte de l'art. 123c Cst., n'importe quelle *infraction sexuelle* (cf. ch. 1.4.1) visant une personne protégée (cf. ch. 1.5.6) est susceptible de mener impérativement à l'interdiction d'exercer une activité.

Il s'agit concrètement d'infractions contre l'intégrité sexuelle figurant au titre 5 du livre 2 du code pénal, soit les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187), les actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188), la contrainte sexuelle (art. 189), le viol (art. 190), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191), les actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192), l'abus de la détresse (art. 193), l'exhibitionnisme (art. 194), l'encouragement à la prostitution (art. 195), les actes d'ordre sexuel avec des mineurs contre rémunération (art. 196), la pornographie (art. 197) et les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198).

La traite d'êtres humains dans sa variante « à des fins d'exploitation sexuelle » (art. 182, al. 1, CP) figure également au nombre des infractions susceptibles de mener à l'interdiction d'exercer une activité. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une infraction contre l'intégrité sexuelle (au sens du livre 2, titre 5, CP) car le bien juridique protégé n'est pas uniquement la liberté sexuelle, mais la *liberté personnelle* et l'*autodétermination* de la victime. Cette infraction est néanmoins prise en compte en raison de la formulation générale de l'art. 123c Cst. (atteinte à l'intégrité sexuelle). Le fait que la traite des femmes et des enfants à des fins d'exploitation sexuelle ait été considérée comme infraction contre l'intégrité sexuelle jusqu'à la révision entrée

en vigueur en 1992 (anciennement art. 202 CP « traite des femmes et des mineurs ») va également dans ce sens.

En principe, toutes les infractions sexuelles susmentionnées doivent mener systématiquement à l'interdiction à vie d'exercer une activité (cf. ch. 2.1.2), même l'exhibitionnisme et les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel, pourtant *moins graves* que la contrainte sexuelle, le viol ou les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, et ce bien que ces infractions soient *poursuivies sur plainte*³⁷.

Le législateur prévoit la poursuite sur plainte lorsque l'intérêt de l'Etat ou d'un particulier de poursuivre les infractions est relativement faible ; c'est le cas surtout pour les infractions mineures. Il faut noter que la poursuite d'une infraction sur plainte porte souvent si sévèrement atteinte aux droits de la personnalité de la victime que celle-ci préfère éviter toute poursuite pénale. La procédure pénale ne doit en aucun cas être menée contre la volonté de celle-ci³⁸. Il résulte de cela que, dans les cas d'exhibitionnisme ou de désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel, le prononcé de l'interdiction d'exercer une activité résulterait de la volonté de la personne concernée. Il se pourrait par ailleurs que l'auteur propose de l'argent à la victime pour qu'elle retire sa plainte, ce qui lui permettrait d'échapper à l'interdiction d'exercer une activité. Il n'est guère possible d'éviter ces écueils au vu de la formulation de l'art. 123c Cst. (« atteinte à l'intégrité sexuelle »). Il faut toutefois souligner que dans 90 % des cas, les autorités de poursuite pénale n'apprennent qu'une infraction a eu lieu (également dans le cas des infractions poursuivies d'office) que grâce aux indications fournies par la population³⁹. L'interdiction d'exercer une activité voire, de manière générale, la poursuite pénale dépend donc la plupart du temps de la volonté d'une personne de porter plainte ou de donner des indications aux autorités, quelle que soit l'infraction contre l'intégrité sexuelle (poursuivie d'office ou non).

Contrairement aux formes plus sévères de l'interdiction d'exercer une activité (au sens de l'art. 67, al. 3 et 4, CP), celle proposée n'est *pas fonction* de la *sévérité de la peine* prononcée en l'espèce.

Il n'est pas non plus important de savoir si les faits ont été commis dans l'exercice d'une profession ou d'une activité bénévole ou dans le cadre privé (la règle est similaire dans le droit en vigueur) ou si le pronostic est favorable ou défavorable quant au risque de récidive.

1.5.4 Concrétisation de la notion de condamnation

L'avant-projet prévoit une interdiction d'exercer une activité uniquement pour les auteurs frappés d'une peine ou d'une mesure pour une des infractions présentées au ch. 1.5.3. Si le juge renonce à infliger une peine (par ex. en se fondant sur l'art. 187, ch. 3, CP), il ne devra pas prononcer systématiquement une interdiction à vie

³⁷ Dans le champ d'application du CPM, l'exhibitionnisme (art. 159 CPM) et les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 159a CPM) sont par contre poursuivis d'office.

³⁸ Concernant le droit de porter plainte, cf. Riedo 2013, ad art. 30 n° 4.

³⁹ Riedo 2013, avant l'art. 30 CP n° 4.

d'exercer une activité. Il pourra toutefois prononcer une interdiction facultative conformément à l'art. 67, al. 2, CP.

Si l'on se réfère au but de l'initiative (empêcher la répétition de certaines infractions sexuelles), on pourrait admettre qu'il suffit d'une condamnation *sans peine* pour que le juge ordonne systématiquement une interdiction à vie d'exercer une activité. Une telle solution serait néanmoins contraire au principe de proportionnalité et n'est pas forcément requise aux termes de l'art. 123c Cst.

Les infractions sexuelles commises sur des personnes protégées (cf. ch. 1.5.6) peuvent l'être par des personnes qu'une affection psychologique grave rend *irresponsables* et qui ne peuvent dès lors pas être punies (art. 19, al. 1, CP). Elles peuvent aussi être commises par des personnes dont la responsabilité est *restreinte*, auquel cas le juge peut atténuer la peine (art. 19, al. 2, CP).

Si, conformément à l'art. 19, al. 1, CP, l'auteur n'est pas puni pour cause d'irresponsabilité (due par ex. à une affection psychologique grave), le juge peut tout de même ordonner une mesure (art. 19, al. 3, CP). Il n'est pas nécessaire de savoir si le juge, par une interprétation très large de la notion de condamnation, pourrait prononcer impérativement une interdiction à vie d'exercer une activité dans le cas d'un auteur irresponsable (même s'il a été exempté de toute peine), si cet auteur s'est vu infliger une mesure en raison des risques qu'il représente pour la sécurité. Ce serait aller trop loin que de prévoir que le juge prononce systématiquement une interdiction à vie d'exercer une activité, et ce sans qu'on puisse vérifier si l'interdiction est nécessaire et appropriée, dans le cas des auteurs qui ne peuvent être reconnus pénalement responsables de leurs actes. Une interdiction facultative fondée sur l'art. 67, al. 2, CP permettrait de mieux tenir compte concrètement de la dangerosité de l'auteur et semble plus adéquate.

1.5.5 Marge d'interprétation du juge

Deux options

Une lecture isolée de l'art. 123c Cst. sans prise en compte du contexte global de la Constitution pourrait donner l'idée que toute condamnation pour une infraction sexuelle commise sur une personne protégée (cf. ch. 1.5.3) doit systématiquement donner lieu à une interdiction à vie d'exercer une activité. Mais si l'on tient compte dans la mise en œuvre des garanties propres à un Etat de droit inscrites dans la Constitution, on s'aperçoit que les conflits juridiques qui se font jour requièrent des solutions plus souples. Le Conseil fédéral choisit de mettre deux options en discussion :

Option 1 : marge d'interprétation du juge dans les cas de peu de gravité

Une interdiction à vie d'exercer une activité représente une *atteinte aux droits fondamentaux* (cf. ch. 5.1.2), qui n'est licite que si elle se fonde sur une base légale, est justifiée par un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui et est proportionnée au but visé (art. 36, al. 2 et 3, Cst.). L'acceptation de l'initiative n'a pas eu pour effet de supprimer ces droits élémentaires. Les initiatives populaires sous forme de projet rédigé doivent, une fois acceptées, être interprétées dans le contexte global de la Constitution, car le but de leurs auteurs est une révision *par-*

tielle de la Constitution et que le peuple et les cantons ne se sont prononcés que sur les modifications proposées⁴⁰.

Interpréter la Constitution implique de considérer toutes les *normes constitutionnelles* comme étant de même rang (cf. ch. 1.3.2). Il n'existe pas explicitement de hiérarchie des normes à l'intérieur de la Constitution, qui nécessiterait de privilégier certaines dispositions par rapport à d'autres. En cela, la Constitution suisse se distingue de la loi fondamentale allemande, qui déclare certaines normes intangibles à son art. 79, al. 3, et les place par conséquent au dessus du reste du droit constitutionnel.

Lorsque plusieurs normes constitutionnelles entrent en conflit, il faut essayer de les faire concorder en pratique en en faisant une interprétation harmonisante (cf. ch. 1.3.2). L'égalité des normes constitutionnelles signifie simplement qu'une norme constitutionnelle n'est pas *a priori* supérieure à une autre, mais n'implique pas qu'il n'est pas permis de tenir compte de l'importance de certaines dispositions dans un domaine précis.

Concrètement, cela signifie que l'art. 123c Cst., s'il *affaiblit la portée* des conditions de restriction des droits fondamentaux inscrites à l'art. 36 Cst., ne peut pas ôter tout effet à cette norme d'une portée considérable pour l'état de droit⁴¹.

C'est pourquoi l'option 1 accorde au juge au moins dans certains cas la possibilité d'*évaluer la proportionnalité* de l'atteinte aux droits fondamentaux. Elle consiste en une clause applicable aux cas de peu de gravité, qui permet au juge de *renoncer à prononcer* systématiquement une interdiction à vie d'exercer une activité. Cette possibilité est *encadrée par des conditions strictes*. Le juge ne pourra en faire usage qu'en rapport avec *certaines infractions*. De plus, et cumulativement, il ne pourra s'abstenir que dans les cas de peu de gravité et lorsqu'il n'est *manifestement ni nécessaire ni raisonnable* d'infliger une interdiction d'exercer une activité à l'auteur. La loi est sous-tendue par la présomption irréfragable qu'il n'existe pas de cas de peu de gravité pour les infractions sexuelles les plus lourdes (pour plus de détails, cf. ch. 2.1.2).

A titre d'exemple, on peut penser à des relations librement consenties entre un jeune adulte et une personne âgée de quinze ans, dans lesquelles il n'y a pas lieu de redouter que l'auteur se serve d'une activité pour commettre de nouveaux crimes ou délits.

La clause applicable aux cas de peu de gravité permet de tenir compte de l'intention des auteurs de l'initiative, qui ont indiqué avant la votation qu'ils ne souhaitaient nullement des interdictions systématiques d'exercer une activité dans le cas des amours d'adolescents, confirmant que l'initiative populaire visait bel et bien les pédophiles⁴².

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 (cf. ch. 5.2.1).

⁴⁰ Reich 2008, p. 510.

⁴¹ Moser 1986, pp. 14 s.

⁴² Explications du Conseil fédéral, p. 21 (arguments du comité d'initiative).

Option 2 : Pas d'exception au prononcé systématique de l'interdiction à vie d'exercer une activité

L'option 2 consiste à appliquer l'art. 123c Cst., sans prendre en compte les autres normes de la Constitution. Il en résulte 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*.

1.5.6 Personnes protégées

En considération des personnes mentionnées à l'art. 123c Cst., l'interdiction d'exercer une activité est censée protéger les personnes suivantes :

- *mineurs* : Tous les mineurs et non uniquement les enfants de moins de seize ans doivent être protégés. C'est vraisemblablement ce qui est entendu à l'art. 123c Cst., bien que le terme utilisé soit « enfants » (cf. ch. 1.4.1). Le fait que la norme interdise les activités en contact avec des mineurs confirme cette supposition ;
- *personnes particulièrement vulnérables* : L'interdiction d'exercer une activité du droit en vigueur (cf. art. 67 ss CP) protège les « personnes particulièrement vulnérables » en plus des mineurs. Il s'agit de personnes qui ne peuvent pas accomplir les actes ordinaires de la vie ou déterminer entièrement leur existence sans l'*assistance d'autrui* en raison de leur *âge*, d'une *maladie* ou d'une *infirmité physique ou psychique* (cf. ch. 2.1.3). Elles risquent tout particulièrement d'être victimes de certaines infractions⁴³. Les personnes affaiblies passagèrement par l'alcool ou la drogue ou pour d'autres raisons ne répondent pas à cette définition ;
- *personnes dépendantes ou incapables de résistance ou de discernement* : Comme indiqué au ch. 1.4.1, les infractions commises sur des personnes incapables de résistance ou de discernement ou encore dépendantes ne le sont généralement pas en lien avec une activité professionnelle ou non professionnelle organisée spécifique.

Il peut y avoir une *relation de dépendance* par exemple entre un apprenti et son maître d'apprentissage ou de manière générale entre un employé et son supérieur ou encore entre un psychothérapeute et son patient⁴⁴ ; des personnes hospitalisées, internées, détenues ou prévenues peuvent elles aussi être dépendantes⁴⁵. Une relation de dépendance est également envisageable entre un agent public abusant de son pouvoir (travaillant par ex. au sein d'un service des cons-

⁴³ Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.4.1.

⁴⁴ Maier, ad art. 188 n° 7 et 193 n° 7 ss avec des références aux ATF 124 IV 13 et 131 IV 114.

⁴⁵ Art. 192 CP.

tructions ou d'un service social ou chargé de prendre des décisions de subventionnement, etc.) et un administré⁴⁶.

Une personne sous anesthésie, par exemple, est *incapable de résistance*. Selon les circonstances, un patient sur la table de massage d'un physiothérapeute⁴⁷ ou une patiente sur la table de gynécologie⁴⁸ peuvent aussi l'être. Une interdiction d'exercer une activité destinée à empêcher toutes les situations dans lesquelles des abus pourraient être commis irait trop loin. Les exemples présentés ci-dessus montrent que quasi n'importe quelle activité professionnelle ou non professionnelle organisée peut impliquer des contacts avec des personnes dépendantes, incapables de discernement ou de résistance. Il faudrait en conséquence prononcer une interdiction d'exercer une activité absolue qui toucherait toutes les professions et activités de loisirs organisées. Il apparaît d'emblée qu'une telle solution serait disproportionnée.

Le cercle des personnes dépendantes ou incapables de résistance ou de discernement se recoupe avec celui des « mineurs » ou des « personnes particulièrement vulnérables ». En dehors des interdictions destinées à protéger les mineurs et les personnes particulièrement vulnérables, il faut limiter l'interdiction à vie d'exercer une activité prononcée de manière impérative aux activités qui s'adressent typiquement aux personnes incapables de résistance ou de discernement ou aux personnes dépendantes et aux activités qui mettent des personnes dans ce genre de situations. Ce peut être le cas en particulier des activités impliquant des traitements ou des soins. On peut penser par exemple aux relations décrites plus haut entre un patient ou une patiente et son psychothérapeute, son physiothérapeute⁴⁹ ou son gynécologue⁵⁰. Une interdiction spéciale limitée au domaine de la santé semble donc appropriée.

Des relations de dépendance peuvent également aisément voir le jour dans le domaine de l'apprentissage ou dans celui de l'exécution des mesures. Dans leurs premières années d'apprentissage tout du moins, les apprentis sont encore mineurs, si bien que les conditions de l'interdiction d'exercer une activité sont déjà réunies. Les personnes qui font l'objet de mesures thérapeutiques institutionnelles au sens des art. 59 à 61 CP ou qui sont internées conformément à l'art. 64 CP souffrent en règle générale d'une infirmité psychique et ont besoin de l'assistance d'autrui pour mener une vie normale. Elles sont des personnes particulièrement vulnérables telles que décrites plus haut. On renoncera donc à une interdiction d'exercer une activité spéciale pour ces domaines.

Enfin, dans les cas qui ne sont pas couverts par l'art. 67, al. 3, 4 ou 4^{bis} AP-CP, le juge pourra toujours recourir à l'interdiction générale d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 1, CP.

⁴⁶ Maier 2013, ad art. 193 n° 6.

⁴⁷ ATF 133 IV 49; arrêt du Tribunal fédéral 6B.527/2008 du 2 décembre 2008.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6S.448/2004 du 3 octobre 2005.

⁴⁹ ATF 133 IV 49; arrêt du Tribunal fédéral 6B.527/2008 du 2 décembre 2008.

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6S.448/2004 du 3 octobre 2005.

1.5.7 Perte à vie du droit d'exercer une activité

En cas de condamnation pour une infraction sexuelle commise sur une personne protégée, le juge devra en tous les cas prononcer une interdiction *à vie* d'exercer une activité. On ne peut interpréter autrement le texte de l'art. 123c Cst. L'auteur perdra de manière générale le droit d'exercer l'activité en question. Il n'est pas requis que l'activité à interdire soit soumise à autorisation (cf. ch. 1.4.2).

1.5.8 Activités professionnelles ou bénévoles

L'interdiction doit se limiter aux activités professionnelles et aux activités non professionnelles organisées.

Sont des activités *professionnelles* les activités déployées dans l'exercice à titre principal ou accessoire d'une profession, d'une industrie ou d'un commerce⁵¹. Cette notion se comprend de manière large et englobe aussi bien les activités salariées que les activités indépendantes, régies par un contrat de travail ou un mandat. La classification de l'activité en activité professionnelle repose sur des indicateurs tels que le temps et les moyens qui y sont consacrés, mais aussi la fréquence à laquelle elle est exercée sur une période donnée, les gains en perspective et les gains réalisés⁵².

Sont des activités *non professionnelles* organisées les activités bénévoles exercées dans un cadre organisé (associations, fondations, sociétés, corporations de droit public ou institutions). Une activité est non professionnelle si elle ne sert pas, ou pas en premier lieu, des fins lucratives. Il peut s'agir d'activités bénévoles exercées dans une association sportive, dans le cadre de Jeunesse et sport, de l'école, de l'église ou d'une structure de soins⁵³.

La prise en charge de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables dans un *cadre strictement privé* (proches, amis, etc.) ne sera pas soumise aux nouvelles dispositions. Il ne sera pas possible non plus, pour exercer une activité dans ce cadre, de demander un extrait spécial destiné aux particuliers. Les parents sont responsables du choix des personnes à qui ils confient leurs enfants. Celles-ci tombent sous le coup de l'interdiction d'exercer une activité si elles s'occupent des enfants dans l'exercice d'une profession, auquel cas les détenteurs de l'autorité parentale peuvent demander un extrait spécial en qualité d'employeurs. L'exercice de l'autorité parentale ne constitue pas en soi une activité professionnelle ni bénévole ; l'art. 123c Cst. ne s'applique pas. Si le bien de l'enfant est menacé, l'autorité de protection de l'enfant prend les mesures qui s'imposent conformément aux art. 307 ss du code civil (CC⁵⁴) une fois informée par les autorités pénales qu'il y a eu condamnation (art. 75, al. 2, du code de procédure pénale, CPP⁵⁵).

⁵¹ Niggli/Maeder 2013, ad art. 67 n° 37.

⁵² Message concernant la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, ch. 6.4.1; ATF 119 IV 129, 132 concernant la notion « dans l'exercice d'une profession ».

⁵³ Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.2.1 et 6.4.1.

⁵⁴ RS 210

⁵⁵ RS 312.0

1.5.9 Activités en contact avec des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables, dépendantes ou incapables de résistance ou de discernement

L'avant-projet permet d'interdire une activité dans le but de protéger des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables (art. 67, *al. 3 et 4*, AP-CP) aux activités impliquant des contacts réguliers avec ces personnes ou groupes de personnes. Il se fonde donc sur la formulation plus large utilisée dans le texte français de l'art. 123c Cst. (cf. ch. 1.4.2).

Les activités « en contact avec » des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables sont d'une part des activités qui impliquent des contacts directs avec ces personnes et sans doute l'existence d'une relation de confiance. Il s'agit en particulier d'activités d'enseignant, d'accompagnateur, d'entraîneur, de soignant, etc. Mais il s'agit aussi d'autre part de toutes les autres activités exercées de manière régulière dans des institutions qui fournissent des prestations destinées directement et spécifiquement aux mineurs ou aux personnes particulièrement vulnérables. Il peut s'agir d'activités d'intendance (concierge, secrétaire, cuisinier, personnel de nettoyage) exercées dans les institutions susmentionnées (par ex. associations sportives, écoles, crèches, internats, colonies de vacances, établissements de soins, établissements spécialisés pour les personnes souffrant d'un handicap physique ou mental, cliniques gériatriques ou pédiatriques, etc.), sauf s'il est certain, du fait de leur emplacement ou de leur horaire, qu'elles ne peuvent pas impliquer de contacts avec ces groupes de personnes.

Le terme « régulier » peut désigner aussi bien des contacts sporadiques ou brefs sur une longue période que des contacts intenses sur une courte période. Une activité exercée une unique fois ne suffit pas.

L'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, *al. 4^{bis}*, AP-CP prononcée dans le but de protéger des personnes dépendantes ou incapables de résistance ou de discernement se limitera aux activités impliquant des traitements ou des soins (cf. ch. 1.5.6). La formulation de l'art. 67, *al. 4^{bis}*, AP-CP montre qu'il ne s'agit pas de toutes les activités exercées dans le domaine médical, mais uniquement de celles impliquant des traitements ou des soins à des patients. Les activités sans contact direct avec les patients, par exemple les activités de recherche ou les activités académiques, ne sont pas concernées par l'interdiction.

Les interdictions prononcées en vertu de l'art. 67, *al. 3, 4 et 4^{bis}*, AP-CP engloberont toutes les activités professionnelles et non professionnelles organisées impliquant des contacts réguliers soit avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, soit impliquant des traitements ou des soins.

1.5.10 Application de l'interdiction d'exercer une activité

L'application de l'interdiction systématique d'exercer une activité à vie se fera de la même manière que dans le droit en vigueur⁵⁶.

Le premier moyen de faire appliquer l'interdiction sera l'*extrait du casier judiciaire* : soit l'extrait ordinaire destiné aux particuliers (art. 371 CP) soit le nouvel

⁵⁶ Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.2.7, 6.2.8 et 6.4.1.

extrait spécial destiné aux particuliers (art. 371a CP). Selon le droit en vigueur, ce dernier ne fait état que des jugements assortis d'une interdiction d'exercer une activité prononcée dans le but de protéger des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. Le nouvel extrait spécial indiquera à l'avenir également les jugements assortis d'une interdiction d'exercer une activité impliquant des traitements ou des soins (art. 371a AP-CP). A l'heure actuelle, les personnes posant leur candidature pour une activité professionnelle ou non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables ou exerçant déjà une telle activité peuvent demander un extrait spécial de leur casier judiciaire. Celles qui postulent à une activité impliquant des traitements ou des soins ou qui exercent déjà dans ce domaine le pourront à l'avenir également.

Le second moyen de faire respecter l'interdiction réside dans le contrôle et le suivi exercé par les structures existantes de l'*assistance de probation*. L'assistance de probation sera obligatoire (art. 67, al. 7, AP-CP). On renoncera, comme dans le cas de l'interdiction d'exercer une activité existante, à imposer aux employeurs, associations et autres organisations de demander la production d'un extrait spécial du casier judiciaire (arguments au ch. 2.1.7). L'assistance de probation semble également indispensable du fait qu'un extrait du casier judiciaire permet difficilement de contrôler si une personne exerce une activité professionnelle ou non professionnelle organisée indépendante.

La personne condamnée doit selon les circonstances avoir la possibilité de faire réexaminer son cas après une certaine période d'exécution, c'est-à-dire de demander à l'autorité compétente de restreindre le contenu ou la durée de l'interdiction, voire de la faire lever. Ce dispositif découle du principe de proportionnalité inscrit dans la Constitution (cf. ch. 1.3.3 et 5.1.2) et des engagements internationaux de la Suisse (cf. ch. 5.2).

Le temps après lequel un tel examen pourra au plus tôt avoir lieu sera fonction du *degré d'illicéité* des infractions commises.

Il ne semble pas approprié de maintenir une interdiction d'exercer alors que la personne ne risque plus d'utiliser son activité pour commettre de nouvelles infractions sexuelles. L'assistance de probation ordonnée systématiquement en cas d'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP, entraînerait quant à elle une charge de travail disproportionnée, si bien que les interdictions ne pourraient plus être appliquées de manière satisfaisante⁵⁷.

A l'objection selon laquelle la possibilité de réexamen envisagée n'est pas compatible avec le terme « définitivement » employé à l'art. 123c Cst., on peut répondre que le code pénal comporte déjà des possibilités de réexamen pour diverses autres peines et mesures pourtant prononcées à vie. Une libération conditionnelle est possible en cas de peine privative de liberté à vie, et ce au plus tôt après quinze ans, lorsque les conditions sont réunies (cf. art. 86, al. 5, en relation avec l'art. 86, al. 1, CP). Exceptionnellement, le détenu peut être libéré conditionnellement après dix ans déjà si des circonstances extraordinaires qui tiennent à sa personne le justifient (art.

⁵⁷ Admettons que les juges prononcent chaque année 500 interdictions d'exercer une activité à vie. Cela signifie qu'au bout de dix ans, il faudrait des assistants de probation pour contrôler l'application de 5000 interdictions. A cela s'ajouterait l'assistance de probation nécessaire pour le contrôle des peines avec sursis et des libérations conditionnelles de l'exécution des peines et des mesures.

86, al. 5, en relation avec l'art. 86, al. 4, CP). Un examen de la libération de l'internement à vie au sens de l'art. 64, al. 1^{bis}, CP et une libération conditionnelle sont également possibles (art. 64c CP).

Si l'auteur est *pédophile* au sens psychiatrique du terme (cf. ch. 1.5.2), il n'y aura pas de possibilité de réexamen. L'interdiction sera en ce cas toujours prononcée à vie.

1.6 Validité temporelle et dispositions transitoires

Du fait de l'*interdiction de la rétroactivité* inscrite à l'art. 2, al. 1, CP, le juge ne pourra prononcer l'interdiction d'exercer une activité proposée que si l'auteur commet une infraction après l'entrée en vigueur de la modification de la loi. L'interdiction de la rétroactivité vaut en principe également pour les mesures.

Il y a une exception au principe de la non-rétroactivité : lorsque la loi change entre les faits et le jugement. Dans ce cas, l'art. 2, al. 2, CP pose le *principe du droit le plus favorable* (lex mitior), qui fait que le nouveau droit est applicable aux actes commis avant son entrée en vigueur s'il est plus favorable que le droit en vigueur au moment des faits. La doctrine n'est certes pas unanime sur la question de savoir si le principe de la lex mitior s'applique également aux mesures. Mais cet aspect ne devrait pas avoir de réelle importance dans le contexte qui nous occupe, puisque l'interdiction d'exercer une activité proposée est un durcissement par rapport au droit en vigueur.

1.7 Validité géographique

L'art. 123c Cst. ne dit pas si la condamnation doit forcément venir d'un tribunal suisse ou s'il faut également prendre en considération les jugements étrangers. Il faudrait engager beaucoup de ressources pour déterminer si des Suisses ont commis une des infractions sexuelles visées à l'étranger. Ce processus serait complexe et finalement arbitraire ; il ne serait pas possible de retrouver toutes les personnes condamnées, étant donné que la Suisse n'est pas informée de tous les jugements prononcés à l'étranger à l'encontre de ses ressortissants. En conséquence, l'interdiction d'exercer une activité proposée ne pourra être prononcée que dans le cadre d'une condamnation en Suisse, comme c'est déjà le cas pour l'interdiction d'exercer une activité du droit en vigueur.

Si un jugement étranger assorti d'une interdiction d'exercer une activité est communiqué au casier judiciaire suisse, celui-ci sera enregistré si le droit suisse l'exige, comme c'est déjà le cas selon les dispositions en vigueur⁵⁸. Ces jugements figureront ensuite également sur l'extrait du casier judiciaire et sur l'extrait spécial destinés aux particuliers⁵⁹.

⁵⁸ Art. 3, al. 1, let. e, de l'ordonnance VOSTRA (RS 331).

⁵⁹ Art. 4, al. 1, let. f, en relation avec les art. 25, al. 2, ch. 11, ou 25d de l'ordonnance VOSTRA.

1.8 Parallélisme des règles dans le code pénal militaire

L'interdiction d'exercer une activité proposée figurera également dans le code pénal militaire (CPM⁶⁰), comme l'interdiction en vigueur (art. 50 ss CPM), ce bien qu'elle ne revête qu'une importance mineure dans le quotidien militaire.

1.9 Exclusion de l'ordonnance pénale et de l'ordonnance de condamnation

Dans le domaine d'application du code pénal, le ministère public peut rendre une ordonnance pénale pour condamner une personne à une peine privative de liberté de six mois au plus (ou son équivalent en peine pécuniaire ou en travail d'intérêt général). L'affaire doit être simple et claire tant dans les faits que sur le plan juridique (art. 352, al. 1, CPP). La procédure de l'ordonnance pénale est une *procédure simple et rapide*. De même, l'auditeur peut rendre une ordonnance de condamnation dans le champ d'application du code pénal militaire (cf. art. 119 de la procédure pénale militaire ; PPM⁶¹).

Dans le droit en vigueur, le prononcé d'une interdiction d'exercer une activité (art. 67 ss CP, art. 50 ss CPM) dépend en partie du pronostic de récidive (art. 67, al. 1 et 2, CP ; art. 50, al. 1 et 2, CPM) ; l'interdiction n'étant pas systématique, le juge doit décider s'il faut ordonner une assistance de probation (art. 67, al. 7, CP, art. 50, al. 7, CPM). A ces conditions, il est exclu de prononcer une interdiction d'exercer une activité dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale ou d'ordonnance de condamnation (art. 352, al. 2, CPP ; art. 119, al. 2, let. e, PPM), une procédure rapide menée par écrit ne semblant pas adéquate. Nombre des cas concernés ne sont d'ailleurs ni simples ni clairs, ni sur le plan juridique ni sur le plan des faits.

S'il n'est pas question de réflexions sur le risque de récidive ni sur la nécessité d'ordonner une assistance de probation dans le cas de l'interdiction proposée, il ne semble pas pour autant adéquat de la prononcer dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale ou d'ordonnance de condamnation. Une interdiction à vie prononcée systématiquement ne constitue *pas une sanction légère*, ce d'autant moins que dans la plupart des cas, elle est combinée à une peine privative de liberté de six mois au plus (ou à son équivalent en peine pécuniaire ou en travail d'intérêt général). La procédure d'ordonnance pénale ou d'ordonnance de condamnation présente quelques *faiblesses vis-à-vis des principes de l'état de droit*⁶² et ne semble, de ce point de vue, pas être le moyen approprié de prononcer l'interdiction d'exercer une activité. Il faut donc maintenir l'exclusion statuée dans le droit en vigueur.

Aux termes de l'avant-projet, le juge pourra exceptionnellement renoncer à prononcer une interdiction à des conditions strictes (cf. ch. 1.5.5 et 2.1.2). Une procédure rapide menée par écrit ne semble guère appropriée dans ce cas ; pour cette raison, il est préférable d'exclure la procédure d'ordonnance pénale ou d'ordonnance de condamnation.

⁶⁰ RS 312.0

⁶¹ RS 322.1

⁶² Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.4.4.

Les infractions sexuelles relevant du champ d'application de l'art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP ou de l'art. 50, al. 3, 4 et 4^{bis} AP-CPM devront en tous les cas être jugées par un tribunal ordinaire, celui-ci devant en principe prononcer systématiquement une interdiction à vie d'exercer une activité.

1.10 Pas d'obligation de prononcer une interdiction à vie d'exercer une activité dans le droit pénal des mineurs

La mesure proposée représente une restriction importante des droits fondamentaux, si bien qu'il semble approprié de ne la réserver qu'aux seuls adultes.

L'art. 123c Cst. suppose qu'une personne qui commet des infractions sexuelles sur des enfants ou des personnes dépendantes ne pourra jamais se libérer intégralement de ses pulsions, raison pour laquelle il faut l'empêcher définitivement d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant des contacts avec les personnes visées. Il faut nuancer ces propos s'agissant des mineurs, qui sont encore en cours de développement psychique et physique. Il n'est pas exclu qu'un traitement approprié et précoce puisse porter ses fruits (selon des critères psychiatriques, une personne peut être pédophile à partir de seize ans).

Les mineurs ne s'intègrent visiblement pas dans le cadre de l'initiative, qui sous-entend que l'auteur abuse de son pouvoir dans son activité professionnelle ou bénévole. La plupart des jeunes de moins de 18 ans ne sont pas encore actifs professionnellement ou n'exercent pas encore de position dirigeante ni sur le plan professionnel ni dans le cadre d'une activité bénévole.

Il faut souligner encore que le droit pénal des mineurs (DPM⁶³) met clairement l'accent sur les possibilités de *resocialisation* des jeunes auteurs et s'appuie pour l'essentiel sur des *solutions flexibles et limitées dans le temps* qui donnent au juge la possibilité de tenir compte de la personnalité de l'auteur.

Il semble donc approprié de renoncer à inscrire l'obligation de prononcer une interdiction à vie d'exercer une activité dans le DPM. L'interdiction facultative inscrite à l'art. 16a DPM peut s'appliquer si un auteur mineur risque d'utiliser son activité professionnelle ou bénévole pour commettre des infractions sexuelles sur des enfants ou des personnes particulièrement vulnérables.

Cette solution est d'ailleurs conforme à la décision prise par le Parlement en 2012 de ne pas appliquer l'art. 123b Cst. (imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants impubères) aux auteurs mineurs, ce bien que le texte de la norme ne comporte aucune restriction de ce type⁶⁴. On a également renoncé, dans la mise en œuvre de la norme constitutionnelle relative au renvoi des criminels étrangers (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) à renvoyer systématiquement les auteurs mineurs du pays⁶⁵.

⁶³ RS 311.1

⁶⁴ BO 2012 N 1239 et BO 2012 E 640

⁶⁵ Message concernant la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, ch. 1.2.18.

1.11 Appréciation de la solution retenue

Aux termes de l'avant-projet de révision du CP et du CPM, tous les adultes frappés d'une peine ou d'une mesure pour une infraction sexuelle commise sur une personne protégée seront systématiquement frappés d'une interdiction à vie d'exercer une activité. Cette interdiction ne s'appliquera pas en droit pénal des mineurs.

Les infractions susceptibles de donner lieu à l'interdiction sont des crimes, des délits, mais aussi des contraventions, ce en quoi la solution proposée diffère des conditions de l'interdiction systématique inscrite dans le droit en vigueur⁶⁶. Des infractions de peu de gravité donneront donc lieu à une interdiction à vie d'exercer une activité. Par contre, cette interdiction ne s'appliquera pas dans le cas des amours d'adolescents, souvent évoquées avant la votation, si le juge renonce à prononcer une peine en vertu de l'art. 187, ch. 3, CP.

Si le juge condamne l'auteur pour une infraction sexuelle commise sur une personne protégée, il devra impérativement prononcer une interdiction à vie d'exercer une activité, quelle que soit la peine prononcée.

La clause applicable aux cas de peu de gravité de l'option 1, option préconisée par le Conseil fédéral, dispose que le juge pourra exceptionnellement renoncer à prononcer une interdiction à vie si cette mesure n'est manifestement ni nécessaire ni raisonnable. Il ne pourra toutefois le faire que pour certaines infractions, la loi étant sous-tendue par la présomption irréfragable qu'il n'existe pas de cas de peu de gravité pour les infractions sexuelles pour lesquelles la peine encourue est la plus lourde. Cette clause correspond à l'intention exprimée par les auteurs de l'initiative avant la votation de ne pas appliquer l'obligation de prononcer une interdiction à vie dans le cas des amours d'adolescents, la cible déclarée de l'initiative populaire étant les pédophiles⁶⁷.

Dans l'option 2 sans clause applicable aux cas de peu de gravité, le juge ne pourra en aucun cas examiner si la mesure est appropriée, nécessaire et raisonnable. L'automatisme prévu sera source de contradictions avec certains principes fondamentaux de l'état de droit et avec le droit international. Il est à noter que même si la clause proposée dans l'option 1 atténue quelque peu ce conflit, elle n'écarte pas totalement le danger que la Cour EDH constate une violation de la convention dans un cas concret.

L'avant-projet propose aussi un moyen d'atténuer le caractère définitif en cours d'exécution, puisqu'il accorde à l'auteur de l'infraction la possibilité de faire réexaminer l'interdiction une fois un certain temps écoulé et de demander qu'elle soit levée. Les pédophiles au sens psychiatrique du terme ne pourront pas faire usage de cette possibilité.

Les dispositions proposées constituent un durcissement de l'interdiction d'exercer une activité entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, qui faisait office de contre-projet indirect à l'initiative. Premièrement, la liste des infractions conduisant systématiquement à l'interdiction sera étendue, sans prérequis de peine minimale. La clause proposée dans l'option 1 ne pourra d'ailleurs pas conduire aux mêmes résultats en termes de renonciation à une interdiction que le prérequis de peine minimale inscrit dans le droit en vigueur. Elle ne s'appliquera en effet qu'à des conditions extrêmement strictes. Deuxièmement, les interdictions prononcées systématiquement le

⁶⁶ Cf. art. 67, al. 3 et 4, CP.

⁶⁷ Explications du Conseil fédéral, p. 21 (arguments du comité d'initiative).

seront toujours à vie, une durée plus longue que celle inscrite dans le droit en vigueur. Troisièmement, l'avant-projet institue une interdiction supplémentaire pour les activités professionnelles et non professionnelles organisées impliquant des traitements ou des soins.

L'application sera assurée comme dans le droit en vigueur au moyen de l'extrait du casier judiciaire et d'une assistance de probation systématique. Mais la personne nommée pour suivre le condamné ne pourra le surveiller en permanence. De plus, il ne sera pas obligatoire de se doter d'un extrait du casier judiciaire pour toute activité impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables ni celles impliquant des traitements ou des soins ; il sera fait appel à la responsabilité des employeurs et des associations et autres organisations⁶⁸. Il serait donc erroné de croire à un remède universel contre la récidive.

Il ne faut pas oublier enfin que l'interdiction stricte proposée ne s'appliquera que si les mesures préventives telles que la sensibilisation, la formation et le contrôle ont échoué et que l'auteur a déjà commis une infraction. L'interdiction ne pourra rien contre les personnes qui n'ont jamais été condamnées ou qui ont commis des abus dans leur environnement proche.

1.12 Droit comparé

Des recherches poussées de droit comparé ont été effectuées pour le rapport explicatif de janvier 2011 concernant l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique⁶⁹. Le résultat de ces recherches a été consigné dans le rapport en question et sous une forme résumée dans le message relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants»⁷⁰. Il ne semble pas utile de revenir ici sur le détail des réglementations étrangères. On peut retenir en substance que l'ensemble des pays étudiés (Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, France, Italie, Royaume-Uni, Suède) connaissent une forme d'interdiction des activités professionnelles ou non professionnelles exercées en contact avec des mineurs ou des adultes vulnérables. Les interdictions que le juge doit prononcer systématiquement font plutôt figure d'exception. En règle générale, l'autorité compétente a une certaine marge d'appréciation ou peut faire dépendre l'interdiction d'un pronostic défavorable quant au risque de récidive. La durée des interdictions varie selon les pays : d'un à cinq ans en Allemagne, en France et en Autriche, dix ans en Suède, un à vingt ans en Belgique ; les interdictions peuvent être de durée illimitée en Allemagne, en France, en Autriche, en Italie, au Royaume-Uni et au Canada. La France et l'Italie ne disposent d'aucun mécanisme exprès permettant d'examiner périodiquement l'utilité de la mesure⁷¹.

⁶⁸ Concernant la renonciation à instituer une obligation de demander un extrait du casier judiciaire: cf. le message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.1.2 et 6.2.8.

⁶⁹ Rapport sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique, p. 24.

⁷⁰ Rapport sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique, pp. 24 à 30 ; message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 2.6.

⁷¹ Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 2.6.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Code pénal

2.1.1 Art. 19 (irresponsabilité et responsabilité restreinte)

L'interdiction d'exercer une activité proposée à l'art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP suppose que l'auteur soit condamné à une peine ou à une mesure pour un des actes énoncés dans la liste des infractions. Si l'auteur est *irresponsable* (par ex. en raison d'un trouble mental grave), il est acquitté (art. 19, al. 1, CP). Dans ce cas, aucune condamnation n'est prononcée. Il faut *exclure* la possibilité de prononcer à l'encontre de ces personnes irresponsables au point de vue pénal une interdiction systématique et à vie d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP. Si une interdiction d'exercer une activité semble nécessaire et appropriée, le juge peut cependant ordonner une telle interdiction conformément à l'art. 67, al. 1 et 2, CP (cf. ch. 1.5.4). Les interdictions visées à l'art. 67, al. 2, CP peuvent aussi être prononcées à vie si les conditions prévues à l'art. 67, al. 6, AP-CP sont remplies.

Si la *responsabilité* de l'auteur est *restreinte* (par ex. en raison d'un trouble mental), le juge atténue la peine (art. 19, al. 2, CP). Dans ce cas, l'auteur est condamné à une *peine*. S'il s'agit d'une infraction sexuelle et qu'elle a été commise à l'encontre d'une personne mineure, particulièrement vulnérable, incapable de résistance ou de discernement ou dépendante, l'art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP s'appliquera, et le juge prononcera de toute façon une interdiction à vie d'exercer une activité.

2.1.2 Art. 67 (interdiction d'exercer une activité, conditions)

Al. 2^{bis}

Cette disposition correspond en grande partie à l'al. 6 du droit en vigueur. La modification effectuée est purement *rédactionnelle*. Son champ d'application se limitant à l'interdiction facultative d'exercer une activité au sens de l'al. 2, elle figurera directement après cet alinéa.

Al. 3 et 4

L'art. 67 réglera l'interdiction d'exercer une activité afin de protéger les mineurs à l'al. 3 et les adultes particulièrement vulnérables à l'al. 4.

Les phrases introductives des al. 3 et 4 précisent que l'interdiction d'exercer une activité sera prononcée si l'auteur a été frappé d'une peine ou d'une mesure pour un des actes énoncés aux let. a à d ou a et b (cf. ch. 1.5.3). Il n'est pas requis de *peine minimale*. Même l'obligation de suivre un traitement ambulatoire (art. 63 CO) suffira.

Mais si l'auteur n'est condamné à *aucune* peine *ni* mesure, le juge ne pourra pas prononcer d'interdiction d'exercer une activité au sens des al. 3 ou 4. C'est notamment le cas pour les amours d'adolescents visées à l'art. 187, ch. 3, CP. La possibilité de déclarer une personne coupable sans lui infliger de peine est par ailleurs prévue aux art. 52 à 54, 188, ch. 2, 192, al. 2, et 193, al. 2, CP. Dans ces cas, le juge peut ordonner une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 2, CP, si les conditions requises sont remplies (cf. justification au ch. 1.5.4).

L'interdiction ne suppose *aucun pronostic défavorable*. Peu importe, par ailleurs, que l'infraction ait été commise ou non dans l'exercice de l'activité professionnelle ou non professionnelle organisée à interdire. Au contraire, il faut systématiquement que l'interdiction soit également ordonnée lorsque l'acte a été commis dans le cadre privé ou dans l'exercice d'une activité autre que celles à interdire.

Si les conditions évoquées sont remplies, le juge devra de toute façon ordonner l'interdiction à vie d'exercer une activité (cf. ch. 1.5.7 ; exceptions à l'al. 4^{ter} conformément à l'option 1).

L'interdiction d'exercer portera sur les activités *professionnelles* et *non professionnelles organisées* impliquant des *contacts réguliers* avec les personnes ou le groupe de personnes concernés. Les termes « activité professionnelle » et « activité non professionnelle organisée » sont définis à l'art. 67a, al. 1, CP (cf. ch. 2.1.3). Ces définitions sont conformes au droit en vigueur. L'art. 67a, al. 5, AP-CP précise quelles sont les activités impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables (cf. ch. 2.1.3).

Al. 4^{bis}

L'al. 4^{bis} instaure une interdiction spéciale d'exercer des *activités impliquant des traitements ou des soins* au nom de la protection des personnes dépendantes et incapables de résistance ou de discernement (cf. ch. 1.5.6).

L'al. 4^{bis} précise que cette interdiction sera prononcée si l'auteur a été frappé d'une peine ou d'une mesure pour un des actes énoncés aux let. a et b. Comme pour les interdictions visées aux al. 3 et 4, il ne sera pas non plus requis de *peine minimale*.

La *liste des infractions* de l'al. 4^{bis} est identique à celle de l'al. 4. Il faut qu'*au moment de l'acte*, la personne protégée se trouve dans une relation de dépendance vis-à-vis de l'auteur ou qu'elle soit incapable de résistance ou de discernement. Il n'est pas nécessaire que cet état soit permanent ; il peut aussi ne durer qu'un moment limité (par ex. pendant le passage sur la table d'examen du gynécologue⁷²).

L'interdiction ne suppose *aucun pronostic défavorable*. Il ne sera pas nécessaire non plus que l'infraction ait été commise dans l'exercice d'une activité professionnelle ou non professionnelle organisée impliquant des traitements ou des soins. Au contraire, il faudra systématiquement que l'interdiction soit également ordonnée lorsque l'acte a été commis dans le cadre privé ou dans l'exercice d'une activité autre que celles à interdire.

Si les conditions évoquées sont remplies, le juge devra de toute façon ordonner l'interdiction à vie d'exercer une activité (cf. ch. 1.5.7 ; exceptions à l'al. 4^{ter} conformément à l'option 1).

L'interdiction englobe *toutes les activités impliquant des traitements ou des soins*. Elle concernera donc surtout les métiers de la santé, et plus particulièrement ceux de médecin, de dentiste, de chiropraticien, de psychothérapeute, d'infirmier, de sage-femme, de physiothérapeute, etc. Ces métiers ne feront pas forcément l'objet d'une interdiction d'exercice totale. L'interdiction ne concernera pas les activités professionnelles académiques ou de recherche, par exemple, qui n'impliquent aucun traitement ni soin (cf. ch. 1.5.8).

⁷² Arrêt du Tribunal fédéral du 3 octobre 2005, 6S.448/2004.

Al. 4^{ter} (option 1)

Les conditions permettant de ne pas interdire systématiquement à vie l'exercice d'une activité (art. 67, al. 3, 4 ou 4^{bis}, AP-CP) sont très strictes. Il faudra à la fois qu'il s'agisse d'un cas d'infraction sexuelle de peu de gravité et qu'il ne soit ni nécessaire ni raisonnable d'infliger l'interdiction à l'auteur.

Par infraction sexuelle de peu de gravité, on entend par exemple, si l'on se réfère à la peine abstraite inscrite dans le CP, les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP; peine encourue: amende) ou l'exhibitionnisme (art. 194 CP; peine encourue: peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus). Mais d'autres infractions sexuelles exposant leur auteur à des peines plus lourdes pourront aussi, dans certains cas, être considérées comme étant de peu de gravité, notamment lorsque le juge aura prononcé une peine légère.

Outre la faible gravité, il faudra que l'interdiction systématique et à vie d'exercer une activité ne soit manifestement pas nécessaire à l'atteinte du but d'intérêt public poursuivi, c'est-à-dire la non-récidive de l'auteur. Tel sera probablement le cas, par exemple, lorsque l'auteur ne présente aucun risque de récidive et que le juge formule par conséquent un pronostic favorable le concernant. Il faudra en outre qu'il ne soit pas raisonnable d'infliger à l'auteur une interdiction d'exercer l'activité. C'est le cas lorsque la restriction envisagée des droits fondamentaux de l'auteur est disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Ces conditions seraient par exemple réunies dans les cas suivants, si bien que le juge pourrait renoncer à prononcer une interdiction d'exercer une activité :

- contacts sexuels consentis entre une personne de vingt ans et une autre de quinze, dans le cadre d'une relation amoureuse (exemples : baisers avec la langue ; infraction commise : actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'art. 187, ch. 1, CP) ;
- vidéos pornographiques montrées sur un téléphone portable par un jeune homme à un collègue de pas tout à fait seize ans, en première année d'apprentissage (infraction commise : pornographie au sens de l'art. 197, al. 1, CP) ;
- revues pornographiques qu'un éducateur social d'un foyer pour enfants a omis de confisquer alors qu'il les a trouvées sous le lit d'un jeune pensionnaire, qu'il les a regardées avec l'enfant et en a parlé avec lui (infraction commise : pornographie rendue accessible au sens de l'art. 197, al. 1, CP).

La traite d'êtres humains (art. 182), la contrainte sexuelle (art. 189), le viol (art. 190), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191) et l'encouragement à la prostitution (art. 195) sont des crimes graves. La loi s'appuie donc sur la *présomption irréfragable* selon laquelle il n'existe *pas de cas de peu de gravité* pour ces infractions. Si l'auteur est frappé d'une peine ou d'une mesure pour l'une de ces infractions sexuelles, le juge devra prononcer systématiquement une interdiction à vie d'exercer une activité, et ce quelles que soient les circonstances du cas concret.

Pas d'al. 4^{ter} (option 2)

L'option 2 consiste à renoncer à une clause applicable aux cas de peu de gravité. Si l'auteur a été frappé d'une peine ou d'une mesure prévue aux art. 59 à 61, 63 ou 64,

le juge devra impérativement prononcer une interdiction à vie d'exercer une activité, quelles que soient les circonstances du cas concret.

Al. 5

Bon nombre d'auteurs sont condamnés à une peine ou à une mesure pour plusieurs infractions dans le cadre d'une même procédure. Avant de prononcer une interdiction d'exercer une activité, le juge devra déterminer la peine ou la mesure qui correspond à une infraction donnant lieu à une telle interdiction. L'interdiction d'exercer une activité proposée selon les al. 3, 4 et 4^{bis} ne suppose pas de peine minimale, mais le prononcé d'une peine ou d'une mesure prévue aux art. 59, 60 à 63 ou 64, CP.

Al. 6

Selon cette disposition, l'assistance de probation sera ordonnée non seulement si l'interdiction systématique et à vie d'exercer une activité a été prononcée pour une infraction sexuelle commise à l'égard de mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, mais aussi si elle a été prononcée pour des métiers impliquant des traitements ou des soins conformément à l'al. 4^{bis} (cf. ch. 1.5.9). Pour le reste, l'al. 6 correspond à l'al. 7 du droit en vigueur.

2.1.3 Art. 67a (contenu et étendue)

Al. 4

La disposition est étendue à l'interdiction des activités impliquant des traitements et des soins dans le domaine de la santé. Comme l'interdiction d'exercer une activité au nom de la protection des mineurs et autres personnes particulièrement vulnérables, l'interdiction prévue à l'art. 67, al. 4^{bis}, AP-CP portera toujours sur la *totalité* de l'activité. Autrement dit, si l'auteur exerçait au moment de l'acte comme gynécologue, le juge lui interdira non seulement l'exercice de cette activité particulière, mais aussi celui de toute activité impliquant des traitements ou des soins dans le domaine de la santé (cf. ch. 1.5.9 et 2.1.1).

Al. 5

Cette disposition *définit* les activités impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, comme le fait actuellement l'art. 25a de l'ordonnance sur le casier judiciaire (ordonnance VOSTRA)⁷³.

Elle précise non seulement les activités pour lesquelles on pourra, en vertu de l'art. 371a CP, demander un extrait spécial du casier judiciaire, mais décrit aussi de façon générale l'étendue des interdictions au sens de l'art. 67, al. 3 et 4, AP-CP. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'inscrire cette disposition dans la loi.

⁷³ RS 331.0

Par activités exercées spécifiquement en contact direct avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables au sens de l'al. 5, *let. a*, on entend les activités qui *s'adressent directement à ces personnes* et qui *doivent systématiquement être exercées avec elles ou sur leur personne*. Cela concerne par exemple les chauffeurs de cars de ramassage scolaire, mais pas ceux des transports publics que certains écoliers utilisent pour se rendre à l'école, car les transports publics ne s'adressent pas spécifiquement aux mineurs.

L'al. 5, *let. a, ch. 1* à 9, donne une liste non exhaustive des activités exercées *spécifiquement en contact direct* avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. Ces activités impliquent par nature un contact régulier. Côtayer des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables de manière permanente est en effet indispensable à l'exécution de ces tâches.

Lorsque l'activité n'est pas exercée *spécifiquement en contact direct* avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, la *let. b* précise qu'il y a un contact régulier avec ces groupes de personnes si l'activité est exercée *surtout ou régulièrement* dans des établissements qui offrent les prestations visées à la *let. a*.

Il s'agit donc d'activités dont l'exercice ne nécessite pas de contacts directs avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, comme les tâches de nettoyage ou d'entretien, de secrétariat ou de direction d'une institution. Il faut en revanche qu'elles aient lieu dans des établissements qui offrent les prestations visées à la *let. a*, autrement dit des prestations spécifiques s'adressant directement à ces groupes de personnes. C'est notamment le cas des écoles, des crèches, des magasins de vêtements pour enfants, des ludothèques, des centres pour la jeunesse ou des cliniques gériatriques. Ça ne l'est pas en revanche des magasins d'alimentation régulièrement fréquentés par des écoliers à la sortie des classes, car leur offre ne s'adresse pas spécifiquement aux mineurs, mais à la population en général.

Lorsqu'une activité est exercée au sens de la *let. b* surtout, c'est-à-dire à plus de 50 % du temps total consacré à cette activité particulière, ou régulièrement, c'est-à-dire au moins deux fois, dans l'un des établissements évoqués, la présence permanente de mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables rend généralement inévitables les contacts réguliers pendant l'accomplissement des tâches et en dehors. Dans un tel contexte, il est possible de rechercher volontairement ce contact et de l'établir facilement. Aussi ces activités tomberont-elles également sous le coup de l'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 3 et 4, AP-CP. Par conséquent, une personne faisant l'objet d'une interdiction totale d'exercer une activité en contact avec des mineurs au sens de l'art. 67, al. 3, AP-CP, qui est employée par une entreprise spécialisée dans l'entretien des jardins ayant passé un contrat d'entretien hebdomadaire avec une crèche, ne pourra pas être affectée à l'exécution régulière de cette tâche.

L'interdiction d'exercer n'englobera pas en revanche les activités d'un artisan indépendant pouvant être amené à effectuer une intervention unique dans une école, par exemple, pour faire une réparation.

La *deuxième partie* de la *let. b* contient une *clause dérogatoire*. Elle exclut de l'interdiction visée à l'art. 67, al. 3 et 4, AP-CP, les activités énoncées à la *let. b* dont il est certain, du fait de leur emplacement ou de leur horaire, qu'elles ne peuvent pas impliquer de contacts avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. C'est notamment le cas du nettoyage des locaux d'une crèche ou d'un centre pour la jeunesse effectué exclusivement en dehors des horaires d'ouverture,

ou des activités exercées dans un établissement offrant des prestations visées à la let. a, mais dans des locaux annexes, sans accès au bâtiment principal. Une personne ne pourra pas demander d'extrait spécial de son casier judiciaire pour ces activités.

Al. 6

Le terme « personnes particulièrement vulnérables » étant sujet à interprétation, il est nécessaire de le définir. Sa définition figure pour l'instant elle aussi dans l'ordonnance VOSTRA, à l'art. 25e. Il est proposé de l'intégrer à l'art. 67a, AP-CP.

On entend par « personnes particulièrement vulnérables » des personnes qui ne peuvent pas mener leur vie sans l'assistance d'autrui en raison notamment de leur âge ou d'une maladie physique ou psychique. Cette dépendance à l'égard d'autrui, et leur incapacité partielle à déterminer leur existence, les expose tout particulièrement à certains types d'infractions⁷⁴.

La formulation de l'al. 6 fait clairement apparaître la nécessité d'un *besoin d'assistance*, soit pour accomplir les actes ordinaires de la vie (ménage, toilette, alimentation, recours à des services, etc.) soit plus généralement pour déterminer son existence (en termes d'organisation, de communication, etc.). Il faut que la personne soit dépendante de l'assistance d'autrui, c'est-à-dire incapable d'effectuer ces tâches seule.

Ce besoin d'aide doit *découler* d'infirmités dues à l'âge, d'une maladie ou d'une infirmité physique ou psychique durable. Les infirmités physiques ou psychiques comprennent les infirmités mentales et sensorielles.

Il n'y a *pas de vulnérabilité particulière* au sens de l'art. 67, al. 4, AP-CP, lorsque cette vulnérabilité est due à un affaiblissement passager causé par la consommation d'alcool ou de stupéfiants ou par d'autres facteurs. Sont donc particulièrement vulnérables les personnes qui, comme les mineurs, ont une relation de dépendance particulière vis-à-vis des personnes qui s'occupent d'elles. Elles ne peuvent pas être confiées à des personnes qui ont déjà commis une infraction envers des gens vulnérables et qui sont susceptibles de récidiver.

2.1.4 Art. 67c (dispositions communes, exécution de l'interdiction)

Al. 5

La proposition d'abroger la *let. c* résulte de la transformation de l'interdiction qualifiée d'exercer une activité prévue par le droit en vigueur (art. 67, al. 3 et 4, CP) en interdiction systématique et à vie d'exercer une activité (art. 67, al 3 et 4, AP-CP). Elle est donc d'ordre purement *réactionnel*.

La personne condamnée devra pouvoir dans certains cas solliciter au terme d'une certaine période d'exécution, même pour les interdictions au sens de l'art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP, un réexamen de sa situation, autrement dit demander à l'autorité compétente de lever l'interdiction ou d'en limiter la durée ou le contenu (cf. ch. 1.5.10). Les conditions sont réglées à la *let. e*. Ce réexamen n'aura pas lieu d'office, mais seulement à la demande de l'auteur.

⁷⁴ Message relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants», ch. 6.4.1.

Comme indiqué au ch. 1.5.10, la période minimale au terme de laquelle un auteur pourra demander la révision d'une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 3, 4 ou 4^{bis}, AP-CP, sera déterminée d'après le *degré d'illicéité* de l'infraction commise.

Elle sera de *trois ans* si l'interdiction d'exercer une activité a été prononcée en raison d'une condamnation pour exhibitionnisme (art. 194 CP), pornographie au sens de l'art. 197, al. 2, 1^{re} phrase, CP ou désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP) (*ch. 1*). Ces trois infractions présentent un degré d'illicéité relativement *faible* au vu des peines encourues : peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus pour exhibitionnisme (art. 194 CP), amende pour les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP) et pour pornographie au sens de l'art. 197, al. 2, 1^{re} phrase, CP, ces deux dernières infractions étant des contraventions (art. 103 CP). Le délai proposé, de trois ans, est identique au délai de prescription de l'action pénale et de la peine en cas de contravention (art. 109 CP).

Le *ch. 2* prévoit un délai de *dix ans* lorsque l'interdiction d'exercer une activité a été prononcée en raison d'une condamnation pour l'une des infractions sexuelles évoquées (délit) et que l'auteur s'est vu infliger six mois au plus de peine privative de liberté ou 180 jours-amende au plus de peine pécuniaire.

Si l'interdiction d'exercer une activité a été prononcée :

- en raison d'une condamnation pour l'une des infractions sexuelles évoquées (délit) *et* que l'auteur s'est vu infliger plus de six mois de peine privative de liberté ou plus de 180 jours-amende de peine pécuniaire, ou
- en raison d'une condamnation pour une infraction sexuelle constituant un crime ou pour traite d'êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle (art. 182 CP),

l'auteur ne pourra demander la levée ou la limitation de l'interdiction qu'au terme d'une période d'exécution minimale de *quinze ans* (*ch. 3*). Le délai proposé est identique à celui prévu à l'art. 86, al. 5, CP pour la libération conditionnelle en cas de condamnation à vie.

Lorsqu'elle examinera une demande visant à lever une interdiction ou à en limiter la durée ou le contenu, l'autorité compétente devra comme dans le droit en vigueur établir s'il existe un risque que l'auteur profite de son activité pour commettre de nouveaux crimes ou délits et vérifier s'il a réparé le dommage qu'il a causé autant qu'il est raisonnable de l'exiger. Si le pronostic est défavorable, elle ne pourra en aucun cas lever l'interdiction. Par contre, s'il n'est plus à craindre que l'auteur représente un danger et qu'il a réparé le dommage occasionné dans la mesure du raisonnable, elle devra le faire. L'art. 67c, al. 6, CP demeure inchangé.

Al. 6^{bis}

Si l'auteur est *pédophile* au sens psychiatrique du terme, il faudra lui *ôter* toute possibilité de demander la levée ou la limitation de l'interdiction au terme d'une certaine période. L'interdiction prononcée contre lui sera appliquée à vie dans tous les cas. Cette disposition tient compte du fait que, d'une part, selon le comité d'initiative, l'art. 123c Cst. vise avant tout les délinquants pédophiles⁷⁵, et que d'autre part,

⁷⁵ Explications du Conseil fédéral, p. 21 (arguments du comité d'initiative)

la majorité des médecins sexologues estiment à l'heure actuelle que le développement de la sexualité est achevé pour l'essentiel à la fin de la puberté, et que les préférences sexuelles d'un pédophile ne changeront plus.

2.1.5 Art. 369 (élimination de l'inscription)

Al. 4^{quater} et 4^{quinquies}

Les nouveaux al. 4^{quater} et 4^{quinquies} appellent la remarque suivante :

Le droit actuel distingue *deux méthodes de calcul* concernant le délai d'élimination d'un jugement porté au casier judiciaire, qui sont exposées respectivement aux art. 369 CP et 369a CP. En tout état de cause, le *délai le plus long* s'applique (cf. la 2^e phrase de l'art. 369a CP). Le délai d'élimination résulte donc d'une comparaison des deux méthodes de calcul.

Ce double système en apparence compliqué tient au fait que chacune de ces méthodes remplit une fonction différente :

- Celle prévue à l'art. 369a CP vise à éviter que les jugements prononçant une interdiction d'exercer une activité, de contact ou une interdiction géographique, dont la mention doit figurer sur l'*extrait spécial du casier judiciaire* pendant sa durée effective, ne soient éliminés du casier judiciaire avant l'expiration de l'interdiction.
- Celle visée à l'art. 369 CP vise à éviter qu'une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique de longue durée n'entraîne une prolongation involontaire de la durée d'inscription d'un jugement sur l'*extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers*. Les *délais visés à l'art. 369 CP servent de référence* pour le calcul de certaines durées d'inscription d'un jugement sur l'extrait du casier judiciaire. L'art. 371, al. 4, CP prévoit ainsi que le jugement qui prononce une mesure ne figure plus sur l'extrait du casier judiciaire lorsque la moitié de la durée déterminante pour l'élimination de l'inscription en vertu de l'art. 369 est écoulée (cf. l'exception à l'art. 371, al. 5, CP).

Les dispositions de l'art. 369 CP présentent toutefois une *lacune*, que les nouveaux al. 4^{quater} et 4^{quinquies} visent à *combler*. En effet, si un jugement prononce comme seule sanction une des nouvelles interdictions en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2015, l'*actuel art. 369 CP ne prévoit pas de délai de référence* pour le calcul de la durée d'inscription sur l'extrait du casier judiciaire tel que le prévoit l'art. 371, al. 4, CP.

Il en découle les propositions de modifications suivantes:

- Le nouvel al. 4^{quater} prévoit un délai d'élimination pour les jugements qui prononcent *uniquement* une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 2, 3 à 4^{bis} ou 67b CP, ou de l'art. 50, al. 2, 3 à 4^{bis} ou 50b CPM, c'est-à-dire sans autre forme de sanction (par ex. une peine). Ces jugements seront désormais éliminés d'office du casier judiciaire après *dix ans*.
- Pour les jugements rendus à l'encontre de mineurs prononçant *exclusivement* une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 16a DPMIn, le nouvel al. 4^{quinquies} prévoit leur élimination d'office après *sept ans*.

Ces délais sont actuellement définis à l'art. 25a de l'ordonnance VOSTRA; en vertu du principe de légalité, il est cependant préférable de les inscrire dans la loi.

Le prononcé exclusif de telles interdictions devrait rester plutôt *rare*. On assume le fait que même si une interdiction est prononcée à vie, elle puisse disparaître du casier judiciaire au bout de dix ou sept ans, et ne plus figurer sur l'extrait destiné à des particuliers au bout de cinq ans ou trois ans et demi. En effet, les affaires de ce genre ne reposent pas sur une faute particulièrement grave (sans quoi elles feraient l'objet d'une sanction supplémentaire entraînant un mode de calcul différent pour le délai), et un enregistrement prolongé voire à vie ne paraît pas approprié. Il faut que la personne concernée puisse postuler à une activité sans lien avec la protection de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables, par exemple, sans être défavorisée par son extrait du casier judiciaire.

Il convient toutefois de préciser que ce type de jugement reste visible sur l'extrait spécial du casier judiciaire pendant toute la durée de l'interdiction d'exercer une activité (cf. art. 371a, al. 4, en relation avec l'art.369a CP).

Al. 6, let. a

La disposition précise que les délais définis à l'art. 369, al. 4^{quater} et 4^{quinquies}, AP-CP, courent eux aussi à compter du jour où le jugement est exécutoire (cf. art. 437 CPP).

La version allemande comporte une modification d'ordre rédactionnel, *sans incidence* sur le fond.

2.1.6 Art. 369a (extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers)

La modification apportée à cette disposition est d'ordre purement *rédactionnel*.

2.1.7 Art. 371a (extrait spécial du casier judiciaire destiné à des particuliers)

L'art. 371a CP en vigueur prévoit que toute personne qui postule à une activité professionnelle ou à une activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables ou qui exerce une telle activité peut demander un extrait spécial de son casier judiciaire.

Il faut étendre cette possibilité, prévue à l'al. 1, aux personnes qui postulent à une activité professionnelle ou à une activité non professionnelle organisée impliquant des traitements ou des soins, ou qui exercent une telle activité.

L'extrait spécial visé à l'al. 3, let. a, mentionnera donc, outre les jugements prononçant contre un adulte, une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique, au nom de la protection des mineurs et autres personnes particulièrement vulnérables, tous ceux qui prononcent une interdiction d'exercer une activité impliquant des traitements ou des soins au sens de l'art. 67, al. 4^{bis}, AP-CP.

L'avantage de l'extrait spécial du casier judiciaire, *au contenu restreint*, est qu'il évite aux candidats de devoir forcément divulguer la totalité de leurs antécédents judiciaires (par ex. peines antérieures pour infractions à la circulation routière ou vol à l'étalage), et qu'il ne contient que les éventuelles interdictions incompatibles avec les activités impliquant un contact direct avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables ou impliquant des traitements ou des soins. Les employeurs et les organismes de loisirs sont du reste libres de demander un extrait ordinaire du casier judiciaire en plus de l'extrait spécial⁷⁶.

Demander un extrait spécial du casier judiciaire reste une *démarche volontaire*. Il relève donc de la responsabilité des employeurs, associations et autres organisations de vérifier les antécédents de ceux de leurs collaborateurs ou de leurs membres qui travaillent au contact de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables ou qui exercent une activité impliquant des traitements ou des soins⁷⁷.

L'extrait spécial continuera de mentionner les jugements *pendant toute la durée* de l'interdiction d'exercer une activité (art. 371a, al. 4 CP).

2.2 Code pénal militaire

Les modifications proposées aux art. 50, 50a et 50c, AP-CPM correspondent aux art. 67, 67a et 67c, AP-CP. Nous renvoyons donc aux commentaires relatifs aux modifications du CP (cf. ch. 2.1).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

En ce qui concerne les frais de personnel et les autres conséquences financières, il convient de distinguer la reprogrammation du système VOSTRA des charges d'exploitation.

La *reprogrammation* de VOSTRA devrait coûter de 30 000 à 55 000 francs. Ces frais sont déjà prévus au budget. Ces travaux seront, dans la mesure du possible, intégrés à ceux qu'entraînera la réforme du droit du casier judiciaire.

Sur le plan des *charges d'exploitation*, il faut s'attendre à une augmentation des demandes d'extraits du casier judiciaire, car l'avant-projet, même s'il ne rend pas ces demandes obligatoires (pas plus que le droit en vigueur), vise à élargir le cercle des personnes protégées (cf. ch. 1.5.6). A l'heure actuelle, il est encore difficile d'anticiper l'évolution du nombre d'extraits spéciaux du casier judiciaire. La hausse des charges qui en résultera devrait toutefois rester modérée.

L'application des mesures prévues dans l'avant-projet fera par ailleurs augmenter également les recettes annuelles ; de quoi couvrir, sans doute, le coût de la reprogrammation de VOSTRA.

⁷⁶ Message relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants», ch. 6.2.8.

⁷⁷ Message relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants», ch. 6.2.8.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Il est *difficile d'estimer* quelles seront les conséquences, en termes de finances et de personnel, pour les cantons et les communes.

Ils auront très probablement à supporter des charges supplémentaires *dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures*. Il est vrai qu'il existe depuis le 1^{er} janvier 2015 une interdiction systématique d'exercer une activité (art. 67, al. 3 et 4 CP) assortie d'une assistance de probation (cf. art. 67, al. 7 CP). Le juge peut prononcer cette interdiction à vie (cf. art. 67, al. 6, CP), ce qui prolonge l'assistance de probation d'autant. Il est cependant probable qu'en règle générale, les juges prononceront des interdictions limitées, qu'ils pourront prolonger si nécessaire (cf. art. 67, al. 3, 4 et 6 CP)⁷⁸. L'avant-projet vise à durcir le droit en vigueur en ce sens que l'interdiction systématique d'exercer une activité soit prononcée à vie dans tous les cas (art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP), ce qui entraînerait une assistance de probation à vie. Cette interdiction à vie est toutefois relativisée par la possibilité, dans certaines circonstances, de lever l'interdiction après une certaine période d'exécution.

L'avant-projet vise en outre à durcir l'interdiction systématique d'exercer une activité en *étendant la liste des infractions sexuelles* entraînant une telle interdiction. Par ailleurs, il ne prévoit plus de *peine minimale* et instaure une *interdiction systématique supplémentaire d'exercer des activités impliquant des traitements et des soins dans le domaine de la santé*. On devrait donc voir augmenter le nombre de cas impliquant systématiquement une assistance de probation. Il est cependant difficile d'évaluer le surcoût qu'entraînera la révision.

Les *tribunaux ordinaires* devraient quant à eux voir leur volume de travail augmenter du fait de l'exclusion des infractions sexuelles à l'encontre des personnes protégées de la procédure de l'ordonnance pénale, en raison de l'interdiction systématique et à vie d'exercer une activité (cf. ch. 1.9). Il est impossible de prédire combien de cas se produiront par an, car les données fournies par l'Office fédéral de la statistique (OFS) ne permettent pas de tirer des conclusions claires. Si l'on sait combien de condamnations sont prononcées chaque année pour ce type de d'infractions sexuelles⁷⁹, on ignore si la victime était mineure, particulièrement vulnérable, dépendante ou incapable de résistance ou de discernement. On ignore aussi si une peine privative de liberté de moins de six mois pour infraction sexuelle a été prononcée dans une procédure d'ordonnance pénale ou dans une procédure ordinaire.

Les demandes d'extraits du casier judiciaire d'agents du service public exerçant une activité avec des personnes issues du cercle des personnes protégées (cf. ch. 1.5.6) entraîneront elles aussi un surcroît de travail.

⁷⁸ Message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.5.2.

⁷⁹ OFS, Condamnations d'adultes pour un crime ou un délit selon un choix d'infractions; consultables en ligne sur:
<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/22/lexi.html>

4 Relation avec le programme de la législation

Le projet n'est annoncé ni dans le message du Conseil fédéral du 25 janvier 2012 sur le programme de la législation 2012 à 2015⁸⁰ ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législation 2012 à 2015⁸¹.

La lutte contre les abus sexuels visant les enfants est un thème important qui fait débat depuis de nombreuses années et qui a donné lieu à de multiples interventions parlementaires. Le Conseil fédéral juge donc opportun de faire avancer les travaux relatifs à ce projet afin qu'il puisse être soumis au Parlement dès que possible.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

5.1.1 Compétence législative

L'art. 123 Cst. donne à la Confédération la compétence de légiférer dans les domaines du droit pénal et de la procédure pénale.

5.1.2 Conformité aux droits fondamentaux

Généralités

Le message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » signalait déjà que le nouvel art. 123c Cst. était en contradiction avec plusieurs garanties constitutionnelles telles que la liberté économique (art. 27, al. 2, Cst.), la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.) et la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.)⁸².

Les droits fondamentaux peuvent être soumis à une restriction lorsque celle-ci repose sur une *base légale*, qu'elle répond à un *intérêt public prépondérant*, qu'elle est *conforme au principe de proportionnalité* et que l'*essence* des droits fondamentaux est *préservée* (art. 36 Cst.).

L'interdiction d'exercer une activité proposée figurera dans une *loi au sens formel* ; elle se fonde sur les dispositions du droit en vigueur (cf. art. 67 ss CP et art. 50 ss CPM et ch. 1.2). On peut considérer qu'elle répond à un *intérêt public prépondérant*. Par ailleurs, l'interdiction proposée *ne porte pas atteinte* à l'*essence* des droits fondamentaux⁸³. Quant aux garanties de procédure, on peut relever que l'interdiction est ordonnée par un juge dans une procédure pénale ordinaire. Seule la question de la *proportionnalité* demande un examen plus approfondi.

La proportionnalité se définit selon trois critères : l'*adéquation*, la *nécessité* et la *proportionnalité au sens étroit* du terme. L'*adéquation* et la *nécessité* de la mesure étatique sont fonction du but visé en matière d'intérêt public ; il ne doit pas y avoir une autre mesure aussi adéquate qui soit plus clémentaire. Et la mesure ne doit pas aller

⁸⁰ FF 2012 349

⁸¹ FF 2012 6667

⁸² Pour plus de détails, cf. le message relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », ch. 6.7.1.

⁸³ Müller/Schefer 2008, pp. 85 ss, 89 ss, 267 ss et 1078 s.

au-delà du nécessaire. D'autre part, on doit peser les intérêts en présence, en s'assurant que la restriction des droits fondamentaux n'est pas disproportionnée par rapport au but visé. Une décision sera disproportionnée si ses effets négatifs pèsent en fin de compte plus lourd dans la balance que l'intérêt public qui l'a dictée⁸⁴.

Le principe de proportionnalité revêt une grande importance dans la conception de l'interdiction d'exercer une activité. Pour ce qui est des mesures thérapeutiques et de l'internement, qui ne dépendent pas de la culpabilité de l'auteur, le principe de proportionnalité a été expressément intégré dans la nouvelle partie générale du CP⁸⁵ (art. 56, al. 2, CP) et concrétisé dans diverses dispositions (notamment les art. 56, al. 1 et 6, 56a, 57, al. 1, 59, al. 1, 60, al. 1, 61, al. 1, et 63, al. 1, CP).

L'interdiction d'exercer une activité fait partie des « autres mesures ». Comme pour celles qui sont citées au paragraphe précédent, leur prononcé et leur durée ne dépendent pas en premier lieu de la culpabilité de l'auteur, mais du risque particulier que celui-ci représente et que l'interdiction permettra de prévenir. Le principe de proportionnalité devra donc être pris en compte par le juge qui ordonne l'interdiction et par l'autorité d'exécution qui l'examine et qui la lève.

L'interdiction d'exercer une activité proposée en application de l'art. 123c Cst. reste *proche dans les termes* de la norme constitutionnelle (et de l'automatisme qu'elle contient), tout en tenant compte des principes de l'égalité des normes constitutionnelles et de l'interprétation harmonisante (cf. ch. 1.3.2). En revanche, elle ne tient compte du principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst.) que dans une certaine mesure (cf. ci-après). L'interdiction d'exercer une activité sera certainement adéquate pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (protéger certaines personnes des délinquants sexuels), mais il pourra arriver qu'elle soit en contradiction avec les exigences de nécessité et de proportionnalité au sens étroit.

Lien entre l'infraction commise et l'interdiction d'exercer une activité

La garantie constitutionnelle de la liberté économique (art. 27, al. 2, Cst.) impose que l'infraction commise ait un *lien étroit* avec l'activité qu'il s'agit d'interdire. L'absence de ce lien représenterait une restriction disproportionnée de l'activité professionnelle.

Quant à l'exercice d'activités non professionnelles, il n'est pas exclu que certains types de loisirs relèvent du droit élémentaire au développement de la personnalité (liberté personnelle, art. 10, al. 2, Cst.).

On peut aussi imaginer des cas de figure où l'exercice d'une activité bénévole au sein d'une église présente un rapport avec la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.). Il est donc nécessaire ici aussi d'établir un lien étroit entre l'infraction commise et l'interdiction.

L'interdiction d'exercer une activité visée à l'art. 67, al. 3, 4 et 4^{bis}, AP-CP tient compte de ces limites.

Le lien entre l'infraction et l'interdiction est constitué par la nature sexuelle de l'infraction et par le type de victimes (mineurs, personnes particulièrement vulnérables, incapables de résistance ou de discernement ou dépendantes). Comme le

⁸⁴ Häfelin/Haller/Keller 2012, n. 320 ss; Schweizer 2008, ad art. 36 n° 22 ss

⁸⁵ Partie générale du code pénal (art. 1 à 110 CP).

prévoit le droit en vigueur (art. 67, al. 3 et 4, CP), seules les activités offrant une occasion de récidive à l'encontre de ce type de victimes seront interdites.

Etendue de l'interdiction d'exercer une activité

L'interdiction d'exercer une activité visée à l'art. 67, al. 3 et 4, AP-CP ne porte pas sur toutes les activités professionnelles ou non professionnelles organisées, mais uniquement sur celles impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou autres personnes particulièrement vulnérables.

L'interdiction visée à l'art. 67, al. 4^{bis} AP-CP, porte sur toutes les activités professionnelles ou non professionnelles organisées impliquant des traitements et des soins.

Seuls les métiers qui ne peuvent être exercés qu'avec des personnes protégées seront, de fait, totalement interdits (par ex. enseignant du primaire ou éducateur de la petite enfance). Dans les autres cas, le métier ne sera pas interdit dans sa totalité. Un médecin faisant l'objet d'une interdiction au sens de l'art. 67, al. 4^{bis}, AP-CP aura ainsi l'interdiction d'exercer comme praticien. Il pourra cependant continuer d'exercer comme chercheur en médecine ou comme scientifique, par exemple, ces activités professionnelles n'impliquant aucun traitement ni soin.

De même, les activités exercées en relation avec la liberté de conscience et de croyance ou les activités de loisirs en relation avec la liberté personnelle ne seront pas entièrement interdites, mais uniquement certaines tâches ou les tâches effectuées en contact avec certaines personnes. Par ailleurs, l'interdiction ne portera que sur les activités non professionnelles organisées. Elle ne concernera pas les activités exercées dans un cadre strictement privé.

Interdictions systématiques d'exercer une activité

Si l'auteur a commis une infraction sexuelle à l'encontre d'une personne protégée et qu'il a pour cela été frappé d'une peine ou d'une mesure (art. 59 à 61, 63 ou 64, CP), l'interdiction à vie d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 3, 4 ou 4^{bis}, AP-CP sera la conséquence systématique de cette condamnation.

Pour les cas de peu de gravité, une clause spéciale est proposée à l'art. 67, al. 4^{ter}, AP-CP (option 1). Elle permettra au juge de vérifier au cas par cas pour certaines infractions sexuelles si l'interdiction d'exercer une activité constitue une mesure nécessaire et raisonnable. Si tel n'est pas le cas, le juge pourra, à titre exceptionnel, renoncer à prononcer l'interdiction (cf. ch. 1.5.5 et 2.1.2). A défaut d'une telle disposition (il est proposé dans l'option 2 de s'en passer), on arriverait en pratique à des situations où l'interdiction proposée constituerait une mesure *disproportionnée* (cf. ch. 1.5.5 et 2.1.2). Ce serait par exemple le cas si l'auteur n'avait commis qu'une infraction sexuelle de peu de gravité (exhibitionnisme, art. 194 CP ou désagrèments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel, art. 198 CP), s'il avait commis une infraction grave (si l'on se réfère à la peine encourue), mais que sa faute était limitée, si bien que le juge lui a infligé une peine légère, ou encore s'il ne présentait aucun risque de récidive (pas de pronostic défavorable). Mais la clause prévue dans l'option 1 n'empêchera pas la mise en œuvre proposée de l'art. 123^c Cst. d'avoir pour conséquence que l'interdiction systématique et à vie d'exercer une activité constitue-

ra dans certains cas une mesure disproportionnée. Car ses conditions d'application sont strictes.

Autre concession au principe de proportionnalité : le cercle des auteurs concernés sera limité aux seuls adultes ; il n'y aura pas d'interdiction systématique et à vie d'exercer une activité dans le droit pénal des mineurs (cf. ch. 1.10).

Absence de peine minimale

Contrairement à l'actuel art. 67, al. 3 et 4 CP, le juge devra obligatoirement prononcer une interdiction systématique et à vie d'exercer une activité, quelle que soit la peine infligée à l'auteur. Il ne pourra pas prendre en compte la gravité de l'infraction, sauf si les conditions de la clause applicable aux cas de peu de gravité sont réunies. Du coup, l'interdiction d'exercer une activité pourra se révéler une mesure disproportionnée en cas de peine légère, surtout du point de vue de la proportionnalité au sens étroit (cf. ci-dessus).

Le principe de la proportionnalité est pris en compte dans la mesure où le juge ne pourra pas prononcer d'interdiction à vie d'exercer une activité s'il renonce à toute sanction (en se fondant par ex. sur l'art. 187, ch 3, CP, qui se réfère aux amours d'adolescents ; art. 52 à 54 CP).

Il l'est aussi avec la clause proposée pour les cas de peu de gravité.

Interdictions à vie

Le juge devra obligatoirement prononcer une interdiction systématique et à vie d'exercer une activité, quels que soient la gravité de l'infraction et le pronostic individuel concernant l'auteur. Il est donc probable que bon nombre de ces interdictions seront *disproportionnées* en termes de durée. La mesure ne devrait en effet perdurer que tant qu'il y a lieu de craindre que l'auteur commette une nouvelle infraction sexuelle dans l'exercice de l'activité concernée. La clause proposée pour les cas de peu de gravité ne changera pas fondamentalement cet aspect des choses.

Cet aspect sera pris en compte lors de l'organisation de l'exécution des interdictions, mais dans bien des cas il apparaîtra sans doute, dès le jugement, qu'une interdiction à vie n'est pas nécessaire pour écarter le risque que représente l'auteur.

Possibilité ultérieure de réexaminer l'interdiction

L'art. 5, par. 4, CEDH ne garantit le droit à un examen périodique qu'aux personnes frappées par une sanction entraînant une privation de liberté⁸⁶. Cependant, en vertu du principe de proportionnalité, le réexamen dans le cadre du CP concerne non seulement les sanctions entraînant une privation de liberté, mais aussi (au titre d'un renouvellement formel et périodique) les mesures de traitement ambulatoire, la mise à l'épreuve, les règles de conduite et l'assistance de probation. Par analogie, il convient de prévoir une possibilité de réexamen pour l'interdiction d'exercer une activité.

⁸⁶ Toute personne privée de liberté en raison notamment de caractéristiques personnelles telles que l'aliénation, l'alcoolisme ou la toxicomanie ou en raison d'autres circonstances altérables a systématiquement droit à l'examen périodique de la légalité de sa détention.

L'interdiction générale d'exercer une activité (art. 67, al. 1 CP, art. 50, al. 1, CPM), l'interdiction de contact et l'interdiction géographique en vigueur (art. 67b CP, art. 50b CPM) bénéficient actuellement des mêmes règles sur le réexamen que l'ancienne interdiction d'exercer une profession (art. 67c, al. 4 et 5, let. a, CP, art. 50c, al. 4 et 5, let. a, CPM ; cf. ch. 1.2).

Des délais plus longs s'appliquent aux interdictions qualifiées en vigueur au nom de la protection des mineurs et des autres personnes particulièrement vulnérables (art. 67c, al. 5, let. b à d, CP, art. 50c, al. 5, let. b à d, CP ; cf. ch. 1.2).

L'avant-projet prévoit également, dans certains cas, des possibilités de réexamen pour l'interdiction proposée (cf. ch. 1.5.1). Le but est de tenir compte, dans une certaine mesure, du principe de proportionnalité dans le cadre de l'exécution.

Mais ces possibilités n'empêcheront pas totalement que dans certains cas, l'interdiction proposée constitue une mesure disproportionnée, car le juge sera obligé, sauf dans les cas strictement délimités remplissant les conditions de la clause applicable aux cas de peu de gravité, de prononcer l'interdiction à vie sans pouvoir tenir compte des circonstances particulières à chaque cas (cf. les exemples cités plus haut).

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

5.2.1 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

L'art. 6 CEDH confère à toute personne le droit de faire trancher par un tribunal les contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. L'interdiction d'exercer une activité (ou l'interdiction d'exercer une profession) affecte un droit de caractère civil, selon une jurisprudence constante⁸⁷ ; l'art. 6 s'applique, pour ce qui concerne l'aspect de droit civil, dès lors qu'il est possible qu'une interdiction d'exercer une profession soit ordonnée dans la procédure⁸⁸. Or l'avant-projet prévoit que l'interdiction d'exercer une activité est prononcée par le juge.

Il satisfait donc à l'art. 6 CEDH sans qu'il soit même besoin d'examiner plus avant si cet article est aussi applicable à l'interdiction d'exercer une activité non professionnelle. Les activités professionnelles d'une personne peuvent être considérées comme relevant de sa vie privée (art. 8 CEDH⁸⁹)⁹⁰, mais la convention ne garantit pas le droit à une activité professionnelle

Il peut y avoir ingérence dans la vie privée si l'interdiction d'activités de nature professionnelle s'étend dans une très large mesure à l'exercice d'une telle activité dans le cadre de la vie privée⁹¹. Une autorité publique ne peut restreindre l'exercice du droit à la vie privée que pour autant que cette restriction se fonde sur une base légale suffisante et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire pour atteindre l'un des buts énumérés à l'art. 8, par. 2, CEDH (sécurité

⁸⁷ Cf. notamment l'arrêt de la CEDH du 28 juin 1978, affaire König, A/28.

⁸⁸ Cf. notamment l'arrêt de la CEDH du 15 décembre 2005, Hurter c. Suisse, n° 53146/99.

⁸⁹ Selon l'art. 8, CEDH, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

⁹⁰ Arrêt de la CEDH du 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne, A/251 B.

⁹¹ Meyer-Ladewig, *Handkommentar EMRK*, 2^e éd., 2006, ad art. 8 n° 9 ; arrêts de la CEDH du 27 juillet 2004, Sidabras et al. c. Lituanie, n° 55480/00 et 59330/00, ACEDH 2004-VII.

nationale ou publique, bien-être économique du pays, défense de l'ordre, prévention des infractions pénales, protection de la santé ou de la morale, protection des droits et libertés d'autrui). Il est donc nécessaire que le besoin de prendre la mesure en question se fasse socialement parlant impérativement ressentir pour permettre d'atteindre un but reconnu. Il s'agit là d'une consécration du principe de proportionnalité. Dans ce contexte, la Cour EDH accorde une grande importance à l'effet déterminant d'une restriction, à la lourdeur d'une sanction ou au caractère définitif d'une obligation⁹². La restriction des garanties évoquées correspond au principe de proportionnalité tel qu'il existe dans le droit constitutionnel suisse.

La base légale et les buts inscrits à l'art. 8, par. 2, CEDH n'appellent pas ici de commentaires.

L'avant-projet automatise au maximum le prononcé de l'interdiction d'exercer une activité. Si les conditions sont réunies, l'interdiction sera prononcée à vie systématiquement. L'option 1 propose toutefois une clause applicable aux cas de peu de gravité, qui permettrait au juge de renoncer à prononcer l'interdiction pour certaines infractions sexuelles lorsqu'elle n'est manifestement ni nécessaire ni raisonnable (cf. art. 67, al. 4^{er}, AP-CP). Dans l'option 2, on renonce à une telle clause. Cette disposition n'est pas indispensable, mais sans elle, il est prévisible que le caractère automatique du prononcé excédera dans certains cas ce que la CEDH qualifie de « nécessaire dans une société démocratique », et sera par conséquent jugé contraire à l'art. 8 CEDH par la Cour EDH. On réduit certes ce risque en permettant à l'auteur de demander, après une certaine période d'exécution, la levée ou la limitation de l'interdiction d'exercer une activité, sauf s'il est pédophile au sens psychiatrique du terme. Les dispositions de l'avant-projet ne permettraient néanmoins pas une application tout à fait conforme à la CEDH, car le prononcé automatique d'une interdiction à vie pourrait dans certains cas être considéré comme disproportionné, malgré les possibilités de réexamen accordées en cours d'exécution. La clause applicable aux cas de peu de gravité selon l'option 1, que le Conseil fédéral appelle de ses vœux, réduirait encore ce risque, sans pour autant l'éliminer complètement du fait de la rigueur de ses conditions.

5.2.2 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (pacte ONU I)⁹³

Le droit au travail inscrit à l'art. 6 du pacte ONU I consacre l'obligation pour l'Etat partie de garantir à chacun la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté et notamment le droit de ne pas en être empêché illégalement⁹⁴. La validité de ce droit n'est pas absolue. Il peut être restreint conformément à l'art. 4 du pacte ONU I si une loi le prévoit et que cette restriction est nécessaire « en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique »⁹⁵.

⁹² Auer/Malinverni/Hottelier 2006, p. 115 ; cf. aussi les arrêts de la CEDH du 26 septembre 1995, Vogt c. Allemagne, § 54 ss, et du 22 mai 2008, Emre c. Suisse, § 85 s.

⁹³ RS 0.103.1

⁹⁴ Comité des Droits économiques, sociaux et culturels, Le droit au travail, Observation générale n° 18, adoptée le 24 nov. 2005, § 4.

⁹⁵ Kälin/Künzli 2013, p. 506.

Pour les raisons mentionnées plus haut (cf. ch. 5.2.1), l'interdiction d'exercer une activité proposée dans l'avant-projet pourrait être incompatible avec le pacte dans certains cas.

5.2.3 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (pacte ONU II)⁹⁶

Les dispositions concernées du pacte ONU II (art. 14, 17 et 26) se recouvrent en grande partie avec celles de la CEDH (cf. ch. 5.2.1).

5.2.4 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant

La Suisse s'engage par l'art. 19 de la convention à prendre des mesures pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. Elle s'engage par l'art. 34 à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle.

Les nouvelles mesures proposées s'inscrivent dans la ligne de ces engagements.

5.2.5 Convention du Conseil de l'Europe du 25 octobre 2007 sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote)⁹⁷

Selon l'art. 5, par. 3, de la convention de Lanzarote, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014, chaque partie « prend les mesures législatives ou autres nécessaires, conformément à son droit interne, pour que les conditions d'accès aux professions dont l'exercice comporte de manière habituelle des contacts avec les enfants permettent de s'assurer que les candidats à ces professions n'ont pas été condamnés pour des actes d'exploitation ou d'abus sexuels concernant des enfants ».

La Suisse a déjà en grande partie donné suite à cet engagement en adoptant la loi fédérale du 13 décembre 2013 sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

⁹⁶ RS 0.103.2

⁹⁷ RS 0.311.40

Ouvrages

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, 2003, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich; Bâle; Genève: Schulthess, 2003.

Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, 2006, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 2^e édition, Berne: Stämpfli, 2006.

Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Störungen, 2003, Textrevision – DSM-IV-TR, Übersetzung nach 4. Auflage des Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders der American Psychiatric Association, Göttingen; Berne; Toronto; Seattle, 2003.

Gruber Patrik, 2013, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar Strafrecht II, 3^e édition, Bâle: Helbling Lichtenhahn, 2013.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, 2012, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^e édition, Zurich: Schulthess, 2012.

Hangartner Yvo, 2010, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), PJA 2010.

Kälin Walter/Künzli Jörg, 2013, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3^e édition, Bâle: Helbling Lichtenhahn, 2013.

Maier Philipp, 2013 in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3^e édition; Bâle: Helbling Lichtenhahn, 2013.

Moser Werner, 1986, Unterschätzte Bundesverfassung?, RDS 1986, cahier 4.

Müller Jörg Paul, 2010, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter 01.03.2010.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, 2008, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^e édition, Berne: Stämpfli, 2008.

Riedo Christof, 2013 in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3^e édition; Bâle: Helbling Lichtenhahn, 2013.

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, 2013, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3^e édition; Bâle: Helbling Lichtenhahn, 2013.

Reich Johannes, 2008, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?, RDS 127, 2008, I.

Rhinow René/Schefer Markus, 2009, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e édition, Bâle: Helbling Lichtenhahn, 2009.

Schweizer Rainer J., 2008, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), 2^e édition, Zurich: Dike, 2008.

Stratenwerth Günter/Jenny Guido/Bommer Felix, 2010, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7^e édition, Berne: Stämpfli, 2010.

Tschannen Pierre, 2011, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e édition, Berne: Stämpfli, 2011.

Autres documents

Message relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants» : Message du 10 octobre 2012 relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants» et à la loi fédérale sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) en tant que contre-projet indirect, FF 2012 8151.

Rapport sur l'interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique: rapport explicatif concernant une modification de la Constitution, du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs (interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique). Consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Thèmes A – Z > I > Interdiction d'exercer une profession ou une activité > Extension de l'interdiction d'exercer une profession > Rapport explicatif.

Message 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 2012 7051.

Message sur la Constitution: Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.

Rapport sur la relation entre droit international et droit interne : La relation entre droit international et droit interne. Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF 2010 2067.

Message concernant la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi : Message du 26 juin 2013 concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), FF 2013 5373.

Explications du Conseil fédéral : Votation populaire du 18 mai 2014. Explications du Conseil fédéral - arrêté fédéral concernant les soins médicaux de base (contre-projet direct à l'initiative populaire « Oui à la médecine de famille », qui a été retirée) ; initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » ; initiative populaire « Pour la protection de salaires équitables (Initiative

sur les salaires minimums) » ; loi fédérale sur le fonds d'acquisition de l'avion de combat Gripen. Consultable à l'adresse www.parlement.ch > Elections et votes > Votations populaires > Votations populaires 2014 > Votation populaire du 18 mai 2014 > Explications du Conseil fédéral.

