

**Rapport explicatif relatif à la modification du
code pénal suisse et du code pénal militaire
concernant la mise en
œuvre de l'article 123b de la Constitution
fédérale sur
l'imprescriptibilité
des actes de
pornographie infantile**

Condensé

Le 30 novembre 2008, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantile » et, partant, le nouvel art. 123b de la Constitution fédérale (Cst.) prévoyant que « l'action pénale et la peine pour un acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique sur un enfant sont imprescriptibles ». En application de l'art. 195 Cst., il est entré en vigueur le jour de la votation populaire. En acceptant cette initiative, le peuple a exprimé sa volonté de permettre aux jeunes victimes d'abus sexuels de poursuivre en tout temps l'auteur et d'éviter que ce dernier puisse se soustraire à la justice pénale grâce à l'écoulement du temps.

Durant la campagne précédant la votation populaire, le Conseil fédéral a souligné que le texte de l'art. 123b Cst. contenait des notions imprécises, comme celle d'« enfant impubère » ou d'« acte punissable d'ordre pornographique », qu'il serait difficile d'appliquer. Afin de garantir la sécurité juridique, ainsi que l'efficacité et l'uniforme application de l'art. 123b Cst. par les autorités de poursuite pénale, le Conseil fédéral propose de concrétiser, au niveau de la loi, le texte de cette disposition. L'avant-projet prévoit ainsi d'introduire à l'art. 101, alinéa 1, du code pénal (CP) une nouvelle lettre d, afin que les infractions aux art. 187, ch. 1 (acte d'ordre sexuel sur des enfants), 189 (contrainte sexuelle), 190 (viol) et 191 (actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement et de résistance) CP soient imprescriptibles. De plus, il prévoit expressément d'appliquer l'imprescriptibilité aux infractions qui n'étaient pas encore prescrites au jour de la votation. Cette solution respecte la volonté populaire et le droit international public. Comme à l'accoutumée, une modification de la disposition analogue du code pénal militaire, soit de l'art. 59, alinéa 1, est également proposée.

Table des matières

1. LE POINT DE LA SITUATION.....	4
1.1. Initiative populaire « Pour l’imprescriptibilité des actes de pornographie infantine » ..	4
1.2. Le contre-projet indirect et son sort	4
1.3. Mandat consécutif à la votation populaire	5
2. SITUATION JURIDIQUE DE BASE.....	5
2.1. La prescription pénale avant l’adoption de l’art. 123b Cst.	5
2.2. Les autres objets relatifs à la prescription pénale.....	7
2.3. Aperçu de droit comparé	8
3. MISE EN ŒUVRE DE L’INITIATIVE.....	10
3.1. L’applicabilité directe de l’art. 123b Cst.	10
3.2. Nécessité d’élaborer une législation de mise en œuvre	11
3.3. Conditions à respecter lors de la mise en œuvre	11
3.3.1. Respect de la volonté du constituant.....	11
3.3.2. Respect de la Constitution et du droit international	12
3.3.3. Respect de la cohésion de l’ordre juridique suisse.....	12
4. INTERPRÉTATION DE L’ART. 123B CST. ET PRÉSENTATION DE L’AVANT-PROJET	14
4.1. La place dans la systématique du code pénal.....	14
4.2. La concrétisation de la notion d’ « enfant impubère »	14
4.3. La concrétisation de la notion d’« acte punissable d’ordre sexuel ou pornographique sur un enfant »	16
4.4. Le cercles des auteurs soumis à l’imprescriptibilité	20
4.5. L’imprescriptibilité de l’action pénale et de la peine.....	21
4.6. La disposition transitoire (effet rétroactif).....	21
4.7. La poursuite sur plainte dès la majorité de la victime	22
4.8. La possibilité d’atténuer la peine	23
4.9. La modification éventuelle d’autres lois	24
4.9.1. Code des obligations	24
4.9.2. La loi sur l’aide aux victimes d’infractions.....	24
4.10. Synthèse de la situation.....	25
5. MODIFICATION DU CODE PÉNAL MILITAIRE	27
6. ASPECTS JURIDIQUES	27
6.1. Rapport avec le droit international	27
6.2. Constitutionnalité	27
7. CONSÉQUENCES FINANCIÈRES.....	28
7.1. Pour la Confédération.....	28
7.2. Pour les cantons	28

1. Le point de la situation

1.1. Initiative populaire « Pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine »

Le 30 novembre 2008, la majorité du peuple (51,9%) et des cantons (20) a accepté l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine » (initiative imprescriptibilité). Par voie de conséquence, la Constitution fédérale (Cst.) a été complétée par un nouvel art. 123b, dont la teneur est la suivante :

Art. 123b

Imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants impubères

L'action pénale et la peine pour un acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique sur un enfant impubère sont imprescriptibles.

Conformément aux art. 195 Cst. et 15 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques¹, cette nouvelle disposition est entrée en vigueur le jour de la votation populaire, soit le 30 novembre 2008.

Le Conseil fédéral et le Parlement avaient auparavant combattu cette initiative et proposé son rejet. Ils soutenaient en substance que l'imprescriptibilité allait au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre le but désiré et que le texte constitutionnel proposé contenait des notions trop imprécises. Reconnaisant néanmoins que les délais de prescription de l'action pénale tels que prévus par l'art. 97, al. 2, du code pénal² (CP) étaient trop courts, ils avaient proposé, par le biais d'un contre-projet indirect, de prolonger les délais de prescription de l'action pénale des infractions graves contre l'intégrité physique et sexuelle des enfants de moins de 16 ans³.

1.2. Le contre-projet indirect et son sort

L'instrument du contre-projet indirect est né de la pratique ; il n'est réglé ni dans la Constitution ni dans la loi, ce qui permet une certaine souplesse. En principe, le Conseil fédéral a l'obligation de mettre en vigueur une loi adoptée par le Parlement, il n'a de marge de manœuvre que quant à la date de l'entrée en vigueur. Dans le cas d'un contre-projet indirect, ce principe peut cependant connaître des exceptions du fait de l'intervention du constituant entre le moment de l'adoption de la loi et celui de son éventuelle mise en vigueur.

Le contre-projet indirect, adopté par le Parlement le 13 juin 2008⁴, devait entrer en vigueur en cas de rejet de l'initiative par le peuple. Or, le peuple s'est prononcé en faveur de l'initiative. Il se pose donc la question de savoir si le contre-projet doit malgré tout entrer en vigueur ou s'il doit être purement et simplement écarté, compte tenu du résultat de la

¹ RS 161.1.

² RS 311.0.

³ Voir le Message du 27 juin 2007 concernant l'initiative populaire pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine» et la loi fédérale sur la prescription de l'action pénale en cas d'infractions sur les enfants (modification du code pénal et du code pénal militaire), FF 2007 5099, ainsi que les délibérations du Conseil national (BO CN 2008 123) et du Conseil des Etats (BO CE 2008 349).

⁴ BO CN 2008 1025, BO CE 2008 533. Le texte du contre-projet a été publié dans la FF 2008 4765.

votation. Une situation identique ou comparable ne s'est jamais produite en Suisse⁵. Avant la votation du 30 novembre 2008, le peuple avait accepté quinze initiatives populaires⁶. Dans six cas, le Conseil fédéral avait recommandé l'acceptation de l'initiative ; dans six cas également, il avait recommandé le rejet de l'initiative sans y opposer de contre-projet ; dans deux cas, il avait recommandé le rejet de l'initiative en y opposant un contre-projet direct ; dans un seul cas il avait recommandé le rejet de l'initiative en y opposant un contre-projet indirect. Ce dernier cas, qui concerne l'initiative populaire fédérale « pour la protection des marais – Initiative du Rothenthurm », n'est néanmoins pas comparable à la présente espèce. En effet, le contre-projet indirect à cette initiative ne faisait en grande partie que concrétiser dans la loi les exigences du comité d'initiative. Dans le cas de l'initiative imprescriptibilité, le contre-projet constituait une réelle alternative à la solution proposée par le Comité d'initiative et était guidé par une autre logique ; il ne s'agissait pas d'une mise en œuvre anticipée de l'art. 123b Cst. En se prononçant en faveur de l'initiative, le peuple a implicitement rejeté la solution proposée par le Parlement, quand bien même celle-ci n'a pas fait l'objet d'un référendum. Pour ces motifs, le présent avant-projet prévoit d'abroger le contre-projet. Un tel procédé – à savoir la modification ou l'abrogation de dispositions adoptées par le Parlement, mais qui ne sont pas encore entrées en vigueur – a déjà été appliqué dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal⁷.

1.3. Mandat consécutif à la votation populaire

Le soir du scrutin, la Cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP) a déclaré que le nouvel art. 123b Cst. devait être concrétisé dans le code pénal, afin que la sécurité juridique et qu'une application uniforme de cette disposition soient garanties⁸. Le 23 février 2009, elle a reçu des représentants du Comité d'initiative, afin qu'ils puissent s'expliquer sur les différentes notions contenues dans le texte constitutionnel. A l'issue de cette séance, elle a décidé que la mise en place d'un groupe d'experts n'était pas nécessaire et a confié l'élaboration de l'avant-projet et du rapport explicatif à l'Office fédéral de la justice. Le 3 mai 2010, la Cheffe du DFJP a présenté oralement l'avant-projet aux représentants du Comité d'initiative.

2. Situation juridique de base

2.1. La prescription pénale avant l'adoption de l'art. 123b Cst.

Le droit suisse fait une distinction entre la prescription de l'action pénale, qui met fin au droit de poursuivre une infraction, et la prescription de la peine, qui met fin au droit de faire exécuter une condamnation entrée en force. Les délais de ces deux types de prescription sont fixés dans la partie générale du code pénal et du code pénal militaire⁹ (CPM) pour les

⁵ Le cas de l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels jugés très dangereux et non amendables » se différencie de la présente espèce puisque le contre-projet indirect était en réalité une loi déjà adoptée par le Parlement avant le dépôt de l'initiative populaire. Il ne s'agissait pas d'un contre-projet « taillé sur mesure ».

⁶ Un aperçu des initiatives populaires fédérales adoptées par le peuple et les cantons est disponible sur le site de la Chancellerie fédérale : http://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_8.html.

⁷ Voir le Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003 (FF 2005 4425, 4429).

⁸ Voir sa déclaration du 30 novembre 2008 sous : <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/kriminalitaet/gesetzgebung/unverjaehrbarkeit/abstimmungskommentar.html>.

⁹ RS 321.0.

auteurs majeurs et dans la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs¹⁰ (Droit pénal des mineurs, ci-après : DPMin) pour les auteurs mineurs.

Lorsque l'auteur est majeur, l'action pénale se prescrit par 30, 15 ou 7 ans selon la peine dont l'infraction est passible (art. 97, al. 1, CP et 55, al. 1, CPM). Quant à la peine, elle se prescrit par 30, 25, 20, 15 ou 5 ans selon la peine prononcée (art. 99 CP et 57 CPM). Lorsque l'auteur est mineur, ces délais sont réduits de manière importante et s'élèvent, pour la prescription de l'action pénale, à 5, 3 et 1 an(s) (art. 36, al. 1, DPMin) et pour la prescription de la peine, à 4 et 2 ans selon la peine prononcée (art. 37, al. 1, DPMin). Cette réduction s'explique principalement par le fait que le droit pénal des mineurs met avant tout l'accent sur l'effet pédagogique de la mesure ou de la sanction. Cela implique que la réaction des autorités doit être très rapide ; en effet, plus le temps passe, plus il devient difficile d'invoquer l'infraction comme motif fondant l'application d'une mesure éducative ou d'une sanction¹¹. Un régime d'exception a cependant été créé lorsque l'auteur – majeur ou mineur – a commis des atteintes à l'intégrité sexuelle ou physique sur des enfants de moins de 16 ans. Dans ce cas en effet, le législateur a prévu que la prescription de l'action pénale continuait à courir en tout cas jusqu'au jour où la victime a 25 ans (art. 97, al. 2, CP, art. 55, al. 2, CPM et art. 36, al. 2, DPMin). Cette prolongation est justifiée par le fait que, la plupart du temps, les enfants abusés sont dépendants affectivement ou économiquement de l'auteur et qu'ils ne peuvent déposer une plainte pénale que bien des années après s'être libérés de ce lien¹². En pratique, cette réglementation ne déploie des effets que si les abus ont été commis sur des enfants de moins de 10 ans ; après, le délai ordinaire de 15 ans dès la commission de l'infraction est en effet plus favorable¹³. Ce régime d'exception ne concerne pas les délais de prescription de la peine. Ainsi, une peine prononcée suite à la commission d'une infraction contre l'intégrité sexuelle d'un enfant de moins de 16 ans se prescrit conformément aux règles ordinaires prévues par les art. 99, al. 1, CP, 57, al. 1, CPM et 37, al. 1, DPMin.

L'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine existe en Suisse, mais elle n'est pour l'instant prévue dans le code pénal que pour le génocide, les crimes de guerre et les actes de terrorisme. Cette dérogation exceptionnelle au principe de la prescription se justifie par la gravité extraordinaire des infractions en cause. Un projet de loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹⁴ propose d'inscrire, dans le code pénal et le code pénal militaire, la notion de crimes contre l'humanité, inconnue aujourd'hui en droit pénal suisse, et d'y définir plus précisément les crimes de guerre, lesquels font l'objet d'une disposition dans le code pénal militaire, mais uniquement sous la forme d'une norme générale renvoyant au droit international applicable. Tous ces crimes figureront également dans la liste des infractions imprescriptibles prévues par l'art. 101 CP. Le projet est actuellement traité par le Parlement¹⁵. Il sied de préciser que l'imprescriptibilité telle que prévue par l'actuel art. 101 CP ne s'applique qu'aux auteurs majeurs. Pour les mineurs qui se rendraient éventuellement

¹⁰ RS 311.1.

¹¹ Pour plus de détails, voir le Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, p. 2022 ss.

¹² Sur la nécessité de prévoir des délais de prescription plus longs en cas d'infraction à l'intégrité sexuelle des enfants, voir FF 2007 5099 (note 3), p. 5103 s et les références citées.

¹³ Afin d'illustrer ce propos on peut donner les deux exemples suivants, en partant du principe que l'infraction en cause se prescrit par 15 ans : un enfant ayant été abusé à 5 ans bénéficie du régime spécial de l'art. 97, al. 2, CP et peut donc agir jusqu'à ses 25 ans. Si on lui appliquait le régime ordinaire, il ne pourrait agir que jusqu'à ses 20 ans (5 + 15). En revanche, un enfant ayant été abusé à 12 ans n'a pas besoin de se prévaloir de l'art. 97, al. 2, CP puisque le délai ordinaire lui permet d'agir jusqu'à ses 27 ans (12 + 15).

¹⁴ FF 2008 3565.

¹⁵ Etat au mois d'avril 2010.

coupables d'actes aussi graves que ceux énumérés par cette disposition, l'art. 36, al. 1, DPMin, qui prévoit un délai de prescription de 5 ans pour les crimes, est pleinement applicable. Cette solution va d'ailleurs dans le sens de l'art. 26 du Statut de Rome, qui prévoit que la Cour n'a pas de compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission de l'infraction¹⁶.

2.2. Les autres objets relatifs à la prescription pénale

Le 20 mars 2009, le Conseil national a décidé de classer l'*initiative parlementaire Glasson*¹⁷, dont l'objectif était de faire de la criminalité organisée envers les mineurs un crime contre l'humanité et, de ce fait, d'en faire une infraction imprescriptible au sens de l'art. 101 CP. Le Conseil national a ainsi suivi sa Commission des affaires juridiques, qui estimait que les objectifs de cette initiative parlementaire avaient déjà été mis en œuvre dans une large mesure ou faisaient l'objet de futurs projets de loi. La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-CN) mentionnait en outre que l'objectif de pouvoir poursuivre en tout temps la criminalité organisée envers les mineurs serait examiné dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative « imprescriptibilité »¹⁸.

Le 25 octobre 2007, le Conseil de l'Europe a adopté la *Convention pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*. Elle a été signée à ce jour par une trentaine d'Etats et entrera en vigueur dès que cinq Etats l'auront ratifiée. Le 24 avril 2009, le DFJP a invité les cantons à lui dire s'ils approuvent ou non que la Suisse signe cette convention¹⁹. Outre qu'elle exige des Etats membres la répression pénale des abus et de l'exploitation sexuelle des enfants, l'art. 33 de cette convention prévoit que les parties doivent prendre les mesures nécessaires pour que le délai de prescription des infractions aux art. 18 (abus sexuel), 19, al. 1, let. a et b (infractions se rapportant à la prostitution enfantine) et 21, al. 1, let. a et b (infractions se rapportant à la participation d'un enfant à des spectacles pornographiques) de la convention continue de courir pour une durée suffisante pour permettre l'engagement effectif de poursuites, après que la victime a atteint l'âge de la majorité. Bien que la mise en œuvre de l'art. 123b Cst. ne vise pas à intégrer les éventuelles modifications de la législation pénale suisse que cette convention pourrait engendrer, il faudra veiller à ce qu'elle ne crée pas de situation manifestement contradictoire avec celle-ci.

Le 16 mars 2009, la CAJ-CN a envoyé en consultation un avant-projet, accompagné de son rapport explicatif²⁰, mettant en œuvre l'*initiative parlementaire Roth-Bernasconi*²¹. Outre l'introduction d'un nouvel art. 122a CP réprimant expressément les mutilations génitales féminines, l'avant-projet prévoit de modifier l'art. 97, al. 2, CP afin que le délai de prescription plus long prévu par cette disposition profite également à l'art. 122a CP. La CAJ-CN a cependant laissé ouverte la question de savoir si l'art. 123b Cst. pourra s'appliquer aux mutilations génitales féminines²². La présente mise en œuvre devra donc déterminer si l'art.

¹⁶ Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, RS **0.312.1** ; pour les explications à l'appui de cette solution, voir le Message du 15 novembre 2000 relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, FF **2001** 359, p. 501.

¹⁷ Initiative parlementaire Glasson (03.430 ; La criminalité organisée envers les enfants est un crime contre l'humanité).

¹⁸ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 13 février 2009 au sujet de l'initiative parlementaire Glasson (03.430).

¹⁹ Communiqué de presse du DFJP du 24 avril 2009, disponible sous :

²⁰ http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2009/ref_2009-04-24.html.

²¹ Ces documents sont disponibles sous :

²² www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/kriminalitaet/gesetzgebung/genitalverstuemmung.html.

²¹ Initiative parlementaire Roth-Bernasconi (05.404 ; Réprimer explicitement les mutilations sexuelles commises en Suisse et commises à l'étranger par quiconque se trouve en Suisse).

²² Rapport de la Commission des affaires juridiques du 12 février 2009, p. 20.

122a CP, dans l'hypothèse où il devrait être adopté, devrait être considéré comme un « acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique » au sens de l'art. 123b Cst.

Le 12 juin 2009, une *motion du Groupe de l'Union Démocratique du Centre*²³ (Groupe UDC) a été déposée auprès du Parlement. Le Groupe UDC souhaite ajouter une deuxième phrase à l'art. 123b Cst. : « *L'imprescriptibilité vaut pour les délits commis ou subis aussi bien avant le 30 novembre 2008 qu'après cette date et qui n'ont pas encore été prescrits à cette date* ». Sachant qu'il allait traiter la question de la rétroactivité dans le cadre des travaux de mise en œuvre de l'art. 123b Cst., le Conseil fédéral a décidé de reporter la réponse à cette intervention parlementaire.

2.3. Aperçu de droit comparé

Nous verrons plus bas que l'art. 123b Cst. contient des notions soumises à interprétation que le présent avant-projet a pour objectif de concrétiser. Dans le cadre de ce processus, l'analyse de la législation étrangère peut constituer un soutien appréciable.

Le Conseil fédéral s'est déjà livré à deux reprises à une analyse de droit comparé de la prescription pénale des infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants²⁴. Afin d'éviter les redites, l'exposé suivant se contentera de rappeler les éléments les plus importants et de mettre à jour les informations périmées.

En *Allemagne*, le § 78b, al. 1, ch. 1, du code pénal²⁵ prévoit que la prescription de l'action pénale des infractions prévues aux § 174 à 174c, ainsi qu'aux § 176 à 179, ne court pas tant que la victime n'a pas 18 ans révolus. Les § 174 à 174c sanctionnent les actes d'ordre sexuel sur des personnes dépendantes de moins de 18 ans (personnes en formation, prisonniers, patients, abus de fonction ou d'un rapport de confiance, etc.), tandis que les § 176 à 179 sanctionnent les actes d'ordre sexuel sur les enfants de moins de 14 ans, le viol et la contrainte sexuelle envers des personnes incapables de résistance. Le délai de prescription de l'action pénale est de 5, 10, 20, voire même 30 ans selon la peine encourue. L'imprescriptibilité n'est prévue que pour l'assassinat au sens du § 211. La prescription de la peine varie quant à elle entre 3 et 25 ans selon la peine prononcée (§ 79, al. 3, CP). Le § 79, al. 2, CP prévoit même que la peine est imprescriptible si la peine prononcée est une peine privative de liberté à vie (ce qui est possible en cas d'acte d'ordre sexuel avec un enfant ayant entraîné la mort de celui-ci).

En *Autriche*, la nouvelle version du § 58 du code pénal²⁶, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2009, prévoit que la prescription de l'action pénale des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, la liberté et l'intégrité sexuelles ne court pas tant que la victime n'a pas atteint l'âge de 28 ans, si la victime avait moins de 18 ans au moment des faits. Les infractions contre l'intégrité sexuelle dont il s'agit sont en particulier la représentation pornographique de mineurs (§ 207a), l'abus sexuel sur des mineurs de moins de 16 ans (§ 207b), la mise en danger de la moralité de mineurs de moins de 16 ans (§ 208), l'inceste (§ 211), l'abus d'un rapport d'autorité (§ 212), le proxénétisme (§ 213), la mise en contact avec des mineurs contre rémunération (§ 214), l'encouragement à la prostitution et à la représentation pornographique de mineurs (§ 215a) et la traite internationale d'être humain (§ 217). Les délais de prescription de l'action pénale dépendent de la peine ; ils sont de 10 ans en cas

²³ Motion du Groupe de l'Union Démocratique du Centre (09.3681 ; Etre conséquent dans l'application de l'imprescriptibilité).

²⁴ Message du 10 mai 2000 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre l'intégrité sexuelle ; prescription en cas d'infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants et interdiction de la possession de la pornographie dure), FF **2000** 2769, p. 2785 s ; FF **2007** 5099 (note 3), p. 5105 s.

²⁵ Le code pénal allemand est disponible sous :

<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>.

²⁶ Le code pénal autrichien est disponible sous : http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb_index.htm.

d'abus sexuel grave envers les enfants et de 20 ans dans les cas qualifiés (si l'abus a entraîné une lésion corporelle grave ou une grossesse). Les infractions ayant causé la mort étant passibles de la prison à vie, elles sont imprescriptibles en application du § 57, al. 1. Quant à la peine, elle se prescrit par 5, 10 ou 15 ans selon la peine prononcée ; elle est même imprescriptible en cas de peine privative de liberté à vie (§ 59).

Dans la *Principauté du Liechtenstein*, le projet de modification évoqué dans le message de 2000²⁷ a été adopté et est entré en vigueur. Ainsi, conformément à l'art. 58, al. 3, ch. 3, du code pénal²⁸, la prescription de l'action pénale des infractions contre l'intégrité sexuelle des mineurs ne commence pas à courir avant que la victime ait 18 ans. La peine se prescrit par 1, 3, 5, 10 ou 20 ans selon la peine prononcée.

En *France*, conformément à l'art. 7 du code de procédure pénale, le délai de prescription de l'action pénale des crimes mentionnés à l'art. 706-47 du même code et à l'art. 222-10 du code pénal²⁹ est de 20 ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime, lorsque celle-ci était mineure au moment des faits. Les crimes dont il s'agit sont le viol, les autres agressions sexuelles, le proxénétisme sur mineur de moins de 15 ans, le recours à la prostitution de mineurs (simple et qualifié), la corruption de mineurs, les atteintes sexuelles sans violence sur mineur de plus de 15 ans et les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sur une personne vulnérable. La peine se prescrit par 3, 5, ou 20 ans selon la peine prononcée (art. 133-2 à 133-4 du code pénal). L'imprescriptibilité de la peine n'est prévue que pour les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif, au sens des art. 214-1 ss du code pénal.

En *Italie*, un projet de loi intitulé « dispositions en matière de violence sexuelle » a été adopté par la Chambre des députés le 14 juillet 2009³⁰. Ce projet de modification vise notamment à augmenter les peines prévues pour les atteintes à l'intégrité sexuelle sur des enfants de moins de 14 ans, respectivement de moins de 10 ans (art. 1 du projet de loi). Le projet prévoit en outre que la peine ne peut pas être inférieure à 8 ans lorsque la victime a subi une atteinte grave à l'intégrité corporelle et à 10 ans lorsqu'elle a subi une atteinte très grave (« *gravissima* ») à l'intégrité corporelle (art. 2 du projet de loi). En outre, le champ d'application de l'art. 157, al. 6, du code pénal³¹, qui prévoit dans certains cas que les délais de prescription ordinaires sont doublés, serait élargi aux art. 609-bis (violence sexuelle), 609-quater (actes d'ordre sexuel sur des mineurs) et 609-octies (violence sexuelle en groupe) du code pénal. Les délais ordinaires de prescription pour ces infractions étant de 10 ans, cela signifie que la prescription interviendrait après 20 ans. Dans tous les cas, le délai commence à courir dès la commission de l'infraction (art. 158).

En *Grande-Bretagne*, la prescription n'existe pas. Les poursuites sont donc possibles en tout temps. Il ne faut cependant pas en conclure que l'écoulement du temps ne joue aucun rôle dans le cadre d'une procédure pénale. La jurisprudence a en effet consacré la théorie de l'*abuse of process*, qui détermine le moment à partir duquel la poursuite d'une infraction devient contraire à l'équité et doit être alors suspendue par le juge³². En matière d'abus sexuels sur des enfants, l'application de cette théorie peut ainsi aboutir à la suspension des poursuites. Dans une décision du 11 février 2003, la Cour d'appel a ainsi suspendu une procédure ouverte pour des faits d'agressions sexuelles d'un beau-père sur sa belle-fille commis dans les années 1970. Elle a estimé que le défendeur n'avait pas la capacité de se

²⁷ FF 2000 2769 (note 24), p. 2785.

²⁸ Le code pénal liechtensteinois est disponible sous : <http://www.recht.li/sys/1988037.html>.

²⁹ Le code de procédure pénale français est disponible sous : <http://www.droit.org/jo/copdf/ CPP.pdf> et le code pénal français sous : <http://www.droit.org/jo/copdf/ Penal.pdf>.

³⁰ Le projet de loi italienne est disponible sous : <http://www.ads.altalex.com/index.php?idstr=144&idnot=42189>.

³¹ Le code pénal italien est disponible sous : <http://www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp.htm#Top>.

³² Voir pour plus de détails, A. Miham, Contribution à l'étude du temps dans la procédure pénale : Pour une approche unitaire du temps dans la réponse pénale, Paris 2007, p. 411 ss.

défendre, les preuves étant très limitées en raison du temps écoulé. Les juges ont précisé que s'il est important que justice soit faite à la victime et à l'accusation, il est encore plus important que le défendeur ne subisse pas une injustice : en d'autres termes, « *si des personnes coupables peuvent demeurer impunies, des innocents ne seront pas condamnés à tort* »³³.

En Suède, une révision des infractions contre l'intégrité sexuelle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2005³⁴. Pour les infractions prévues au chapitre 6, art. 4 à 6 et 8 du code pénal (viol, exploitation sexuelle, abus sexuel et exploitation de l'exposition sexuelle d'un enfant de moins de 15 ans), le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime (chapitre 35, art. 4, al. 2). Ce délai peut aller de 2 à 15 ans selon la peine prévue par l'infraction en cause (chapitre 35, art. 1). La peine se prescrit par 10, 20 ou 30 ans selon la peine prononcée (chapitre 35, art. 8).

En Norvège, l'art. 68 du code pénal³⁵ prévoit également, pour les infractions aux art. 195 (acte d'ordre sexuel avec un enfant de moins de 14 ans) et 196 (acte d'ordre sexuel avec un enfant de moins de 16 ans) du code pénal, que le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime. Ce délai peut aller de 10 à 25 ans selon la peine prévue par l'infraction (art. 67). La peine se prescrit quant à elle par 15, 20 ou 30 ans selon la peine prononcée (art. 71).

Aux Etats-Unis, les Etats fédéraux connaissent des réglementations très différentes en matière de prescription pénale. Certains d'entre eux ne connaissent en principe pas la prescription pénale (p. ex. le Kentucky, la Caroline du Nord et du Sud et la Virginie de l'Ouest). D'autres ne soumettent à l'imprescriptibilité que certaines infractions, dont les infractions contre l'intégrité sexuelle (p. ex. l'Alabama, l'Alaska, le Maine, Rhode Island et le Texas) ; parfois, l'imprescriptibilité est soumise à la condition de disposer de matériel ADN (la Géorgie et l'Illinois). Les Etats qui restent règlent la prescription de manière disparate ; il faut cependant noter que la plupart d'entre eux ne font partir le délai de prescription qu'à partir du moment où la victime a atteint un certain âge (16, 18, 21, voire même 31 ans)³⁶.

La tendance qui se dégage de ce survol de la législation étrangère est celle qui vise à prolonger le délai de prescription des infractions dirigées contre l'intégrité sexuelle des enfants. Les cas où cette prolongation concerne également des infractions protégeant d'autres biens juridiques (infractions contre la vie et l'intégrité physique) ou des infractions n'impliquant pas un contact physique direct entre l'auteur et la victime (proxénétisme, exploitation de l'exposition sexuelle, etc.) restent en revanche marginaux.

3. Mise en œuvre de l'initiative

3.1. L'applicabilité directe de l'art. 123b Cst.

D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, une disposition constitutionnelle est directement applicable si elle est suffisamment précise et si les autorités peuvent l'appliquer dans le cadre des procédures et avec les moyens dont elles disposent, sans dépasser les limites fonctionnelles de leur compétence³⁷. *A contrario*, une disposition n'est pas directement applicable lorsqu'elle donne uniquement un mandat au législateur ou fixe des

³³ On reprend ici le résumé de cet arrêt par A. Miham, *op. cit.* (note 32), p. 416.

³⁴ La modification est disponible sous : <http://www.notisum.se/rnp/sls/sfs/20050090.PDF>.

³⁵ Une version anglaise du code pénal norvégien est disponible sous : <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010-eng.pdf>.

³⁶ Pour une liste détaillée, voir le lien suivant : <http://law.jrank.org/pages/11805/Criminal-Statutes-Limitation.html>.

³⁷ Voir par analogie ATF 121 I 367, c. 2c et les réf. citées.

règles de compétences et de procédure³⁸. A la lumière de la définition du Tribunal fédéral, l'art. 123b Cst. est bien directement applicable, indépendamment du fait qu'il pose un certain nombre de difficultés d'interprétation. Il incombe en priorité aux autorités d'application du droit de surmonter ces difficultés et de donner corps à cette nouvelle disposition constitutionnelle.

3.2. Nécessité d'élaborer une législation de mise en œuvre

Dans la mesure où, comme on vient de le voir, l'art. 123b Cst. est directement applicable, on peut légitimement s'interroger sur la nécessité de prévoir une législation de mise en œuvre. Il faut rappeler à cet égard que le Conseil fédéral avait, durant la campagne déjà, déclaré à plusieurs reprises qu'il serait nécessaire de concrétiser l'art. 123b Cst. au niveau de la loi si l'initiative populaire était acceptée en votation. Cette position est toujours pertinente ; en effet, la solution consistant à laisser aux autorités de poursuite pénale et aux tribunaux le soin d'appliquer cette disposition s'expose aux critiques suivantes :

- Elle pourrait engendrer des pratiques cantonales très diverses, voire dans un cas extrême amener les autorités d'application à ne tout simplement pas appliquer cette disposition. Il en résulterait une insécurité juridique et une inégalité de traitement difficilement acceptable dans le domaine de la répression pénale des infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants.
- Elle placerait les victimes dans une position très inconfortable puisque celles-ci ne seraient pas en mesure de dire d'emblée si les infractions qu'elles ont subies sont imprescriptibles ou pas. Or, une telle situation irait clairement à l'encontre d'un des objectifs principaux de l'initiative, à savoir permettre à la victime de ne pas précipiter son choix quant à l'opportunité de déposer une plainte pénale ou pas.
- Elle mettrait à mal le principe de « précision de la base légale ». En effet, toute norme pénale doit être suffisamment précise pour que ses destinataires sachent quels sont les actes incriminés et les sanctions qui y sont rattachées³⁹. Dans cette perspective, une législation de mise en œuvre permettrait à un auteur potentiel de savoir *a priori* que son comportement est passible de poursuites à vie.

3.3. Conditions à respecter lors de la mise en œuvre

3.3.1. Respect de la volonté du constituant

Il va de soi qu'une législation de mise en œuvre de l'art. 123b Cst. ne peut se faire que dans le strict respect de la volonté du constituant. Pour déterminer cette volonté, on doit dégager le sens que le constituant pouvait raisonnablement donner à cet article au moment de la votation populaire, ce qu'on peut faire à l'aide des canons classiques d'interprétation. L'interprétation *grammaticale*, qui consiste à rechercher la signification des termes de la loi, est la plus importante. Elle implique la prise en considération équivalente des trois versions officielles (allemande, française et italienne)⁴⁰ et la détermination du sens naturel des termes utilisés. On peut ensuite affiner cette première interprétation en recourant à la méthode *systématique*, qui permet de déterminer le sens de la loi au travers de son contexte juridique, à la méthode *historique*, qui consiste à rechercher l'intention du législateur au moment de l'adoption du texte légal et à la méthode *téléologique*, qui est fondée sur l'idée que toute disposition légale a nécessairement une finalité qui éclaire sur le sens de celle-ci⁴¹. Certes, ces critères sont plutôt appliqués au moment de l'application de la loi par le juge ; ils gardent

³⁸ W. Moser, *Unterschätzte Bundesverfassung ?*, Bâle 1986, p. 16 ss.

³⁹ Voir à ce sujet J. Hurtado Pozo, *Droit pénal, partie générale*, Genève Zurich Bâle 2008, p. 50 s.

⁴⁰ U. Häfelin/W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève, 2005, p. 32.

⁴¹ Voir J. Hurtado Pozo, *op. cit.* (note 39), p. 56 et s et la jurisprudence citée.

cependant toute leur pertinence dans le cadre de la mise en œuvre, même s'il faut les adapter quelque peu à la procédure spécifique de l'adoption d'une initiative populaire⁴². Les discussions précédant la votation, ainsi que les déclarations des auteurs de l'initiative, du Conseil fédéral ou des partis politiques revêtent par exemple une importance particulière.

La finalité de ce travail d'interprétation est triple : (1) déterminer les notions claires, (2) concrétiser les notions imprécises et (3) combler les éventuelles lacunes du texte constitutionnel. Dans les deux derniers cas, le législateur dispose d'une certaine marge de manœuvre.

3.3.2. *Respect de la Constitution et du droit international*

Le principe même de l'imprescriptibilité n'est pas incompatible avec le droit international public. Pour les infractions les plus graves, comme le génocide, les crimes de guerre ou les actes terroristes, une grande majorité des pays d'Europe a renoncé à la prescription pénale. En Suisse, c'est l'art. 101 CP (imprescriptibilité) qui le prévoit expressément. S'agissant des infractions du droit pénal ordinaire en revanche, on peut faire une distinction entre les pays dont le droit est de tradition romaine, qui connaissent en principe la prescription pénale⁴³ et ceux soumis à la *common law*, qui ne la connaissent pas⁴⁴.

Si l'introduction de l'imprescriptibilité en tant que telle ne pose aucun problème au niveau du droit international, il en est tout autre de son application temporelle. Le principe de la légalité, consacré par l'art. 7 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵ (CEDH), s'oppose à ce qu'une personne soit condamnée pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. Par ailleurs, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Or, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a décidé que « *cet article s'oppose en principe à ce que l'on puisse faire renaître la possibilité de sanctionner des faits devenus non punissables par l'effet de la prescription* » ; un tel procédé serait d'après elle « *contraire au principe de prévisibilité inhérent à l'art. 7 CEDH* »⁴⁶. Dans un autre arrêt, et en application de la même disposition, la CourEDH a en revanche admis que des délais de prescription plus longs pouvaient être appliqués à des infractions qui n'étaient pas encore prescrites le jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁴⁷.

Il découle de ces quelques considérations que le présent avant-projet sera compatible avec le droit international s'il ne prévoit pas de disposition transitoire permettant de faire renaître la possibilité de punir des infractions déjà prescrites.

3.3.3. *Respect de la cohésion de l'ordre juridique suisse*

Une nouvelle disposition constitutionnelle ne concerne en principe jamais exclusivement un seul domaine. Elle peut, par « effet réflexe », avoir des conséquences plus étendues que ce qui était initialement prévu. La mise en œuvre de l'art. 123b Cst. ne fait pas exception à la règle et est susceptible de toucher les législations suivantes :

⁴² Sur le thème de l'interprétation d'une initiative populaire, voir ég. ATF 121 I 334, c. 2c.

⁴³ Voir cependant ch. 2.3 : dans certains pays de tradition romaine, certaines infractions du droit pénal ordinaire sont imprescriptibles, comme les infractions ayant causé la mort en Autriche, l'assassinat en Allemagne ou encore l'eugénisme et le clonage reproductif en France.

⁴⁴ Voir ch. 2.3, en particulier les réflexions sur la Grande-Bretagne.

⁴⁵ **RS 0.101.**

⁴⁶ Arrêt *Kononov c. Lettonie* du 24 juillet 2008, § 144 à 146 ; la demande de renvoi devant la Grande Chambre ayant été acceptée, l'affaire est pendante devant la Grande Chambre qui a tenu une audience le 20 mai 2009.

⁴⁷ CourEDH, arrêt *Coëme et autres c. Belgique* du 22 juin 2000, § 149.

Le code des obligations⁴⁸ (CO)

L'art. 60, al. 2, CO prévoit que les délais de prescription de l'action pénale s'appliquent à l'action en dommage-intérêts et en paiement d'un montant à titre de réparation morale s'ils sont plus longs que ceux prévus par l'art. 60, al. 1, CO. L'application de cette disposition implique que la victime d'une infraction imprescriptible pourrait également actionner l'auteur à vie en paiement des dommages subis. La pertinence de cette solution devra être analysée.

La loi sur l'aide aux victimes d'infraction⁴⁹ (LAVI)

L'art. 25, al. 2, LAVI, prévoit que la victime d'une infraction peut introduire une demande d'indemnisation et de réparation morale jusqu'au jour de ses 25 ans (a) en cas d'infraction au sens des art. 97, al. 2, CP et 55, al. 2, CPM, ainsi (b) qu'en cas de tentative d'assassinat dirigée contre un enfant de moins de 16 ans. Il s'agira donc de déterminer si ces renvois resteront appropriés avec l'introduction de l'imprescriptibilité de certaines infractions.

Les dispositions relatives à l'enregistrement des jugements et des peines exécutées

L'introduction de l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pose de manière accrue la question de savoir si la législation actuelle permet à suffisance de protéger un condamné ayant purgé sa peine contre le risque – certes très potentiel – qu'un procès soit ouvert sur les mêmes faits ou qu'un tiers prétende que l'intéressé n'a jamais purgé sa peine. Il revient en premier lieu au condamné de conserver les documents relatifs à l'affaire pénale dont il a été l'objet (décision de non-lieu, jugement de condamnation ou d'acquiescement, documents établissant qu'une peine ou une mesure a été effectuée). S'il ne dispose plus de ces documents, les autorités de poursuite pénale et d'exécution des peines et mesures doivent cependant pouvoir suppléer ce manque en assurant une conservation appropriée des informations relatives aux affaires pénales. *A priori*, on pourrait penser que le casier judiciaire permet au moins d'établir qu'une personne a fait l'objet d'un jugement et qu'elle a purgé sa peine ou mesure. Tel n'est cependant pas le cas. En effet, outre le fait que la durée des inscriptions au casier est en principe plus courte que les délais de prescription, le casier judiciaire ne contient aucune information sur les faits essentiels à la base du jugement (comme le nom de la victime, le lieu de commission de l'infraction, etc.) ou sur l'exécution de la peine ou de la mesure. Or, seules ces informations permettraient de démontrer que le jugement inscrit concerne bien l'affaire qu'une autorité ou un tiers voudraient (à nouveau) poursuivre pénalement ou faire exécuter. Dans le cadre du projet annoncé de révision totale du droit du casier judiciaire⁵⁰, on examinera néanmoins s'il ne serait pas approprié d'octroyer au moins aux autorités judiciaires pénales un droit d'accès illimité dans le temps aux données du casier judiciaire. Une telle solution faciliterait la recherche d'anciens jugements, mais ne suffirait pas à elle seule ; il revient en effet avant tout aux cantons de vérifier que leur législation relative à la conservation des dossiers permet de démontrer à tout moment qu'une personne a été jugée et que la peine ou la mesure à laquelle elle a été condamnée a bien été exécutée.

⁴⁸ RS 220.

⁴⁹ RS 312.5.

⁵⁰ Message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011, FF 2008 639, p. 709.

4. Interprétation de l'art. 123b Cst. et présentation de l'avant-projet

4.1. La place dans la systématique du code pénal

Comme cela a déjà été mentionné plus haut⁵¹, l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine existe déjà en droit pénal suisse. Ce régime exceptionnel est prévu par les art. 101 CP et 59 CPM. D'un point de vue systématique, ces deux dispositions sont idéales pour accueillir la mise en œuvre de l'art. 123b Cst. On pourrait tout au plus soulever quelques objections sur le fait que des infractions du droit pénal ordinaire figurent dans la même disposition que des infractions d'ampleur internationale (génocide, crimes de guerre, actes de terrorisme), ce qui pourrait laisser penser que ces crimes sont mis sur un pied d'égalité. Cette assimilation n'est cependant qu'apparente ; les crimes susmentionnés demeurent clairement les infractions les plus graves en Suisse, notamment parce qu'ils sont passibles d'une peine privative de liberté à vie, que les actes préparatoires de ces actes sont déjà punissables (art. 260^{bis} CP) et qu'ils peuvent être poursuivis de manière quasi universelle (art. 6 et 7 CP). Pour ces motifs, il n'est pas nécessaire de traiter l'imprescriptibilité des infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants ailleurs qu'à l'art. 101 CP. Le présent avant-projet prévoit donc de compléter l'art. 101, al. 1, CP en y ajoutant une nouvelle lettre d. Cette lettre d listera les infractions imprescriptibles au sens de l'art. 123b Cst.

On a vu plus haut qu'une modification de l'art. 101 CP était en cours de discussion devant le deuxième conseil, dans le cadre de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁵². Cette modification impliquerait notamment l'ajout d'une nouvelle lettre d à l'art. 101, al. 1, CP⁵³. Si ce projet de loi devait être adopté tel quel par le Parlement, la lettre d serait en quelque sorte déjà occupée et repousserait le présent avant-projet à la lettre e. Nous renonçons cependant à anticiper l'éventuelle future adoption de la mise en œuvre du Statut de Rome et proposons de nous baser sur le droit en vigueur. Des adaptations formelles seront réalisées ultérieurement en cas de besoin.

4.2. La concrétisation de la notion d' « enfant impubère »

A titre liminaire, il est nécessaire de rappeler les raisons pour lesquelles l'avant-projet ne pourrait pas se contenter de reprendre cette notion. N'étant pas connue de l'ordre juridique suisse, elle est susceptible d'être interprétée de manière différente selon les autorités d'application. En d'autres termes, elle pourrait générer d'une part une grande insécurité juridique en Suisse (tant du côté de la victime que de l'auteur) et, d'autre part, des inégalités de traitement importantes. De plus, les autorités de poursuite pénale auraient bien des difficultés à démontrer avec une quasi-certitude que la victime était impubère au moment des faits. On peut même s'attendre à ce que celles-ci échouent fréquemment, faute de preuves suffisantes à disposition. Cela aurait pour conséquence une application des délais ordinaires de prescription (*in dubio pro reo*) et, si la plainte a été déposée très tardivement, à une décision de classement de la procédure pour cause de prescription. Pour toutes ces raisons, il faut inscrire dans la loi de mise en œuvre un critère clair et facilement applicable, à savoir l'âge de la victime au moment des faits, âge qui dépendra de la façon dont il faut comprendre la notion d'enfant impubère. Certes, un critère fondé sur l'âge implique toujours un certain schématisme, susceptible de faire obstacle à une égalité matérielle complète. Toutefois, il faut rappeler qu'un tel schématisme n'est pas inadmissible en soi au regard de l'égalité de traitement et que l'âge ne constitue pas à cet égard un critère prohibitif sous l'angle de l'art. 8, al. 2, Cst⁵⁴. Par ailleurs, l'exigence élevée du principe de légalité inhérente à toute norme pénale renforce d'autant le besoin de pouvoir s'attacher à un critère clair et incontestable.

⁵¹ Voir ch. 3.3.2.

⁵² Voir ch. 2.1.

⁵³ FF 2008 3565.

⁵⁴ Voir par analogie l'admissibilité de la limite d'âge des notaires ATF 124 I 297, c. 4c, bb.

En français, une personne impubère est une « *personne qui n'a pas encore l'âge de la puberté* », la puberté étant le « *passage de l'enfance à l'adolescence* » ou l' « *ensemble des modifications physiologiques s'accompagnant de modifications psychiques, qui font de l'enfant un être apte à procréer (apparition des caractères sexuels secondaires, des règles)* »⁵⁵. En allemand, la puberté est définie comme la « *Entwicklungsphase, die zur Geschlechtsreife des jugendlichen Menschen führt* »⁵⁶. En italien finalement, est « *impubere* » celui « *che non ha ancora raggiunto la pubertà* », la puberté étant le « *periodo della vita, compreso tra i 10 e 15 anni, in cui hanno inizio le funzioni sessuali e si sviluppano i caratteri sessuali secondari* »⁵⁷. D'après ces définitions, que l'on pourrait qualifier de « communes », un enfant est impubère tant qu'il n'a pas entamé le processus de transformation aboutissant à la possibilité de procréer. Contrairement à ce qu'on aurait pu penser, ce n'est donc pas ce dernier critère qui permet de tracer la ligne entre les enfants impubères et pubères, mais bien l'apparition des premiers signes de transformation. Il est intéressant de mentionner à ce stade que seul le dictionnaire italien se hasarde à donner un intervalle durant lequel cette phase de la vie se déroule, à savoir entre 10 et 15 ans. Ce premier examen terminologique ne nous permet cependant pas de déterminer avec suffisamment de précision un intervalle exploitable en droit pénal, raison pour laquelle il est indispensable de se référer à la littérature médicale relative au développement humain.

Dans l'ouvrage de Falkner/Tanner⁵⁸, qui fait figure d'autorité en la matière, on peut lire que les principales manifestations de la puberté sont : (1) la poussée de croissance, (2) le développement des gonades⁵⁹, (3) le développement des organes reproductifs secondaires, (4) le changement dans la composition corporelle et (5) le développement du système circulatoire et respiratoire. Ces modifications ne commencent pas au même âge et peuvent durer plus ou moins longtemps selon les individus. Les récentes études tendent à démontrer que lesdites modifications varient notamment selon la race, l'ethnie, l'environnement, la situation géographique et l'alimentation. La variabilité de l'âge moyen de la puberté d'un pays à l'autre est cependant relativement réduite et ne dépasse en principe pas un an dans les pays occidentaux⁶⁰. Enfin, il est généralement constaté que les filles commencent leur puberté environ un à deux ans plus tôt que les garçons et que celle-ci se déroule sur une période plus courte. Cela étant dit, et sur la base des nombreuses études effectuées dans ce domaine, on peut estimer que la puberté, c'est-à-dire la période allant de l'apparition des premiers signes de la puberté à la possibilité de procréer, se déroule en moyenne entre la 9^{ème} et la 14^{ème} année pour les filles et la 10^{ème} et la 17^{ème} année pour les garçons. Il y a également lieu de préciser que la puberté a tendance à commencer de plus en plus tôt au fil des générations⁶¹.

En combinant la définition « commune » de la puberté avec les résultats des recherches scientifiques, on peut admettre qu'une personne est impubère lorsqu'elle n'a pas encore entamé le processus de la puberté, processus qui commence vers 9 ans pour les filles et 11 ans pour les garçons. Comme il est manifestement inéquitable de protéger plus longtemps

⁵⁵ Le Nouveau Petit Robert, Paris : Le Robert 2008, c'est nous qui soulignons.

⁵⁶ Deutsches Universalwörterbuch, 4. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2001, c'est nous qui soulignons.

⁵⁷ Dizionario della Lingua Italiana, Milano : Rizzoli Larousse 2003, c'est nous qui soulignons.

⁵⁸ W. Marshall/J. Tanner, Human growth, A comprehensive treatise, Second ed., Volume 2, Postnat growth, Neurobiology, F. Falkner/J.M. Tanner (éd.), New York London 1986, p. 171 ss.

⁵⁹ Les gonades sont des glandes sexuelles qui produisent les gamètes (à savoir les ovules pour les femmes et les spermatozoïdes pour les hommes).

⁶⁰ M. Hermann-Giddens/L. Wang, Secondary sexual characteristics in boys, in : Archives of pediatrics & adolescents medicine, 2001, vol. 155, p. 1022 ; Expertise collective publiée par l'Inserm, Croissance et puberté, Evolutions séculaires, facteurs environnementaux et génétiques, Paris 2007, p. 50 ss.

⁶¹ Voir not. W. Marshall/J. Tanner, *op. cit.* (note 58) ; M. Hermann-Giddens/L. Wang, *op. cit.* (note 60) ; L. S. Neinstein/F. Kaufmann, Adolescent health care : a practical guide, Philadelphia 2008 ; Expertise collective publiée par l'Inserm (note 60), p. 48.

les garçons que les filles, il y a lieu, en application du résultat de l'interprétation littérale, de rendre imprescriptible les infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants (garçons et filles) dont l'âge est inférieur à 10 ans. Cette solution peut certes paraître inéquitable pour les garçons qui commenceraient le processus de la puberté après 10 ans. Ce problème est inhérent à la fixation d'une moyenne qui, systématiquement, en avantagera certains et en désavantagera d'autres. Il faut donc s'accommoder de cette légère inégalité et faire primer la sécurité juridique dans ce contexte⁶².

La pertinence de ce résultat est renforcée par le fait que, dans le cadre de l'élaboration du DPMIn, le législateur a décidé de fixer l'âge de la majorité pénale à 10 ans. Or, la détermination de cet âge était en partie liée à des réflexions sur le passage de l'enfance à l'adolescence, marqué par le début de la puberté ; en effet, une fois ce processus entamé, on a constaté que la propension à la délinquance augmentait de manière significative. Les propos de Hans Schultz, bien qu'anciens, méritent d'être cités dans ce contexte, car ils gardent toute leur actualité⁶³ : « *Après une petite pause caractérisée par une croissance calme des aptitudes psychiques et physiques, la pré-puberté, qui dure environ jusqu'à 11 ans, aboutit à une période du développement global marquée par deux événements importants : la rupture progressive avec la puissance parentale par l'affirmation de la conscience d'une existence propre d'une part et l'éveil de la sexualité d'autre part* » (traduction libre). Ajoutons enfin que les auteurs de l'initiative ont déclaré à plusieurs reprises aux médias qu'il s'agissait avant tout de protéger les très jeunes enfants car, selon eux, les adolescents sont plus conscients « *des limites à partir desquelles [ils savent qu'ils sont] en droit de réclamer réparation* »⁶⁴, ce qui confirme la pertinence de la solution proposée. La fixation, dans l'avant-projet, d'un âge de 10 ans est ainsi non seulement conforme à l'art. 123b Cst., mais également logique du point de vue systématique.

L'avant-projet considère ainsi qu'un enfant impubère est un enfant de moins de 10 ans.

4.3. La concrétisation de la notion d'« acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique sur un enfant »

Il est impératif que chaque autorité de poursuite pénale, de même que la victime et l'auteur, soient en mesure de déterminer avec précision quelle infraction est imprescriptible. Encore une fois, laisser la résolution de cette question aux autorités de poursuite pénale et judiciaires engendrerait une insécurité juridique qui est difficilement acceptable en droit pénal. Il revient donc au législateur fédéral de remédier à ce problème. Comme nous l'avons fait sous chiffre 4.2., une importance équivalente sera donné à chacune des trois versions

⁶² Voir ég. les remarques faites au premier paragraphe *in fine* du présent chiffre.

⁶³ H. Schultz, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 4^{ème} éd., Berne 1982, p. 220.

⁶⁴ Marche Blanche, Bilan d'activité 2001 – 2008, p. 7, disponible sous www.marcheblanche.ch; voir ég. « Beweise hat man erst, wenn die Opfer sprechen » (Les preuves ne sont disponibles qu'à partir du moment où la victime parle), in : Basler Zeitung du 10 octobre 2008, dans lequel Monsieur Alain Zogmal (juriste auprès de Marche Blanche) déclare : « *Die Altergrenze muss vom Parlament in der Tat noch genau bestimmt werden. Heisst vor der Pubertät jünger als zehn, elf oder zwölf Jahre ?* » (L'âge limite doit encore être concrétisé par le Parlement. Impubère signifie-t-il moins de 10, 11 ou 12 ans ?) ; « Les victimes ont besoin de plus de temps qu'on ne croit pour s'exprimer », in : Le Temps du 21 octobre 2008, dans lequel Madame Christine Bussat (Présidente de Marche Blanche) déclare : « *Pour nous, il est important de ne pas tomber dans l'extrémisme, c'est pourquoi nous avons introduit cette notion. Une fille de 14 ans est plus consciente de ce qu'elle subit qu'un enfant de 5 ans, et aura rarement besoin de 30 ans pour porter plainte* » ; « Marche Blanche ne transige pas », in : La Liberté du 15 octobre 2008, dans lequel l'auteur de l'article estime que « *cette notion implique de toute façon que seuls les enfants sont concernés par l'initiative. Il n'y aura pas d'imprescriptibilité si la victime est un ou une adolescente* ».

officielles. On rappellera également que l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine n'est prévue, en droit suisse, qu'à titre exceptionnel et pour les infractions les plus graves⁶⁵.

Pour désigner les infractions à mettre au bénéfice de l'imprescriptibilité, l'art. 123b Cst. utilise les termes de « sexuelle oder pornografischer Straftaten an Kinder » en allemand, d'« actes punissables d'ordre sexuel ou pornographique sur un enfant » en français et de « reati sessuali su fanciulli » en italien. Cette terminologie ne correspond à aucune infraction pénale en particulier, mais fait référence à des concepts consacrés par le code pénal. En définissant ces concepts, il sera possible de dresser la liste des infractions imprescriptibles :

- la notion d'« acte d'ordre sexuel » figure dans plusieurs dispositions du code pénal (p. ex. les art. 187, 188, 189, 191, 192, 193 et 198 CP). Il s'agit d'un acte sur le corps humain qui tend à l'excitation ou à la satisfaction de l'instinct sexuel de l'un des participants au moins. L'acte doit avoir objectivement et indiscutablement un caractère sexuel et il doit revêtir une certaine gravité⁶⁶. Il peut en particulier prendre les formes suivantes⁶⁷ : le coït, la pénétration orale ou anale, l'introduction d'objets dans le vagin ou l'anus, le fait de frotter son sexe contre les organes génitaux ou la poitrine de la victime, le fait de toucher le sexe ou la poitrine de la victime, le fait de palper longuement et avec insistance les parties génitales de la victime à travers ses habits, le fait de saisir de manière perceptible ou persistante la poitrine de la victime par dessus ses habits, le fait d'embrasser avec la langue, le fait de serrer avec insistance la victime dans le but de presser ses organes génitaux contre son corps. Certaines dispositions n'exigent même pas de contact direct entre l'auteur et la victime (en particulier les 187, ch. 1, 2^{ème} et 3^{ème} phrase et 198 CP). Dans de tels cas, le fait de contraindre la victime à exercer des actes d'ordre sexuel sur elle-même ou de confronter la victime à un acte d'ordre sexuel peut être punissable ;
- la notion d'« acte d'ordre sexuel sur un enfant » est, dans la version française, identique à celle qui figure à l'art. 187, ch. 1, 1^{ère} phrase, CP. Cette disposition ne s'applique que s'il y a un contact corporel entre l'auteur et la victime⁶⁸. En allemand et en italien cette identité entre l'art. 123b Cst. et l'art. 187, ch. 1, 1^{ère} phrase, CP n'existe pas. En effet, la terminologie de la disposition constitutionnelle (« sexuelle Straftaten an Kindern », resp. « reati sessuali su fanciulli ») est différente de celle de la disposition pénale (« eine sexuelle Handlung mit einem Kind vornehmen », resp. « atto sessuale con una persona minore »). On peut déduire de cette différence que l'art. 123b Cst. n'entend pas limiter l'imprescriptibilité aux infractions impliquant un contact corporel entre l'auteur et la victime, contrairement à ce que pourrait laisser penser la version française ;
- la notion d'« acte d'ordre pornographique » n'existe pas en droit pénal. Le code pénal réprime cependant la pornographie (art. 197 CP), soit notamment la mise à disposition de représentations pornographiques à des enfants de moins de 16 ans et la fabrication ou la diffusion de représentations ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux ou comprenant des actes de violence. A notre sens, le fait que l'art. 123b Cst. se réfère explicitement aux actes d'ordre pornographique n'a pas pour objectif d'englober les comportements prévus par l'art. 197 CP, mais plutôt de souligner que toute personne commettant des actes d'ordre sexuel dans le cadre de productions pornographiques doivent pouvoir être poursuivis à vie. Les déclarations des auteurs de l'initiative semblent confirmer cette interprétation⁶⁹.

⁶⁵ Voir ch. 2.1.

⁶⁶ B. Corboz, Les infractions en droit suisse, Berne 2002, p. 719 s.

⁶⁷ P. Maier, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar zum Strafrecht, 2^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2007, n° 10 ad art. 187.

⁶⁸ P. Maier, *op. cit.* (note 67), n° 9 ad art. 187 et les réf. citées.

⁶⁹ Voir Basler Zeitung du 10 octobre 2008 (note 64), dans lequel Madame Christine Bussat déclare : « Die Initiative stellt den sexuellen Missbrauch und die Herstellung und den Vertrieb von kinderpornografischen Bildern und Filmen ins Zentrum. Ob der Konsum nicht mehr verjähren soll,

Sur la base de cette analyse, et tout en gardant à l'esprit que l'initiative à pour objectif de donner plus de temps aux personnes ayant subi un profond traumatisme et que l'imprescriptibilité ne doit s'appliquer que pour les actes les plus graves, on peut admettre qu'une infraction ne peut être imprescriptible au sens de l'art. 123b Cst. que si (1) elle est grave, (2) elle consiste en la commission d'un acte d'ordre sexuel et (3) elle est commise sur un enfant. En application de ces critères, les infractions suivantes doivent bénéficier de l'imprescriptibilité :

- Art. 187, ch. 1, CP (actes d'ordre sexuel avec des enfants) : il s'agit de l'infraction qui correspond le plus au texte de l'art. 123b Cst., puisqu'elle protège spécifiquement le développement sexuel des enfants. Elle réprime tant les actes d'ordre sexuel impliquant un contact physique entre l'auteur et la victime que ceux ne faisant de la victime qu'un outil ou un spectateur.
- Art. 189 CP (contrainte sexuelle) : cette disposition protège le droit à l'autodétermination dans le domaine sexuel. Ce bien juridiquement protégé étant différent de celui protégé par l'art. 187 CP, il y a concurrence idéale entre ces deux dispositions⁷⁰.
- Art. 190 CP (viol) : cette disposition est un cas particulier de l'art. 189 CP puisque la victime ne peut être qu'une femme. Elle entre également en concurrence idéale avec l'art. 187 CP.
- Art. 191 CP (actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance).
- Art. 192 CP (actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues).
- Art. 193 CP (abus de la détresse).

La doctrine dominante admet que les art. 192 et 193 CP sont absorbés par l'art. 187, ch. 1, CP, alors même que les biens juridiques protégés sont différents. Par conséquent, il est superflu de les mentionner expressément dans le catalogue des infractions à mettre au bénéfice de l'imprescriptibilité⁷¹. A l'inverse, l'art. 191 CP doit figurer dans ce catalogue puisque, d'après le Tribunal fédéral, il y a concours idéal entre cette disposition et l'art. 187 CP lorsque l'enfant est incapable de discernement en raison de son âge⁷².

Toujours en appliquant les critères susmentionnés de manière conséquente, il faut exclure les infractions suivantes du champ d'application de l'imprescriptibilité :

wird das Parlament entscheiden, wenn die Initiative angenommen ist » (Au centre de l'initiative se trouvent les abus sexuels et la fabrication et la diffusion de représentations de pornographie infantine. Le Parlement décidera si la consommation doit être imprescriptible, dans l'hypothèse où l'initiative devait être acceptée) ; voir ég. Le Temps du 21 octobre 2008 (note 64), dans lequel Madame Christine Bussat déclare : « *Les actes, c'est ce que l'on fait sur un enfant, concrètement. [...] Quant aux coupables de téléchargement illicite, ils sont certes punissables. Mais la question de la prescription ne se posera pas : c'est contre son agresseur qu'une victime porte plainte, et non contre celui qui possède des images sur son ordinateur* ».

⁷⁰ P. Maier, *op. cit.* (note 67), n° 57 ad art. 187.

⁷¹ P. Maier, *op. cit.* (note 67), n° 36 ad art. 187, n° 15 ad art. 192 et n° 17 ad art. 193 et les réf. citées ; le Conseil fédéral avait d'ailleurs repris ce point de vue dans ses deux messages relatifs à la prescription de l'action pénale des infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants (voir FF **2000** 2769 [note 24], p. 2787 s et FF **2007** 5099 [note 3], p. 5115).

⁷² ATF 120 IV 194, c. 2b ; à noter que cette décision est critiquée par la doctrine : une partie d'entre elle plaide pour une application alternative, une autre pour une application exclusive de l'art. 187 CP et une autre encore pour un concours idéal uniquement lorsque l'enfant a moins de 4 ans ou que la victime ne peut opposer aucune résistance du fait d'un handicap mental ou physique (voir P. Maier, *op. cit.* [note 67], n° 15 ad art. 192).

- Art. 122a AP-CP (mutilation génitale féminine) : cette infraction est une atteinte à l'intégrité physique qui n'entre pas dans l'objectif poursuivi par l'art. 123b Cst. Il faut cependant préciser que l'avant-projet de mise en œuvre de l'initiative parlementaire Roth-Bernasconi⁷³ prévoit tout de même d'intégrer cette disposition dans le catalogue des infractions bénéficiant d'un délai de prescription prolongé au sens de l'art. 97, al. 2, CP.
- Art. 182 CP (traite d'être humain) : l'auteur de cette infraction tire profit de l'exploitation sexuelle d'enfants, sans pour autant exercer d'actes d'ordre sexuel à leur rencontre. En outre, depuis la révision de 2006, cette infraction ne protège plus la seule autodétermination sexuelle, mais également l'autodétermination professionnelle et celle portant sur les organes de la personne concernée⁷⁴. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'elle a été transférée du titre 5 au titre 4. L'art. 182 CP sort ainsi du cadre visé par l'art. 123b Cst. Il y a encore lieu de préciser ici que la personne qui paie pour obtenir des faveurs sexuelles de la part d'un enfant dans un tel contexte se rendra coupable d'une infraction à l'art. 187, ch. 1, CP et pourra ainsi être poursuivie pénalement à vie.
- Art. 187, ch. 3, CP (actes d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, mais l'auteur avait moins de 20 ans ou a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec la victime) : cet alinéa énumère les cas où le législateur a estimé qu'il n'y avait pas de mise en danger du développement sexuel⁷⁵ et que, partant, le juge pouvait renoncer à prononcer une peine. Dans un tel cas, il serait illogique de permettre la poursuite à vie d'une telle infraction ; le besoin de punir n'existe manifestement plus dès le moment où la victime a décidé de se lier à l'auteur par le biais d'un mariage ou d'un partenariat. Il s'agit en outre d'un cas de peu de gravité.
- Art. 187, ch. 4, CP (actes d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, mais l'auteur a agi en admettant par erreur que la victime était âgée de 16 ans au moins) : il s'agit d'un cas de négligence soumis à une peine moins sévère que les cas prévus par l'art. 187, ch. 1, CP. En outre, cette disposition n'entrera très certainement jamais en considération lorsque la victime a moins de 10 ans. On voit mal en effet comment un auteur pourrait soutenir avoir pensé que sa victime avait 16 ans alors qu'elle en avait moins de 10.
- Art. 188 CP (actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes) : dans la mesure où l'avant-projet prévoit que seuls les enfants de moins de 10 ans peuvent poursuivre leur abuseur en tout temps, cette infraction – qui ne s'applique qu'aux mineurs de plus de 16 ans – ne peut bien évidemment pas être imprescriptible.
- Art. 194 CP (exhibitionnisme) : l'exhibitionnisme consiste, en raison de pulsions sexuelles, à exhiber de manière consciente ses organes génitaux. Il s'agit d'un délit peu grave qui n'est poursuivi que sur plainte⁷⁶.
- Art. 195 CP (encouragement à la prostitution) : par analogie avec ce qui a été dit en relation avec l'art. 182 CP, l'auteur de cette infraction tire profit des activités sexuelles auxquelles un enfant se livre avec des tiers, sans exercer d'actes d'ordre sexuel à son égard. Il ne peut donc être poursuivi à vie au sens de l'art. 123b Cst. A noter en revanche que la personne qui paie pour obtenir des faveurs sexuelles de la part d'un enfant dans un tel contexte se rendra coupable d'une infraction à l'art. 187, ch. 1, 1^{ère} phrase, CP et pourra ainsi être poursuivie pénalement à vie.

⁷³ Voir ch. 2.2.

⁷⁴ Message du 11 mars 2005 portant approbation du Protocole facultatif du 25 mai 2000 se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et sur la modification correspondante de la norme pénale relative à la traite d'êtres humains (FF **2005** 2639, 2665) ; V. Delnon/B. Rüdy, *op. cit.* (note 67), n° 6 ss ad art. 182 ; S. Trechsel et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zurich St. Gall 2008, n° 1 ad art. 182.

⁷⁵ P. Maier, *op. cit.* (note 67), n° 18 ad art. 187.

⁷⁶ Voir ég. FF **2000** 2769 (note 24), p. 2788.

- Art. 197 CP (pornographie) : on peut se référer aux motifs pour lesquels cette disposition ne devait pas bénéficier d'un délai de prescription étendu dans le cadre du contre-projet⁷⁷ : « Cette disposition réprime soit la confrontation avec du matériel pornographique (chiffre 1 et 2), soit l'importation, la prise en dépôt ou la mise à disposition de pornographie enfantine ou comprenant des actes de violence (chiffre 3), soit l'acquisition, l'obtention par voie électronique ou tout autre moyen, et la possession de matériel pornographique (chiffre 3^{bis}). Dans tous ces cas, une extension de la prescription ne se justifie pas car il n'y a pas de contact direct entre l'auteur et la victime, l'infraction est donc moins grave par rapport aux autres délits contre l'intégrité sexuelle. Quant au cas particulier du chiffre 3 réprimant la fabrication de pornographie enfantine et d'actes de violence sexuelle, il entre en concours avec d'autres infractions contre l'intégrité sexuelle et bénéficie, de facto, de la prescription étendue ».
- Art. 198 CP (désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel) : il s'agit d'une contravention, qui n'est poursuivie que sur plainte.
- Art. 199 CP (exercice illicite de la prostitution) : cette infraction de peu de gravité est spéciale dans la mesure où il n'y a pas de victime à proprement parler. Elle n'entre donc manifestement pas dans le champ d'application de l'art. 123b Cst.

4.4. Le cercles des auteurs soumis à l'imprescriptibilité

En droit suisse, les délinquants mineurs ne sont pas traités comme les adultes sur le plan pénal. Ils ne sont dès lors pas soumis au code pénal, mais au DPMIn, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, qui met l'accent sur la prévention spéciale et la resocialisation, ainsi que prochainement, à la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)⁷⁸. Le législateur s'est rendu compte en effet que la délinquance des jeunes pouvait constituer une manifestation accessoire du développement et qu'une réaction énergique ne s'imposait pas nécessairement du fait de son caractère passager⁷⁹. Ce constat l'a également poussé à réduire considérablement la durée des délais de prescription de l'action pénale en les portant à quatre ans, respectivement deux selon la gravité de l'infraction (art. 36 DPMIn). En effet, plus l'infraction d'un mineur date, plus il s'avère problématique, d'un point de vue psychologique et pédagogique, de l'invoquer comme motif fondant l'application d'une mesure éducative ou d'une sanction⁸⁰. Le législateur a fait une entorse importante à ce principe dans le domaine des infractions graves contre l'intégrité physique et sexuelle, en permettant à la victime d'agir au moins jusqu'à ses 25 ans (art. 36, al. 2, DPMIn). Tout comme en droit pénal des adultes, cette solution permet à la victime de décider plus sereinement de l'opportunité de dénoncer l'auteur des abus. Aucun délai plus long n'a en revanche été prévu pour les infractions les plus graves, comme le génocide, les crimes de guerre et les actes de terrorisme⁸¹. Ces actes se prescrivent ainsi par 5 ans lorsqu'ils sont commis par une personne de moins de 18 ans. Il y a finalement lieu de noter que le droit pénal des mineurs consacre ce qu'on appelle un régime de quasi-prescription, selon lequel le juge a la possibilité de renoncer à prononcer une peine si une période relativement longue s'est écoulée depuis l'acte, si le comportement du mineur a donné satisfaction et si l'intérêt du public et l'intérêt du lésé à poursuivre le mineur sont pénalement peu importants. Dans cette même hypothèse, l'autorité doit renoncer à toute poursuite pénale, conformément à

⁷⁷ Rapport explicatif de janvier 2007 relatif à la modification du code pénal suisse concernant le contre-projet indirect à l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine », p. 16 s.

⁷⁸ FF 2009 1705 ; cette loi devrait entrer en vigueur en même temps que le code de procédure pénale suisse, soit le 1^{er} janvier 2011.

⁷⁹ Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, p. 2023.

⁸⁰ FF 1999 1787 (note 79), p. 2064.

⁸¹ Voir ch. 2.1.

l'art. 5 PPMIn. En d'autres termes, plus le temps passe entre la commission de l'infraction et le début de la procédure pénale, plus il est probable que l'infraction ne soit pas poursuivie ou sanctionnée.

Il découle de ce bref aperçu que le système actuel prévu par le droit pénal des mineurs tient déjà largement compte de l'intérêt de la victime à disposer de plus de temps en cas d'abus sexuels, tout en maintenant l'importante différence de philosophie entre le droit pénal des adultes et le droit pénal des mineurs. L'art. 36 DPMin paraît ainsi répondre suffisamment aux exigences de l'art. 123b Cst. ; il n'est donc pas nécessaire de prévoir un régime d'imprescriptibilité dans le droit pénal des mineurs.

4.5. L'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine

L'art. 123b Cst. exige l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine. Nous avons vu que cette institution existait déjà à l'art. 101 CP pour les infractions les plus graves (génocide, crimes de guerre et actes de terrorisme). L'avant-projet devra donc compléter le catalogue des infractions imprescriptibles avec celles mentionnées sous chiffre 4.3.

4.6. La disposition transitoire (effet rétroactif)

Le principe de non-rétroactivité des lois pénales signifie que tout acte doit être jugé d'après la loi en vigueur au moment où il a été commis. En d'autres termes, une loi pénale ne peut pas rétroagir aux comportements qui se sont produits avant son entrée en vigueur. Ce principe est relativisé par un autre principe du droit, celui de la *lex mitior*, qui garantit à l'inculpé l'application de la loi qui lui est la plus favorable en cas de conflit positif⁸². Dans le domaine particulier de la prescription, le principe de la *lex mitior* est expressément consacré par l'art. 389 CP, qui prévoit que l'application d'un nouveau délai de prescription à des faits antérieurs à son adoption n'est possible que si ce délai est plus favorable à l'auteur. Le législateur peut cependant déroger à cette règle s'il le prévoit expressément dans la loi (art. 389, al. 1, 1^{ère} partie de phrase, CP), ce qu'il a fait aux art. 97, al. 4, et 101, al. 3, CP⁸³. Dans ces deux cas, il a décidé que des délais de prescription plus longs (donc défavorables au prévenu) s'appliqueraient aux infractions qui n'étaient pas encore prescrites le jour de l'adoption de la nouvelle réglementation. La jurisprudence et la doctrine estiment cependant unanimement que cette possibilité ne saurait en aucun cas s'étendre aux infractions déjà prescrites le jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁸⁴, opinion qui a été confirmée tout récemment par la CourEDH⁸⁵.

On peut déduire de ce rappel théorique la nécessité de distinguer trois cas de figure : (1) l'infraction a été commise avant le 30 novembre 2008 et était déjà prescrite ce même jour en vertu du droit applicable à l'époque des faits, (2) l'infraction a été commise avant le 30

⁸² J. Hurtado Pozo, in : R. Roth/L. Moreillon (éd.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Bâle 2009, n° 40 ad art. 1.

⁸³ M. Killias/A. Kuhn/N. Dongois/M. Aebi, Précis de Droit pénal général, Berne 2008, n° 1638, estiment que ces décisions sont anticonstitutionnelles.

⁸⁴ Voir not. J. Hurtado Pozo, *op. cit.* (note 39), p. 102 : « [...] la renaissance de l'action pénale anéantie par la prescription serait contraire au principe de la légalité ; [...] » ; Killias/A. Kuhn/N. Dongois/M. Aebi, *op. cit.* (note 83), p. 303 s : « [...] même les adeptes de la nature procédurale de la prescription admettent qu'une éventuelle suppression ou prolongation des délais ne pourrait jamais conduire à la restauration de la punissabilité d'un acte dont la prescription serait acquise sous l'ancien droit. » ; A. R. Ziegler/C. Bergmann, in : R. Roth/L. Moreillon (éd.), Code pénal I, Art. 1 – 110 CP, Bâle 2009, n° 44 ad art. 101 : « En tous les cas, CP 101 ne saurait être appliqué aux crimes dont la prescription était déjà acquise lors de l'entrée en vigueur du principe d'imprescriptibilité dans notre droit pénal ». ; ATF 129 IV 49, c. 5.1 : « Da die neuen Bestimmungen betreffend die Verfolgungsverjährung nach der Ausfällung des vorliegend angefochtenen Urteils [...] getreten sind, hatte die Vorinstanz keinen Anlass, die Frage der Anwendbarkeit des neuen Verjährungsrechts zu prüfen ».

⁸⁵ Voir ch. 3.3.2 et la note 46.

novembre 2008, mais n'était pas encore prescrite ce même jour en vertu du droit applicable à l'époque des faits et (3) l'infraction a été commise après le 30 novembre 2008. Dans le premier cas, on vient de voir que l'infraction est prescrite définitivement et que sa punissabilité ne peut pas être restaurée après coup. Dans le deuxième cas, le législateur peut, sur la base de l'art. 389 CP, appliquer l'imprescriptibilité aux infractions qui n'étaient pas encore prescrites au jour de l'entrée en vigueur de la modification. Dans le troisième cas enfin, l'infraction est incontestablement imprescriptible. La seule marge de manœuvre dont bénéficie le législateur se situe ainsi dans le contexte de la deuxième hypothèse et toute la question est de savoir si l'on peut admettre que, malgré le silence de l'art. 123b Cst. à ce sujet, le constituant partait du principe que les infractions commises avant le 30 novembre 2008 seraient également imprescriptibles. Compte tenu du fait que lors des précédentes révisions des délais de prescription de l'action pénale dans le domaine des atteintes à l'intégrité sexuelle des enfants, le législateur a systématiquement prévu une disposition transitoire dérogeant au principe de la *lex mitior* et que celle-ci n'a pas été combattue par référendum, on peut admettre que la population est favorable à une telle solution. Dans une votation aussi sensible, on peut légitimement considérer que le « oui » sortant des urnes traduit le souhait de la population de voir l'imprescriptibilité s'appliquer au plus grand nombre de cas possible du point de vue temporel. Le rôle du législateur est de respecter cette volonté, tout en respectant les règles constitutionnelles.

A la lumière de ces considérations, il faut inscrire expressément dans la loi de transposition que l'imprescriptibilité s'applique également aux infractions commises avant le 30 novembre 2008 si elles n'étaient pas encore prescrites ce même jour en vertu du droit applicable au moment des faits. La motion du groupe UDC susmentionnée⁸⁶ serait par là même intégralement mise en œuvre.

4.7. La poursuite sur plainte dès la majorité de la victime

On l'a dit à plusieurs reprises, la prolongation de la prescription pénale tient compte avant tout des besoins de la victime, le fait de déposer plainte pénale s'inscrivant en effet dans le cadre d'un processus thérapeutique et traduisant la volonté de faire condamner l'auteur des actes. Etant donné que les infractions contre l'intégrité sexuelle se poursuivent d'office, il est tout à fait envisageable qu'une procédure pénale soit ouverte sur la base de dénonciations n'émanant pas de la victime. Or, si cette dernière ne se sent pas prête ou a définitivement renoncé à dénoncer les abus, elle peut se retrouver en quelque sorte entraînée dans une procédure pénale contre son gré. La question se pose dès lors de savoir s'il faut donner la possibilité à la victime, après un certain temps, de s'opposer à l'ouverture d'une instruction pénale lancée par les autorités ou par des tierces personnes.

Cette question avait déjà été abordée durant l'année 2000, dans le cadre de la révision des délais de prescription en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle⁸⁷. Le Conseil fédéral était arrivé à la conclusion que l'introduction d'un tel droit formateur n'était pas appropriée et ce, pour plusieurs motifs. Sous l'angle de l'intérêt public et de la protection de l'ordre public tout d'abord, il n'apparaît pas sans inconvénient qu'en cas de délits graves, il puisse être mis très rapidement fin à une poursuite engagée d'office. Ensuite, une telle réglementation pourrait engendrer des injustices criantes si deux crimes semblables entraînaient dans l'un des cas une poursuite pénale suivie d'une peine privative de liberté ferme et, dans l'autre cas, absolument aucune procédure. Enfin, les victimes peuvent déjà suffisamment se prémunir contre le risque d'un nouveau traumatisme en faisant usage des droits dont elles bénéficient en vertu des art. 34 ss LAVI (droit d'être interrogé par une personne de même sexe, droit d'être accompagné, droit de refuser de déposer, droit d'exiger le huis-clos et l'absence de confrontation notamment) et des art. 152 ss CPP.

⁸⁶ Voir le ch. 2.2 et la note 23.

⁸⁷ FF 2000 2769 (note 24), p. 2791 s.

Ces considérations gardent toute leur validité. Le présent avant-projet ne donne dès lors pas la possibilité à la victime de s'opposer à une procédure pénale ouverte à l'initiative des autorités ou d'une tierce personne.

4.8. La possibilité d'atténuer la peine

L'art. 101, al. 1, let. d, AP-CP sera automatiquement soumis à l'art. 101, al. 2, CP, selon lequel « *le juge peut atténuer la peine dans le cas où l'action pénale est prescrite en vertu des art. 97 et 98* ». Il y a lieu de vérifier que ce renvoi est approprié en l'espèce et qu'il n'est pas contradictoire avec l'art. 123b Cst. Pour ce faire, un bref rappel de la genèse de l'art. 101, al. 2, CP est nécessaire.

Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du code pénal, cet alinéa 2 figurait à l'art 75^{bis} de l'ancien code pénal (aCP) et sa formulation était légèrement différente, puisqu'il précisait que le juge pouvait atténuer *librement* la peine. L'ajout de cet adverbe était important, car l'ancien code pénal distinguait l'atténuation de la peine (art. 64 s aCP) – qui permettait au juge de réduire la peine dans le respect de fourchettes préétablies, de l'atténuation *libre* de la peine (art. 66 aCP) – qui permettait au juge de réduire la peine sans être lié ni par le genre, ni par le minimum légal de la peine prévue par l'infraction en cause. Avec cet alinéa, les parlementaires de l'époque voulaient en quelque sorte adoucir le régime de l'imprescriptibilité et élargir la marge de manœuvre du juge pour fixer la peine⁸⁸. Cette distinction a été supprimée lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale, singulièrement des art. 48 et 48a CP. Conformément à ces dispositions, l'atténuation revêt désormais un caractère obligatoire lorsque les conditions sont remplies et le juge n'est pas lié par le minimum légal de la peine prévue pour l'infraction. Afin de tenir compte de cette innovation, l'adverbe *librement* de l'art. 101, al. 2, CP⁸⁹ a été supprimé. Cependant, et contrairement à ce que prévoit l'art. 48 CP, qui *oblige* le juge à tenir compte d'un motif d'atténuation établi, le juge *peut* le faire dans le cas de l'art. 101, al. 2, CP.

La distinction entre atténuation et atténuation libre ayant été supprimée par le nouveau code pénal, on peut se demander si l'art. 101, al. 2, CP a encore un sens et s'il ne vaudrait pas mieux que le juge se réfère exclusivement aux motifs d'atténuation de l'art. 48 CP. La réponse est négative. En effet, le seul motif d'atténuation de la peine faisant référence à l'écoulement du temps prévu par l'art. 48 CP est celui de la lettre e du 1^{er} alinéa, dont le contenu est le suivant : « *le juge atténue la peine si l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et que l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle* ». Or, cette lettre n'est justement pas applicable aux infractions imprescriptibles, dès lors que le législateur part du principe que l'intérêt à les punir ne disparaît jamais⁹⁰. En d'autres termes, si l'art. 101, al. 2, CP n'existait pas, l'écoulement du temps ne saurait constituer un motif d'atténuation de la peine pour les infractions imprescriptibles. Le juge peut certes toujours s'y référer dans le cadre plus général de l'art. 47 CP, mais il reste alors lié par le minimum légal de la peine. Même pour les crimes les plus graves, une telle rigidité serait difficilement défendable, en particulier lorsque les faits sont très vieux. L'art. 101, al. 2, CP doit donc être maintenu. Le système d'atténuation des infractions imprescriptibles s'articule dès lors autour de deux périodes :

- si le jugement intervient durant le délai de prescription ordinaire : l'écoulement du temps ne peut être pris en considération par le juge que dans le cadre général de l'art. 47 CP

⁸⁸ P. Müller, *op. cit.* (note 67), n° 7 ad art. 101.

⁸⁹ FF 1999 1787 (note 79), p. 1942.

⁹⁰ Voir par exemple le Message du 23 avril 2008 relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2008 3461, p. 3508 : « *Le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont le plus souvent des actes si graves que le besoin qu'éprouve la communauté internationale d'en punir les auteurs ne disparaît pas complètement avec le temps* ».

(l'art. 48, al. 1, let. e, CP n'est pas applicable) et celui-ci est lié par le minimum légal de la peine prévue pour l'infraction en cause ;

- si le jugement intervient après le délai de prescription ordinaire : l'écoulement du temps peut être pris en considération par le juge pour diminuer la peine, celui-ci n'étant pas lié par le minimum légal de la peine prévue par l'infraction en cause (art. 101, al. 2, en relation avec l'art. 48a CP).

Au demeurant, cette réglementation est compatible avec l'art. 123b Cst., puisque ce dernier ne traite pas de la problématique de la fixation de la peine.

4.9. La modification éventuelle d'autres lois

L'adoption d'une modification législative au niveau constitutionnel ne déploie que très rarement des effets limités. Elle a bien souvent des répercussions sur d'autres dispositions ou législations. L'examen qui va suivre vise donc à déterminer si et dans quelle mesure l'avant-projet implique une ou plusieurs modifications d'autres dispositions légales⁹¹.

4.9.1. Code des obligations

L'art. 60, al. 2, CO prévoit que les délais de prescription de l'action pénale s'appliquent à l'action en dommage-intérêts s'ils sont plus longs que ceux prévus par l'art. 60, al. 1, CO. L'art. 60, al. 2, CO a pour but d'étendre la possibilité du lésé d'agir sur le plan civil contre l'auteur d'une infraction pénale et repose sur l'idée qu'il serait illogique que le lésé perde ses droits aussi longtemps que le responsable demeure exposé à une poursuite pénale généralement plus lourde de conséquence pour lui : l'enchaînement des deux alinéas révèle la volonté d'empêcher que l'action civile ne se prescrive aussi longtemps que la prescription n'est pas acquise⁹². Ces considérations sont également valables lorsque l'infraction en cause est imprescriptible au sens de l'art. 101 CP⁹³. Dès lors, la mise en œuvre de l'art. 123b Cst. va permettre en tout temps aux victimes d'atteintes à l'intégrité sexuelle durant leur jeune enfance non seulement de dénoncer les infractions pénales qu'elles ont subies, mais également de déposer une demande de dommage-intérêts à l'encontre de l'auteur.

Précisons encore que dans le cadre de la mise en œuvre de la *motion de la CAJ-CN*⁹⁴, il est prévu de procéder à un examen général des délais de prescription du droit de la responsabilité. Dans ce contexte, la relation entre les délais de prescription du droit privé et du droit pénal sera également analysée.

4.9.2. La loi sur l'aide aux victimes d'infractions

Les prestations fondées sur la LAVI sont réservées aux victimes au sens de l'art. 1 LAVI et ne dépendent pas de l'existence d'un jugement pénal. Est une victime au sens de l'art. 1 LAVI toute personne ayant subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle. Les proches de la victime (conjoint, enfants, parents, etc.) peuvent également bénéficier des prestations prévues par la LAVI. La reconnaissance du statut de victime ouvre le droit aux prestations prévues par les art. 12 à 16 (aide fournie par les centres de consultation et contribution aux frais) et 19 à 23 (indemnisation et réparation morale) LAVI. Tandis que les prestations prévues par les art. 12 à 16 LAVI sont illimitées dans le temps, celles prévues par les art. 19 à 23 LAVI sont soumises à un délai de

⁹¹ Voir ég. ch. 3.3.3.

⁹² P. Scyboz/P.-R. Gilliéron, Code civil suisse et code des obligations annoté, 8^{ème} éd., Bâle 2008, p. 66 ; voir ég. ATF 131 III 430, c. 1.2 et la jurisprudence citée.

⁹³ ATF 132 III 661, c. 4.3 ; R. K. Däppen, in : H. Honsell (éd.), Obligationenrecht, Art. 1 – 529, Bâle 2008, n° 14 ad art. 60.

⁹⁴ Motion CAJ-CN (07.3763 ; Délais de prescription en matière de responsabilité civile).

prescription de cinq ans⁹⁵ (art. 25, al. 2, LAVI). En cas d'infraction au sens de l'art. 97, al. 2, CP ou de tentative d'assassinat, l'art. 25, al. 2, LAVI prévoit néanmoins que ce délai de prescription court en tout cas jusqu'aux 25 ans de la victime. Le législateur a consciemment repris le système prévu par l'art. 97, al. 2, CP, qui tient compte du fait que les abus sexuels sont souvent tus ou refoulés par les victimes mineures durant de longues années en raison des rapports de dépendance qui lient la victime à l'auteur ou en raison des menaces ou du chantage exercé par ce dernier⁹⁶. Il est important de préciser ici que la détermination du statut de victime se fait de manière indépendante par chacune des autorités d'application de la LAVI et que l'exigence en matière de preuve n'est pas la même en fonction de la prestation demandée. A titre d'exemple, un centre de consultation appelé à fournir une aide d'urgence ne sera pas aussi exigeant qu'une autorité chargée de se prononcer sur une demande d'indemnisation ou de réparation morale⁹⁷. A noter enfin que l'aide aux victimes est subsidiaire à toutes les autres prestations (art. 4 LAVI), en particulier celles versées par les assurances sociales ou privées.

L'art. 123b Cst. ne s'occupe pas de la problématique liée aux prestations prévues par la LAVI. Cependant, compte tenu du renvoi de l'art. 25, al. 2, LAVI, il y a lieu de se demander si l'introduction de l'imprescriptibilité dans le code pénal nécessite une adaptation de la LAVI ; nous pensons que non. En effet, outre le fait que les prestations offertes par les centres de consultation LAVI ne sont pas limitées dans le temps, les demandes d'indemnisation et de réparation morale ont toujours été soumises à des délais plus courts que ceux prévus par le droit pénal ou le droit civil. De plus, le droit actuel privilégie déjà les jeunes victimes en leur permettant de déposer une demande d'indemnisation ou de réparation morale au moins jusqu'à l'âge de 25 ans (art. 25, al. 2, LAVI). Ils peuvent le faire même après une procédure pénale s'ils ont fait valoir, dans le délai susmentionné, des prétentions civiles dans le cadre de la procédure pénale (art. 25, al. 3, LAVI). Enfin, et dans la mesure où les autorités chargées de se prononcer sur une demande d'indemnités disposent de moins de moyens que les autorités de poursuite pénale ou civile, l'établissement des faits des décennies après les abus serait difficile à l'excès. Il découle de ces quelques considérations que le système actuel n'a pas besoin d'être modifié.

4.10. Synthèse de la situation

A l'instar de l'art. 97, al. 2, CP, l'art. 101, al. 1, let. d, AP-CP, constitue une exception par rapport au régime ordinaire de la prescription prévu par l'art. 97, al. 1, CP. *A priori*, on pourrait penser que l'introduction de cette nouvelle exception complique de manière excessive l'application du droit par les autorités de poursuite pénale et que, partant, la sécurité du droit s'en trouve péjorée. Cependant, une représentation de la situation sous forme de tableau permet de démontrer que la détermination du délai de prescription applicable au cas d'espèce est un exercice relativement aisé :

⁹⁵ Ce délai était précédemment de deux ans. Il a été prolongé dans le cadre de la révision totale de la LAVI (Message du 9 novembre 2005 concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, FF **2005** 6683, p. 6747 s).

⁹⁶ Message du 9 novembre 2005 concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, FF **2005** 6683, p. 6748.

⁹⁷ P. Haldimann, in : B. Ehrenzeller, C. Guy-Ecabert, A. Kuhn (éd.), La nouvelle loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infraction, Zurich St.-Gall 2009, p. 222 ss et la jurisprudence citée.

Délai de prescription applicable en fonction de l'âge de la victime au moment des faits et de l'infraction en cause

Age de la victime / Infraction en cause	0-10 ans	11-16 ans	Plus de 16 ans
Art. 111 CP (Meurtre)	Prescription spéciale de l'art. 97, al. 2, CP (jusqu'aux 25 ans de la victime)	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 113 CP (Meurtre passionnel)	Prescription spéciale de l'art. 97, al. 2, CP (jusqu'aux 25 ans de la victime)	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 122 CP (Lésions corporelles graves)	Prescription spéciale de l'art. 97, al. 2, CP (jusqu'aux 25 ans de la victime)	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 182 CP (Traite d'êtres humains)	Prescription spéciale de l'art. 97, al. 2, CP (jusqu'aux 25 ans de la victime)	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 187 CP (Actes d'ordre sexuel avec des enfants)	Imprescriptibilité de l'art. 101, al. 1, let. d, AP-CP	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 188 CP (Actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes)			Prescription spéciale de l'art. 97, al. 2, CP (jusqu'aux 25 ans de la victime)
Art. 189 CP (Contrainte sexuelle)	Imprescriptibilité de l'art. 101, al. 1, let. d, AP-CP	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 190 CP (Viol)	Imprescriptibilité de l'art. 101, al. 1, let. d, AP-CP	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 191 CP (Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance)	Imprescriptibilité de l'art. 101, al. 1, let. d, AP-CP	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Art. 195 CP (Encouragement à la prostitution)	Prescription spéciale de l'art. 97, al. 2, CP (jusqu'aux 25 ans de la victime)	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP*	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP
Toutes les autres infractions	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP	Prescription ordinaire de l'art. 97, al. 1, CP

* D'un point de vue purement théorique, c'est l'art. 97, al. 2, CP qui devrait s'appliquer à ce cas. Cependant, à partir de 11 ans, la prescription ordinaire est plus avantageuse pour la victime (ex : 11 + 15 = 26 → la victime peut agir jusqu'à 26 ans avec le délai ordinaire alors qu'elle ne pourrait agir que jusqu'à 25 ans avec le délai spécial prévu par l'art. 97, al. 2, CP (voir ég. ch. 2.1 et la note 13).

Ce tableau démontre bien que le présent avant-projet ne crée pas un déséquilibre fondamental au sein du système actuel. En effet, tout comme le droit actuel, il protège de manière spécifique les enfants entre 0 et 10 ans. Il ne fait qu'accentuer cette protection lorsque l'enfant est victime d'une atteinte grave à l'intégrité sexuelle ; dans ce cas en effet, l'auteur peut faire l'objet de poursuites pénales durant toute sa vie et la peine prononcée à son encontre ne se prescrit jamais.

En résumé, l'imprescriptibilité ne sera applicable que si les quatre conditions cumulatives suivantes sont réunies : (1) l'infraction n'était pas déjà prescrite le 30 novembre 2008, en vertu du droit applicable au moment des faits, (2) la victime avait moins de 10 ans au moment des faits, (3) l'auteur était majeur au moment des faits et (4) l'infraction réalisait les éléments constitutifs de l'art. 187, ch. 1, 189, 190 ou 191 CP.

5. Modification du code pénal militaire

Les réflexions menées sous chiffre 4 sont également valables pour la modification du code pénal militaire. L'avant-projet prévoit ainsi d'introduire à l'art. 59 CPM les infractions du code pénal militaire correspondant aux art. 187, ch. 1, 189, 190 et 191 CP, à savoir les art., 153, 154, 155, respectivement 156, ch. 1, CPM. L'art. 157 CPM (exploitation d'une situation militaire), qui est propre au droit pénal militaire, doit compléter cette énumération. En effet, même si une partie de la doctrine estime que cette disposition ne s'applique pas aux personnes civiles⁹⁸, aucune jurisprudence n'a été rendue à ce sujet. On ne peut donc pas exclure d'emblée qu'un tribunal condamne, sur la base de cette disposition, un militaire exploitant le prestige de l'uniforme pour abuser d'enfants. Afin d'éviter toute lacune, l'art. 157 CPM sera intégré à l'art. 59 CPM.

6. Aspects juridiques

6.1. Rapport avec le droit international

Nous avons déjà vu plus haut⁹⁹ que l'avant-projet est conforme avec le droit international en vigueur et en particulier à l'art. 7 CEDH qui interdit l'application de délais de prescription plus longs à des infractions qui étaient déjà prescrites au jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation.

Il sied de préciser que l'avant-projet va dans le sens de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, dont l'entrée en vigueur prochaine pour la Suisse n'est pas exclue. L'imprescriptibilité va même bien au-delà de l'exigence posée par l'art. 33 de la convention, qui impose aux Etats parties de prendre les mesures nécessaires pour que le délai de prescription des infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants continue de courir pour une durée suffisante pour permettre l'engagement effectif de poursuites, après que la victime a atteint l'âge de la majorité.

6.2. Constitutionnalité

En vertu de l'art. 123, al. 1, Cst., la législation en matière de droit pénal relève de la compétence de la Confédération. L'avant-projet de modification du code pénal et du code pénal militaire est donc conforme à la Constitution.

⁹⁸ P. Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, St-Gall 1992, n° 3 ad art. 157.

⁹⁹ Pour l'analyse détaillée de cette question, voir ch. 3.3.2.

7. Conséquences financières

7.1. Pour la Confédération

Dans l'état actuel des choses, le présent rapport n'a aucune conséquence - ni financière ni sur le plan des ressources humaines - pour la Confédération.

7.2. Pour les cantons

Une augmentation du nombre de plaintes déposées pour abus sexuels, et partant du nombre de poursuites pénales, due à l'extension du délai de prescription n'est pas à exclure, ce qui pourrait occasionner un surcroît de travail pour les autorités de poursuite pénale cantonales. Les frais supplémentaires qui en découleront, cas échéant, ne peuvent guère être évalués à ce jour.