

05.030

Message

**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**

du 11 mars 2005

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons avec le présent message un projet d'arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre 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 (art. 196 CP) en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

11 mars 2005

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Samuel Schmid
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Par le présent message, le Conseil fédéral soumet à l'approbation des Chambres fédérales le Protocole facultatif du 25 mai 2000 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.

Le Protocole facultatif complète la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), plus précisément ses art. 34 et 35, et poursuit la réalisation de ses buts. Pièce maîtresse du Protocole, l'art. 3 pose les exigences minimales auxquelles doivent satisfaire les législations pénales nationales. En outre, le Protocole facultatif contient des dispositions ayant trait notamment à la compétence, à l'aide aux victimes, au droit d'extradition, à la coopération internationale et à la nécessité d'agir sur le plan politique en matière de vente d'enfants, de prostitution et de pornographie impliquant des enfants.

L'ordre juridique suisse satisfait dans l'ensemble aux exigences du Protocole facultatif. La traite d'êtres humains constitue la seule exception. Aux termes de l'art. 196 CP, seule est punissable la traite d'êtres humains en vue de l'exploitation sexuelle de la victime. Le Protocole facultatif exige toutefois que soit pénalement répréhensible la vente d'enfants aux fins d'exploitation sexuelle, de trafic commercial d'organes et de travail forcé. Afin de remplir les obligations du Protocole facultatif concernant la traite d'êtres humains, le Conseil fédéral propose, par le présent message, la révision de l'art. 196 CP (traite d'êtres humains), dont les dispositions se retrouveront désormais à l'art. 182 P-CP. S'agissant de l'exigence du Protocole facultatif de punir également l'activité d'intermédiaire d'une adoption moyennant un profit matériel indu, la Suisse l'a remplie par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2003, de la loi d'application relative à la Convention de La Haye sur l'adoption.

Le Protocole facultatif a déjà été ratifié par 85 Etats (octobre 2004). La Suisse, qui a notablement contribué à son élaboration, a signé le Protocole facultatif le 7 septembre 2000. Sa ratification revêt une grande importance pour notre pays, compte tenu de la politique qu'il mène dans le domaine des droits de l'homme.

Table des matières

Condensé	2640
1 Contexte et procédure préliminaire	2643
1.1 Introduction	2643
1.2 Efforts nationaux et internationaux visant à mieux protéger les enfants contre la vente, la prostitution et la pornographie	2644
1.2.1 Efforts internationaux	2644
1.2.1.1 Normes internationales	2644
1.2.1.2 Evolutions sur le plan politique	2645
1.2.2 Efforts nationaux	2646
1.3 Genèse du Protocole facultatif	2646
1.4 Position de la Suisse	2647
1.5 Procédure de consultation	2647
2 Contenu et domaine d'application du Protocole facultatif	2651
2.1 Introduction	2651
2.2 Préambule	2651
2.3 Définitions (art. 1 et 2)	2652
2.3.1 Vente d'enfants	2653
2.3.2 Prostitution des enfants	2653
2.3.3 Pornographie mettant en scène des enfants	2654
2.3.4 Relation avec d'autres traités internationaux	2654
2.4 Exigences minimales posées au droit pénal national (art. 3)	2654
2.4.1 Caractère répréhensible de la vente d'enfants et de l'adoption illégale	2655
2.4.2 Caractère répréhensible de la prostitution des enfants et de la pornographie mettant en scène des enfants	2656
2.5 Règles de compétence (art. 4)	2656
2.6 Extradition (art. 5)	2657
2.7 Entraide judiciaire et coopération internationale (art. 6 et 10)	2657
2.8 Saisie et confiscation (art. 7)	2658
2.9 Aide aux victimes (art. 8, art. 9, al. 3 et 4)	2658
2.10 Autres obligations des Etats parties (art. 9, al. 1, 2 et 5)	2659
2.11 Procédure de contrôle internationale (art. 12)	2660
2.12 Dispositions finales (art. 13–17)	2660
3 Protocole facultatif et ordre juridique suisse	2661
3.1 Obligations relevant du droit international public: dispositions directement ou non directement applicables	2661
3.2 Domaine d'application du Protocole facultatif (art. 1 et 2)	2662
3.3 Exigences minimales posées à la législation nationale (art. 3)	2663
3.3.1 Caractère répréhensible de la vente d'enfants: révision de l'art. 196 CP (traite d'êtres humains)	2663
3.3.1.1 Systématique	2665

3.3.1.2	Elargissement de la notion de traite d'êtres humains, art. 182, al. 1, P-CP (<i>nouveau</i>)	2665
3.3.1.3	Cas de traite d'êtres humains qualifiée, art. 182, al. 2, P-CP (<i>nouveau</i>)	2667
3.3.1.4	Actes préparatoires	2668
3.3.1.5	Amende, art. 182, al. 3, P-CP (<i>nouveau</i>)	2668
3.3.1.6	Principe d'universalité, art. 182, al. 4, P-CP (<i>nouveau</i>)	2668
3.3.2	Caractère répréhensible de l'activité d'intermédiaire d'une adoption illégale	2669
3.3.3	Caractère répréhensible de la prostitution et de la pornographie enfantines	2669
3.3.4	Responsabilité des personnes morales	2670
3.4	Règles de compétence (art. 4 du Protocole facultatif)	2671
3.5	Extradition (art. 5 du Protocole facultatif)	2671
3.6	Entraide judiciaire et coopération internationale (art. 6 et art. 10 du Protocole facultatif)	2672
3.7	Saisie et confiscation (art. 7 du Protocole facultatif)	2674
3.8	Aide aux victimes (art. 8, art. 9, al. 3 et 4 du Protocole facultatif)	2674
3.9	Autres obligations contractées par les Etats parties (art. 9, al. 1, 2 et 5, du Protocole facultatif)	2675
3.10	Récapitulation	2677
4	Conséquences pour les finances et le personnel de la Confédération et des cantons	2677
5	Programme de la législation	2677
6	Aspects juridiques	2678
6.1	Constitutionnalité	2678
6.2	Rapport avec le droit européen	2678
6.2.1	Union européenne	2678
6.2.2	Conseil de l'Europe	2679
6.2.3	Compatibilité du projet avec le droit européen	2679
	Arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre 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 (<i>Projet</i>)	2681
	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	2685

Message

1 Contexte et procédure préliminaire

1.1 Introduction

On estime à un million le nombre d'enfants victimes chaque année à travers le monde de l'exploitation sexuelle à des fins commerciales¹. Le fait d'avoir été vendu et les abus subis ont des répercussions très graves sur la vie et le développement des enfants concernés. Ils sont atteints dans leur santé aussi bien physique que psychique et souffrent encore souvent de séquelles à l'âge adulte. Leur estime de soi et leur confiance dans leur environnement social sont ébranlées. Ils présentent souvent des symptômes post-traumatiques de stress comme la dépression et l'agressivité dirigée contre des tiers, quand ce n'est pas contre eux-mêmes².

Il est fréquent que trafiquants, intermédiaires et consommateurs exercent une violence physique et psychique considérable envers les enfants, profitant de la fragilité et de l'ignorance de leur victime, voire de sa famille. La toxicomanie et autres dépendances, la pauvreté, la discrimination à l'égard des femmes et des jeunes filles, un environnement familial et social éclaté sont autant de facteurs qui rendent un enfant particulièrement vulnérable aux abus.

Certains développements récents jouent aussi un rôle important. Les innovations qui se succèdent à grande vitesse dans les technologies et leur accessibilité facile et peu onéreuse ont engendré une augmentation rapide de la quantité de matériel pornographique impliquant des enfants sur Internet. Ces dernières années, la pression de la publicité et les attentes sociales ont poussé un nombre croissant d'enfants à se prostituer, afin de pouvoir acquérir des biens de consommation chers³. Ce phénomène existe aussi dans notre pays. Par ailleurs, la peur du VIH/sida chez les consommateurs a abouti à un accroissement de la demande pour de jeunes prostitués des deux sexes (ce que l'on appelle les «spiral factors»)⁴. Enfin, des signes indiquent que la criminalité organisée encourage la vente d'enfants et la traite d'êtres humains.

Dans la statistique policière suisse et les statistiques des condamnations établies par l'Office fédéral de la statistique, la traite d'enfants mineurs, la prostitution et la pornographie impliquant des enfants ne figurent qu'à titre de cas isolés⁵. Du fait que

¹ UNICEF, *Profiling from Abuse – An Investigation into the Sexual Exploitation of Our Children*, New York 2001, p. 20; voir aussi: <http://www.unicef.org/events/yokohama/>.

² United Nations (Muntarborn Vitit), *Human Rights: Study Series Nr. 8 – Sexual Exploitation of Children*, p. 4. Sur les conséquences de l'exploitation sexuelle, voir le Rapport «Enfance maltraitée en Suisse», Berne 1995, pp. 74 s. et 77.

³ United States Embassy Stockholm, *Factsheets for the World Congress against the Commercial Sexual Exploitation of Children*, Stockholm 27–31 août 1996, Overview, p. 1.

⁴ Une conclusion erronée, puisque le risque de contamination est plus élevé en raison du processus de croissance en cours chez les jeunes prostitués des deux sexes que chez les prostitués adultes.

⁵ Voir, par exemple, Office fédéral de la police, Service d'analyse et de prévention, *Situation Suisse, Rapport de situation 2000*, p. 68 s. Selon les estimations de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), 1 % seulement des cas de traite d'êtres humains est dénoncé en Europe et seuls 5 % de ces cas donnent lieu à une condamnation du prévenu.

la vente d'enfants et leur exploitation sexuelle se déroulent le plus souvent dans le secret, on peut supposer l'existence de nombreux cas non recensés en Suisse aussi⁶.

1.2 Efforts nationaux et internationaux visant à mieux protéger les enfants contre la vente, la prostitution et la pornographie

1.2.1 Efforts internationaux

1.2.1.1 Normes internationales

Sous l'effet de la traite d'esclaves, la communauté internationale s'est employée, dès ses premiers traités sur les droits de l'homme, à mieux protéger les enfants contre leur exploitation par des trafiquants. Entre 1904 et 1949, plusieurs conventions internationales destinées à réprimer la traite de jeunes filles et des femmes ont ainsi été adoptées⁷. En 1910 et 1923, deux conventions avaient en outre pour objet de lutter contre la circulation et le trafic des publications obscènes⁸. La Suisse a ratifié tous ces traités internationaux.

Depuis lors, de nombreuses conventions sont entrées en vigueur, qui portent en partie au moins sur les thèmes traités par le Protocole facultatif. L'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)⁹, en 1989, marqua une étape importante, puisque les droits de l'enfant y étaient pour la première fois codifiés dans le détail. Les art. 34 et 35 CDE servent de fondement au présent Protocole facultatif. Les Conventions de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (n° 138)¹⁰ et concernant les pires formes de travail des enfants s'attachent à la protection de l'enfant dans le monde du travail (n° 182)¹¹, tandis que la Convention de La Haye apporte des améliorations notables en matière d'adoption internationale¹² (ci-après Convention de La Haye en matière d'adoption). La Suisse a ratifié toutes les conventions citées. A cela s'ajoutent, outre les nombreux autres traités sur

⁶ Le rapport du groupe de travail interdépartemental Traite des êtres humains (Traite des êtres humains en Suisse, p. 17) part de chiffres oscillant entre 2200 et 9200 femmes et enfants entrant clandestinement en Suisse chaque année. Le Conseil fédéral juge cette estimation exagérée. En matière d'exploitation sexuelle à des fins commerciales, il convient de se référer à une étude qualitative datant de 1999 qui mettait en évidence 60 cas particuliers d'exploitation sexuelle commerciale d'enfants en Suisse (Studer Stefan/Peter Christina, Kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern und Jugendlichen in der Schweiz, mars 1999, p. 37).

⁷ Arrangement international du 18 mai 1904 en vue d'assurer une protection efficace contre le trafic criminel connu sous le nom de traite des blanches (RS **0.311.31**), Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches (RS **0.311.32**), Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la suppression de la traite des femmes et des enfants (RS **0.311.33**), Convention internationale du 11 octobre 1933 relative à la répression de la traite des femmes majeures (RS **0.311.34**).

⁸ Arrangement international du 4 mai 1910 relatif à la répression de la circulation des publications obscènes (RS **0.311.41**), Convention internationale du 12 septembre 1923 pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes (RS **0.31.42**).

⁹ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS **0.107**).

¹⁰ RS **0.822.723.8**

¹¹ RS **0.822.728.2**

¹² Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29.5.1993. Pour la Suisse, la Convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 (RS **0.211.221.311**).

les droits de l'homme¹³, le droit international humanitaire et le droit pénal international, qui contiennent des normes pour protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle et la vente. C'est le cas notamment du Statut de Rome pour la création d'une Cour pénale internationale, qui a été ratifié par la Suisse en 2000; la violence sexuelle grave, ainsi que la réduction en esclavage dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique y sont qualifiées de crimes contre l'humanité¹⁴.

Pour conclure, il faut relever quelques conventions adoptées récemment qui tiennent compte des dernières évolutions. Il s'agit, en particulier, des Protocoles additionnels de 2000 à la Convention de l'ONU contre le crime organisé relatif à la traite d'êtres humains¹⁵ et au trafic de migrants¹⁶, ainsi que de la Convention européenne de 2001 sur la cybercriminalité, tous signés par la Suisse.

1.2.1.2 Evolutions sur le plan politique¹⁷

En 1996, les membres des gouvernements, les organisations non gouvernementales et les représentants de nombreuses institutions spécialisées de l'ONU se réunissaient à Stockholm pour un premier congrès mondial consacré à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales. La Suisse y était aussi représentée par une délégation. Par l'adoption d'une Déclaration et d'un Plan d'action, les participants à la conférence ont exprimé leur détermination à réprimer l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales. Le second sommet mondial, qui s'est tenu à Yokohama en décembre 2001, a été l'occasion de réaffirmer cette volonté et de dresser un inventaire des progrès réalisés. Son bilan: si, tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale, de nombreuses normes juridiques ont été adoptées et des programmes politiques élaborés, ce réseau pêche néanmoins par une mise en œuvre insatisfaisante et inégale¹⁸.

Dans la perspective de Yokohama, le Conseil de l'Europe a organisé une conférence régionale préparatoire à Budapest (20/21 novembre 2001). Les rapports nationaux présentés ont servi de base pour débattre des progrès au niveau européen et pour élaborer un plan d'action. La même année, le Conseil de l'Europe a en outre adopté une nouvelle recommandation sur la protection des enfants contre l'exploitation

¹³ Par exemple, le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I, RS **0.103.1**), le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II, RS **0.103.2**), la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF, RS **0.108**), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS **0.101**).

¹⁴ Art. 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS **0.312.1**); voir aussi le Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (RS **0.107.1**).

¹⁵ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (ci-après Protocole additionnel contre la traite des personnes). La Suisse l'a signé le 2 avril 2002.

¹⁶ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer. La Suisse l'a signé le 2 avril 2002.

¹⁷ Sur les développements politiques au sein de l'ONU, voir aussi infra ch. 1.3.

¹⁸ Muntarbhorn Vitit (rapporteur général), Report of the Second World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Yokohama 2001, p. 6.

sexuelle¹⁹. L'application de la recommandation est garantie par l'instauration d'un mécanisme de contrôle approprié.

1.2.2 Efforts nationaux

Les travaux préparatoires en vue de la ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant et sa ratification en 1997 ont fait prendre davantage conscience, en Suisse, qu'il était impératif de prendre des mesures spéciales à tous les niveaux et dans tous les domaines du droit, afin de sauvegarder les droits et les intérêts de l'enfant. L'élaboration du premier rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant à l'intention du Comité des droits de l'enfant, a donné l'occasion de dresser pour la première fois un état des lieux global de la situation des enfants et de constater les lacunes existantes. A la suite de ce rapport, de nombreuses mesures tant juridiques que politiques ont été prises. Citons la révision partielle de la loi sur l'aide aux victimes²⁰, qui a permis d'améliorer la situation des enfants dans la procédure pénale, les révisions partielles du code pénal concernant les délais de prescription des infractions commises contre des enfants et le caractère répréhensible de l'acquisition et de la possession de représentations de la violence et de la pornographie dure²¹, ainsi que la révision du 13 décembre 2002 du code pénal, partie générale (FF 2002 7658), qui prévoit le principe d'universalité pour les délits sexuels commis contre des enfants ainsi qu'une responsabilité subsidiaire des entreprises. Enfin, la loi d'application relative à la Convention de La Haye sur l'adoption apporte de nombreuses améliorations en matière d'adoption internationale. De plus, d'importantes mesures ont été prises sur le plan organisationnel pour mieux protéger les droits de l'enfant. Ont ainsi vu le jour, au niveau fédéral, un service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants, un centre pour le monitoring d'Internet et, dans le cadre du Service de la protection internationale des enfants, une Autorité centrale en matière d'adoption internationale. Le Département fédéral de l'intérieur, par le biais de la Centrale pour les questions familiales, exerce, pour sa part, une fonction de coordination en matière de protection de l'enfance, en particulier dans le domaine de la prévention des maltraitements infantiles. A l'échelon cantonal et régional, l'axe prioritaire a été surtout de mieux protéger l'enfant et a abouti à la création de nombreux organismes de consultation interdisciplinaires, commissions et groupes de protection de l'enfance.

1.3 Genèse du Protocole facultatif

C'est en 1990 que la Commission des droits de l'homme de l'ONU nomma pour la première fois un rapporteur spécial pour la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Sa mission consistait à observer l'évolution mondiale dans ces trois domaines, à remettre ses recommandations à la Commission des droits de l'homme et à contribuer à améliorer concrètement la situation des enfants grâce à des visites dans les divers pays et à la collabo-

¹⁹ Recommandation (2001) 16 sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle, adoptée par le Conseil des Ministres le 31 octobre 2001.

²⁰ FF 2001 1260 ss.

²¹ RO 2002 2993 ss; FF 2000 2769 ss.

ration avec leurs gouvernements respectifs. En 1992, la Commission des droits de l'homme adopta un Plan d'action sur ces trois thèmes, qui devait servir ultérieurement de base à l'élaboration du Protocole facultatif. En 1994, la Commission des droits de l'homme institua un groupe de travail, auquel la Suisse collabora en vertu de son statut d'observateur, chargé de mettre au point les lignes directrices d'un éventuel Protocole facultatif. Après des débats houleux sur la nécessité d'un instrument international supplémentaire dans les domaines concernés, le groupe de travail finit par se prononcer en faveur de ce protocole et la Commission des droits de l'homme décida, en 1995, d'aller de l'avant²². Le groupe de travail institué travailla en étroite collaboration avec le rapporteur spécial pour la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, ainsi qu'avec le Comité des droits de l'enfant. La Suisse fut également associée à ces travaux en tant qu'observatrice. Les négociations durèrent six ans, en particulier parce que certaines questions divisaient les camps Nord-Sud, rendant un accord difficile. Le 25 mai 2000, le Protocole facultatif fut finalement adopté. Trois mois après le dépôt par la Roumanie de son acte de ratification en qualité de dixième Etat partie, le Protocole entra en vigueur le 18 janvier 2002.

1.4 Position de la Suisse

La Suisse a salué l'élaboration du Protocole facultatif et l'a soutenue. Elle a estimé qu'il constituait un progrès important en faveur des droits de l'enfant pour les motifs suivants: importance des éléments constitutifs énumérés dans les infractions, établissement d'une coopération internationale en matière de poursuite pénale, harmonisation juridique et solidarité internationales. S'agissant du contenu du Protocole facultatif, la Suisse s'est en particulier engagée pour que les éléments constitutifs des infractions soient clairement définis et que la notion de vente d'enfants soit comprise au sens large.

En ratifiant ce protocole, la Suisse a également souhaité donner suite à l'attente du Comité des droits de l'enfant qui, après examen du «Rapport initial du gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant», incluait dans ses remarques finales parmi les points à développer la lutte contre toute forme de violence à l'égard des enfants. Cette recommandation du Comité rejoint les conclusions de la Session extraordinaire de mai 2002 de l'Assemblée générale des Nations Unies à New York²³ et en particulier celle de mettre l'accent sur la lutte contre la traite de personnes, domaine considéré comme prioritaire par la Suisse.

1.5 Procédure de consultation

Par décision du 15 octobre 2003, le Conseil fédéral a autorisé le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) à ouvrir la procédure de consultation portant sur le Protocole facultatif 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 ainsi que sur la modification correspondante de la norme pénale relative à la

²² Résolution 1995/78 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU.

²³ www.unicef.org/french/specialsession

traite d'êtres humains. Les cantons, les partis politiques, les deux tribunaux fédéraux, dix organisations dirigeantes de l'économie et 57 autres organisations intéressées ont été invités à donner leur avis sur la ratification du Protocole et sur la modification prévue de l'art. 196 CP. On leur a en particulier demandé s'il leur paraissait opportun que la nouvelle norme pénale soit complétée par une définition plus précise de la notion de traite et par des dispositions destinées à protéger particulièrement les enfants, conformément à la pratique et à l'expérience des cantons.

Le délai pour l'envoi des réponses avait été fixé au 1^{er} février 2004. Le DFAE a reçu 66 réactions écrites, dont neuf provenaient d'organisations qui n'avaient pas été invitées à prendre position. Parmi les 66 réponses, on relèvera celles des deux tribunaux fédéraux, du Canton de Schwyz, de la Fédération suisse des femmes protestantes, de la Société suisse des employés de commerce et de la Fédération centrale du personnel des cantons et des communes de la Suisse, qui déclarent renoncer à prendre position sur la question ou à participer à la consultation.

Economiesuisse et le Réseau suisse des droits de l'enfant ont déclaré se rallier aux avis d'autres associations ou organisations. Ils ne sont donc pas mentionnés spécialement. Par conséquent, le nombre des organismes ayant rédigé une réponse propre est de 58.

A l'exception de l'UDC, tous les organismes consultés ont donné leur approbation de principe à la ratification du Protocole facultatif, estimant notamment que les enfants sont tributaires d'une protection qui doit être la meilleure possible. Dans leur réponse, différents organismes ont ainsi demandé que le Protocole facultatif soit ratifié au plus vite.

L'adaptation de l'art. 196 CP sous la forme d'une extension de son champ d'application au prélèvement d'organes et au travail forcé a été approuvée dans toutes les réponses, sauf dans celle de la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse. Plusieurs organisations consultées auraient même souhaité que le champ d'application de la nouvelle norme soit encore étendu à d'autres actes tels que la traite de femmes destinées au mariage (Centre d'information pour les femmes, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen, Fédération des Eglises protestantes de la Suisse, Terre des Hommes), l'expérimentation médicale (Canton de Saint-Gall) ou encore la recherche technique sur l'enfant (Lobby enfants suisse). A une exception près (Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse), les organismes consultés ont également approuvé l'extension aux adultes de la protection des enfants prévue dans le Protocole facultatif.

Mis à part les questions que nous venons d'évoquer concernant l'art. 182 P-CP, destiné à remplacer l'art. 196 CP, trente organismes consultés affirment explicitement ou laissent entendre que le nouvel art. 182 CP ne leur inspire aucune autre objection ni proposition de modification (cantons: AI, BE, BL, FR, GL, GR, LU, NE, NW, OW, SH, SO, TH, TI, UR, VS et ZG; partis politiques: PDC, PRD, PS, UDC et Jeunes Radicaux; organisations: Amnesty International; Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire; Centre patronal; Lausanne – Direction de la sécurité publique; Société d'utilité publique des femmes suisses; Travail Suisse; Union suisse des arts et métiers; Verbandsleitung Blauring/Jungwacht).

Les revendications exprimées dans les autres avis relatifs au futur art. 182 CP sont notamment les suivantes:

- La notion de «traite d'êtres humains» doit être définie de manière plus précise. Certains se sont demandés si la traite présupposait une opération triangulaire ou un caractère répétitif de la transaction (BS; JU; ZH; Défense des enfants International, Centre d'information pour les femmes; Comité suisse pour l'Unicef; Conférence suisse des Déléguées à l'Égalité; Fédération des Eglises protestantes de la Suisse; Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen; Société suisse de droit pénal; Terre des Hommes).
- Certains ont aussi demandé la définition d'autres notions comme celle d'«exploitation sexuelle» (ZH).
- Nombreux sont ceux qui souhaitent que les enfants bénéficient d'une meilleure protection que les adultes, soit par le biais d'une augmentation de la peine minimum lorsque la victime est mineure, soit par l'adjonction d'une disposition spéciale à l'art. 184 CP ou alors par la création, à l'intention des enfants, d'un alinéa, voire d'un article entier (Association suisse de la protection de l'enfant; Association suisse pour les droits de la personne; Comité suisse pour l'Unicef; Défense des Enfants International; Juristes Démocrates de Suisse; Pro Familia Suisse; Pro Juventute; Terre des Hommes).
- En ce qui concerne la peine encourue, le PEV a défendu le principe d'une augmentation de la peine minimum, alors que d'autres ont prôné une augmentation de la peine lorsque l'acte a été commis par plusieurs personnes agissant en commun, la nouvelle classification à l'art. 182 ne permettant plus l'application de l'art. 200 CP (Centre d'information pour les femmes, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen). De plus, une augmentation de la peine a aussi été proposée pour le cas où l'auteur fait métier de la traite (Centre d'information pour les femmes, Internationale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen, PCS).
- Toujours au sujet de la peine encourue, le Canton de Genève a attiré l'attention sur le fait que les dispositions du nouvel art. 182 devaient être adaptées aux changements prévus en ce qui concerne la peine dans la nouvelle Partie générale du Code pénal suisse.
- L'extension de la responsabilité aux personnes morales a été critiquée par le Canton du Jura et par la Fédération des Entreprises Romandes.
- Les organes consultés se sont aussi penchés sur la question du consentement de la victime et sur les conséquences de ce dernier. Alors que certains ont demandé une clarification de la situation juridique (Défense des Enfants International; Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen; Terre des Hommes), la Société suisse de droit pénal a estimé qu'il n'était pas utile de mettre l'accent sur le caractère non pertinent du consentement; elle a fait valoir que les dispositions du code civil ne permettaient pas à une personne mineure de donner un tel consentement de façon juridiquement valable et que les juges étaient de toute manière très prudents lorsqu'il s'agit d'admettre le consentement de la victime, même lorsque celle-ci est majeure.

Le Protocole facultatif et le rapport explicatif ont encore donné lieu aux remarques suivantes:

- Plusieurs organismes consultés ont demandé que les victimes de la traite d'êtres humains soient autorisées à séjourner en Suisse au moins jusqu'au terme de la procédure judiciaire dans notre pays et obtiennent donc une autorisation de séjour provisoire ou permanent (PS; Centre d'information pour les femmes; Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen; Société d'utilité publique des femmes suisses). Défendant un avis contraire, le Canton de Zurich rejette l'octroi automatique d'une autorisation de séjour, relevant que la législation en vigueur permet déjà l'octroi d'autorisations cas par cas.
- Il a aussi été suggéré de mentionner explicitement et un par un les droits de procédure et les aides auxquelles les victimes peuvent prétendre aux termes du Protocole facultatif dans la loi sur l'aide aux victimes ou dans le futur code de procédure pénale fédéral (Centre d'information pour les femmes; Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen; Pro Familia Suisse).
- Plusieurs organisations ont constaté avec regret que le Protocole facultatif ne s'appliquait pas à l'exploitation non commerciale des enfants, notamment dans le cadre de la famille ou de l'entourage proche (Défense des Enfants International; Fédération des Eglises protestantes de la Suisse; Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen).
- Pour ce qui est des aspects d'ordre financier, certains ont estimé que la Confédération devait augmenter les moyens mis à disposition pour la prévention, l'information et la lutte contre la traite d'êtres humains (SG; Association suisse pour la protection de l'enfant; Association suisse pour les droits de la personne; Lobby enfants suisse; Pro Familia Suisse; Pro Juventute). Le PDC et le PRD ont demandé des précisions sur l'éventualité de frais supplémentaires à la charge des cantons.
- Certains organismes, enfin, ont saisi l'occasion de la consultation au sujet du Protocole facultatif et du nouvel art. 182 P-CP pour proposer la révision d'autres articles du Code pénal (GE; ZH; Juristes Démocrates de Suisse; Société suisse de droit pénal) ou de la nouvelle loi sur les étrangers (Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen).

Compte tenu des résultats de la procédure de consultation, le Département a retravaillé le projet de nouvel art. 182 P-CP. Il a complété la définition et ajouté un nouvel alinéa, consacré à la traite d'enfants, qui menace les auteurs de cette catégorie d'infractions d'une peine plus lourde que celle qui est encourue pour les autres infractions régies par l'art. 182. S'agissant de savoir s'il était opportun ou non de reprendre dans la législation suisse la définition de la traite qui est donnée dans le Protocole additionnel «Traite de personnes» à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, une étude réalisée par l'Institut suisse de droit comparé a révélé que divers Etats européens avaient repris le libellé alors que d'autres ne l'avaient repris qu'en partie ou même pas du tout. La définition qui vous est présentée a été complétée à l'issue de la procédure de consultation, mais n'est pas énumérative comme celle du Protocole additionnel en question.

Plusieurs points soulevés dans le contexte de la procédure de consultation sont repris de manière circonstanciée dans le présent message.

2 Contenu et domaine d'application du Protocole facultatif

2.1 Introduction

La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) fixe des règles trop floues dans certains domaines²⁴. En conséquence, le Protocole facultatif constitue une évolution normative de la CDE. C'est ce que traduit d'ailleurs le préambule du Protocole facultatif en se référant explicitement à plusieurs articles de la CDE. Il convient donc d'interpréter le Protocole facultatif à la lumière de cette convention et de toujours tenir compte de ses principes fondamentaux que constituent la non-discrimination, le bien de l'enfant et la participation²⁵.

Afin d'aboutir à un consensus international, le champ d'application du Protocole facultatif demeure toutefois étroitement limité. Comme l'indique l'art. 1, il se restreint à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie mettant en scène des enfants. Beaucoup de formulations sont le reflet de compromis. En définitive, le Protocole facultatif traite les délits sexuels principalement sous l'angle de l'exploitation sexuelle à des fins commerciales, c'est-à-dire de l'exploitation moyennant contrepartie ou contre paiement au sens large²⁶. Aussi l'exploitation sexuelle de l'enfant au sein de la famille ou dans un rapport de dépendance autre à l'égard d'une personne est-elle exclue du Protocole facultatif, à moins qu'elle ne comporte également une composante commerciale.

2.2 Préambule

Le préambule est une introduction non contraignante aux dispositions qui suivent. Il remplace le Protocole facultatif dans son contexte normatif international, en se référant explicitement aux articles de la CDE importants pour le Protocole facultatif et en demandant la poursuite de sa réalisation²⁷. Il souligne par ailleurs l'importance de

²⁴ Voir aussi: Dorsch Gabriele, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, p. 227 s.

²⁵ Voir UNICEF, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the child, p. 3.

²⁶ La notion d'exploitation sexuelle à des fins commerciales soulève une vive controverse. Certains experts demandent une définition étroite de cette notion au profit de la victime (voir ECPAT Switzerland/arge kipro, Entre Stockholm et Yokohama, Ce qu'il faut faire en Suisse pour lutter contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales, p. 6 s.). Comme le Protocole facultatif évite la notion d'exploitation sexuelle à des fins commerciales et opte pour la définition de ses trois cas d'application classiques, cette question reste ouverte. Sur la définition de cette notion, voir: Julia O'Connell Davidson, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17–20 December 2001, the Sex Exploiter, p. 5 et Jane Warburton, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17–20 December 2001, Prevention, protection and recovery, p. 5.

²⁷ Il s'agit des art. 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 et 36 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

la Convention de La Haye sur l'adoption²⁸ et d'autres conventions de La Haye, ainsi que celle de la Convention de l'OIT n° 182 concernant les pires formes de travail des enfants²⁹.

Le préambule classe les dispositions qui suivent essentiellement en fonction de leur contenu. Il renvoie aux causes des trois problématiques et les mentionne explicitement: sous-développement, pauvreté, disparités économiques, inéquité des structures socio-économiques, dysfonctionnements familiaux, manque d'éducation, exode rural, discrimination fondée sur le sexe, comportement sexuel irresponsable des adultes, pratiques traditionnelles préjudiciables et conflits armés. Selon le préambule, la vente d'enfants, la prostitution et la pornographie enfantines ne pourront être éliminées que si on lutte parallèlement contre les causes de ces actes. Comme le relève le préambule, il convient de diminuer la demande à l'origine de la vente des enfants et de leur exploitation à des fins commerciales – une exigence formulée en particulier par les pays d'origine des victimes. En outre, il importe de réduire l'offre dans ces pays en intensifiant sur plusieurs échelons la coopération avec les autorités des pays de provenance des victimes ainsi qu'avec les associations caritatives sur place. Enfin, le préambule fait référence à certaines formes d'abus commis contre les enfants qui revêtent une importance particulière: le tourisme sexuel, à nouveau mentionné à l'art. 10, le problème nouveau et toujours croissant que pose la pornographie impliquant des enfants sur Internet et l'exploitation économique des enfants. Le groupe de travail chargé d'élaborer le Protocole facultatif est parti du principe que ces formes particulières d'abus étaient incluses dans les notions de vente d'enfants, de prostitution des enfants et de pornographie mettant en scène des enfants et qu'il était donc inutile de les mentionner explicitement dans les définitions.

2.3 Définitions (art. 1 et 2)

Notons tout d'abord que la notion d'«enfant» a la même définition dans le Protocole facultatif que dans la CDE – c'est ce qui découle du renvoi à l'art. 1 CDE dans le préambule. Toute personne âgée de moins de dix-huit ans est donc réputée enfant au sens du Protocole facultatif, à moins que le droit national ne prévoie une majorité plus précoce. La majorité sexuelle (âge de protection) illustre cette exception, puisqu'elle est atteinte avant 18 ans pour certaines activités sexuelles dans nombre d'Etats.

Les trois notions de vente d'enfants, de prostitution des enfants et de pornographie mettant en scène des enfants sont définies de façon exhaustive à l'art. 2 du Protocole facultatif. Par les exigences minimales que pose l'art. 3 aux législations pénales nationales, elles constituent la pièce maîtresse du Protocole facultatif. Il convient de les interpréter de façon autonome, tout en tenant compte de la CDE. Dans la phase de négociation, les dispositions ayant trait aux notions ont été pendant longtemps vivement controversées. On a fini par opter pour des définitions larges, relativisées ensuite par les exigences clairement posées au droit pénal national.

²⁸ Cf. note 12.

²⁹ Ratifiée par la Suisse le 28 juin 2000 (RS **0.822.728.2**).

2.3.1 Vente d'enfants

Selon le Protocole facultatif, on entend par vente d'enfants tout acte ou toute transaction par lesquels un enfant est remis par une personne ou un groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage. Ainsi, la notion de vente d'enfants s'appuie étroitement sur la Convention complémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage³⁰.

Conformément à cette convention et à l'art. 35 CDE, la notion ne se limite pas dans le Protocole facultatif à la vente d'enfants en vue de leur exploitation sexuelle, même s'il y a lieu de penser que celle-ci sera en pratique le cas d'application le plus fréquent. Outre la vente d'enfants en vue d'abus sexuels, la vente peut servir les buts suivants: adoption commerciale³¹, mendicité et autres formes d'exploitation économique³², esclavage ou formes analogues à l'esclavage, expériences médicales ou transplantations d'organes. Contrairement à ce que prévoit la Convention complémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage et à l'opinion défendue par différentes délégations lors des négociations du Protocole facultatif, il n'est pas nécessaire que l'enfant soit remis par les titulaires de sa garde.

La notion de vente d'enfants ne comprend pas les enlèvements d'enfants en tant que tels – en dépit de tentatives allant dans ce sens au sein du groupe de travail. Toutefois, si l'enfant enlevé finit par être vendu, cet élément constitutif entre en ligne de compte.

2.3.2 Prostitution des enfants

Selon la définition du Protocole facultatif, il y a prostitution enfantine lorsqu'un enfant est utilisé pour un acte sexuel contre rémunération ou tout autre forme d'avantage. La notion d'«avantage» requiert d'être interprétée. A cet égard, la doctrine est divisée: une partie plaide pour une définition aussi large que possible, tandis que l'autre exige une interprétation étroite afin de protéger les enfants concernés. Entre les deux, une autre conception ne voit pas de distinction marquée entre exploitation commerciale et non commerciale et se fonde sur la primauté de l'aspect commercial ou de l'aspect émotionnel³³. En conséquence, la notion d'avantage au sens du Protocole facultatif impose une interprétation en fonction du cas d'espèce.

Comme exposé ci-dessus, les notions de prostitution et de pornographie enfantines incluent aussi le tourisme sexuel³⁴.

³⁰ Ratifiée par la Suisse en date du 28 juillet 1964 (RS **0.311.371**).

³¹ Voir dans le préambule la référence aux art. 11 et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

³² Voir dans le préambule la référence à l'art. 32 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

³³ ECPAT Switzerland/arge kipro, Entre Stockholm et Yokohama, Ce qu'il faut faire en Suisse pour lutter contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales, octobre 2001, p. 6 s.

³⁴ Voir supra ch. 2.2.

2.3.3 **Pornographie mettant en scène des enfants**

Le Protocole facultatif définit la pornographie mettant en scène des enfants comme toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles. Au cours des négociations, la controverse consistait à savoir si le terme «simulée» couvrait aussi la pornographie enfantine virtuelle³⁵. Les délégations dans leur majorité entendaient répondre par l'affirmative; le texte adopté laisse néanmoins la question ouverte³⁶. La Suisse n'est pas concernée par ce point, puisque notre code pénal tient aussi compte de l'infraction de la pornographie enfantine virtuelle³⁷.

En revanche, les auteurs du Protocole facultatif conçoivent unanimement l'expression «par quelque moyen que ce soit» comme englobant uniquement les représentations visuelles et non les représentations sonores.

2.3.4 **Relation avec d'autres traités internationaux**

Le champ d'application du Protocole facultatif est constitué essentiellement de deux traités internationaux: le Protocole additionnel à la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite d'êtres humains (ci-après Protocole additionnel contre la traite de personnes)³⁸ et la Convention de La Haye sur l'adoption³⁹.

Le Protocole facultatif inclut la vente d'enfants contre rémunération ou tout autre avantage, alors que le Protocole additionnel contre la traite de personnes régit le transfert d'enfants en vue de leur exploitation. Ainsi, un enfant adopté vendu relève du domaine d'application du Protocole facultatif à la CDE et non du Protocole additionnel contre la traite de personnes. A cette exception près, les domaines d'application des deux conventions se recoupent en grande partie.

S'agissant de la vente d'enfants, le Protocole facultatif présente aussi des similitudes avec la Convention de La Haye sur l'adoption. Mais l'axe prioritaire du Protocole facultatif est la répression de l'adoption illégale, alors que la Convention de la Haye sur l'adoption constitue, quant à elle, un instrument de coopération intergouvernementale.

2.4 **Exigences minimales posées au droit pénal national (art. 3)**

Les Etats parties sont tenus, dans les limites des exigences minimales énoncées à l'art. 3 du Protocole facultatif, de garantir le caractère répréhensible des infractions en droit interne et de prévoir des peines appropriées (al. 1 et 3). Ils sont toutefois

³⁵ La représentation d'actes de pornographie enfantine, sans qu'un enfant soit abusé effectivement ou sous la forme représentée (p.ex. au moyen de dessins animés).

³⁶ Voir John Carr, *Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17–20 December 2001*, *Child Pornography*, pp. 9 et 14.

³⁷ Voir infra ch. 3.3.3.

³⁸ Signé par la Suisse le 2 avril 2002.

³⁹ RS **0.211.221.311**.

libres de fixer une punissabilité qui va au-delà de ces exigences minimales (art. 11, let. a). Dans la phase de négociation, les délégations se sont efforcées de trouver des formulations précises et de définir clairement les éléments constitutifs des infractions. Leur énumération est donc exhaustive.

La punissabilité vaut indépendamment du fait que l'infraction a été commise au niveau interne ou au niveau transnational et par un individu ou de manière organisée. Sous réserve du droit interne d'un Etat partie, la tentative de commettre un délit et la participation au délit sont aussi punissables (art 3, al. 2). Enfin, le Protocole facultatif invite les Etats parties à introduire la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées à l'art. 3. Les Etats parties disposent néanmoins d'un pouvoir d'appréciation quant à la nature pénale, civile ou administrative de cette responsabilité et quant à l'introduction de cette responsabilité.

2.4.1 Caractère répréhensible de la vente d'enfants et de l'adoption illégale

L'art. 3 du Protocole facultatif punit divers éléments constitutifs de la vente d'enfants: le fait de proposer, de remettre ou d'accepter l'enfant. Par ailleurs, il restreint la définition large de l'art. 2, en rendant pénalement répréhensible la seule vente en vue de l'exploitation sexuelle de l'enfant, de transfert d'organes à titre onéreux et de travail forcé.

L'utilisation consciente d'une infériorité existante ou présumée dont on retire un avantage exagéré est réputée acte d'exploitation d'un être humain. La notion d'«exploitation sexuelle» ne se limite pas au fait de pousser l'enfant à la prostitution, mais fait référence également à la composante commerciale du comportement délictueux, divergeant par là de la notion d'«abus sexuel».

Le Protocole facultatif ne définit ni la transplantation d'organes, ni le travail forcé. Cette dernière notion n'est pas davantage explicitée dans la Convention de l'OIT (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants. Il incombera donc à la jurisprudence de définir ces notions conformément au sens et au but du Protocole facultatif. Le préambule et l'art. 32 CDE fournissent à cet égard des éléments de référence.

Par ailleurs, le Protocole facultatif exige que soit punie l'activité d'intermédiaire d'une adoption lorsque l'accord à l'adoption d'un enfant est obtenu indûment. Le Protocole lui-même ne définit pas ce qu'il faut entendre par «indûment», mais la définition découle du renvoi du Protocole facultatif aux «accords internationaux applicables», ce qui implique notamment la Convention de La Haye sur l'adoption. Aux termes de son art. 32, seuls les frais et dépenses, y compris les honoraires raisonnables, sont remboursés aux personnes qui sont intervenues dans l'adoption. Tout ce qui va au-delà est considéré comme indu. Conformément au message sur la ratification de la Convention de La Haye sur l'adoption, sont interdits non seulement les prestations en argent et autres dons, mais aussi les avantages non pécuniaires, dans la mesure où ils doivent être considérés comme indus au sens de l'art. 32 de la Convention de La Haye sur l'adoption⁴⁰.

⁴⁰ Message du 19 mai 1999 concernant la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, ainsi que la loi d'application relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale, ch. 226.3 (FF 1999 V 5129 ss).

En se référant à la Convention de La Haye sur l'adoption, le Protocole facultatif précise qu'il suffit de punir l'adoption moyennant un profit matériel indu dans les rapports transnationaux. L'adoption relevant du droit interne n'entre donc pas en ligne de compte.

2.4.2 Caractère répréhensible de la prostitution des enfants et de la pornographie mettant en scène des enfants

Concernant la prostitution et la pornographie enfantines, le Protocole facultatif énumère aussi de façon exhaustive les éléments constitutifs de l'infraction. Pour la prostitution des enfants, il s'agit du fait d'offrir, d'obtenir, de procurer ou de fournir un enfant en vue de la prostitution au sens de l'art. 2, let. b. A noter que de l'avis du groupe de travail, l'accord de l'enfant ne suffit pas à exempter de toute peine la prostitution. S'agissant de la pornographie impliquant des enfants, le Protocole facultatif exige que soit puni le fait de produire, de distribuer, de diffuser, d'importer, d'exporter, d'offrir, de vendre ou de détenir, aux fins susmentionnées, de la pornographie mettant en scène des enfants au sens de l'art. 2, let. c.

2.5 Règles de compétence (art. 4)

L'art. 4 prévoit des règles de compétence très étendues. Elles s'expliquent notamment par l'exigence de quelques membres du groupe de travail de réprimer efficacement le tourisme sexuel. Ces compétences permettent d'éviter que certains Etats ne se transforment en refuge sûr pour les auteurs d'infraction⁴¹. Mais ces normes sont aussi importantes pour lutter contre les enlèvements internationaux, la traite d'enfants, les adoptions internationales illégales, voire contre la diffusion de pornographie enfantine sur Internet.

Le Protocole facultatif prévoit tout d'abord la compétence du lieu de commission, partant celle de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise (art. 4, al. 1). En outre, tout Etat partie doit prendre les mesures propres à établir sa compétence aux fins de connaître des infractions mentionnées lorsque l'auteur présumé est présent sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas vers un autre Etat partie au motif que l'infraction a été commise par l'un de ses ressortissants (art. 4, al. 3). Le Protocole facultatif exige donc l'adoption du principe d'universalité⁴² dans un domaine limité. Enfin, l'Etat dont l'auteur de l'infraction est ressortissant ou sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle peut se déclarer compétent pour la procédure pénale (art. 4, al. 2, let. a). Il en va de même lorsque la victime est un ressortissant de l'Etat en question (art. 4, al. 2, let. b). La formulation choisie pour les deux règles susmentionnées traduit le fait que les Etats sont libres d'opter pour l'introduction ou non de ces règles de compétence dans leur droit interne.

⁴¹ Voir Geraldine Van Bueren, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama, 17–20 December 2001, Child Sexual Exploitation and the Law.

⁴² Cf. ch. 3.3.1.5.

Pour terminer, le Protocole facultatif fixe l'admissibilité d'autres règles de compétence, comme celle du lieu de résultat (art. 4, al. 4).

2.6 Extradition (art. 5)

L'art. 5 du Protocole facultatif contient des règles visant à permettre ou à faciliter l'extradition de personnes soupçonnées d'avoir commis l'une des infractions pénalement répréhensibles au sens du Protocole facultatif.

L'al. 1 porte sur les effets du Protocole facultatif sur les traités internationaux d'extradition qui existent déjà ou seront conclus ultérieurement entre les Etats parties. Les faits punissables visés à l'art. 3, al. 1 sont considérés comme des infractions susceptibles de donner lieu à une extradition en vertu des traités qui lient déjà les Etats parties. Lors de la conclusion de nouveaux traités d'extradition, elles doivent être intégrées à titre de faits punissables susceptibles de donner lieu à une extradition. Il convient de respecter les conditions fixées dans les traités d'extradition applicables.

Les al. 2 et 3 de l'art. 5 règlent les cas où il n'existe pas de traité d'extradition entre deux Etats parties au Protocole facultatif. Si un Etat partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition, le Protocole facultatif peut être utilisé comme base juridique de l'extradition motivée par les infractions visées à l'art. 3, al. 1 (art. 5, al. 2). Les Etats qui ne soumettent pas l'extradition à l'existence d'un traité – tel est le cas de la Suisse – reconnaissent ces infractions comme cas d'extradition (art. 5, al. 3). Demeurent réservées, aussi bien à l'al. 2 qu'à l'al. 3, les conditions en vigueur pour l'extradition dans le droit du pays requis.

Quant à l'al. 4, il établit la présomption irréfragable selon laquelle le délit est aussi réputé commis sur le territoire de juridiction. Cette norme entend garantir que l'auteur d'une des infractions citées à l'art. 3 ne puisse se dérober à une poursuite pénale.

L'al. 5 renferme le principe internationalement reconnu «aut dedere aut judicare». Si l'Etat requis ne donne pas suite à une demande d'extradition concernant un de ses ressortissants⁴³ en relation à l'une des infractions visées par le Protocole facultatif, cet Etat est tenu d'introduire lui-même une procédure pénale.

2.7 Entraide judiciaire et coopération internationale (art. 6 et 10)

En pratique, les actes et leurs auteurs présentent souvent un lien étroit avec plusieurs Etats. Il s'agit donc de déterminer quel Etat est compétent pour la poursuite pénale ou comment coordonner une procédure simultanée de plusieurs Etats contre plusieurs auteurs. L'efficacité et le succès des peines réprimant les infractions visées par le Protocole facultatif dépendent essentiellement de la qualité de la coopération

⁴³ Le droit suisse admet l'extradition de citoyens suisses aux seules conditions restrictives prévues à l'art. 7 EIMP (présence du consentement écrit de la personne concernée à son extradition).

internationale. Aussi le Protocole accorde-t-il, aux art. 6 et 10, une place importante à la thématique de la coopération internationale.

Au sens d'une clause générale, les Etats parties doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour renforcer la coopération internationale, afin de prévenir les abus commis sur des enfants mentionnés dans le Protocole facultatif, d'identifier, de poursuivre et de punir les responsables de ces actes, ainsi que d'enquêter sur de tels actes (art. 10, al. 1). Il convient d'atteindre cet objectif par la conclusion de traités bilatéraux, multilatéraux ou régionaux entre les Etats parties. En outre, le Protocole facultatif demande aux Etats parties de promouvoir la coopération et la coordination entre leurs autorités, les organisations non gouvernementales nationales et internationales et les organisations internationales. Cela doit s'appliquer notamment aux enquêtes, aux procédures pénales et aux procédures d'extradition (une obligation de coopérer existe ici en vertu de l'art. 6, al. 1 et 2) et vaut aussi pour la réadaptation, la réinsertion et le rapatriement des victimes (art. 10, al. 2). Le Protocole facultatif met surtout l'accent sur la collaboration pour l'obtention des éléments de preuve à disposition ou nécessaires pour la procédure (art. 6, al. 1). La maxime «pacta sunt servanda», reprise à l'art. 6, al. 2, constitue un principe fondamental du droit international. Pour autant qu'il n'existe pas de conventions d'entraide judiciaire entre les Etats parties, ces derniers font appel à leur législation interne pour s'acquitter de leurs obligations conformément à l'art. 6, al. 1.

Enfin, le Protocole facultatif demande de coopérer dans la lutte contre les causes de ces infractions, en particulier la pauvreté et le sous-développement. Les Etats parties les mieux lotis doivent mettre à disposition une aide financière, technique ou autre (art. 10, al. 3 et 4).

2.8 Saisie et confiscation (art. 7)

Sous réserve de leur droit interne, les Etats parties au Protocole facultatif sont tenus de prévoir la saisie et la confiscation des biens utilisés pour commettre les infractions. Sont ainsi concernés les instruments ayant servi à commettre l'infraction. Par ailleurs, il convient de saisir et de confisquer le produit des infractions énumérées par le Protocole facultatif. Enfin, les Etats parties doivent fermer les locaux utilisés pour commettre les infractions et fournir une entraide judiciaire lors de la saisie et de la confiscation.

2.9 Aide aux victimes (art. 8, art. 9, al. 3 et 4)

Le groupe de travail chargé d'élaborer le Protocole facultatif a attaché une grande importance à régir dans la procédure pénale la situation de l'enfant victime d'un abus sexuel à des fins commerciales ou d'une vente. En tant que membre le plus vulnérable de la société, l'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale dans le cadre de la procédure pénale, afin de lui éviter un nouveau traumatisme (victimisation secondaire).

Toute une série de règles de procédure constituent le point clé des dispositions relatives à l'aide aux victimes fixées aux art. 8 et 9. A titre de principe fondamental, le Protocole facultatif exige que l'enfant soit protégé dans la procédure pénale, son

intérêt supérieur étant la considération première (art. 8, al. 3). Cette réglementation est le prolongement des principes énoncés dans la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 3 CDE). L'enfant doit en outre être informé de ses droits (art. 8, al. 1, let. b) et doit pouvoir présenter et faire examiner ses vues, ses besoins et ses préoccupations au cours de la procédure, d'une manière conforme aux règles de procédure du droit interne, lorsque ses intérêts personnels sont en jeu (let. c). Il convient aussi d'éviter des retards inutiles dans la procédure. De plus, l'enfant doit disposer de l'assistance appropriée (let. d) ainsi que d'une protection de sa sphère privée et de son identité (let. e). Cela vaut également pour sa famille et les témoins à charge. En tant qu'aide aux victimes visant plus particulièrement les enfants, le Protocole facultatif indique qu'une incertitude quant à l'âge de l'enfant ne saurait entraîner la non-ouverture ou la suspension d'une procédure (art. 8, al. 2); cependant, celle-ci peut être limitée à l'éclaircissement de cette question. Enfin, les dispositions relatives à l'aide aux victimes ne peuvent être interprétées de façon à restreindre les droits de l'accusé (art. 8, al. 6). Il appartient donc à l'autorité de poursuite pénale de trouver un juste équilibre entre les droits de la défense du prévenu et les dispositions sur l'aide aux victimes.

Outre ces règles procédurales, le Protocole facultatif contient trois autres normes qui ont trait à la procédure pénale et à l'aide aux victimes: les Etats parties s'engagent à dispenser une formation juridique et psychologique appropriée aux personnes qui s'occupent, au sein de l'autorité de poursuite pénale, des enfants victimes d'une infraction visée par le Protocole facultatif (art. 8, al. 4); en outre, la victime a le droit d'exiger des dommages-intérêts dans une procédure judiciaire (art. 9, al. 4); enfin, la victime a droit à sa pleine réinsertion sociale et à son plein rétablissement physique et psychologique (art. 9, al. 3); la question reste ouverte de savoir s'ils doivent avoir lieu dans le pays d'origine ou dans le pays de destination. Le Protocole facultatif demande toutefois que les Etats parties favorisent la coopération internationale afin d'atteindre cet objectif (art. 10, al. 2).

Le Protocole facultatif n'exige pas que chaque Etat partie permette aux victimes de la traite d'être humains de rester sur son territoire, à titre temporaire ou permanent. Le droit en vigueur permet néanmoins déjà, lorsqu'il y a lieu, l'octroi ponctuel d'autorisations de séjour pour les besoins de la procédure judiciaire ou dans des cas de rigueur excessive. Cette pratique a d'ailleurs été reprise et confirmée expressément dans le projet de nouvelle loi sur les étrangers (art. 30 du projet de loi⁴⁴), qui a déjà passé le cap du Conseil national. Les besoins particuliers de protection et de prise en charge des victimes mineures sont dûment pris en compte.

Le Protocole facultatif ne se prononce pas sur la question de la protection de l'enfant en droit civil. Celle-ci relève des normes prévues par la CDE et par le droit national.

2.10 Autres obligations des Etats parties (art. 9, al. 1, 2 et 5)

Le fait de poursuivre et punir avec constance les personnes qui se rendent coupables d'un abus au sens du Protocole facultatif a sans aucun doute un important effet préventif et répressif. Mais la répression de la vente d'enfants, de la prostitution et de la pornographie enfantines ne peut s'avérer efficace que si elle s'accompagne de

⁴⁴ FF 2002 3604 ss.

mesures politiques. L'art. 9 énumère quelques-unes de ces mesures: les Etats parties doivent prévenir les infractions grâce à des mesures politiques et législatives (art. 9, al. 1); ils doivent en outre mettre sur pied et promouvoir des campagnes de sensibilisation et d'information (art. 9, al. 2); enfin, ils doivent empêcher toute publicité pour les actes proscrits (art. 9, al. 5). Le Protocole facultatif accorde aux Etats parties une importante latitude dans le choix des moyens et de l'approche.

2.11 Procédure de contrôle internationale (art. 12)

Comme la Convention relative aux droits de l'enfant, le Protocole facultatif prévoit un mécanisme international de contrôle sous forme de rapports présentés au Comité des droits de l'enfant, qui contrôle également l'application de la CDE. En vertu de l'art. 12, le premier rapport sur la mise en œuvre du Protocole facultatif doit être présenté deux ans après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif dans l'Etat partie concerné. Ce premier rapport doit fournir des informations sur la situation actuelle, ainsi que sur les progrès réalisés et les problèmes rencontrés dans la mise en œuvre du Protocole facultatif (art. 44 CDE). Après ce rapport initial complet, les rapports ultérieurs, à élaborer tous les cinq ans, sont à intégrer au rapport national sur l'application de la CDE. Les Etats non parties à la CDE⁴⁵ continuent à présenter un rapport national périodique séparé.

Le Protocole facultatif ne contient aucune disposition relative aux compétences du Comité des droits de l'enfant. Il indique uniquement que celui-ci peut demander un complément d'information aux Etats parties concernant l'application du Protocole facultatif (art. 12, al. 3). S'agissant de ses autres compétences, il convient de prendre en compte l'art. 43 CDE. Dans le cadre de ses observations finales, le Comité remet aux Etats parties des recommandations en vue d'améliorer l'application du Protocole facultatif. En outre, il peut demander aux institutions spécialisées de l'ONU des prises de position sur l'exécution du Protocole facultatif (art. 45, let. b CDE).

2.12 Dispositions finales (art. 13–17)

Les dispositions finales régissent la ratification, l'entrée en vigueur, la dénonciation, l'amendement du traité et les textes faisant foi dans les différentes langues.

Le Protocole facultatif est ouvert à tous les Etats ayant ratifié ou signé la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 13). Les Etats non parties à la CDE ont également la possibilité de ratifier le Protocole facultatif.

Dans la phase des négociations, la question de l'admissibilité des réserves a été soulevée à maintes reprises. L'argument a été avancé qu'aucun Etat n'avait formulé de réserve aux art. 34 et 35 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui fondent le présent Protocole facultatif. A défaut d'un consensus entre les délégations, la version finale du Protocole facultatif ne contient aucune disposition en

⁴⁵ A l'heure actuelle, seuls les Etats-Unis d'Amérique et la Somalie n'ont pas encore adhéré à la Convention relative aux droits de l'enfant.

matière de réserves. En conséquence, les réserves sont admises conformément à l'art. 19 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités⁴⁶.

Le Protocole facultatif entre en vigueur trois mois après le dépôt du dixième instrument de ratification ou d'adhésion (art. 14, al. 1). Tel fut le cas le 18 janvier 2002, trois mois après que la Roumanie ait déposé sa ratification en sa qualité de dixième Etat partie. Dans chaque Etat qui ratifie le Protocole facultatif ou y adhère après son entrée en vigueur, ce dernier entre en vigueur un mois après la date du dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion (art. 14, al. 2).

Chaque Etat partie peut, à tout moment, dénoncer le Protocole facultatif par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le délai de dénonciation est d'un an (art. 15).

Chaque Etat partie peut à tout moment proposer un amendement du Protocole facultatif. Les négociations débutent lorsqu'un tiers au moins des Etats parties se prononce en faveur de la convocation d'une conférence en vue de l'examen de la proposition (art. 16).

Le Protocole facultatif a été rédigé en six langues: anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe (art. 17). Ces diverses versions font foi.

3 Protocole facultatif et ordre juridique suisse

3.1 Obligations relevant du droit international public: dispositions directement ou non directement applicables

La Suisse fait partie des Etats de tradition moniste. En conséquence, le Protocole facultatif fait automatiquement partie intégrante, dès son entrée en vigueur, de l'ordre juridique suisse, comme tous les autres traités internationaux. L'effet déployé par les dispositions en droit interne dépend toutefois de leur degré de précision. Une disposition peut être invoquée directement devant le juge et être appliquée directement par ce dernier si sa teneur est suffisamment claire et précise pour fonder un jugement en l'espèce⁴⁷. La norme en question doit en outre conférer à l'intéressé des droits et des devoirs, partant régir sa situation juridique. En revanche, une disposition de droit international public n'est pas directement applicable et donc non justiciable si elle se borne à définir un programme, à fixer des directives destinées au législateur des Etats parties ou si elle s'adresse aux seules instances politiques.

Il incombe aux autorités d'application du droit de statuer dans le cas concret sur la justiciabilité des dispositions du Protocole facultatif. De manière générale, on peut dire que la teneur de nombreuses dispositions du Protocole facultatif est trop peu précise pour permettre une applicabilité directe. Par ailleurs, plusieurs dispositions s'adressent expressément aux instances politiques, ce qui exclut également leur justiciabilité. Cela vaut, par exemple, pour l'art. 3 qui demande explicitement que les Etats parties pourvoient à la mise en oeuvre de la disposition («chaque Etat partie veille à ce que»), tout en leur laissant le soin de fixer le montant de la peine (voir le principe régi à l'art. 1 CP «nulla poena sine lege»). De même, la règle de compé-

⁴⁶ RS 0.111

⁴⁷ Pra 62 (1973) n° 88, p. 286 ss.

tence fixée à l'art. 4, al. 2, contrairement aux règles fixées aux autres alinéas de l'art. 4 n'est pas directement applicable puisque l'Etat partie est libre de décider s'il entend établir sa compétence dans les cas mentionnés à cet al. (disposition à forme potestative). En revanche, l'art. 5, qui porte sur la relation du Protocole facultatif avec le droit d'extradition, est directement applicable; s'il ne l'était pas, cette disposition n'atteindrait pas son but, puisqu'elle prévoit des règles pour le cas où d'autres normes juridiques seraient absentes du droit interne ou du droit transnational.

3.2 Domaine d'application du Protocole facultatif (art. 1 et 2)

L'art. 1 du Protocole facultatif exige des Etats parties qu'ils interdisent la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. La Suisse prévoit une interdiction, à l'échelon national, notamment en droit pénal, des éléments constitutifs de l'exploitation visés par le Protocole facultatif (art. 195 à 197 du code pénal [CP]⁴⁸ et art. 23 s. de la loi d'application relative à la Convention de La Haye sur l'adoption). Ces éléments constitutifs de l'infraction seront examinés en détail dans les paragraphes qui suivent (ch. 3.3). De plus, les abus sont poursuivis indirectement par les voies de droit civil, puisque ces cas déclenchent une procédure destinée à protéger l'enfant, conformément à l'art. 307 ss. du code civil (CC)⁴⁹. Sur le plan international, la Suisse s'est enfin engagée dans ce sens par la ratification de plusieurs traités internationaux⁵⁰.

Le Protocole facultatif renvoie à l'art. 1 CDE pour définir la notion d'enfant. Aux termes de l'art. 14 CC et conformément à l'art. 1 CDE, est considéré comme mineur, et donc comme un enfant, tout être humain âgé de moins de 18 ans. Le domaine général d'application de la Convention et de son Protocole facultatif ne signifie cependant pas que des règles uniformes doivent être appliquées aux enfants et aux jeunes de moins de 18 ans⁵¹. L'art. 1 CDE admet que la majorité de l'enfant est atteinte plus tôt dans certains domaines en vertu de la législation qui lui est applicable. De fait, la Suisse connaît aussi sur certains plans un âge de majorité anticipée qui entend tenir compte des besoins individuels de l'enfant en fonction de son degré de maturité⁵². La majorité sexuelle revêt une importance particulière sous l'angle du domaine d'application du Protocole facultatif.

Selon l'art. 187 CP, la majorité sexuelle est atteinte à 16 ans. On suppose que l'enfant est capable, à partir de cet âge, de consentir de manière responsable à un acte d'ordre sexuel⁵³. Divers éléments constitutifs d'une infraction de nature sexuelle dérogent néanmoins à l'âge de la majorité sexuelle et protègent les personnes mineures. Ainsi, l'encouragement à la prostitution (art. 195 CP) et les actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188 CP) sont passibles d'une

⁴⁸ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

⁴⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

⁵⁰ Voir supra ch. 1.2.1.1.

⁵¹ Message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, ch. 321 (FF 1994 V 1 ss.).

⁵² Message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, ch. 321 (FF 1994 V 1 ss.).

⁵³ Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire du 26 juin 1985 (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille), ch. 232.11 (FF 1985 II 1021 ss.).

poursuite pénale lorsque la victime n'a pas encore 18 ans révolus, qu'elle ait atteint l'âge de la majorité sexuelle ou non. Il va de soi que les éléments constitutifs d'abus, comme la contrainte sexuelle et le viol, sont pénalement répréhensibles sans considération de l'âge de la victime. Selon la doctrine suisse, l'enfant majeur sexuellement peut néanmoins se prostituer et participer à la fabrication de matériel pornographique⁵⁴, la condition préalable étant qu'il ait consenti à l'acte de son plein gré et en pleine connaissance de l'ensemble des circonstances. Il s'agit dans ces cas-là d'actes d'ordre sexuel librement consentis entre personnes sexuellement majeures.

En conclusion, on peut dire que l'âge de la majorité sexuelle (âge de protection) n'est pas seul déterminant pour distinguer l'activité sexuelle légale d'un mineur d'un acte sexuel punissable avec un mineur. Le type d'acte sexuel, la différence d'âge entre les personnes concernées et la question du consentement volontaire et juridiquement valable entrent aussi en ligne de compte⁵⁵. Il convient à cet égard de ne pas négliger le fait qu'un enfant peut être mis sous pression, poussé ou influencé de différentes manières en vue d'obtenir son accord à une relation sexuelle.

3.3 Exigences minimales posées à la législation nationale (art. 3)

Pour ce qui est des questions de procédure qui se posent en rapport avec le Protocole facultatif, nous renvoyons à l'avant-projet du code de procédure pénale fédérale⁵⁶, qui réglera de façon uniforme tous les aspects de la procédure pénale. Les questions relevant de la législation sur les étrangers, quant à elles, sont régies par la loi sur les étrangers, qui est en voie de révision⁵⁷.

3.3.1 Caractère répréhensible de la vente d'enfants: révision de l'art. 196 CP (traite d'êtres humains)

Le Protocole facultatif exige que soit puni le fait d'offrir, de remettre ou d'accepter un enfant aux fins d'exploitation sexuelle, de transfert commercial d'organes ou de travail forcé (art. 3, al. 1, let. a). De même, le Protocole additionnel contre la traite de personnes⁵⁸, demande de rendre punissable le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes⁵⁹ aux fins d'exploitation. Au sens du Protocole facultatif, il faut entendre par exploitation au moins l'exploitation

⁵⁴ Stratenwerth Günter, Droit pénal, Partie spéciale I, p. 179 et 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 pornographie dure), ch. 2.2.4.4. (FF 2000 III 2769 ss.).

⁵⁵ Julia O'Connell Davidson, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17–20 December 2001, the Sex Exploiter, p. 4.

⁵⁶ Voir www.ofj.admin.ch/f/index.html, sous la rubrique législation puis procédure & organisation judiciaire.

⁵⁷ FF 2002 3604 ss.

⁵⁸ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

⁵⁹ Sur la traite des êtres humains, voir aussi le rapport du groupe de travail interdépartemental, Traite des êtres humains en Suisse, Office fédéral de la justice, Berne 2001.

sexuelle, le travail forcé ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ainsi que le prélèvement d'organes (art. 3, al. 1, let. a)⁶⁰.

En revanche, le code pénal suisse en vigueur part d'une notion étroite de la traite d'êtres humains et prend en compte, à l'art. 196 CP, la seule traite d'êtres humains aux fins de leur exploitation sexuelle («dans le dessein de satisfaire les passions d'autrui»)⁶¹. La traite d'êtres humains en vue de l'exploitation du travail ou du prélèvement d'organes ne tombe donc pas sous le coup de l'art. 196 CP. Si d'autres dispositions pénales peuvent trouver application pour ces formes de traite d'êtres humains, comme la contrainte ou les lésions corporelles, elles ne valent que pour certains phénomènes annexes et ne touchent pas à l'essentiel de l'activité, c'est-à-dire la traite d'êtres humains considérés comme des marchandises susceptibles d'être achetées et vendues. S'il y a lieu, d'autres dispositions légales peuvent aussi entrer en ligne de compte (p.ex. législation sur les étrangers, droit du travail ou droit de la santé). Elles sont cependant liées à des peines relativement faibles et ne considèrent pas l'injustice inhérente à la traite d'êtres humains en tant que telle.

En conséquence, le droit pénal en vigueur ne satisfait pas à tous égards aux exigences du Protocole facultatif. Le Conseil fédéral propose donc une révision de l'art. 196 CP, qu'il est prévu de remplacer par l'art. 182 P-CP, afin d'étendre son champ d'application à la traite en vue de l'exploitation du travail et du prélèvement d'organes, de même qu'au recrutement de personnes destinées à être exploitées aux fins mentionnées. Il entend en outre préciser explicitement que l'auteur d'un acte isolé, qui n'implique qu'une seule victime ou qu'une seule transaction portant sur un ou plusieurs êtres humains, peut lui aussi tomber sous le coup des dispositions de l'art. 182 P-CP.

La révision de l'art. 182 P-CP appelle une adaptation formelle des lois et ordonnances suivantes: art. 1, ch. 3, de l'ordonnance du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales⁶²; art. 5, al. 1, let. d, de l'ordonnance du 31 mai 2000 sur le système d'information fondé sur les profils d'ADN⁶³; art. 3, al. 2, let. a, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)⁶⁴; art. 4, al. 2, let. a, de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète⁶⁵, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. En cas d'entrée en vigueur de la modification du code pénal⁶⁶, l'art. 5 devra lui aussi être adapté.

⁶⁰ La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre la traite des êtres humains mentionne comme but de la traite l'exploitation du travail ou des services, ainsi que l'exploitation sexuelle (art. 1, al. 1 in fine de la décision-cadre 629/2002 du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, [JO 2002 L 203, 1]).

⁶¹ Voir Message du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille), FF 1985 II 1102 ss.

⁶² RS 312.3

⁶³ RS 361.1

⁶⁴ RS 780.1

⁶⁵ RO 2004 1409

⁶⁶ FF 2002 7658

3.3.1.1 **Systématique**

Etant donné que la nouvelle disposition pénale ne protège plus la seule autodétermination sexuelle des personnes concernées, elle figure sous le titre quatrième du code pénal, Crimes ou délits contre la liberté. Le bien juridique protégé est l'autodétermination des personnes. Il y a traite d'êtres humains lorsque des personnes disposent d'êtres humains comme s'il s'agissait d'objets. Il convient de juger toutes les circonstances caractéristiques du cas d'espèce pour déterminer si les éléments constitutifs du crime sont réunis ou non. Souvent, les victimes sont menacées de violence ou d'autres formes de contrainte. Le consentement de la victime n'est donc pas exclusif de l'acte. Il y a lieu d'examiner si la volonté manifestée correspondait bien à la volonté effective. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral la plus récente, les éléments constitutifs de la traite d'êtres humains sont, en général, remplis lorsque des jeunes femmes venant de l'étranger sont engagées en Suisse pour exercer la prostitution par des personnes tirant profit de leur situation difficile. Leur accord à cette activité est nul et sans effet lorsqu'il est motivé par des conditions économiques difficiles⁶⁷. Le consentement d'un enfant, pour autant qu'il l'a donné, est a priori sans effet. Les seules dispositions du code civil suffisent en effet à empêcher que le consentement d'un mineur aux actes décrits à l'art. 182 P-CP soit valable en droit. Il ne serait cependant pas judicieux de préciser cet état de fait dans le code pénal sous la forme d'une disposition s'appliquant exclusivement aux enfants, car cela pourrait laisser croire, a contrario, que le consentement d'un adulte exclut forcément toute infraction.

3.3.1.2 **Elargissement de la notion de traite d'êtres humains, art. 182, al. 1, P-CP (nouveau)**

L'injustice qu'il s'agit de sanctionner au moyen des nouvelles dispositions réside d'une part dans le fait que l'auteur profite de sa position de force et d'autre part dans le fait qu'il prive sa victime de son droit à l'autodétermination. Si l'on se fonde sur l'interprétation actuelle de la disposition pénale et compte tenu des textes juridiques internationaux⁶⁸, l'expression «traite d'êtres humains» désigne notamment le fait d'offrir, de procurer, de fournir, de vendre ou de recevoir des personnes. La notion de traite englobe aussi d'autres actes comme l'acheminement, le transport ou la livraison⁶⁹. En énumérant explicitement les personnes impliquées dans la traite d'êtres humains, on entend préciser bien clairement que sont punissables toutes les personnes ayant pris part à la transaction comme auteurs, y compris, notamment les acquéreurs. Cette précision est destinée à éliminer toutes les incertitudes pouvant surgir dans la pratique. Est considérée comme auteur de l'acte toute personne dont l'acte dépend, autrement dit toute personne jouant un rôle déterminant dans la réalisation de la transaction. Les personnes ayant joué un rôle subordonné dans l'accomplissement de l'acte sont en revanche punissables en vertu des dispositions sur la complicité.

⁶⁷ ATF 126 IV 225, 128 IV 117

⁶⁸ Par exemple, art. 3 du Protocole additionnel contre la traite des personnes.

⁶⁹ Cf. commentaire bâlois CP II, Schwaibold/Meng, N 10 ad art. 196 et renvois.

Le bénéficiaire d'une transplantation d'organe, par exemple, n'est pas considéré comme une personne dont l'acte dépend et ne peut donc pas être puni en vertu de l'art. 182 P-CP s'il ne fait que supposer l'origine de l'organe. Il n'est pas même punissable s'il connaît l'origine de l'organe – ce qui est très invraisemblable – car il n'existe pas de lien de causalité entre le fait qu'il sache et la commission de l'acte. La situation est bien entendu différente si le bénéficiaire de la greffe d'organe a promis une somme d'argent à celui qui lui procurerait l'organe souhaité, car il prend alors part à l'acte, notamment en qualité d'instigateur. De même, le client d'une prostituée n'est pas punissable tant qu'il n'a pas contribué de manière causale à la traite d'un être humain. Ne peuvent en effet être punies que les personnes ayant pris part à l'acte.

Selon la doctrine dominante et la pratique, il suffit en revanche que l'auteur s'accommode du but de la traite pour que les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis.

Il y a encore peu de temps, le simple recrutement (contrairement à l'acquisition) par un propriétaire de bordel d'une prostituée pour son propre établissement ne relevait pas de la disposition sur la traite d'êtres humains⁷⁰. Or, le Tribunal fédéral a maintenant décidé (ATF 128 IV 117) que la norme pénale sur la traite d'êtres humains s'appliquait aussi à l'activité d'un gérant de cabaret qui recruterait et engagerait à l'étranger des prostituées destinées à son bordel en Suisse. Compte tenu de ce changement dans la jurisprudence, vu les dispositions du droit international et eu égard à l'extension proposée du champ d'application à l'exploitation du travail des victimes et au prélèvement d'organes, le Conseil fédéral juge indiqué de punir le recrutement de personnes au même titre que la traite elle-même et de créer à cet effet une disposition expresse qui sera intégrée dans la norme pénale.

Il est prévu que l'art. 182 P-CP s'applique désormais aussi lorsque la traite n'a porté que sur une seule transaction ou si une seule personne en a été la victime. L'injustice visée par la nouvelle norme ne dépend en effet pas d'une répétition de l'acte ou du nombre des victimes. Cette extension du champ d'application implique toutefois une différenciation des peines prévues à l'art. 182, al. 1 et 2. Selon l'art. 182, al. 2, P-CP, l'auteur ayant fait de la traite son métier encourt ainsi une peine plus lourde que la personne ayant commis l'infraction à titre occasionnel. L'extension du champ d'application permet en outre non seulement de punir aussi les auteurs d'actes uniques, mais également d'obtenir que les victimes tombent sous le coup des dispositions de la nouvelle loi sur les étrangers destinées à protéger les victimes de la traite d'êtres humains ainsi qu'à assurer leur disponibilité durant la procédure pénale. Le but de l'exploitation sexuelle remplace la formulation en vigueur «pour satisfaire les passions d'autrui» qui n'est plus adaptée à notre temps. Les formes de l'exploitation sexuelle sont notamment le fait de pousser une personne à la prostitution et l'exploitation en vue de représentations pornographiques ou de fabrication de matériel pornographique. La traite de personnes destinées au mariage ne tombe en principe pas sous le coup de l'art. 182 P-CP, le mariage n'étant pas reconnu comme une forme d'exploitation. La nouvelle norme pénale pourrait s'y appliquer malgré tout si une personne se retrouve entre les mains de trafiquants ayant prétexté un mariage ou même arrangé un mariage factice pour l'exploiter sexuellement ou d'une autre manière, par exemple en l'obligeant à se prostituer.

⁷⁰ Idem.

L'exploitation du travail des victimes, nouvel élément constitutif de la traite d'êtres humains, est repris du texte de l'art. 3 du Protocole additionnel «traite de personnes»⁷¹. Ce type d'exploitation recouvre notamment le travail ou les services forcés, l'esclavage ou des conditions analogues à l'esclavage. Selon la proposition de la Commission de l'Union européenne portant sur une décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la traite d'êtres humains⁷², il y a exploitation du travail de la victime lorsqu'une personne est continuellement empêchée d'exercer ses droits fondamentaux en violation de la réglementation du travail ou des dispositions relatives à la rémunération, la santé et la sécurité sur le lieu de travail. Concrètement, il peut s'agir notamment de privation de nourriture, de maltraitance psychique, de chantage, d'isolement, de lésions corporelles, de violences sexuelles ou de menaces de mort.

Au même titre que la traite d'êtres humains en vue de l'exploitation de leurs forces de travail, la traite de personnes en vue du prélèvement d'organes est un nouvel élément constitutif de l'infraction. Ce but est prévu à la fois par le Protocole facultatif et le Protocole de l'ONU visant à prévenir, réprimer et punir la traite de personnes.

Il y a concurrence réelle entre le nouvel art. 182 P-CP et les articles existants visant à protéger l'intégrité corporelle et sexuelle.

La révision proposée de l'art. 196 CP, qui deviendra le nouvel art. 182 P-CP, permettrait de satisfaire à l'exigence, contenue dans le Rapport du DFJP «Traite d'êtres humains en Suisse», d'élargir la notion à la traite en vue de l'exploitation du travail et du prélèvement d'organes humains.

3.3.1.3 Cas de traite d'êtres humains qualifiée, art. 182, al. 2, P-CP (nouveau)

La norme pénale s'applique à la traite d'êtres humains en général et n'est donc pas restreinte à la traite d'enfants. Malgré l'étendue du cadre pénal – les auteurs sont passibles d'une peine de réclusion pouvant aller d'une année à vingt ans ou d'une peine d'emprisonnement de trois jours à trois ans ainsi que d'une amende⁷³ – il est justifié, étant donné la nature particulièrement abominable de l'injustice inhérente à la traite de personnes mineures ayant besoin d'être protégées, d'augmenter les peines prévues. Désormais, la peine sera forcément la réclusion⁷⁴.

La peine prévue est la même si l'auteur agit par métier. Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, on considère que l'auteur a fait de la traite d'êtres humains son métier s'il agit à titre professionnel, c'est-à-dire en intervenant de manière

⁷¹ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

⁷² Décision-cadre 629/2002 du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (JO 2002 L 203, 1).

⁷³ Avec l'entrée en vigueur de la modification du 13.12.2002 du code pénal (FF 2002 7658), la peine d'emprisonnement ou de réclusion sera remplacée par «... une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins». L'amende sera remplacée par la «... peine pécuniaire».

⁷⁴ Avec l'entrée en vigueur de la modification du 13.12.2002 du code pénal (FF 2002 7658), l'auteur sera puni «... d'une peine privative de liberté d'un an au plus».

régulière et pour des sommes importantes ainsi qu'en faisant de nombreuses victimes. Pour que l'infraction soit considérée comme ayant été commise par métier, il faut donc que l'infraction ait été commise de manière répétée, que l'auteur la considère comme une activité lucrative dont il espère retirer des revenus et qu'il soit disposé à commettre une multitude d'infractions de ce genre⁷⁵.

3.3.1.4 Actes préparatoires

Le fait de préparer une infraction tombant sous le coup de la norme sur la traite d'êtres humains constitue un acte préparatoire, qui selon le droit en vigueur, est considéré comme une infraction consommée. Comme on se propose maintenant d'élargir sensiblement la norme en étendant son application aux auteurs d'actes isolés, en définissant le but de manière plus large et surtout en considérant la première étape de l'acte, à savoir le recrutement, comme une infraction consommée, il ne paraît plus très judicieux de continuer de punir séparément les actes préparatoires. On préfère leur appliquer les règles générales en matière de tentative et de participation.

3.3.1.5 Amende, art. 182, al. 3, P-CP (nouveau)

Aux termes de l'al. 4, l'auteur doit aussi être puni d'une amende⁷⁶, comme c'est déjà le cas dans le droit actuel.

3.3.1.6 Principe d'universalité, art. 182, al. 4, P-CP (nouveau)

L'applicabilité par analogie de l'art. 6^{bis} CP soumet la traite d'êtres humains au principe d'universalité; elle garantit qu'un crime commis à l'étranger ne reste pas impuni lorsque son auteur se trouve en Suisse et que son extradition est impossible pour des motifs juridiques ou objectifs. Il ressort cependant des conditions prévues à l'art. 6^{bis} CP que l'extradition prime pour les infractions commises sur territoire étranger par des ressortissants étrangers et qu'il n'est pas nécessaire d'ouvrir et de mener une procédure par contumace en Suisse. Reste réservé le principe selon lequel l'agissement doit aussi être puni au lieu de commission (double incrimination). Ce principe ne vaut cependant pas lorsque la victime de la traite de personnes n'est pas encore âgée de 18 ans révolus. Dans ce cas, c'est à l'avenir l'art. 5 AP-CP qui sera applicable, conformément à la modification du 13 décembre 2002 de la partie générale du code pénal⁷⁷, qui ne prévoit pas la condition de la double incrimination. Une fois la révision du code pénal entrée en vigueur, le renvoi aux art. 5 et 6 AP-CP établira clairement que l'art. 5 s'applique au cas des personnes mineures, l'art. 6 aux autres cas. A l'art. 5 AP-CP, il convient de remplacer l'art. 196 par l'art. 182 (adaptation d'ordre purement rédactionnel).

⁷⁵ Cf. commentaire bâlois, CP II, Schwaibold/Meng, N 78ss ad art. 139 et renvois.

⁷⁶ Avec l'entrée en vigueur de la modification du 13.12.2002 du code pénal (FF 2002 7658), l'auteur sera puni «... en outre d'une peine pécuniaire».

⁷⁷ FF 2002 7658

3.3.2 Caractère répréhensible de l'activité d'intermédiaire d'une adoption illégale

Le Protocole facultatif exige en outre que l'intermédiaire d'une adoption soit poursuivi pénalement lorsqu'il a obtenu indûment l'accord en vue de l'adoption d'un enfant. Conformément à l'art. 23 de la loi d'application relative à la Convention de La Haye sur l'adoption⁷⁸, est punie au motif de trafic d'enfants la personne qui, en promettant un gain matériel indu ou un autre avantage aux parents biologiques ou à d'autres titulaires de la garde, à une autorité ou à des personnes impliquées dans la procédure d'adoption, obtient qu'un enfant dont la résidence habituelle est à l'étranger soit confié en vue de son adoption à une personne résidant habituellement en Suisse. La peine prévue est l'emprisonnement, voire la réclusion assortis d'une amende, lorsque le crime a été commis par métier ou en bande. Par cette norme pénale, la Suisse satisfait aux exigences du présent Protocole facultatif.

3.3.3 Caractère répréhensible de la prostitution et de la pornographie enfantines

L'art. 195 CP régit notamment la prostitution enfantine. En vertu de cette disposition, sera puni quiconque pousse une personne mineure à la prostitution, limite la liberté d'action d'une personne s'adonnant déjà à la prostitution ou la maintient dans la prostitution. La liberté d'action est réputée entravée lorsque l'auteur surveille l'activité de la victime ou lui impose l'endroit, l'heure, la fréquence ou d'autres conditions. Aura poussé à la prostitution quiconque aura initié une personne à cette activité et lui aura imposé l'exercice de cette activité. Compte tenu des différentes manières d'influer autrui – du simple conseil à la pression massive – il faut que l'influence ait été exercée avec une certaine intensité pour que l'on puisse admettre qu'il y a eu encouragement à la prostitution⁷⁹. Etant donné que la capacité d'auto-détermination d'une personne mineure est encore à maints égards loin d'être entièrement développée, il suffit que l'auteur de l'infraction plus âgé ou supérieur d'une autre manière ait fait preuve de persuasion⁸⁰. Avec l'art. 195 CP en relation avec les dispositions sur la participation, la Suisse remplit les exigences énoncées à l'art. 3, al. 1, let. b, du Protocole facultatif, en vertu duquel est puni le fait d'offrir, d'obtenir, de procurer ou de fournir un enfant à des fins de prostitution telle que définie à l'art. 2 dudit protocole.

La pornographie mettant en scène des enfants est pénalement répréhensible aux termes de l'art. 197, ch. 3 et 3^{bis}, CP (pornographie dure)⁸¹. Sont également punissables notamment les représentations virtuelles d'actes pornographiques avec des enfants. Quant à savoir si le Protocole facultatif vise également à punir ce type de représentations, la question reste ouverte. Quoi qu'il en soit, les infractions énumé-

⁷⁸ Loi fédérale du 22 juin 2001 relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (RS **211.221.31**).

⁷⁹ Message du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille) (FF **1985** II 1021 ss.).

⁸⁰ Stratenwerth Günter, Droit pénal, Partie spéciale I, p. 191.

⁸¹ LF du 5 octobre 2001 (Infractions contre l'intégrité sexuelle; interdiction de la possession de pornographie dure), en vigueur depuis le 1er avril 2002 (FF **2000** 2769).

rées à l'art. 197 CP, à savoir le fait d'avoir fabriqué, importé, pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessible, mis à la disposition ou de posséder de la pornographie impliquant des enfants correspond à la norme prévue à l'art. 3, al. 1, let. c du Protocole facultatif. L'exportation n'est pas explicitement mentionnée en droit pénal suisse. Cela ne s'impose pas, puisque tous les objets exportés sont fabriqués en Suisse ou y ont été importés préalablement et ont donc été pris en compte. En conséquence, il n'existe pas de lacune et la Suisse remplit les exigences posées par le Protocole facultatif.

Outre les dispositions citées, il convient dans les cas de pornographie et de prostitution enfantines d'examiner aussi les art. 187 CP (actes d'ordre sexuel avec des enfants) et 188 CP (actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes), ainsi que les normes relevant du droit du travail (comme l'art. 29, al. 2 et 3 Ltr⁸²).

3.3.4 Responsabilité des personnes morales

Aux termes du Protocole facultatif, les Etats parties sont tenus d'introduire, pour autant que cela se justifie, la responsabilité des personnes morales pour les infractions qu'il vise. Certaines dispositions de la législation nationale peuvent être réservées. Cette responsabilité peut être de nature pénale, civile ou administrative. La Suisse connaît tout d'abord la responsabilité des personnes morales en droit civil. Les entreprises répondent en tant que personnes morales de leurs organes aux termes de l'art. 55 CC et en tant qu'employeurs de leurs auxiliaires, selon l'art. 55 CO⁸³. En outre, la responsabilité découlant du contrat de travail trouve application, s'il y a lieu.

La responsabilité des personnes morales est également prévue pour le droit administratif. En droit administratif, c'est la possibilité du retrait de l'autorisation qui occupe le premier plan; les intermédiaires non étatiques en vue de l'adoption sont par exemple soumis à une autorisation. Cette dernière peut être retirée par l'Office fédéral de la justice notamment lorsqu'un intermédiaire s'est rendu coupable de lier son activité d'intermédiaire en vue de l'adoption à un gain indu⁸⁴.

Enfin, la Suisse connaît la responsabilité des personnes morales en droit pénal. La responsabilité pénale des entreprises a été introduite le 1^{er} octobre 2003 dans le cadre du projet concernant la Convention internationale pour la répression du terrorisme (FF 2003 2352) aux art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP. Selon l'art. 100^{quater}, al. 1, l'entreprise est punie d'une amende, si un crime ou un délit est commis au sein de l'entreprise et qu'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise (responsabilité subsidiaire de l'entreprise).

Ces mesures prises dans les domaines du droit pénal, du droit civil et du droit administratif permettent de satisfaire aux exigences du Protocole facultatif.

⁸² LF du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, RS 822.11).

⁸³ LF du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Droit des obligations, RS 220).

⁸⁴ Art. 18, al. 1, let. c, de l'ordonnance du 29 novembre 2002 sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption (RS 211.221.36).

3.4 Règles de compétence (art. 4 du Protocole facultatif)

Le Protocole facultatif exige des Etats parties qu'ils introduisent la compétence du lieu de commission et le principe de la personnalité active en ce qui concerne son champ d'application. En Suisse, l'art. 3 CP régit la compétence du lieu de commission: le délit est aussi réputé commis au lieu où le résultat s'est produit (art. 7, al. 1, CP). Pour déterminer le lieu de commission, le Tribunal fédéral examine en outre le dommage au motif duquel l'acte est puni, même s'il ne se distingue pas du comportement lui-même, comme un délit formel ou un délit d'omission, et n'est donc pas mentionné dans l'infraction⁸⁵. La Suisse est, par exemple, compétente en matière de poursuite pénale lorsque l'enfant a été transporté en Suisse en vue de sa vente ou que des images de pornographie impliquant des enfants sont téléchargées en Suisse sur Internet. Par ces dispositions, la Suisse répond aux exigences énoncées à l'art. 4, al. 1, du Protocole facultatif.

L'art. 6 CP régit le principe de la personnalité active, selon lequel le ressortissant suisse qui a commis un crime ou un délit à l'étranger est soumis au droit pénal suisse s'il se trouve en Suisse ou s'il est extradé à la Confédération.

En vertu de l'art. 4, al. 2, du Protocole facultatif, il est enfin possible – parallèlement au principe de la personnalité active et passive (art. 5 et 6 CP) – d'introduire la compétence du tribunal du lieu de résidence habituelle du prévenu. Selon la révision du code pénal du 13 décembre 2002 (FF 2002 7658), pour les délits sexuels ou autres délits graves (notamment la traite d'êtres humains) commis à l'étranger contre des personnes mineures et en cas de compétence par représentation, une procédure pénale pourra désormais être aussi introduite en Suisse lorsque l'auteur présumé se trouve en Suisse (art. 5 et 7, al. 1, en relation avec l'art. 7, al. 2, AP-CP)⁸⁶. Cependant, aucune procédure d'enquête ne peut être ouverte en Suisse si les conditions de la compétence par représentation ne sont pas remplies pour l'auteur d'une adoption indue qui a sa résidence habituelle dans notre pays. La Suisse satisfait néanmoins aux exigences du Protocole facultatif, du fait que l'application de l'art. 4, al. 2, du Protocole facultatif est laissée à l'appréciation des Etats parties (disposition potestative).

3.5 Extradition (art. 5 du Protocole facultatif)

La loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)⁸⁷ régleme notamment l'extradition. Elle ne s'applique cependant que dans la mesure où des accords internationaux n'en disposent pas autrement (art. 1, al. 1, EIMP). Du fait que les instruments d'entraide judiciaire internationale et d'extradition ne renferment, en général, aucune disposition en matière de procédure,

⁸⁵ Stratenwerth Günter, Droit pénal suisse, Partie générale I: L'infraction, Berne 1982, p. 89, avec renvoi à l'ATF 91 IV 231 ss.

⁸⁶ Voir 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 II 1787 ss.).

⁸⁷ RS 351.1

l'exécution dépend principalement de l'EIMP et des prescriptions cantonales, même en présence d'instruments multilatéraux⁸⁸.

La teneur de la norme fixée à l'art. 5 du Protocole facultatif concorde avec de nombreuses conventions auxquelles la Suisse a adhéré⁸⁹; elle ne pose aucun problème pour le droit suisse. Ainsi, la disposition de l'art. 5, al. 1, du Protocole facultatif figure de manière identique dans plusieurs conventions citées dans la note ci-dessus. Les conditions prévues pour une extradition dans les traités et conventions d'extradition, ainsi que les motifs de refus, restent valables dans le champ d'application du Protocole facultatif.

La prescription potestative de l'art. 5, al. 2, du Protocole facultatif est sans importance pour la Suisse, étant donné que les extraditions se déroulent en se fondant sur l'EIMP, même en l'absence d'un traité d'extradition.

Tant l'al. 2 que l'al. 3, applicables aussi en Suisse, de l'art. 5 du Protocole facultatif réservent les conditions d'extradition en vigueur en droit interne⁹⁰. Le principe de la double incrimination⁹¹ et le respect des garanties en vertu de la CEDH et du Pacte international sur les droits civils et politiques⁹² font notamment partie des conditions dont la Suisse fait dépendre l'extradition. Une demande d'extradition est irrecevable lorsqu'elle se rapporte à une infraction de nature politique, militaire ou fiscale⁹³.

Une norme, telle que définie à l'art. 5, al. 4, du Protocole facultatif, existe également dans plusieurs instruments internationaux mentionnés ci-dessus valables pour la Suisse. De même, l'institution de la compétence par représentation, prévue par l'al. 5, n'est pas une nouveauté en Suisse. Conformément à son droit interne⁹⁴, la Suisse a aujourd'hui déjà la possibilité de poursuivre une infraction à la demande de l'Etat sur le territoire duquel le crime a eu lieu et pour le compte de cet Etat.

3.6 Entraide judiciaire et coopération internationale (art. 6 et art. 10 du Protocole facultatif)

Aux termes de l'art. 6 du Protocole facultatif, il convient d'appliquer les traités d'entraide judiciaire existants entre les Etats parties pour les infractions tombant sous le coup du Protocole facultatif. En l'absence de tels traités, c'est le droit interne qui trouve application⁹⁵, à savoir, pour la Suisse, la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)⁹⁶.

⁸⁸ Les art. 16 et 17 EIMP réglementent la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

⁸⁹ Par exemple, la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme (RS **0.353.3**), la Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (RS **0.351.5**), la Convention internationale du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages (RS **0.351.4**), la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS **0.105**).

⁹⁰ En Suisse, la procédure d'extradition est régie par l'art. 32 ss EIMP. Ces dispositions s'appliquent dans le cadre des prescriptions générales de l'art. 1 ss.

⁹¹ Voir art. 35 EIMP.

⁹² Voir art. 2, let. a, EIMP.

⁹³ Voir art. 3 EIMP.

⁹⁴ Voir art. 85 ss EIMP.

⁹⁵ Voir supra sous ch. 3.5.

⁹⁶ 351.1; art. 1 à 31 et art. 63 à 80q EIMP.

L'art. 10 du Protocole facultatif contient d'autres obligations relatives à la coopération internationale. Les activités de la Direction du développement et de la coopération (DDC) sont axées sur la lutte contre la pauvreté et sur le développement durable; elles ont par là un impact indirect positif sur la problématique qui nous occupe. De plus, de nombreux projets de la DDC, par exemple ceux en matière d'éducation et de santé, ont pour objet principal de lutter contre certaines des causes principales conduisant à la vente d'enfants, à la pornographie et à la prostitution infantines. Ces projets s'occupent de la prévention, de la protection, de la réadaptation et de la réintégration des victimes (potentielles) et repèrent les groupes à risques, comme les enfants des rues, les enfants dans des foyers ou les filles issues de familles pauvres. A titre d'exemple, un projet visant à réadapter les enfants des rues a été mis sur pied dans trois villes albanaises; la priorité est donnée aux filles afin de diminuer les risques d'un mariage précoce, de la prostitution ou de la mendicité.

De son côté, le Département fédéral de justice et police (DFJP) soutient une politique de coopération et de coordination tant au niveau interne – fédéral et cantonal – qu'au niveau international. Lorsque des affaires soulevant des questions de pédo-criminalité concernent plusieurs de ses offices (OFJ/fedpol/ODR/IMES), ce département s'assure que les différents services intéressés sont en contact (cellule de coordination) et que les cantons traitant ces affaires ont la possibilité de s'adresser à l'interlocuteur désigné. Sur le plan international, le canal des autorités centrales en matière de protection des enfants au sens civil des Conventions de La Haye permet la diffusion d'informations et la concertation en vue de stratégies communes de protection des enfants. Ces démarches de «coopération en matière de protection internationale des enfants» reposent sur le principe de la confiance entre Etats contractants, de la réciprocité et du respect de la légalité internationale. Les autorités centrales (OFJ, pour la Suisse) peuvent sensibiliser les autorités pénales de leurs Etats respectifs, voire leurs ministères, de manière à renforcer la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants à différents niveaux et dans plusieurs secteurs de l'Etat.

Sur la base d'une «letter of intent», l'Office fédéral de la police (Fedpol) assure en particulier, depuis quelques années déjà, une collaboration avec différentes organisations non gouvernementales suisses et étrangères ainsi que l'échange d'informations en matière notamment de lutte contre la pédophilie et le tourisme sexuel. Il collabore également activement avec Interpol, Europol et les autorités étrangères de poursuite pénale.

La Suisse s'engage aussi au niveau multilatéral dans le cadre des Nations Unies, du Conseil de l'Europe et d'autres organisations internationales qui s'occupent notamment de la présente problématique. Elle apporte son soutien financier tout d'abord à l'UNICEF, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance, auquel elle verse depuis longtemps de substantielles contributions annuelles (18 millions de francs en 2002), mais aussi à l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), à l'Organisation internationale pour les migrations (OIM, près de 2,6 millions de francs en 2001) et à l'Organisation internationale du travail (OIT, près de 4 millions de francs par an).

Sur le plan européen, la Suisse participe au Programme STOP (Stop trafficking of persons) de l'Union européenne.

Le Plan d'action de mai 2002, intitulé «Un monde digne des enfants» et adopté lors de la Session extraordinaire de l'Assemblée générale de l'ONU consacrée aux enfants, guide la Suisse dans tous ses efforts. Notre pays a d'ailleurs pris une part active aux négociations qui ont précédé son adoption. Ce plan d'action fixe les axes prioritaires en matière de protection de l'enfant contre les abus, l'exploitation et la violence.

3.7 Saisie et confiscation (art. 7 du Protocole facultatif)

Les art. 58 à 60 CP régissent, sur le plan fédéral, la confiscation et l'utilisation d'objets et de valeurs patrimoniales qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction. Ces normes sont complétées par des dispositions cantonales sur la procédure pénale. L'entraide judiciaire en matière de saisie et de confiscation est régie par l'art. 63 ss EIMP⁹⁷.

3.8 Aide aux victimes (art. 8, art. 9, al. 3 et 4 du Protocole facultatif)

Aux termes de l'art. 124 Cst⁹⁸, la Confédération et les cantons sont compétents pour l'aide aux victimes. La loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)⁹⁹, qui fait actuellement l'objet d'une révision totale, a permis à la Confédération de fixer un standard minimal en ce qui concerne l'aide et l'indemnisation accordée aux personnes victimes d'une infraction portant atteinte à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle et leur situation juridique. Cette loi trouve application pour la plupart des cas pénaux visés par le Protocole facultatif, du fait que les délits conduisent presque toujours à une atteinte directe à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle au sens de l'art. 2 LAVI. Selon le Protocole facultatif, les enfants victimes d'infractions peuvent donc – conformément aux trois piliers de la LAVI – avoir recours à une assistance et à certains droits procéduraux et demander, dans la procédure pénale, une indemnisation ou une réparation morale de la part de l'auteur ou, selon les conditions fixées à l'art. 11 ss LAVI, de l'Etat. La législation sur l'assurance-maladie obligatoire couvre le traitement des séquelles d'abus subis aussi bien par des enfants que par des adultes¹⁰⁰.

Donnant suite à l'initiative parlementaire Goll, la révision partielle de la LAVI¹⁰¹, qui a amélioré la situation des enfants, est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002. Il est ainsi désormais interdit de confronter l'enfant avec le prévenu en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle ou lorsque, dans le cas d'une autre infraction, la confrontation risque d'entraîner un traumatisme psychique chez l'enfant (art. 10b LAVI). En outre, l'enfant ne doit en principe pas être soumis à plus de deux auditions sur l'ensemble de la procédure, son audition devant être conduite par un enquêteur formé à cet effet. De plus, l'audition doit se dérouler en présence d'un spécialiste et

⁹⁷ Loi fédérale sur l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 351.1).

⁹⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

⁹⁹ LF du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5).

¹⁰⁰ Rapport de la Suisse, Mesures prises depuis 1996 contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales.

¹⁰¹ RO 2002 2997

soutenu financièrement une campagne d'information dans les transports publics lancée par l'Association suisse pour la protection de l'enfant sur le thème de la violence contre les enfants et de l'éducation non violente. Elle a également financé la campagne de prévention contre le tourisme sexuel réalisée au début 2003 par ECPAT Switzerland dans les cinémas de Suisse et cofinancé, en juin 2002, un colloque international consacré à la pornographie enfantine sur Internet, également organisé par ECPAT Switzerland. On mentionnera enfin le numéro 147, ligne téléphonique d'aide pour les enfants et les jeunes soutenue financièrement par la Confédération.

Dans le domaine des mesures politiques, la Suisse a essentiellement déployé son activité au niveau institutionnel. Dans le cadre de la procédure de ratification de la Convention de La Haye sur l'adoption, la Confédération et les cantons ont institué des autorités centrales pour l'exécution et la surveillance des adoptions internationales; en raison des réseaux de contact dont elles disposent, elles peuvent exercer un rôle utile de sensibilisation et d'information, sans frais supplémentaires ou avec des frais supplémentaires minimes pour les collectivités publiques. Le Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants (SCOTT), ainsi que le monitoring d'Internet ont en outre été institués au niveau fédéral. S'agissant du monitoring d'Internet, il est géré par le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI)¹⁰⁷. La mise en œuvre de ce service au début de l'année 2003 constitue une étape importante dans la lutte contre toutes sortes d'abus commis sur la Toile, en particulier dans la lutte contre la pornographie enfantine. Ledit service est géré conjointement par la Confédération et par les cantons et a pour but de lutter contre la criminalité sur Internet, détecter les abus punissables sur Internet, coordonner les procédures d'enquête et procéder à des analyses de la criminalité sur Internet. Créé également au début de l'année 2003, le SCOTT est un service de coordination en matière de lutte contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants. Il est à la fois la plaque tournante en termes d'information, de coopération et d'analyse pour la Confédération et les cantons, et l'instance de contact et de coordination pour la coopération internationale. Ces deux services sont ancrés au sein de l'office fédéral de la police.

Sur le plan cantonal, des améliorations ont surtout été apportées dans le domaine du droit de la tutelle. Ainsi, de nombreux cantons ont institué des groupes de protection de l'enfant ou des commissions qui se sont spécialisées en la matière et qui, en raison de leurs compétences et d'une certaine proximité avec les citoyens, peuvent intervenir auprès des milieux concernés et du public de façon plus ciblée que la Confédération. La coopération confédérale est néanmoins ici particulièrement importante pour une protection efficace des enfants.

Il s'agit de poursuivre les mesures déjà prises et de les compléter. Si l'art. 9 du Protocole facultatif ne peut guère être appliqué directement en raison de son caractère abstrait, il doit trouver toute sa place dans la politique future et en constituer une des lignes de force.

¹⁰⁷ Site Internet SCOCI: <http://www.cybercrime.admin.ch>

3.10 Récapitulation

En résumé, nous constatons que l'ordre juridique suisse actuel satisfait aux exigences du Protocole facultatif, sauf en ce qui concerne les éléments constitutifs de la traite d'êtres humains. C'est pourquoi le Conseil fédéral demande la révision du code pénal concernant l'infraction de la traite d'êtres humains. Par cette révision et en raison de la compatibilité de l'ordre juridique suisse avec les autres dispositions du Protocole facultatif, la Suisse est en mesure de ratifier le Protocole facultatif, sans avoir à émettre une ou plusieurs réserves.

4 Conséquences pour les finances et le personnel de la Confédération et des cantons

Aux termes de l'art. 43, al. 11 et 12, CDE, les frais du Comité des droits de l'enfant sont pris en charge par le budget général de l'ONU. La Suisse contribuant déjà à l'heure actuelle aux frais administratifs généraux de l'ONU¹⁰⁸, la ratification du présent Protocole facultatif ne fait encourir aucun surcoût.

La mise en œuvre du Protocole facultatif ne devrait avoir aucune conséquence financière directe pour la Confédération. Les frais encourus par la Confédération pour établir le rapport destiné au Comité des droits de l'enfant sont couverts par le budget du département compétent. Comme le Protocole facultatif dont nous traitons ici se rapporte à la Convention relative aux droits de l'enfant, que la Suisse a ratifiée, notre pays assume déjà certaines obligations fondamentales dans ce domaine. Les nombreuses dispositions ayant trait aux programmes accordent en outre une grande latitude aux autorités compétentes quant à la façon dont elles entendent les appliquer.

La mise en œuvre du Protocole facultatif ne devrait avoir aucune conséquence sur l'état du personnel de la Confédération.

Il est possible que l'application du Protocole facultatif engendre des coûts supplémentaires pour les cantons, ce qui ne devrait toutefois pas entraîner de conséquences financières pour la Confédération. Les dispositions ayant trait aux programmes laissent aussi une grande marge de manœuvre aux cantons. De plus, ceux-ci devraient déjà disposer d'une certaine expérience en la matière puisque le Protocole facultatif ne constitue qu'un complément à la Convention relative aux droits de l'enfant, que la Suisse a ratifiée il y a déjà plusieurs années.

5 Programme de la législation

Le projet est annoncé dans le rapport du Conseil fédéral sur le Programme de la législation 2003–2007¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Pour l'année 2003, la contribution obligatoire de la Suisse au budget régulier de l'ONU (soit sans le «Capital Master Plan», sans les Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et sans les mesures de maintien de la paix) s'est élevée à 17 200 598 USD.

¹⁰⁹ FF 2004 1035, Annexe 1.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

La constitutionnalité de l'arrêté fédéral relatif à l'approbation du Protocole facultatif repose sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.), qui autorise la Confédération à conclure des traités de droit international. L'art. 166, al. 2, Cst. donne compétence à l'Assemblée fédérale pour approuver les traités et en autoriser la ratification. La modification du code pénal est fondée sur l'art. 123, al. 1, Cst.

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif lorsqu'ils sont d'une durée indéterminée et qu'ils ne peuvent pas être dénoncés (ch. 1), lorsqu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3). Le Protocole facultatif peut être dénoncé (art. 15) et n'implique aucune adhésion à une organisation internationale. Reste donc à examiner ce qu'il en est du ch. 3.

Pour se conformer aux obligations du Protocole facultatif concernant la traite d'êtres humains, il convient de réviser l'art. 196 CP, qui part d'une notion étroite de la traite d'êtres humains. Cette révision, qui appelle des adaptations formelles dans d'autres articles de loi¹¹⁰, permet d'élargir l'infraction à la traite d'êtres humains en vue de l'exploitation du travail et du prélèvement d'organes humains.

Du fait que la mise en oeuvre du Protocole facultatif requiert la révision de plusieurs dispositions légales, l'arrêté fédéral sur l'approbation de la mise en oeuvre du Protocole facultatif est sujet au référendum facultatif en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

6.2 Rapport avec le droit européen

6.2.1 Union européenne

La plupart des Etats membres de l'Union européenne ont signé le Protocole facultatif; neuf l'ont déjà ratifié.

Depuis 1996, l'Union européenne a lancé une série de programmes dans le domaine de la traite d'êtres humains et de l'exploitation sexuelle des enfants. Parmi eux, le Programme «STOP» et le Programme «DAPHNE», destinés à lutter contre la violence dirigée contre les femmes et les enfants. Autorités et organisations non gouvernementales y participent. Lors des réunions de Tampere et de Santa Maria de Feira, les chefs d'Etats et de gouvernements ont demandé aux Etats membres de prendre des mesures concrètes dans ce domaine.

En décembre 2000, la Commission européenne a présenté deux propositions de décisions-cadres (décision-cadre relative à la lutte contre la traite d'êtres humains; décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie). La Commission a élaboré les deux projets en se fondant sur divers travaux réalisés dans ce domaine à l'échelle internationale. La décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la traite d'êtres humains est entrée en vigueur le 1^{er} août 2002 et devait être mise en oeuvre par les Etats membres d'ici le 1.8.2004.

¹¹⁰ Cf. ch. 3.3.1.

Le 25 mars 2003, la Commission a décidé la création d'un groupe consultatif dénommé «Groupe d'experts sur la traite d'êtres humains». Ce groupe d'experts est chargé de fournir à la Commission européenne des expertises sous forme d'avis ou de rapports dans le domaine de la prévention de la traite d'êtres humains et de la lutte contre celle-ci.

Ces mesures montrent à quel point l'Union européenne est préoccupée par le problème de la traite d'êtres humains. Soucieuse de concrétiser sa lutte contre la traite d'êtres humains, mais aussi contre l'exploitation sexuelle des enfants et contre la pédopornographie, elle a déjà pris des décisions-cadres contraignantes, que les Etats membres sont appelés à mettre en œuvre.

6.2.2 Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a institué le «Comité ad hoc sur la lutte contre la traite d'êtres humains (CAHTEH)», qui a pour mission d'élaborer une convention intitulée «Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite d'êtres humains». Dans ce contexte, le Comité est chargé de mettre l'accent sur les droits fondamentaux des victimes de la traite d'êtres humains et d'aménager des conditions générales permettant d'aider les victimes et de leur apporter la protection nécessaire. Il doit également prévoir un mécanisme de contrôle et remplir son mandat compte tenu des normes existantes dans le contexte du Conseil de l'Europe, mais aussi des instruments internationaux destinés à lutter contre la traite d'êtres humains. Le CAHTEH doit ainsi s'abstenir d'apporter des changements à la définition de la traite de personnes donnée dans le Protocole additionnel contre la traite de personnes¹¹¹.

La Suisse prend part à l'élaboration de cette convention.

6.2.3 Compatibilité du projet avec le droit européen

La lutte contre la traite d'êtres humains doit avoir lieu, nous l'avons vu, à différents niveaux. De nombreux Etats membres de l'Union européenne ont signé le Protocole facultatif, certains l'ont même déjà ratifié. Le projet est donc compatible avec le droit européen.

¹¹¹ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

