

ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2017

Sexualität sexualité sexuality

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN
**Prostitution und Kriminalität:
Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher
und kriminologischer Sicht**

JANNICK KOLLER
**Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung
der Sexarbeit in der Schweiz**

MARIA SCHULTHEISS
**Das gesellschaftliche Verständnis der sich
prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht**

NADIA KUŽNIAR / FIONA SAVARY
**Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht
bei Transmenschen in der Schweiz**

ELOI JEANNERAT
**Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles
par la justice ?**

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE
**Regulating Desire: The Impact of Law and Policy
on Demand for Sexual Exploitation in Europe**

PASCAL RONC
**Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK
und die Rolle von Soft Law**

 **DIKE**

Weitere Infos zur Zeitschrift: www.ex-ante.ch
Für Abonnemente und Einzelhefte: verlag@dike.ch

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Nadia Kuźniar
Fiona Savary
Roman Schister

Redakteure / rédacteurs

Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama
Axel Schmidlin

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

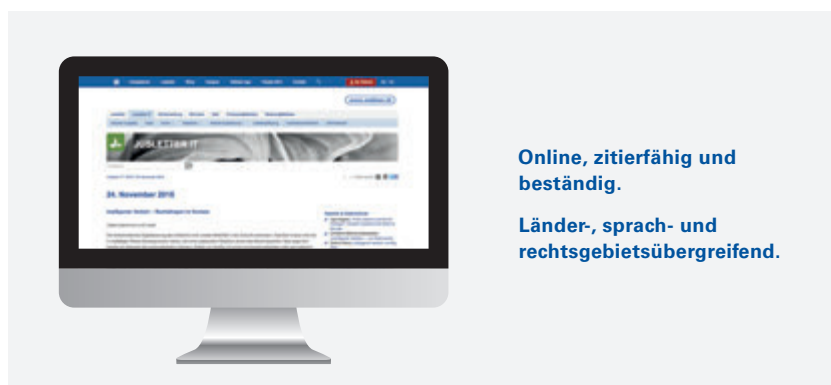
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03751-946-2



JUSLETTER IT

ONLINE ZEITSCHRIFT FÜR IT UND RECHT.
WWW.JUSLETTER-IT.EU



Online, zitierfähig und
beständig.

Länder-, sprach- und
rechtsgebietsübergreifend.



Vier Mal jährlich online das Neuste aus IT und Recht. Die hochwertigen Beiträge der spezialisierten Praktiker und Wissenschaftler sind stets aktuell und oft rechtsgebietübergreifend.

Abonnement Jusletter IT
CHF 185.– / Jahr

www.weblaw.ch

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Prostitution und Kriminalität: Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN

3

Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz

Unter besonderer Berücksichtigung des Raum- und Bauplanungs- sowie des Ausländerrechts

JANNICK KOLLER

13

Das gesellschaftliche Verständnis der sich prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht

Rückblick, Standortbestimmung und Ausblick

MARIA SCHULTHEISS

31

Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht bei Transmenschen in der Schweiz

Der lange Weg zur staatlichen Anerkennung

NADIA KUŹNIAR / FIONA SAVARY

40

Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles par la justice ?

Commentaire de l'arrêt du TF 6B_485/2016 du 1er août 2016

ELOI JEANNERAT

50

Regulating Desire: The Impact of Law and Policy on Demand for Sexual Exploitation in Europe

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE

56

Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK und die Rolle von Soft Law

PASCAL RONC

67

Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles par la justice ?

Commentaire de l'arrêt du TF 6B_485/2016 du 1^{er} août 2016

ELOI JEANNERAT*

MOTS CLÉS	Strafrecht – Sexualdelikt – Sexuelle Handlung – Geschlechtsreife
RÉSUMÉ	Les autorités peuvent renoncer à poursuivre l'auteur d'actes d'ordre sexuel avec un enfant mineur sexuellement qui a plus de trois ans de moins que lui, si, au moment où elle a commis ces actes, cette personne avait moins de 20 ans et s'il existait des « circonstances particulières ». Cet article commente la notion de « circonstances particulières » ainsi qu'un arrêt rendu en 2016 par le Tribunal fédéral à ce propos.
ZUSAMMENFASSUNG	Die Behörden können von der Strafverfolgung einer Person absehen, die sexuelle Handlungen mit einer mehr als drei Jahre jüngeren und sexuell minderjährigen Person vorgenommen hat und zu diesem Zeitpunkt jünger als 20 Jahre war, wenn «besondere Umstände» vorliegen. Der untenstehende Beitrag kommentiert den Rechtsbegriff «besondere Umstände» und ein dazu erlassenes Bundesgerichtsurteil.
Abstract	When a man or a woman under 20 years of age engaged in a sexual act with a child who's under 16 years of age and more than three years younger than he or she, the authorities may dispense with prosecution, if there are «special circumstances». This contribution comments on the concept of «special circumstances» and a recent decision of the swiss Federal Court on that subject.

I. Introduction

Durant les vacances d'été 2012, un jeune argovien de presque 19 ans rencontre une adolescente qui vient de fêter ses 14 ans. Leur relation devient rapidement intime. Après une semaine, l'écolière accepte d'entretenir des relations sexuelles avec le jeune homme qui la quitte une quinzaine de jours plus tard. Une année après, le ministre public argovien, alerté de ces faits, décide de poursuivre le garçon pour la commission d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'art. 187 CP¹. Si le jeune homme se voit, dans un premier temps, acquitté de cette accusation par le tribunal de première instance, le Tribunal cantonal décide, lui, de condamner l'intéressé qui nie toujours les faits incriminés. Alors menacé d'une sanction de 180 jours-amende et d'une amende de CHF 1350.–, l'accusé recourt finalement avec succès auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci annule le jugement cantonal et conclut à la libération du jeune homme, alors même qu'il a été établi que celui-ci a commis les actes d'ordre sexuel reprochés.

Cet arrêt fédéral 6B_485/2016, rendu le 17 août 2016, aurait pu passer inaperçu – en tout cas à nos yeux – s'il n'avait pas été largement relayé par les médias. Certains s'empresaient de titrer que, selon le Tribunal fédéral, les amours juvéniles n'étaient plus un crime et que les jeunes hommes de 19 ans pouvaient « coucher » avec des adoles-

centes de 14 ans. Il n'en fallait pas plus pour éveiller notre attention sur un jugement qui mérite d'être commenté ainsi que sur l'arrêt argovien annulé.²

II. La pénalisation des « amours juvéniles » en droit suisse

L'art. 187 ch. 1 et ch. 4 CP réprime les actes d'ordre sexuel commis avec un ou une jeune de moins de 16 ans, que celui-ci ou celle-ci y ait consenti ou non. L'auteur de ces actes est punissable même s'il est parti de l'idée erronée que son ou sa partenaire était plus âgé, dès lors qu'une telle erreur était évitable.³ Cette disposition vise à protéger

* Eloi Jeannerat doctorant à l'Université de Neuchâtel, greffier au Tribunal cantonal de la République et canton du Jura, titulaire du brevet d'avocat. Je remercie M^{me} Fanny Matthey pour sa relecture attentive et critique.

1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

2 Arrêt de l'Obergericht du canton d'Argovie SST.2015.169 du 1^{er} mars 2016.

3 Voir ATF 119 IV 138, où le Tribunal fédéral se montre moins exigeant sur les précautions à prendre et les investigations à effectuer dès lors que l'écart d'âge entre les protagonistes est faible.

le développement sexuel des personnes mineures jusqu'à ce qu'elles aient atteint la maturité requise pour pouvoir consentir de manière éclairée à des relations sexuelles.⁴ En droit suisse, l'intégrité sexuelle est donc protégée de manière absolue en raison de l'âge de la victime, indépendamment de sa maturité physique et affective. Il en va différemment si la différence d'âge des protagonistes ne dépasse pas trois ans ou, le cas échéant, si l'auteur de l'infraction ne pouvait pas se douter, en usant des précautions voulues, qu'il était plus âgé de trois ans que son ou sa jeune partenaire (cas d'erreur excusable sur les faits).⁵ Ce léger tempérament à la dureté de la loi est expressément prévu à l'art. 187 ch. 2 CP.

Si l'écart d'âge est de plus de trois ans, les autorités de poursuite pénale peuvent également renoncer à poursuivre ou à punir l'auteur des actes d'ordre sexuel si, au moment de ces actes ou du premier acte commis, cette personne avait moins de 20 ans et s'il existait des « circonstances particulières » («*besondere Umstände*»). Il en va de même si la victime s'est mariée ou a conclu

un partenariat enregistré avec l'auteur. Ces deux possibilités de renoncer à la poursuite ou au prononcé d'une peine – qui offrent une certaine « flexibilité » aux autorités pénales dans un domaine délicat⁶ – sont prévues à l'art. 187 ch. 3 CP. Il va sans dire que, sur la base de cette même norme légale, les autorités pénales peuvent choisir de poursuivre le prévenu ou l'accusé, mais d'atténuer sa peine, selon un raisonnement *a majore ad minus* (« qui peut le plus peut le moins »), sans être liées par le minimum légal ou, surtout, par le genre de la peine prévue pour l'infraction (en l'occurrence une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire).⁷

Mentionnons encore, à des fins d'exhaustivité, qu'en application de l'art. 52 CP, les autorités pénales peuvent très exceptionnellement renoncer à poursuivre ou à punir une personne, même âgée de plus de 20 ans, qui a commis des actes d'ordre sexuel avec un ou une jeune de moins de 16 ans, dès lors les conséquences de ses actes sont peu importantes (cas dit « bagatelle »).⁸

En adoptant des normes telles que l'art. 187 ch. 2 et 3 CP, le législateur a voulu tenir compte de l'évolution des mœurs et traiter de manière moins sévère les amours de jeunesse qu'il ne le faisait par le passé.⁹ La jurisprudence part du principe que la *ratio legis* de cette décriminalisation partielle des relations sexuelles entre jeunes doit conduire à une interprétation large («*grosszügige Auslegung*») de la notion de « circonstances particulières ».¹⁰ En somme, il s'agit de décriminaliser les actes sexuels commis sur des enfants lorsque les partenaires avaient presque le même âge et qu'il existe simultanément des circonstances particulières qui permettent d'exclure que l'auteur ait voulu profiter de son ou sa plus jeune partenaire. Selon la doctrine unanime, cela doit être le cas, notamment, si des relations sexuelles ont eu lieu dans le cadre d'une relation caractérisée par une affection réciproque («*gegenseitige Zuneigung*»), c'est-à-dire une relation amoureuse («*Liebesbeziehung*») entre les deux protagonistes.¹¹

La pratique judiciaire a également eu l'occasion de juger que l'existence d'une relation amoureuse entre un jeune homme et une adolescente pouvait représenter des « circonstances particulières » au sens de l'art. 187 ch. 3 CP. En 1994, le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'un garçon de 18 ans n'était pas condamnable du fait d'avoir couché avec une adolescente de 13 ans après que leur relation était devenue progressivement intime au fil de plusieurs années.¹² En 2003, le Tribunal cantonal argovien est aussi arrivé à la même conclusion dans une affaire similaire entre un garçon de 19 ans avec une adolescente de 14 ans dont la relation avec celui-ci avait évolué au fil des mois et s'était même poursuivie de manière épistolaire malgré une rupture.¹³

4 BSK StGB II-MAIER, Art. 187 N 1.

5 Voir art. 13 al. 1 CP et arrêt du TF 6B_457/2010 du 8 septembre 2010, consid. 1.2.

6 BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3^e éd., Berne 2010, Art. 187 N 38.

7 Voir art. 187 ch. 1 CP et, entre autres, BSK StGB II-MAIER, Art. 187 N 31. Cela signifie concrètement que l'autorité pénale compétente peut n'infliger qu'une amende.

8 Pour un exemple, cf. arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois 2013/972 du 18 novembre 2013, concernant la renonciation de poursuivre un jeune de 24 ans ayant prodigué uniquement des baisers linguaux à une fille de moins de 16 ans avec laquelle il a continué de sortir par la suite ; de manière générale, CORBOZ (n. 6), N 38.

9 Voir, notamment, Conseil fédéral, Message concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille) du 26 juin 1985, FF 1985 II 1021 ss, 1081 et 1085, et Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des États, 1987, 383 s.

10 Arrêt du TF 6S.101/1994 du 25 mars 1994, consid. 1c/aa, cité dans arrêt du TF 6B_485/2016 du 17 août 2016, consid. 1.2; aussi ATF 119 IV 138, consid. 2.

11 STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB, thèse Zurich 2003, 108; GUIDO JENNY, in: Schubarth (éd.), Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 4. Band, Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Art. 187–200, Art. 213–220 StGB, Berne 1997, Art. 187 N 25.

12 Arrêt du TF 6S.101/1994 du 25 mars 1994, cité dans l'arrêt du TF 6B_485/2016 du 17 août 2016 et résumé par HANS WIPRÄCHTIGER, Aktuelle Praxis des Bundesgerichtes zum Sexualstrafrecht, RPS 1999, 121 ss, 126.

13 Arrêt de l'Obergericht du canton d'Argovie du 26 août 2003, AR GVP 15/2003 n° 3423.

De manière générale, en appliquant l'art. 187 ch. 3 CP, les autorités pénales ne devraient pas perdre de vue que le développement sexuel harmonieux de l'enfant constitue un bien juridique de grande valeur. Le Code pénal entend protéger les personnes mineures sexuellement contre les sollicitations de la part des personnes adultes.¹⁴ Rappelons que, sur le plan fédéral, le constituant et le législateur ont entendu renforcer la protection de l'intégrité sexuelle des enfants de moins de seize ans ces dernières années (p. ex. expulsion du condamné étranger, prescription de l'action pénale, interdiction d'exercer une activité pour le condamné).¹⁵ Un acte d'ordre sexuel avec un enfant est donc toujours une infraction d'une certaine gravité, au vu de l'importance du bien juridique protégé, à savoir le développement sexuel et complet de l'enfant.¹⁶ Le Tribunal fédéral relève en principe qu'il existe un intérêt public général à ce que les actes sexuels sur des enfants ne demeurent en principe pas impunis. C'est pourquoi, face à une norme permettant de renoncer à toute poursuite ou à toute peine à l'encontre de l'auteur d'actes d'ordre sexuel sur des enfants, il faut déterminer soigneusement si, à la lumière de considérations de prévention spéciale ou générale, le prononcé d'une peine est nécessaire ou opportun. Il convient de tenir compte, aussi, de la pénibilité que peut représenter une poursuite pénale pour la victime ainsi que des véritables mobiles de l'accusé et de sa culpabilité, laquelle peut éventuellement s'apprécier moins sévèrement lorsque l'auteur de l'infraction présente un écart d'âge peu important avec la victime.¹⁷

III. L'arrêt du TF 6B_485/2016 du 17 août 2016

Dans l'affaire argovienne évoquée en introduction, l'accusé, qui avait presque 19 ans au moment des faits qu'on lui reprochait, a demandé au Tribunal fédéral d'annuler sa condamnation en invoquant le bénéfice de l'art. 187 ch. 3 CP. Il prétendait dans son recours que les relations sexuelles qu'il avait entretenues avec l'adolescente de 14 ans avaient eu lieu dans des « circonstances particulières ». Il faut dire qu'il ne pouvait plus contester les faits à sa charge et que la jeune fille avec qui il avait entretenu des relations sexuelles avait plus de trois ans de moins que lui. L'exception de l'art. 187 ch. 2 CP n'aurait ainsi pas en considération dans son cas.

Le recourant alléguait plus précisément que l'adolescente et lui étaient tombés amoureux durant les vacances d'été et qu'ils avaient apprécié leur relation («*sie seien in jenem Sommer ineinander verliebt gewesen und hätten die Beziehung schön gefunden*»). Il avait notamment offert un collier à la jeune fille pour son anniversaire, s'était parfois

montré jaloux et avait eu mauvaise conscience de mettre fin à la relation. Il relevait également que l'adolescente n'était pas « inexpérimentée », qu'elle-même avait parfois acheté des préservatifs avant de rencontrer l'accusé, qu'elle avait également souhaité les rapports sexuels reprochés et que la fin de la relation l'avait profondément blessée.¹⁸

Les juges fédéraux semblent s'être immédiatement et entièrement ralliés à l'argumentation du jeune argovien. Dans leur arrêt, sans aucune autre considération, ils ont d'emblée conclu, sur la seule base de ce qui précède, que l'accusé n'était pas punissable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants compte tenu des « circonstances particulières » entourant les faits incriminés. Selon eux, il avait existé un « amour de jeunesse » («*Jugendliebe*»), soit une affection sincère («*echte Zuneigung*») entre l'auteur et la victime présumée, laquelle a conduit à des contacts sexuels, et rien n'indiquait que le premier aurait profité de la différence d'âges existant entre lui et la jeune fille. Peu importait en l'espèce que cette différence d'âge s'élevât à plus de quatre ans et que le recourant eût toujours nié avoir eu des relations sexuelles avec l'adolescente.¹⁹

Les pénalistes resteront sur leur faim à la lecture de l'arrêt précité, car les juges n'ont pas estimé utile de préciser plus en détail le raisonnement qui les a conduits à annuler la condamnation du jeune argovien, comme si l'issue de la cause allait de soi. Il est plutôt inhabituel que les jugements du Tribunal fédéral soient aussi courts lorsqu'ils sont recevables et qu'ils admettent le recours déposé par une personne condamnée par un tribunal cantonal. Dans sa version électronique imprimable, l'arrêt occupe à peine trois pages.

IV. Deux brefs commentaires sur l'arrêt

L'arrêt qui vient d'être présenté – sans être véritablement résumé tant il est bref – appelle au moins deux commen-

¹⁴ Conseil fédéral (n. 9), 1084.

¹⁵ Voir les art. 123a à 123c de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101, ainsi que les art. 66a al. 1 let. h, 67 al. 3 let. b, 97 al. 2 CP.

¹⁶ Cf. arrêt de la Chambre des recours Tribunal cantonal vaudois 2013/972 du 18 novembre 2013, consid. 2c.

¹⁷ Voir en particulier arrêt du TF 6B_215/2013 du 27 janvier 2014, aussi publié et commenté dans *forumpoenale* 4/2014 194, et les références citées; sur la nécessité d'un accord de la « victime » pour que le curateur recourt contre une décision de classement, arrêt de l'Anklagekammer du canton de Saint-Gall du 8 novembre 2006, GVP 2006 n° 100.

¹⁸ Arrêt du TF 6B_485/2016 du 17 août 2016, consid. 1.4.

¹⁹ *Ibidem*, consid. 1.5.

taires. Le premier concerne l'application très large, selon nous discutable, que les trois juges de la Cour de droit pénal ont apparemment fait de l'art. 187 ch. 3 CP (A). Le second concerne le peu de considération dont ces mêmes juges ont fait preuve à l'égard de la marge d'appréciation des autorités cantonales inférieures dans l'application de l'art. 187 ch. 3 CP (B).

A. Vers une (trop) large dépenalisation ?

Une interprétation large de la notion de « circonstances spéciales » de l'art. 187 ch. 3 CP telle que la préconisent les juges fédéraux dans l'arrêt 6B_485/2016 n'est pas étonnante en soi, même si elle se situe d'une certaine façon à contre-courant de l'évolution constitutionnelle et législative récente. Une telle interprétation – qui n'est pas totalement nouvelle²⁰ – ne s'éloigne pas du cadre général que le Tribunal fédéral et la doctrine ont déjà fixé en matière de décriminalisation des actes d'ordre sexuel avec des enfants (voir ci-dessus II.). Les tribunaux peuvent assurément compter au rang de « circonstances particulières » le fait qu'un jeune homme de moins de 20 ans ait développé une relation amoureuse avec une adolescente, sans forcément exiger que cette liaison présente l'intensité d'une relation quasi-matrimoniale («*eine Intensität im*

Sinne eines eheähnlichen Verhältnisses»).²¹ Le cas échéant, ils peuvent également tenir compte d'autres critères. On pensera au fait que la différence d'âge entre l'auteur et la victime ne soit que très légèrement supérieure au plafond de trois ans fixé à l'art. 187 ch. 2 CP, que les actes sexuels incriminés soient relativement « innocents » (baisers, caresses, etc.)²² et, éventuellement, dans le cas d'un faible écart d'âge, au fait que la victime ait « provoqué » l'auteur de l'infraction.²³

Ce qui gêne à la lecture de l'arrêt 6B_485/2016, c'est la difficulté de déterminer les « circonstances particulières » qui, en la cause, justifiaient d'annuler la condamnation du jeune argovien de près de 19 ans. L'écart d'âge entre celui-ci et l'adolescente de tout juste 14 ans était important et les actes incriminés consistaient en des rapports sexuels complets. L'adolescente n'avait par ailleurs pas « provoqué » le jeune homme. Le simple fait qu'elle ne fût pas totalement « inexpérimentée » ne change rien à ce fait, contrairement à ce qu'il semble ressortir de l'arrêt.²⁴ Si l'expérience sexuelle de l'enfant devait jouer un rôle, la procédure pénale risquerait de devenir un procès de la victime.²⁵ N'est pas davantage pertinent le fait que les parents ne se soient pas opposés à la relation. Retenir le contraire reviendrait à octroyer aux enfants une protection différenciée en fonction de critères qui n'influencent en rien la culpabilité des personnes qui se rendent punissables d'actes d'ordre sexuel avec eux.

De même, le fait que l'adolescente se soit sentie triste après la « rupture » et que l'accusé ait alors eu mauvaise conscience ne permettait pas plus, à lui seul, de reconnaître l'existence de « circonstances particulières » au sens de l'art. 187 ch. 3 CP. Peu importait également que l'adolescente de 14 ans eût voulu les relations sexuelles avec un jeune homme de 19 ans ou y eût simplement consenti, que ce soit par désir ou par sentiment amoureux. Il s'agit de circonstances qui passent pour des éléments de fait d'une grande banalité qui ne peuvent en aucun cas constituer des circonstances particulières au sens de l'art. 187 CP, puisque les infractions réprimées au titre de cette disposition ne supposent précisément pas l'exercice d'une contrainte sur la victime.²⁶

À vrai dire, l'élément qui ressort le plus de l'arrêt plaide *a priori* en défaveur du jeune homme. La relation entre les deux protagonistes s'est terminée après quelques semaines seulement, le jeune homme y ayant mis un terme très rapidement (cf. ci-dessous B.). Malgré l'évolution des mœurs, on part du principe – encore et toujours – du principe qu'une « relation amoureuse » se caractérise par – et se distingue de la simple « aventure » du fait de – sa durée, supérieure à quelques jours ou à deux ou trois semaines.²⁷ Les Chambres fédérales considéraient en tout cas que la durée d'une relation («*Dauerhaftigkeit der*

20 Cf. arrêt du TF 6S.101/1994 du 25 mars 1994, cité deux fois dans l'arrêt commenté ici.

21 Arrêt du TF 6B_485/2016 du 17 août 2016, consid. 1.5; aussi JENNY (n. 11), Art. 187 N 25.

22 Voir, cependant, pour juger de l'« innocence » d'actes sexuels, arrêt du TF 6B_457/2010 du 8 septembre 2010, où un jeune homme de presque 19 ans a été condamné pour avoir prodigué à une adolescente de 15 ans des baisers et des caresses sur la poitrine et l'avoir pénétrée vaginalement avec les doigts.

23 Voir en particulier SUTER-ZÜRCHER (n. 11), 107 s. ; aussi JENNY (n. 11), Art. 187 N 25; voir aussi Conseil fédéral (n. 9), 1083, selon lequel il s'agissait de « décriminaliser les relations sexuelles entre jeune gens du même âge ou presque et de tenir compte aussi du fait que c'est quelquefois le partenaire le plus jeune qui joue un rôle actif, faisant ainsi de l'auteur à peine plus âgé la victime effective de l'acte ». Ces propos étaient toutefois tenus avant que les Chambres fédérales n'adoptent l'actuel art. 187 ch. 2 CP et en n'élèvent l'âge limite fixé à l'art. 187 ch. 3 CP de 18 à 20 ans.

24 Sur la question de l'« expérience » de l'enfant, notamment ATF 82 IV 155.

25 Voir expressément Conseil fédéral (n. 9), 1080.

26 Voir, dans ce sens, notamment WIPRÄCHTIGER (n. 12), 124, ainsi que ATF 120 IV 6, consid. 2c/aa, et ATF 82 IV 155.

27 Dans le même sens, SUTER-ZÜRCHER (n. 11), 113 s., qui évoque le cas d'une relation entre un garçon de 18 ans et demi et d'une adolescente d'à peine 14 ans qui « *sich über einen längeren Zeitraum erstreckt* ».

Liebesverhältnisse) représentait un indice important pour juger de l'existence d'éventuelles « circonstances particulières » au sens de l'art. 187 ch. 3 CP.²⁸ C'est aussi ce qui ressort des jurisprudences fédérale et cantonale que nous avons résumé plus haut – dont l'une est même mentionnée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté – dans des affaires où les actes sexuels reprochés et la différence d'âge des partenaires étaient similaires à ceux à la base de la condamnation en cause ici.²⁹

Trop succinctement motivé, l'acquiescement prononcé par les juges fédéraux présente le risque de vider la notion juridique de « circonstances particulières » – telle qu'ancrée à l'art. 187 ch. 3 CP – d'une partie essentielle de sa substance normative. À suivre la « motivation » du jugement, il appartiendrait aux autorités pénales de démontrer qu'un jeune homme a profité, dans son propre intérêt, de l'attirance qu'il suscite chez une adolescente pour pouvoir le condamner ou le punir au sens de l'art. 187 CP. Une telle conclusion – même si elle devait être considérée comme opportune sur un plan politique – serait erronée, car elle partirait du présupposé, illégal à l'heure actuelle, selon lequel le législateur aurait décidé de ne punir les jeunes de moins de 20 ans pour la commission d'actes sexuels avec des enfants que s'il est prouvé qu'ils ont été mus « par un mobile égoïste ». Les juges fédéraux ne peuvent pas se substituer au législateur fédéral et dénaturer une règle qui est peut-être critiquable dans la mesure où elle relève en partie de considérations d'ordre moral, mais qui a été adoptée à l'issue de débats politiques controversés et passionnés.³⁰

B. Quel pouvoir d'appréciation pour les tribunaux cantonaux ?

Ceux qui considéreraient que le jugement fédéral commenté n'aboutit pas forcément à un résultat contraire à l'art. 187 ch. 3 CP – et que, peut-être, un acquiescement se justifiait sur la base d'éléments du dossier qui ne ressortent pas de l'arrêt – pourraient au moins regretter le peu d'égards qu'ont eu les juges fédéraux pour l'arrêt rendu par l'instance cantonale inférieure, en l'occurrence le jugement du Tribunal cantonal argovien du 1^{er} mars 2016.³¹ Ce tribunal avait tenu compte de la différence d'âge de près de cinq ans qui existait entre les protagonistes de l'affaire, de la courte durée de leur « relation » et du fait que l'initiative des relations sexuelles était venue de l'accusé qui les avait ensuite toujours niées.³²

La notion de « circonstances particulières » contenue à l'art. 187 ch. 3 CP est une notion juridique indéterminée de droit fédéral. Le Tribunal fédéral est en principe libre de l'interpréter comme il l'entend. Néanmoins, en présence de ce type de notion, la jurisprudence fédérale reconnaît

de manière constante une marge d'appréciation au juge (cantonal) du fait.³³ À cela s'ajoute que les motifs d'exemption de peine ou de poursuite prévus à l'art. 187 ch. 3 CP sont facultatifs.³⁴ Cet alinéa du Code pénal dispose que l'autorité compétente « peut » renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine. Autrement dit, il ne représente qu'une « *Kann-Vorschrift* »³⁵ pour les autorités pénales (cantonales) qui ne sont aucunement contraintes d'abandonner les poursuites ou de renoncer à prononcer une peine à l'encontre d'un accusé de moins de 20 ans, quand bien même des « circonstances particulières » pourraient le justifier. Cette latitude de jugement octroyée aux autorités cantonales par le législateur trouve son origine dans le fait que la délimitation concrète de ce que peuvent être des « circonstances particulières » n'est pas évidente du tout³⁶ et qu'elle dépend des circonstances propres à chaque situation.³⁷

Peut-être qu'il aurait été bon que la Cour de droit pénal revoie la juste application de l'art. 187 ch. 3 CP par l'instance argovienne avec plus de retenue et ne substitue pas son appréciation à celle de l'autorité inférieure comme elle semble l'avoir fait. Une réserve aurait dû s'imposer d'autant plus que les juges fédéraux avaient, dans la même affaire, mais dans un arrêt précédent, contraint le Tribunal cantonal argovien à procéder à une audition des parties conformément à l'art. 405 CPP.³⁸ Selon eux, l'administra-

28 Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des États, 1987, 383.

29 Arrêt du TF 6S.101/1994 du 25 mars 1994, cité dans arrêt du TF 6B_485/2016 du 17 août 2016.

30 Voir, au sujet des débats et sur la sévérité de l'art. 187 CP, notamment, ATF 119 IV 138, consid. 2, et BSK StGB II-MAIER, Art. 187 N 1 et suivants.

31 Arrêt de l'Obergericht du canton d'Argovie SST.2015.169 du 1^{er} mars 2016.

32 Arrêt du TF 6B_485/2016 du 17 août 2016, consid. 1.3.

33 Voir ATF 129 IV 1, consid. 3.2; ATF 115 IV 17, consid. 2a et b; cf. aussi ATF 116 IV 312, consid. 2c.

34 Entre autres, MICHEL DUPUIS et al., Code pénal, Petit Commentaire, Bâle 2012, art. 187 N 51.

35 Conseil fédéral (n. 9), 1083.

36 Notamment STEFAN TRECHSEL/CARLO BERTOSSA, in: Trechsel/Pieth (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zurich/Saint-Gall 2013, art. 187 N 12.

37 Voir les propos de Affolter, in Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des États, 1987, 383 s.: « *Die höhere Limite sollte vor allem ermöglichen, den Umständen des Einzelfalls besser gerecht zu werden, die da sind: familiäres Umfeld des Täters und des Opfers, Eigenarten der Herkunftsländer, Dauerhaftigkeit und Beziehungsenge der Liebes- und Partnerschaftsverhältnisse.* »

38 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP), RS 312.0.

tion immédiate des preuves par la juridiction d'appel devait permettre à celle-ci de se faire une juste idée des faits de la cause et, notamment, de la personnalité de l'accusé, étant précisé qu'avant son recours au Tribunal fédéral, l'accusé avait toujours nié les faits qui lui étaient reprochés et par là même l'« affection sincère » qu'il aurait prétendument éprouvée pour la victime.³⁹

À tout le moins, l'annulation du jugement rendu par le tribunal argovien aurait dû reposer sur une motivation circonstanciée et expliquer clairement en quoi les juges argoviens auraient excédé leur pouvoir d'appréciation. L'exercice aurait contraint les juges fédéraux à se déterminer explicitement sur certains faits de la cause qui ne ressortent pas de l'arrêt fédéral, mais qui ont été établis par l'instance cantonale et qui laissent penser que le jeune argovien de 19 ans n'a, en vérité, éprouvé aucune « affection sincère » envers l'adolescente de 14 ans. Il ressortait en effet du jugement cantonal que l'accusé aimait entretenir des relations sexuelles non protégées et refusait de se procurer des préservatifs. L'adolescente se voyait donc contrainte d'en acheter elle-même à un automate *Selecta*.⁴⁰ Le Tribunal cantonal argovien relevait également dans son arrêt que le jeune homme aurait offert à l'adolescente la fameuse chaînette en cadeau dès le début de leur « relation » tout en lui glissant qu'elle, aussi, pouvait lui fournir des « preuves d'amour » en consentant à des relations sexuelles.⁴¹ Enfin, l'accusé l'aurait quittée par téléphone après quelques semaines seulement en lui annonçant, au passage, qu'il avait déjà eu l'occasion d'éprouver une « affection sincère » envers une autre fille durant ses vacances en France.⁴²

Il existait en définitive de nombreux indices qui autorisaient le Tribunal cantonal argovien à conclure, en usant de son pouvoir d'appréciation, que l'accusé ne voulait

entretenir aucune réelle relation avec l'adolescente, mais plutôt une simple aventure avec elle, et qu'il se souciait en réalité plus de ses propres désirs que de l'intégrité sexuelle de la très jeune fille, encore moins des risques de grossesse qu'il lui faisait encourir⁴³ et des éventuels sentiments que celle-ci pouvait éprouver à son égard.⁴⁴

V. Conclusion

L'arrêt présenté, qui n'a pas paru aux ATF malgré l'absence, à ce jour, de jurisprudence fédérale publiée en relation avec l'art. 187 ch. 3 CP, représente, à notre sens, un mauvais exemple de l'application qui peut être faite de cette disposition du Code pénal qui permet, en cas de « circonstances particulières », la dépénalisation des relations sexuelles entretenues par une personne de moins de 20 ans avec un(e) adolescent(e) qui a trois ans de moins qu'elle. Nous espérons que la présente contribution ne lui ait pas fait, paradoxalement, une publicité indésirée. À choisir, nous préfererions faire ici celle de la thèse zurichoise extrêmement topique de STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, intitulée *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB* et publiée en 2003, que le Tribunal fédéral a étonnamment omis de citer dans son arrêt.⁴⁵

³⁹ Arrêt du TF 6B_939/2014 du 11 juin 2015, consid. 1.3.2.

⁴⁰ Arrêt de l'Obergericht du canton d'Argovie SST.2015.169 du 1^{er} mars 2016, consid. 2.4.

⁴¹ *Idem*, consid. 2.3.1.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Sur l'importance de ce critère dès lors que la criminalisation des actes d'ordre sexuel vise, entre autres, à éviter des grossesses non désirées chez les adolescentes (voir Conseil fédéral [n. 9], 1081, et CourEDH *M.D. c. Irlande* 50936/12 (2014), ch. 39).

⁴⁴ Voir, dans le même sens, SUTER-ZÜRCHER (n. 11), 114, qui évoque le cas d'une adolescente qui coucherait avec un jeune homme en craignant qu'à défaut, celui-ci ne rompe avec elle. Apparemment, l'application de l'art. 187 ch. 3 CP aurait été niée par le Tribunal fédéral dans un tel cas (voir arrêt résumé, sans référence, dans WIPRÄCHTIGER [n. 12], 125 s.).

⁴⁵ Voir SUTER-ZÜRCHER (n. 23), spéc. 106–115.