

**Rapport explicatif
concernant une modification de la Constitution, du code
pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs
(interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact
et interdiction géographique)**

Janvier 2011

2005-.....

1

Condensé

Il importe de protéger les mineurs et autres personnes particulièrement vulnérables contre les délinquants ayant déjà commis des actes visant ces catégories de personnes. Le Conseil fédéral propose à cet effet d'instaurer trois nouvelles interdictions de droit pénal – l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique – complétées par l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire des candidats à certaines activités professionnelles et non professionnelles.

La motion Carlo Sommaruga 08.3373 intitulée « Prévention pénale accrue en matière de pédocriminalité et autres infractions » charge le Conseil fédéral de modifier les règles concernant l'interdiction d'exercer une profession (actuels art. 67 et 67a du code pénal; CP, RS 311.0) Le Conseil fédéral propose de modifier la Constitution, le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal des mineurs afin de mettre en œuvre cette motion.

Le projet s'articule autour de l'extension de l'interdiction d'exercer une profession.

- L'interdiction pourra à l'avenir aussi porter sur une activité non professionnelle, exercée dans une association ou autre organisation.

- En conséquence, l'interdiction d'exercer une profession deviendra une « interdiction d'exercer une activité ».

- L'avant-projet prévoit deux formes aggravées d'interdiction d'exercer une activité. Premièrement, le juge pourra interdire l'exercice d'une activité à l'auteur même si ce n'est pas dans le cadre de cette activité qu'il a commis une infraction si la victime est un mineur ou une autre personne particulièrement vulnérable. Deuxièmement, l'interdiction sera infligée d'office dans le cas de certains actes d'ordre sexuel contre des mineurs.

- Deux interdictions seront créées en complément: l'interdiction de contact et l'interdiction géographique, inspirées par l'art. 28b du code civil.

Les nouvelles interdictions seront intégrées au code pénal militaire (CPM) et, sous une forme atténuée, au droit pénal des mineurs (DPMIn), qui ne comporte pas aujourd'hui de norme sur l'interdiction d'exercer une profession.

Sur un deuxième plan, le projet règle la mise en application de ces interdictions.

- L'interdiction d'exercer une activité sera couplée à l'instauration d'un extrait spécial du casier judiciaire destiné à des particuliers. Ce type d'extrait devra toujours être demandé aux candidats à une activité professionnelle ou non professionnelle impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou autres personnes particulièrement vulnérables. Les ressortissants étrangers devront produire un document équivalent.

- La Confédération ne disposant pas aujourd'hui du pouvoir de régler ce point de manière générale, une nouvelle disposition constitutionnelle lui donnera la compétence de légiférer pour prévenir les infractions contre les mineurs et les autres personnes particulièrement vulnérables.

Les avant-projets présentés ici excèdent le cadre de la motion Carlo Sommaruga pour tenir compte d'autres interventions parlementaires visant à protéger les enfants des abus sexuels. Le rapport expose des variantes moins sévères.

Condensé	2
1 Présentation de l'objet	6
1.1 Contexte	6
1.1.1 L'interdiction d'exercer une profession dans le droit actuel	6
1.1.2 Les possibilités actuelles d'interdire l'exercice d'une activité non professionnelle, des contacts avec des personnes définies ou une proximité géographique	7
1.1.3 La motion Carlo Sommaruga	7
1.1.4 Autres interventions parlementaires portant sur la protection pénale des enfants face aux abus sexuels	8
1.1.4.1 Vue d'ensemble	8
1.1.4.2 Iv. pa. Darbellay 04.473. Interdiction d'exercer une profession en rapport avec les enfants pour les auteurs d'actes pédophiles	9
1.1.4.3 Iv. pa. Simoneschi-Cortesi 04.469. Obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire des personnes qui travaillent avec les enfants	10
1.1.4.4 Iv. pa. Freysinger 04.441. Condamnation pour pédophilie. Non-radiation du casier judiciaire	11
1.1.4.5 Iv. pa. de la CAJ-N 08.448. Interdiction d'exercer une profession pour les auteurs d'actes pédosexuels	11
1.1.4.6 Motion Rickli 08.3033. Créer un registre national pour les pédophiles récidivistes	11
1.1.4.7 Iv. pa. Rickli 09.423. Registre des pédophiles, des délinquants sexuels et des auteurs de violences	12
1.1.5 Initiative populaire fédérale « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants »	12
1.2 Les changements proposés	12
1.2.1 Modification de la Constitution	12
1.2.2 Modification du code pénal	14
1.2.2.1 Interdiction d'exercer une activité non professionnelle organisée	14
1.2.2.2 Interdiction d'exercer une activité faite aux auteurs d'actes qui <i>n'ont pas</i> été commis dans l'exercice de cette activité	15
1.2.2.3 Interdiction qualifiée d'exercer une activité au nom de la protection des mineurs et autres personnes particulièrement vulnérables	16
1.2.2.4 Interdiction qualifiée d'exercer une activité au nom de la protection des mineurs contre les délinquants sexuels	17
1.2.2.5 Durée supérieure des interdictions qualifiées d'exercer une activité	17
1.2.2.6 Interdiction de contact et interdiction géographique	18
1.2.2.7 Mise en œuvre des interdictions sur trois plans différents	19
1.2.2.8 Modification du droit du casier judiciaire	20
1.2.3 Modification du code pénal militaire	21
1.2.4 Modification du droit pénal des mineurs	21

1.2.5 Relation avec la future loi sur le casier judiciaire	21
1.3 Appréciation de la solution proposée	21
1.3.1 Portée limitée des interdictions	21
1.3.2 Une réglementation sévère dans la ligne des interventions parlementaires	22
1.3.3 Variante	23
1.4 Droit comparé	24
1.4.1 Introduction	24
1.4.2 Interdiction d'exercer des activités non professionnelles	24
1.4.3 Interdiction d'exercer une activité faite aux auteurs d'actes qui <i>n'ont pas</i> été commis dans l'exercice de cette activité	25
1.4.4 Interdiction de contact et interdiction géographique	25
1.4.5 Conditions auxquelles l'interdiction peut être prononcée	26
1.4.5.1 Acte déterminant	26
1.4.5.2 Peine minimale	26
1.4.5.3 Pronostic	26
1.4.6 Interdictions systématiques	27
1.4.7 Durée de l'interdiction	27
1.4.8 Exécution de l'interdiction	27
1.4.8.1 Survol	27
1.4.8.2 Allemagne: extrait spécial du casier judiciaire	28
1.4.8.3 Autriche: communication de renseignements sur les délinquants sexuels	28
1.4.8.4 France: fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes	29
1.4.8.5 Belgique: extrait de casier judiciaire modèle 2	29
1.4.8.6 Suède: obligation de demander un extrait du casier judiciaire	29
1.4.8.7 Royaume-Uni: système global d'encadrement	30
1.4.8.8 Canada: contrôle et registre spécial	30
2 Commentaire des dispositions	30
2.1 Modification de la Constitution	30
2.2 Modification du code pénal	32
2.2.1 Art. 19, al. 3	32
2.2.2 Art. 67 (Interdiction d'exercer une activité)	32
2.2.3 Art. 67a (Interdiction de contact et interdiction géographique)	34
2.2.4 Art. 67b (Exécution de l'interdiction)	34
2.2.5 Art. 67c (Modification ou prononcé ultérieur de l'interdiction)	35
2.2.6 Art. 95, al. 1, 6 et 7	35
2.2.7 Art. 105, al. 3	35
2.2.8 Art. 187, ch. 3	35
2.2.9 Art. 294 (Infraction à l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact ou l'interdiction géographique)	36
2.2.10 Art. 366, al. 3	36
2.2.11 Art. 369, al. 4 ^{er}	36
2.2.12 Art. 369a (Elimination des jugements prononçant une interdiction d'exercer une activité, de contact ou géographique)	36

2.2.13 Art. 371a (Extrait spécial du casier judiciaire destiné à des particuliers)	37
2.3 Modification du code pénal militaire	37
2.4 Modification du droit pénal des mineurs	37
2.4.1 Art. 16a (Interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique)	37
2.4.2 Art. 19, al. 4	38
2.5 Nouvelle loi sur le casier judiciaire	38
2.5.1 Obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire	38
2.5.1.1 Remarque préliminaire	38
2.5.1.2 Personnes condamnées en Suisse	39
2.5.1.3 Personnes condamnées à l'étranger	39
2.5.1.4 Parents et proches	41
2.5.1.5 Régime transitoire	42
2.5.1.6 Dispositions d'exécution	42
2.5.2 Nouvelles dispositions pénales	42
2.5.2.1 Non-respect de l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire	42
2.5.2.2 Engagement d'une personne au mépris d'une interdiction d'exercer une activité	42
2.5.3 Les délais au regard de l'extrait du casier judiciaire actuel (art. 371 CP)	43
3 Conséquences	43
3.1 Pour la Confédération	43
3.2 Pour les cantons et les communes	43
3.3 Pour l'économie	44
4 Lien avec le programme de la législature	44
5 Aspects juridiques	44
5.1 Constitutionnalité	44
5.1.1 Compétence législative	44
5.1.2 Conformité aux droits fondamentaux	44
5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse	47
5.2.1 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101)	47
5.2.2 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU, RS 0.103.1)	48
5.2.3 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU, RS 0.103.2)	49
5.2.4 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)	49
5.2.5 Convention du Conseil de l'Europe du 25 octobre 2007 sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Convention de Lanzarote)	49
5.2.6 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes	49

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

1.1.1 L'interdiction d'exercer une profession dans le droit actuel

Le code pénal (CP, RS 311.0) prévoit une interdiction d'exercer une profession applicable aux adultes depuis 1942, date de son entrée en vigueur.

Jusqu'à la fin de 2006, cette interdiction, conçue comme une peine accessoire, ne pouvait toucher que des professions subordonnées à autorisation officielle (art. 54 aCP). En d'autres termes, elle s'appliquait à des activités déjà soumises à une surveillance, qui pouvaient faire l'objet d'un retrait de l'autorisation. Prévoir une interdiction supplémentaire de droit pénal n'était donc pas une nécessité.

L'interdiction d'exercer une profession était cependant critiquée pour une autre raison: l'obstacle qu'elle représentait à la resocialisation du condamné. Lors des travaux relatifs à la révision de la partie générale du code pénal et du droit pénal des mineurs, des réflexions similaires ont mené les experts à omettre toute interdiction de ce genre dans leur avant-projet (voir rapport de la commission d'experts PG-CP, 1993, p. 89 s).

Suite à la consultation, l'interdiction d'exercer une profession a toutefois non seulement été réintégrée dans le CP (classée désormais parmi les « autres mesures »; art. 67 et 67a CP), mais étendue aux professions *non soumises à une autorisation* (voir le message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs; FF 1999 1787, ch. 213.472). Pour parer aux inconvénients de l'interdiction en termes de resocialisation du condamné, on l'a formulée de manière restrictive de façon à la limiter aux cas les plus graves. On a également prévu la possibilité d'interdire, dans l'exercice d'une profession, certaines activités seulement – celles que l'auteur risque d'utiliser pour commettre des abus. Enfin, le juge a été habilité à interdire à une personne d'exercer une activité de manière indépendante avant de la lui interdire complètement si nécessaire.

Peu avant l'adoption de la nouvelle partie générale du code pénal par le Parlement, certaines voix s'élevaient déjà pour demander une nouvelle extension de l'interdiction d'exercer une profession, dans le cadre du débat sur la prévention des infractions d'ordre sexuel contre des enfants, et de nombreuses interventions ont été déposées.

L'interdiction d'exercer une profession n'a été intégrée dans le code pénal militaire (CPM, RS 321.0) qu'au moment de la révision de la partie générale du code pénal entrée en vigueur en 2007 (art. 50 et 50a CPM).

Comme l'ancien droit pénal des mineurs (art. 82 ss aCP), le nouveau droit pénal des mineurs (DPMIn, RS 311.1) ne prévoit pas d'interdiction d'exercer une profession pour les jeunes délinquants.

1.1.2 Les possibilités actuelles d'interdire l'exercice d'une activité non professionnelle, des contacts avec des personnes définies ou une proximité géographique

Les tribunaux et les autorités d'exécution peuvent, sur la base du CP, limiter les activités professionnelles ou non professionnelles du condamné ou lui interdire certains contacts ou certains lieux en lui imposant des règles de conduite. Ils ne peuvent cependant avoir recours à cet instrument que pendant le délai d'épreuve (lié à une peine assortie d'un sursis ou d'un sursis partiel ou bien à une libération conditionnelle d'une sanction entraînant une privation de liberté, art. 44, al. 2, 62, al. 3, 64a, al. 1, et 87, al. 2, CP) ou pendant un traitement ambulatoire (art. 63, al. 2, CP). Il appartient à l'autorité compétente d'apprécier la nécessité des règles de conduite (cf. art. 94 et 95 CP). Les mêmes dispositions se retrouvent dans le CPM, en partie sous forme de simple renvoi au CP (art. 34, al. 1, 38, al. 2, 47 et 54 CPM).

Le DPMIn prévoit lui aussi des règles de conduite, fixées pour la durée du délai d'épreuve, qui peuvent inclure une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique. Le délai d'épreuve est lié soit à une réprimande (art. 22, al. 2, DPMIn), soit à la libération conditionnelle d'une privation de liberté (art. 29, al. 2, DPMIn), soit à une peine avec sursis ou sursis partiel (art. 35, al. 2, en relation avec l'art. 29 DPMIn).

Des interdictions de contact et des interdictions géographiques peuvent aussi être ordonnées à titre de protection contre la violence (en particulier la violence domestique), les menaces et le harcèlement, sur la base de l'art. 28b du code civil.

Les interdictions géographiques dont on a le plus parlé sont sans doute celles qui frappent les hooligans. Inscrites jusqu'à la fin 2009 à l'art. 24b de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI, RS 120), elles font depuis le 1^{er} janvier 2010 l'objet des art. 4 et 5 du concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives (voir www.kkjpd.ch, rubrique « Archives », sous « Contrats/conventions »).

1.1.3 La motion Carlo Sommaruga

La motion Carlo Sommaruga 08.3373 « Prévention pénale accrue en matière de pédo-criminalité et autres infractions », acceptée le 3 septembre 2008 par le Conseil national et le 12 mars 2009 par le Conseil des Etats, a la teneur suivante:

« Le Conseil fédéral est chargé de formuler une proposition de révision du Code pénal - dans le respect des principes généraux de l'ordre légal pénal - qui introduise dans la partie générale une disposition sur des mesures - applicables notamment aux auteurs d'infractions à l'intégrité sexuelle des enfants, tendant à:

- l'interdiction d'une profession non seulement si l'acte criminel est commis en relation avec celle-ci;
- l'interdiction de faire partie comme membre bénévole, membre du personnel ou organe de toute personne morale, association ou groupement dont l'activité concerne des personnes du type de la victime;
- l'interdiction d'entrer en contact avec des personnes ou des groupes de personnes déterminés;

- le suivi par un tutorat judiciaire pénal des personnes soumises à ces mesures par jugement. »

Son développement offre les précisions suivantes:

« En matière de délits sexuels sur les mineurs, de nombreuses initiatives parlementaires ou motions visent à introduire des mesures de contrôle ou des règles spéciales pour prévenir la réitération de délits et crimes d'ordre sexuel (cf. propositions Darbellay, Simoneschi-Cortesi ou encore Freysinger). Ces propositions ont un triple défaut:

- elles se limitent au seul domaine des délits sexuels;
- elles sont intrusives car elles obligent tout le monde;
- elles ne prévoient pas un suivi du délinquant.

La proposition s'inspire de la solution qui a été adoptée en Belgique après l'affaire Dutroux, et se veut une réponse au risque de voir des délinquants réitérer des actes une fois libérés ou condamnés avec un sursis.

L'idée est d'étendre les mesures prévues dans la partie générale du Code pénal permettant au juge de prononcer des restrictions en matière de relations personnelles, d'interdiction professionnelle ou d'interdiction géographique et d'introduire un tutorat pénal individuel qui suive les personnes remises en liberté. Cela permet de prévenir des récidives et d'autre part d'individualiser le contrôle sans toucher les autres citoyens. Cela implique une responsabilité accrue du juge et une responsabilité de l'Etat dans le suivi des décisions de justice.

A titre d'exemple, en matière de pédocriminalité, cela devrait aboutir à ce que le tuteur pénal empêche la conclusion d'un contrat de travail ou informe une personne ayant des enfants et en contact avec le condamné du risque encouru.

La proposition est non formulée, pour permettre au Conseil fédéral de trouver la solution la plus compatible avec notre ordre juridique. »

1.1.4 Autres interventions parlementaires portant sur la protection pénale des enfants face aux abus sexuels

1.1.4.1 Vue d'ensemble

La motion Carlo Sommaruga se présente comme une solution de rechange à trois initiatives parlementaires qui n'ont pas été acceptées par les Chambres fédérales, ou n'y ont trouvé qu'un soutien limité, car elles accusaient certaines carences.

- **Iv. pa. Darbellay 04.473. Interdiction d'exercer une profession en rapport avec les enfants pour les auteurs d'actes pédophiles.** Acceptée par le Conseil national (contre l'avis de sa Commission des affaires juridiques [CAJ-N]) et rejetée par le Conseil des Etats. Les délibérations au sein de la CAJ-N ont ensuite été suspendues.

- **Iv. pa. Simoneschi-Cortesi 04.469. Obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire des personnes qui travaillent avec les enfants.** Acceptée par le Conseil national (contre l'avis de la CAJ-N) et rejetée par le Conseil des Etats. Les délibérations au sein de la CAJ-N ont ensuite été suspendues. Une motion du même

auteur (02.3494. Obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire des personnes qui travaillent avec des enfants) a été classée car les délais étaient écoulés.

- **Iv. pa. Freysinger 04.441. Condamnation pour pédophilie. Non-radiation du casier judiciaire.** Rejetée par le Conseil national le 6 mars 2008 (premier conseil).

Outre la motion Carlo Sommaruga, une initiative parlementaire a été déposée par la CAJ-N au cours des délibérations sur les initiatives Darbellay et Simoneschi-Cortesi, demandant un remaniement de l'interdiction d'exercer une profession.

- **Iv. pa. de la CAJ-N 08.448. Interdiction d'exercer une profession pour les auteurs d'actes pédosexuels.** La CAJ-E y ayant donné suite, la CAJ-N a cependant décidé, le 27 mars 2009, d'attendre que le Conseil fédéral présente un projet en exécution de la motion Carlo Sommaruga avant de la mettre en œuvre.

La motion Carlo Sommaruga a des liens indirects avec deux autres interventions.

- **Motion Rickli 08.3033. Créer un registre national pour les pédophiles récidivistes.** Acceptée par le Conseil national le 3 juin 2009. Le Conseil des Etats l'a rejetée le 29 novembre 2010.

- **Iv. pa. Rickli 09.423. Registre des pédophiles, des délinquants sexuels et des auteurs de violences.** Acceptée par le Conseil national le 14 septembre 2010. Le Conseil des Etats l'a rejetée le 29 novembre 2010.

Toutes ces interventions parlementaires proposent différentes solutions qui dessinent les lignes à suivre et les limites à respecter dans la réalisation de la motion Carlo Sommaruga. Nous allons les analyser dans les paragraphes qui suivent.

1.1.4.2 Iv. pa. Darbellay 04.473. Interdiction d'exercer une profession en rapport avec les enfants pour les auteurs d'actes pédophiles

Cette initiative prévoit qu'une personne ayant commis des actes d'ordre sexuel sur des enfants de moins de seize ans (art. 187 CP) se voit interdire par le juge, pour dix ans au moins, d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact régulier avec des mineurs.

Elle appelle plusieurs réserves.

Tout d'abord, l'art. 187 CP est une norme pénale subsidiaire, qui couvre aussi des infractions sexuelles de peu de gravité. Le prendre comme référence conduit à aller à la fois trop loin et pas assez.

- Trop loin parce que l'interdiction s'appliquerait à des cas de relations librement consenties entre adolescents ayant plus de trois ans d'écart (même dans les cas visés par l'art. 187, ch. 3, CP, un verdict de culpabilité, éventuellement sans sanction, peut être rendu). Elle toucherait les diverses formes de participation, tel le cas de parents qui auraient favorisé les relations en question.
- Pas assez loin en ce sens qu'en raison de la limite de seize ans, celui qui contraindrait et violerait une personne de 17 ans et qui consommerait par ailleurs de la pédopornographie ne serait pas touché par cette disposition. Or de telles personnes ne devraient pas pouvoir travailler avec des enfants. Autre exemple, un jeune de 18 ans qui violerait quelqu'un de seize ans échapperait aussi à cette norme puisqu'il y aurait moins de trois ans d'écart (art. 187, al. 2, CP); ce n'est pas l'art. 187 qui s'applique en ce cas, mais l'art. 190 CP.

De plus, l'initiative ne précise pas comment faire respecter l'interdiction ni si elle s'applique aussi aux mineurs.

1.1.4.3 Iv. pa. Simoneschi-Cortesi 04.469. Obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire des personnes qui travaillent avec les enfants

Cette initiative demande que le droit régissant les rapports de travail soit complété de manière à garantir la production d'un extrait du casier judiciaire pour toute personne susceptible d'être engagée pour une fonction la mettant en relation avec des enfants ou adolescents de moins de seize ans et que soit réglée la situation où des personnes sont en relation avec des enfants ou adolescents de moins de seize ans, sans que cela relève d'un contrat de travail (bénévolat, par ex.). Les personnes de moins de 25 ans devraient présenter une déclaration signée.

L'idée à la base de cette intervention ne pose pas de problème. L'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers est souvent demandé aujourd'hui. Certes, en faire une obligation serait une lourde charge pour les services du casier judiciaire. Toutefois, le véritable obstacle à la réalisation de l'initiative réside dans l'aspect lacunaire des compétences de la Confédération.

- La Confédération peut régler la tenue du **casier judiciaire** et son contenu ainsi que la communication, à des fins bien précises, des données qui y sont inscrites, mais l'art. 123 Cst. (Droit pénal) ne l'autorise pas à légiférer sur l'exercice de certaines professions et activités ni à les faire dépendre de la production d'un extrait du casier judiciaire.
- Les compétences en matière de **police du commerce** que lui confère l'art. 95 Cst. (Activité économique lucrative privée) ne se rapportent qu'aux activités commerciales et non aux activités bénévoles.
- Il n'est possible à la Confédération de légiférer sur les activités non professionnelles que dans deux domaines:
 - elle a des compétences ponctuelles dans le domaine du **sport** (art. 68 Cst.); elle pourrait subordonner son soutien financier à l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire aux candidats à une activité au contact des enfants;
 - la même règle pourrait s'appliquer aux **activités extrascolaires des enfants et des jeunes**, qui relèvent de l'art. 67 Cst. (Encouragement des enfants et des jeunes).
- Les art. 63 et 63a Cst. (**Formation professionnelle et Hautes écoles**) permettraient d'appliquer les nouvelles règles aux personnes actives dans ces deux domaines.
- Il serait incongru de compléter le **droit du travail** et les **dispositions sur le mandat** sur la base de l'art. 122 Cst. (Droit civil), car les règles à édicter ne relèvent pas du droit privé. De plus, une modification du droit du travail ne s'appliquerait pas aux membres de l'enseignement public, qui ne sont pas employés sur la base d'un contrat de droit privé.

1.1.4.4 Iv. pa. Freysinger 04.441. Condamnation pour pédophilie. Non-radiation du casier judiciaire

Ce texte, rejeté par le Conseil national, demandait que les inscriptions des condamnations pour des actes d'ordre sexuel commis sur des enfants de moins de seize ans (art. 187 CP) ne soient jamais radiées du casier judiciaire.

La principale objection qu'il a suscitée est la référence à l'art. 187 CP, comme dans le cas de l'initiative Darbellay (voir ch. 1.1.4.2). Il aurait eu en outre des conséquences terriblement négatives en termes de resocialisation des délinquants. L'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers n'est pas uniquement utilisé à des fins de protections des enfants mais, de manière plus générale, pour la recherche d'un logement ou d'un emploi. Par ailleurs, la proposition revient en pratique à une interdiction à vie d'exercer une profession donnée, ce qui est disproportionné, ne serait-ce qu'en raison de l'absence de réexamen de la décision. Il n'est pas clair, ici non plus, si les délinquants mineurs sont concernés par l'initiative.

1.1.4.5 Iv. pa. de la CAJ-N 08.448. Interdiction d'exercer une profession pour les auteurs d'actes pédosexuels

L'initiative de la commission contient une proposition rédigée de disposition destinée à venir compléter les art. 67 et 67a CP. Elle prévoit essentiellement que le juge peut interdire à l'auteur, pour une durée indéterminée, l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité de loisirs organisée s'il est condamné pour certaines infractions d'ordre sexuel commises sur des enfants de moins de seize ans. La commission envisage la création d'un registre ad hoc et l'obligation d'en présenter des extraits. Concernant cette obligation, les mêmes réserves sont de mise que pour l'initiative parlementaire Simoneschi-Cortesi (voir ch. 1.1.4.3). La CAJ-N pense pourtant qu'elle pourrait se fonder de manière globale et générale sur l'art. 123 Cst., estimant qu'elle relève de l'exécution des peines et des mesures au sens de l'art. 123, al. 3, 1^{re} phrase, Cst. (voir ch. 1.2.1).

La motion Carlo Sommaruga et l'initiative de la CAJ-N exigent toutes deux une modification matérielle de l'interdiction d'exercer une profession réglée à l'art. 67 CP. La motion Carlo Sommaruga demande en plus la création d'interdictions de contact et d'interdictions géographiques. Les deux interventions divergent sur la manière de faire appliquer l'interdiction.

1.1.4.6 Motion Rickli 08.3033. Créer un registre national pour les pédophiles récidivistes

Le registre demandé par cette motion, qui a été rejetée, est destiné principalement à l'information des autorités de poursuite pénale, mais des données pourraient également être transmises, lorsque les circonstances le justifient et sur présentation d'une demande, à des institutions qui s'occupent d'enfants ou de jeunes (jardins d'enfants, écoles, associations, etc.) ou à des personnes concernées (par ex. les parents).

Ce registre n'est pas sans ressemblance avec le registre des interdictions prôné par l'initiative parlementaire de la CAJ-N 08.448. Du point de vue du Conseil fédéral, un registre des personnes condamnées pour des actes pédophiles n'est pas nécessaire. La Suisse dispose déjà d'une banque de données dans laquelle sont

inscrites les condamnations pour actes d'ordre sexuel: le casier judiciaire central, VOSTRA. Il existe en outre d'autres banques de données nationales dans des domaines cruciaux (par ex. la banque de données des profils ADN ou celle des empreintes digitales, Afis). Les cantons ont développé, dans le cadre d'un concordat, un registre de recherches (Viclas) qui contient des données permettant l'identification de criminels et des informations sur les caractéristiques des infractions (voir la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Rickli 08.3462 « Registre des pédophiles, des délinquants sexuels et des auteurs de violences »).

1.1.4.7 Iv. pa. Rickli 09.423. Registre des pédophiles, des délinquants sexuels et des auteurs de violences

Cette initiative, elle aussi rejetée, diffère dans son orientation de la motion dont nous venons de parler. La liste des infractions est bien plus longue. L'initiative ne propose plus de fournir des informations au public mais elle met l'accent sur les droits d'accès des autorités de poursuite pénale (y compris la police). Il est aussi question d'inscrire dans le registre des données qui relèvent de l'exécution (libération et congé des personnes condamnées). Les arguments qui s'opposent à cette initiative sont analogues à ceux qui suscite la motion Rickli 08.3033 (voir ch. 1.1.4.6).

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

Cette initiative populaire demande la création d'un nouvel art. 123c dans la Cst., intitulé « Mesure consécutive aux infractions sexuelles sur des enfants, des personnes incapables de résistance ou de discernement ». Il aurait la teneur suivante:

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

Le délai de la récolte des signatures court depuis le 20 octobre 2009 et jusqu'au 20 avril 2011 (FF 2009 6359).

1.2 Les changements proposés

1.2.1 Modification de la Constitution

Le choix des moyens de faire appliquer l'interdiction d'exercer une activité est une question primordiale. A l'heure actuelle, les autorités d'exécution des peines et mesures ne contrôlent guère si les interdictions d'exercer une profession sont respectées.

La motion Carlo Sommaruga appelle à un « suivi par un tutorat judiciaire pénal » des personnes frappées d'une interdiction d'exercer une activité, d'une interdiction de contact ou d'une interdiction géographique. La solution qui semble s'imposer est de confier ce suivi aux services chargés de l'assistance de probation qui contrôlent aujourd'hui le respect des règles de conduite. Notons que la surveillance devrait en toute logique s'étendre aux ressortissants étrangers venus s'établir en Suisse et

contre lesquels une interdiction d'exercer une activité a été prononcée à l'étranger. Il faudrait très certainement développer les capacités des services d'assistance de probation. Reste encore à savoir si les agents de probation sont en mesure d'accomplir toutes les tâches de contrôle et de surveillance liées à l'application des interdictions.

Parallèlement, nous allons donc tenter de donner corps au registre envisagé par la CAJ-N dans l'initiative parlementaire 08.448, en élaborant des dispositions fédérales instituant une obligation d'exiger des personnes qui doivent s'occuper d'enfants, de jeunes ou d'autres personnes vulnérables dans le cadre d'un emploi ou d'une autre activité qu'elles produisent un extrait – spécial – du casier judiciaire. Cette obligation s'adresserait aux employeurs et aux organisations (associations, etc.) qui veulent s'assurer les services d'un tiers pour s'occuper de mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. Il faut avant toute chose déterminer si cette disposition peut se fonder sur l'art. 123 Cst.

Le Conseil fédéral a toujours soutenu l'avis que la Confédération n'avait que des compétences ponctuelles pour instaurer une obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire (voir les explications relatives à l'iv. pa. Simoneschi-Cortesi 04.469, ch. 1.1.4.3). La CAJ-N, à l'inverse, estime que l'art. 123 Cst. peut fonder une compétence globale et générale de la Confédération lui permettant de légiférer en ce sens, car il s'agit de l'exécution d'une mesure au sens de l'art. 123, al. 3, 1^{re} phrase, Cst.

Les destinataires des dispositions envisagées ne sont pas les autorités d'exécution des peines et des mesures, sauf pour autant qu'elles engagent du personnel chargé de s'occuper de mineurs. Elles s'adressent en premier lieu aux employeurs et institutions des domaines privé et public (y compris les institutions ecclésiastiques par ex.), à qui elles enjoignent de remplir une tâche dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures, ce qui excède certainement la portée de l'art. 123 Cst. L'exécution des peines et des mesures est considérée comme une tâche relevant de la puissance publique, si bien que la possibilité d'y associer des particuliers est très limitée (voir par ex. l'art. 387, al. 4, let. b, CP). Les normes que la Confédération peut édicter en la matière en vertu de l'art. 123, al. 3, Cst. ont pour destinataires les cantons, à qui incombe l'exécution des peines et mesures selon l'al. 2 du même article. L'art. 123 Cst. ne peut donc pas servir de base constitutionnelle à une législation fédérale imposant des obligations dans ce domaine à des particuliers. D'ailleurs, même en admettant que l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire relève de l'exécution des peines, la Confédération ne serait pas habilitée à adopter des dispositions imposant une obligation similaire aux personnes domiciliées à l'étranger qui s'intéressent à une activité en Suisse en contact avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables.

Il n'est pas interdit pour autant dans tous les domaines à la Confédération d'imposer une obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire. Le législateur peut instaurer des obligations sectorielles sur la base d'autres compétences constitutionnelles, comme le Conseil fédéral l'a exposé dans son avis sur la motion Simoneschi-Cortesi 02.3494. Les cantons sont aussi habilités, dans leurs domaines de compétence, à légiférer en ce sens.

Si la Confédération n'est pas habilitée à instaurer une obligation générale d'exiger un extrait du casier judiciaire, les institutions et les employeurs peuvent de leur côté

en demander, sur une base volontaire, aux personnes appelées à travailler avec des enfants, des jeunes ou d'autres personnes particulièrement vulnérables.

En résumé, la Cst. ne permet pas d'instaurer une telle obligation dans tous les domaines, mais seulement dans certaines lois fédérales, et les cantons ne peuvent pas être contraints à adopter des règles correspondantes.

A ce stade de la réflexion, on est amené à se demander si la Confédération ne pourrait pas prévoir l'obligation de communiquer les interdictions d'exercer une activité, les interdictions de contact et les interdictions géographiques à certaines institutions (sur le modèle des art. 363 et 364 CP), par exemple aux autorités scolaires cantonales. La portée en serait toutefois très limitée. Pour protéger tous ceux que l'on vise, il faudrait pouvoir toucher toutes les associations et autres organisations qui encadrent des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. Or elles ne sont pas forcément soumises à une autorité cantonale. Il serait très difficile de toutes les couvrir. En outre, en cas de communication obligatoire, il faudrait signaler les délinquants frappés d'une interdiction à toutes les autorités, associations et autres organisations, même s'ils n'ont pas l'intention de s'intéresser à un emploi dans une école ou à une activité dans une association de jeunes. Difficile à appliquer et disproportionnée, cette mesure aurait un coût énorme. De plus, elle ne permettrait pas de résoudre le cas des étrangers domiciliés dans un autre Etat qui désirent exercer en Suisse une activité impliquant des contacts avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, et sur lesquelles il faudrait aussi recueillir les renseignements pertinents.

Pour toutes ces raisons, nous proposons ici un complément à l'art. 123 Cst. (en raison du lien étroit entre droit pénal et droit de l'exécution des peines et mesures). Une nouvelle délégation de compétence habilitera la Confédération à légiférer pour protéger les mineurs et les autres personnes particulièrement vulnérables en tant que victimes potentielles d'infractions.

1.2.2 Modification du code pénal

1.2.2.1 Interdiction d'exercer une activité non professionnelle organisée

On a vu qu'il était aujourd'hui possible d'interdire des activités non professionnelles durant le délai d'épreuve, par le biais de règles de conduite (en cas de sursis ou de libération conditionnelle d'une peine ou d'une mesure). Il s'agit de pouvoir le faire à l'avenir en dehors du délai d'épreuve.

L'initiative parlementaire de la CAJ-N 08.448 circonscrit les activités non professionnelles pouvant être interdites aux activités de loisirs organisées mettant l'auteur en relation avec des enfants de moins de seize ans. La motion Carlo Sommaruga demande que le juge puisse interdire à une personne condamnée de faire partie comme membre bénévole, membre du personnel ou organe de toute personne morale, association ou groupement dont l'activité concerne des personnes du type de la victime. Si le mandat au Conseil fédéral ne se réfère expressément qu'aux auteurs d'infractions à l'intégrité sexuelle des enfants, le titre et le développement de la motion étendent son domaine d'application à d'autres infractions.

Les actes d'ordre sexuels commis envers des enfants sont souvent perpétrés par des personnes qui ont acquis la confiance de l'enfant, ce qui est possible non seulement dans le cadre professionnel mais aussi tout particulièrement en dehors.

L'avant-projet (art. 67 AP-CP) ne prévoit cependant pas que l'on puisse interdire toutes les activités extraprofessionnelles, mais seulement celles qui ont lieu dans un cadre organisé. Il vise principalement les situations dans lesquelles les parents confient leur enfant à la garde d'un tiers (association ou autre organisation). Les parents doivent pouvoir supposer que leur enfant ne court pas de danger en étant remis entre les mains d'un repris de justice. L'interdiction d'exercer une activité non professionnelle organisée ne concernera par contre pas la prise en charge de mineurs dans le cadre privé, par des membres de la famille ou par des proches. Sur ce point, la distinction est nette entre cette mesure et l'interdiction de contact ou l'interdiction géographique (art. 67a AP-CP) qui couvrent tous types de situations. D'ailleurs, l'idée d'exiger systématiquement un extrait du casier judiciaire pour des activités qui n'auraient pas lieu dans un cadre organisé est irréaliste. Il faudra préciser dans une ordonnance à quelles activités professionnelles et non professionnelles cette obligation s'applique (voir ch. 2.5.1).

L'interdiction d'exercer une activité professionnelle et l'interdiction d'exercer une activité non professionnelle organisée seront soumises aux mêmes conditions et regroupées dans le même article, sous la notion commune d'« interdiction d'exercer une activité » (art. 67 AP-CP).

1.2.2.2 Interdiction d'exercer une activité faite aux auteurs d'actes qui n'ont pas été commis dans l'exercice de cette activité

L'art. 67 CP permet aujourd'hui d'ordonner une interdiction d'exercer une profession à l'auteur d'une infraction commise dans le cadre de cette même profession. Quelqu'un qui aurait commis des abus sexuels sur des enfants au cours de ses loisirs ne pourrait pas se voir interdire de devenir enseignant d'école primaire. La portée de cette réglementation est trop réduite et doit être étendue dans le sens de la motion Carlo Sommaruga.

Or, s'il est facile de concevoir l'intérêt qu'il y a à étendre l'interdiction dans le domaine des actes d'ordre sexuel commis contre des mineurs, pour ce qui est des autres types d'infractions, il ne serait pas évident de déterminer quelle activité interdire lorsque l'acte punissable n'a pas été commis dans le cadre de cette activité. Quelle profession proscrire à un jardinier de métier qui, dans son temps libre, falsifie des documents à des fins d'escroquerie ? On le voit, étendre sans distinction la portée de l'art. 67 CP ferait perdre tout contour à cette norme. Le juge serait obligé de considérer, dans chaque cas, quelles activités il faut empêcher l'auteur d'exercer, en considérant toutes celles que celui-ci pourrait potentiellement embrasser.

Il faut garder à l'esprit que toute condamnation pour un crime ou un délit figure un certain temps sur l'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers (cf. art. 371 CP). Quelqu'un peut donc se voir empêché d'exercer une activité professionnelle alors qu'il a commis un acte punissable dans ses loisirs et que le juge n'a pas pu ordonner une interdiction d'exercer une profession. Dans de nombreux domaines d'activité, on demande aujourd'hui un extrait du casier judiciaire aux candidats à un emploi. Dans les secteurs sensibles tels que la banque, les assurances, les aéroports,

etc., on va même jusqu'à en demander régulièrement, avec le consentement des personnes concernées, afin de contrôler l'aptitude du personnel.

L'interdiction générale d'exercer une activité au sens de l'art. 67 AP-CP ne sera donc pas indistinctement étendue à toutes sortes de cas; elle ne le sera qu'aux actes punissables commis à l'encontre de certaines personnes (art. 67, al. 2, AP-CP) et à certaines infractions d'ordre sexuel contre des mineurs (art. 67, al. 3, AP-CP). Ces notions seront précisées dans les chapitres qui suivent (ch. 1.2.2.3 et 1.2.2.4).

1.2.2.3 Interdiction qualifiée d'exercer une activité au nom de la protection des mineurs et autres personnes particulièrement vulnérables

Une forme plus sévère de l'interdiction d'exercer une activité sera prévue pour protéger les mineurs et les autres personnes particulièrement vulnérables (art. 67, al. 2, AP-CP). Cette interdiction pourra frapper des personnes ayant commis une infraction en dehors de l'exercice de l'activité interdite (voir ch. 1.2.2.2). Il suffira d'ailleurs que l'auteur ait commis un acte illicite, c'est-à-dire que l'interdiction pourra être prononcée contre une personne irresponsable. La durée maximale de cette interdiction qualifiée sera aussi plus longue (un à dix ans, si nécessaire à vie; art. 67, al. 2 et 6, AP-CP).

Cette protection particulière couvre les enfants (moins de seize ans) et les jeunes (moins de 18 ans). La disposition proposée reflète l'art. 11 Cst. qui garantit une protection particulière aux enfants et aux jeunes. La Convention de l'ONU du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107) protège elle aussi les personnes de moins de 18 ans (art. 1). Un autre facteur pertinent est le nombre de jeunes de plus de quinze ans qui vont à l'école et qui doivent donc être protégés par l'interdiction d'exercer une activité.

Outre les enfants et les jeunes, la disposition couvrira les personnes qui ne peuvent pas mener leur existence sans assistance extérieure, surtout les personnes gravement malades et les personnes âgées. Comme les plus jeunes, elles ont un lien de dépendance particulier envers ceux qui s'occupent d'elles. Il est donc particulièrement important qu'elles ne se trouvent pas entre les mains de personnes qui ont déjà commis une infraction envers des gens vulnérables et qui sont susceptibles de récidiver.

Dans le domaine des soins, les agressions sexuelles peuvent aussi toucher des personnes qui ne sont pas particulièrement dépendantes d'une assistance. On n'étendra cependant pas la protection particulière prévue à l'art. 67, al. 2, AP-CP (y compris l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire, voir ch. 2.5.1) à l'ensemble du domaine de la santé, car elle n'aurait plus de limites. Si la victime n'est pas un mineur ou une personne particulièrement vulnérable, ces actes pourront donner lieu à l'interdiction générale d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 1, AP-CP.

Par ailleurs, les interdictions d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 1 et 2, AP-CP ne seront ordonnées qu'en cas de pronostic défavorable. Précisons cependant qu'elles ne visent pas des délinquants très dangereux. Au contraire, il pourra s'agir de personnes qui ont été condamnées à une peine avec sursis ou ont été libérées conditionnellement d'une peine ou d'une mesure, ce qui implique, selon les termes de la loi, un bon pronostic. Cette contradiction n'est qu'apparente, en ce sens que le

pronostic défavorable qui justifie l'interdiction peut se référer à des situations précises qui présentent un risque résiduel (par ex. l'exercice d'une activité donnée). Dans certains cas, l'auteur pourra probablement bénéficier d'un pronostic général favorable précisément parce que telle activité lui aura été interdite.

1.2.2.4 Interdiction qualifiée d'exercer une activité au nom de la protection des mineurs contre les délinquants sexuels

Les activités professionnelles et les activités non professionnelles organisées impliquant des contacts réguliers avec des mineurs seront interdites aux auteurs d'actes d'ordre sexuel commis contre une personne de moins de 18 ans, même s'ils présentent un pronostic favorable (art. 67, al. 3, AP-CP). Les parents doivent pouvoir donner leur enfant en garde à des tiers en ayant la certitude qu'il ne s'agit pas de délinquants condamnés pour des actes d'ordre sexuel contre des mineurs. Dans ces cas-là, ce n'est pas le pronostic quant au risque de récidive qui importe, mais l'existence même de mauvais antécédents: parce qu'il a eu tel comportement dans le passé, on présume que l'auteur n'est pas apte à exercer certains métiers ou certaines activités.

Cette interdiction, pour laquelle le juge n'a donc pas de pouvoir d'appréciation, est limitée aux auteurs d'actes d'ordre sexuel contre des enfants et des jeunes. Il serait toutefois envisageable qu'elle englobe une partie des infractions qui peuvent conduire à une interdiction qualifiée facultative en vertu de l'art. 67, al. 2, AP-CP (par ex. certaines infractions contre la vie et l'intégrité corporelle ou contre la liberté).

L'interdiction systématique s'applique même si l'infraction n'a pas été commise dans l'exercice de l'activité interdite (voir ch. 1.2.2.2). Il suffit que l'acte punissable ait été commis, si bien qu'elle peut frapper des personnes irresponsables. Sa durée est plus longue (dix ans, si nécessaire à vie; art. 67, al. 3 et 6, AP-CP).

1.2.2.5 Durée supérieure des interdictions qualifiées d'exercer une activité

Aujourd'hui, l'interdiction d'exercer une profession peut durer jusqu'à cinq ans. Le CP prévoit pourtant des peines et des mesures qui peuvent être prononcées à vie si nécessaire (peine privative de liberté à vie; traitement ambulatoire ou institutionnel des troubles mentaux, internement; prolongation du délai d'épreuve après la libération d'une mesure; prolongation des règles de conduite et de l'assistance de probation).

L'initiative parlementaire de la CAJ-N 08.448 demande une interdiction de durée illimitée sous réserve de l'art. 67a, al. 4, CP (c'est-à-dire de la possibilité de lever l'interdiction ou de limiter sa durée ou son contenu après deux ans sur demande de l'auteur). L'initiative parlementaire Darbellay 04.473 prévoit une durée minimale de dix ans. La motion Carlo Sommaruga ne se prononce pas sur la durée de l'interdiction.

La durée des interdictions prévues par l'art. 67 AP-CP dépendra de leur degré de qualification:

- interdiction générale au sens de l'al. 1 six mois à cinq ans

- interdiction qualifiée au sens de l'al. 2 un à dix ans
- interdiction qualifiée au sens de l'al. 3 dix ans

Sur le modèle de certaines législations étrangères (voir ch. 1.4.8), l'avant-projet prévoit des interdictions à vie. Elles seront prononcées si, au moment du jugement, il est déjà prévisible qu'une durée de dix ans ne suffira pas à écarter le risque de récidive (art. 67, al. 6, AP-CP). L'interdiction à vie ne cible pas les délinquants à qui tout contact avec les enfants doit être interdit – ceux-là devront sans doute être internés – mais les délinquants qui peuvent présenter un bon pronostic du moment que certaines activités spécifiques (pour lesquelles il existe un risque) leur seront défendues sur une très longue durée.

Les interdictions pourront être modifiées ou ordonnées *a posteriori* si les circonstances changent après le jugement (art. 67c AP-CP).

1.2.2.6 Interdiction de contact et interdiction géographique

Des interdictions de contact et des interdictions géographiques sont aujourd'hui possibles, comme on l'a déjà vu, sous forme de règles de conduite émises pendant le délai d'épreuve (en cas de peine avec sursis ou de libération conditionnelle). Les nouvelles interdictions, elles, devront pouvoir être prononcées en dehors de cette période.

L'initiative parlementaire de la CAJ-N 08.448 ne prévoit pas de telle interdiction. La motion Carlo Sommaruga mentionne l'interdiction de contact, et évoque seulement dans son développement l'interdiction géographique. Dans son mandat au Conseil fédéral, elle limite l'interdiction de contact aux auteurs d'infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants; le titre et le développement de la motion postulent un champ d'application élargi à d'autres infractions.

Ce qui est en question, ce n'est pas d'empêcher les personnes visées d'avoir tout contact avec les enfants ou autres groupes de personnes. Ce serait leur interdire toute vie normale au sein de notre société. De plus, il serait impossible de contrôler et de faire respecter une interdiction de ce type. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'aller si loin car la future interdiction de contact s'appliquera surtout à des personnes présentant un pronostic assez favorable. S'il advenait qu'il faille interdire à un délinquant *tout* contact avec les enfants, cela signifierait que les conditions sont remplies pour un traitement institutionnel ou pour un internement.

L'avant-projet fait la liste des types de contact visés, qui sont ceux que l'auteur risque de rechercher pour commettre une nouvelle infraction.

Il en va de même pour l'interdiction géographique. Son but premier n'est pas d'empêcher l'auteur d'un acte pédophile de s'approcher à moins de 30 mètres de toute école. Cela ne serait pas applicable, du moins pas sans des moyens considérables. Dans un cas pareil, on serait d'ailleurs en droit de se demander si l'interdiction géographique suffit ou s'il ne faudrait pas prendre des mesures plus sévères. Même les interdictions géographiques locales, par exemple l'interdiction de venir à moins d'une certaine distance de l'école du village d'A., ne paraissent pas très sensées. Le délinquant potentiel pourrait facilement la contourner en s'approchant d'écoles d'autres localités.

Les interdictions géographiques sont adaptées à des situations dans lesquelles il faut protéger une victime potentielle précise, par exemple dans un contexte de violence

domestique ou de harcèlement. Rappelons que l'interdiction de contact et l'interdiction géographique ne sont pas restreintes aux auteurs d'infractions commises contre des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables.

L'exemple des autres pays montre qu'il est difficile de définir abstraitement les conditions auxquelles ces deux types d'interdiction peuvent être ordonnés. Les circonstances particulières et l'analyse concrète des risques sont des facteurs de premier plan. En ce sens, on peut envisager des interdictions de contact ou des interdictions géographiques portant sur un grand nombre de victimes potentielles. La disposition proposée permet donc de prononcer des interdictions très vastes, à l'instar des réglementations étrangères, lorsque ce type de mesure est utile et applicable.

1.2.2.7 Mise en œuvre des interdictions sur trois plans différents

C'est la mise en œuvre des interdictions envisagées qui soulève les principales questions. Aujourd'hui, l'exécution de l'interdiction d'exercer une profession est assurée grâce à l'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers. En d'autres termes, elle incombe en fin de compte aux employeurs qui exigent un extrait du casier judiciaire de leurs employés potentiels.

Si les interdictions actuelles d'exercer une profession ne sont pas mises en œuvre (c'est-à-dire contrôlées et appliquées) par les autorités cantonales d'exécution, c'est pour des raisons financières. Il en va autrement des interdictions relatives à l'exercice de certaines activités ou aux contacts avec certaines personnes qui sont émises au travers des règles de conduite durant le délai d'épreuve: celles-là sont contrôlées par les assistants de probation selon le droit en vigueur (cf. art. 95 CP).

La motion Carlo Sommaruga demande un « suivi par un tutorat judiciaire pénal » des personnes frappées par une interdiction. L'initiative parlementaire de la CAJ-N 08.448 tend (comme l'initiative parlementaire Simoneschi-Cortesi 04.469 qui l'a précédée) à résoudre le problème de la mise en œuvre par le biais d'un registre spécial et d'une obligation d'en présenter un extrait.

Dans plusieurs pays européens (par ex. la Suède, le Royaume-Uni, les Pays-Bas), les interdictions géographiques sont contrôlées au moyen d'une surveillance électronique couplée à un système GPS. Cette surveillance est la plupart du temps passive, c'est-à-dire que les mouvements du condamné sont enregistrés par un ordinateur et les écarts éventuels signalés. Il appartient alors à l'assistant de probation de prendre les mesures qui s'imposent. Il serait techniquement possible de pratiquer une surveillance en temps réel (faisant apparaître les mouvements du condamné sur écran, la police pouvant intervenir en cas d'infraction); mais cette mesure serait très coûteuse et n'aurait de sens que dans certains cas. La surveillance électronique se prête aussi au contrôle des interdictions de prendre contact avec une personne (violence domestique, harcèlement, etc.). La victime potentielle est munie d'un récepteur qui lui permet de constater si le condamné (qui porte l'émetteur) s'approche de plus d'une certaine distance. Une liaison directe avec la police est aussi possible.

L'avant-projet prévoit des mesures sur ces trois plans.

- Il instaure une obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire (voir ch. 1.2.2.8 et 1.2.5), un bon moyen de faire appliquer l'interdiction d'exercer une activité, surtout

dans le monde professionnel. Cette obligation est également utile dans le cadre des activités non professionnelles organisées, bien qu'il faille s'attendre là à des lacunes dans l'exécution.

- Puisque l'extrait obligatoire ne permettra pas d'assurer l'application sans faille des interdictions prévues, il faut également prévoir le suivi par une personne. En effet, l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire est inopérante dans le cas des interdictions de contact et des interdictions géographiques. Il peut aussi être utile qu'une personne exerce un suivi du condamné en faisant des contrôles par sondage lorsque l'interdiction porte sur des activités bénévoles. Ce mode de surveillance, inspiré de la motion Carlo Sommaruga, doit être exercé par les services responsables de l'assistance de probation, qui contrôlent déjà les règles de conduite (donc les interdictions d'exercer une activité, de contact et géographiques émises sous cette forme). A cet effet, il faudra très vraisemblablement accroître leurs capacités, mesure dont le coût sera en fin de compte supporté par les cantons.

- Les assistants de probation et les autorités d'exécution pourront utiliser des moyens électroniques qui faciliteront leurs tâches de surveillance (art. 67a, al. 3, AP-CP).

1.2.2.8 Modification du droit du casier judiciaire

Il s'agit essentiellement d'instaurer un extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers plus étendu que celui qui existe actuellement (art. 371a AP-CP).

L'extrait ordinaire du casier judiciaire destiné à des particuliers continuera de contenir tous les jugements pour crime ou pour délit, y compris ceux qui s'assortissent d'une interdiction d'exercer une activité. Afin de ne pas entraver inutilement la réinsertion du délinquant, on ne prolongera pas la période pendant laquelle les jugements y figurent. De ce fait, les interdictions qualifiées d'exercer une activité impliquant des contacts avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables (art. 67, al. 2 et 3, AP-CP), interdictions qui dureront parfois très longtemps, ou bien les interdictions de contact et les interdictions géographiques prolongées (art. 67a AP-CP) n'apparaîtront plus, au bout d'un certain temps, sur l'extrait ordinaire du casier judiciaire. De cette façon, le condamné aura une certaine chance, après un certain temps, de trouver de nouveau facilement un logement ou un emploi qui n'implique pas de contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. L'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 1, AP-CP, qui dure au maximum cinq ans, figurera toujours jusqu'à son terme sur l'extrait destiné à des particuliers.

Le nouvel extrait spécial du casier judiciaire, lui, contiendra tous les jugements qui figurent sur l'extrait ordinaire. De plus, les jugements assortis d'une interdiction qualifiée d'exercer une activité (art. 67, al. 2 et 3, AP-CP) ou d'une interdiction de contact ou géographique (art. 67a AP-CP) y demeureront inscrits pour toute la durée de ces interdictions, même si elle excède les délais prévus pour l'extrait ordinaire.

Les jugements rendus à l'encontre de mineurs contenant une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique seront aussi inscrits dans le casier judiciaire (art. 366, al. 3, let. c, AP-CP). Comme les autres jugements, ils ne figureront sur l'extrait ordinaire destiné à des particuliers qu'à la condition fixée à l'art. 371, al. 2, CP. Ils seront par contre portés sur l'extrait spécial du casier judiciaire (art. 371, al. 3, let. b, AP-CP).

Toute personne désireuse d'engager quelqu'un dans une activité professionnelle ou non impliquant un contact régulier avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables devra exiger au préalable des candidats qu'ils produisent un extrait spécial du casier judiciaire. Cette obligation sera intégrée à la nouvelle loi sur le casier judiciaire (cf. ch. 1.2.5 et 2.5.1).

1.2.3 Modification du code pénal militaire

Bien que l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique n'aient qu'une portée limitée dans le monde militaire, il faut les inscrire dans le CPM comme on l'a fait par le passé pour l'interdiction d'exercer une profession (art. 50 et 50a CPM).

Compte tenu de l'art. 8 CPM, on ne prévoira pas dans le CPM de disposition pénale correspondant à l'art. 294 AP-CP.

1.2.4 Modification du droit pénal des mineurs

L'interdiction qualifiée d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique prévues par le droit pénal applicable aux adultes seront reprises sous une forme atténuée, et notamment sans interdiction systématique, dans le droit pénal des mineurs (art. 16a DPMin).

1.2.5 Relation avec la future loi sur le casier judiciaire

Le programme de la législature 2007 à 2011 (FF 2008 639) mentionne une révision générale du droit du casier judiciaire (art. 365 ss CP). Au stade actuel des travaux, on compte réunir les dispositions sur le casier judiciaire dans une loi à part. L'élaboration du nouvel acte est en cours; l'avant-projet sera vraisemblablement envoyé en consultation en été 2011.

Les modifications du droit du casier judiciaire que nous proposons ici (art. 366 ss AP-CP) ont un caractère provisoire et sont destinées à être intégrées dans la loi en préparation.

L'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire des candidats à certaines activités n'aurait d'ailleurs pas sa place dans le CP. Nous ne ferons qu'en esquisser les contours dans le présent rapport. Elle sera à terme inscrite dans l'avant-projet de nouvelle loi sur le casier judiciaire (voir ch. 2.5.1).

1.3 Appréciation de la solution proposée

1.3.1 Portée limitée des interdictions

Le Conseil fédéral a souligné dans son avis relatif à la motion Carlo Sommaruga, dont nous citons ci-dessous un extrait, la portée limitée des interdictions d'exercer une profession ou d'exercer une activité; il serait erroné de placer des espoirs démesurés dans cet instrument.

« Outre l'interdiction d'exercer une profession, le droit actuel permet déjà d'imposer des règles de conduite interdisant certaines activités aux

personnes condamnées à une peine assortie d'un sursis ou bénéficiant d'une libération conditionnelle. Ces interdictions ne sont pas la panacée contre la récidive mais peuvent avoir un intérêt pour certains délinquants sexuels qui présentent un risque résiduel. Il est en effet possible de diminuer ce risque en évitant de placer l'intéressé dans une situation susceptible de déclencher un nouveau passage à l'acte.

Les modalités à donner aux interdictions proposées par l'auteur de la motion devront être examinées avec soin, afin d'en garantir une application proportionnée. Il ne serait pas concevable, par exemple, d'interdire à une personne condamnée tout contact avec des enfants, car elle ne pourrait plus se mouvoir dans l'espace public et toute vie sociale lui deviendrait pratiquement impossible. De plus, des interdictions aussi rigoureuses ne sont pas nécessaires puisqu'elles concerneront non pas les délinquants véritablement dangereux, mais ceux qui, grâce à un pronostic favorable, auront été libérés de l'exécution de leur peine ou mesure, ou qui n'auront pas été condamnés à une peine privative de liberté ferme. »

Les personnes chargées du suivi, comme le propose la motion, ne pourront pas non plus faire en sorte de manière infaillible que les condamnés respectent les interdictions. Relevons qu'une surveillance totale n'est pas nécessaire du fait que, comme nous l'avons déjà souligné, les personnes frappées d'une interdiction ne seront pas de celles qui risquent de récidiver dès le moment où elles se retrouvent sans surveillance.

1.3.2 Une réglementation sévère dans la ligne des interventions parlementaires

L'avant-projet prend en considération non seulement la motion Carlo Sommaruga mais d'autres interventions parlementaires ayant pour but la protection des enfants contre les abus sexuels. Il représente en quelque sorte une ligne dure. En particulier, l'interdiction systématique d'exercer une activité infligée pour dix ans aux auteurs d'actes d'ordre sexuel sur mineurs va très loin. Il n'est pas facile de mettre en place une mesure obligatoirement ordonnée par le juge qui demeure proportionnée dans tous les cas, à preuve les restrictions qu'il a fallu apporter aux actes relevant des art. 187 et 188 CP qui justifient une interdiction qualifiée (art. 67, let. b, AP-CP). En règle générale, les mesures prévues par le CP reposent sur une appréciation du cas d'espèce par l'autorité. Le principe de proportionnalité doit faire l'objet d'une évaluation dans chaque cas (la confiscation de valeurs patrimoniales au sens des art. 70 s. CP constitue l'exception).

L'interdiction systématique d'exercer une activité est un moyen ultime destiné à créer un certain sentiment de sécurité et de confiance. Elle est l'aboutissement et la concrétisation explicite de ce qui se produit souvent, sur la base de prescriptions de droit administratif, lorsqu'une personne est condamnée pour un acte d'ordre sexuel contre un enfant ou un jeune et que cette condamnation apparaît sur son extrait du casier judiciaire: on lui interdit de travailler avec des mineurs. Notons cependant qu'elle n'est pas nécessaire à la mise en œuvre de la motion Carlo Sommaruga.

Les interdictions à vie d'exercer une activité ne sont pas davantage requises par la motion. La règle selon laquelle le juge peut reconduire les interdictions qualifiées de

cinq ans en cinq ans sur demande de l'autorité d'exécution peut mener – si nécessaire – à une interdiction à vie d'exercer une activité (art. 67, al. 6, AP-CP).

1.3.3 Variante

On pourrait imaginer une autre solution, plus modeste que ce que permet la motion Carlo Sommaruga, et qui s'apparenterait davantage aux règles actuelles du CP concernant les mesures. Elle laisserait notamment au juge un plus grand pouvoir d'appréciation pour ordonner les interdictions, dont la proportionnalité ferait l'objet d'un examen particulier dans chaque cas.

- Cette solution réunirait en une seule les deux interdictions qualifiées de l'art. 67, al. 2 et 3, AP-CP (voir la version de l'al. 2 proposée ci-dessous).

- La liste des actes graves justifiant l'interdiction qualifiée comprendrait davantage d'infractions que l'art. 67, al. 3, AP-CP (infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, crimes et délits contre la liberté, infractions à la loi sur les stupéfiants).

- L'interdiction qualifiée serait subordonnée dans tous les cas à un pronostic défavorable. Une formulation potestative donnerait au juge la latitude d'examiner dans chaque cas si l'interdiction d'exercer une activité est appropriée, nécessaire et conforme au principe de proportionnalité.

- L'interdiction qualifiée pourrait être ordonnée pour dix ans. Après expiration de la durée fixée par le juge, elle pourrait être prolongée de cinq ans en cinq ans au plus, tant que les conditions de l'interdiction seraient réunies (cf. la prolongation de la durée des mesures thérapeutiques visée à l'art. 59 CP). De cette façon, l'interdiction pourrait durer toute la vie du condamné si nécessaire.

- Le réexamen de l'interdiction qualifiée n'aurait pas lieu après dix ou quinze ans seulement, mais soit à la fin de la mise à l'épreuve, si le condamné l'a subie avec succès (art. 67b, al. 3, AP-CP), soit après cinq ans d'exécution (art. 67b, al. 4, let. b, AP-CP).

Les al. 2, 3 et 6 de l'art. 67 AP-CP (ou de l'art. 50 AP-CPM) seraient remplacés de la manière suivante:

¹ Même teneur.

² *Si l'auteur a commis un des actes suivants contre un mineur ou une autre personne particulièrement vulnérable et qu'il y a lieu de craindre qu'il commette de nouveau de tels actes dans l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, le juge peut lui interdire l'exercice de cette activité pour une durée d'un à dix ans:*

- a. *une infraction contre la vie ou l'intégrité corporelle au sens des art. 111 à 115, 122, 123, ch. 2, 127, 128, 129 ou 136;*
- b. *un crime ou un délit contre la liberté au sens des art. 180 à 183 ou 185;*
- c. *une infraction contre l'intégrité sexuelle au sens des art. 187 à 193, 195 ou 197;*

d. une infraction au sens de l'art. 19 de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants.

³ Al. 4 de l'avant-projet.

⁴ Al. 5 de l'avant-projet.

⁵ A la demande de l'autorité d'exécution, le juge peut prolonger une interdiction d'exercer une activité prononcée en vertu de l'al. 2 de cinq ans en cinq ans au plus, s'il y a lieu d'admettre que tout risque de nouveau crime ou délit sera ainsi écarté.

⁶ Al. 7 de l'avant-projet.

1.4 Droit comparé

1.4.1 Introduction

Le développement de la motion Carlo Sommaruga précise que la solution proposée s'inspire de celle adoptée en Belgique après l'affaire Dutroux. Afin d'obtenir une vue d'ensemble des réglementations des autres Etats européens, propre à donner quelques axes de réflexion pour les normes à élaborer, l'Office fédéral de la justice a chargé l'Institut de droit comparé de Lausanne de faire une étude de droit comparé sur les interdictions d'exercer une profession ou une autre activité, les interdictions de contact et les interdictions géographiques. L'Institut a étudié les législations allemande, autrichienne, française, italienne, belge, britannique et suédoise, mais aussi celle du Canada qui a développé des solutions notoirement pionnières en ce qui concerne les délinquants sexuels.

L'étude de droit comparé a montré que plusieurs de ces Etats ont récemment remanié le dispositif juridique visant à protéger les enfants de la violence sexuelle. Des révisions plus ou moins importantes ont été engagées en Allemagne (*Reform der Führungsaufsicht*), en Autriche (*2. Gewaltschutzgesetz* 2009), en Italie (modifications du code de procédure pénale, 2009) et au Royaume-Uni (*Safeguarding of Vulnerable Groups Act* 2006), dans lesquelles les interdictions d'exercer une profession ou une activité, les interdictions de contact et les interdictions géographiques jouent un rôle majeur.

1.4.2 Interdiction d'exercer des activités non professionnelles

Tous les Etats étudiés connaissent une forme ou une autre d'interdiction d'exercer une activité non professionnelle. En Allemagne, il n'y a pas de sanction autonome mais une injonction peut être émise dans le cadre de la surveillance de la bonne conduite des personnes condamnées (*Führungsaufsicht*, § 68b, par. 1, du code pénal allemand). Dans la plupart des Etats étudiés, l'interdiction spéciale qui peut être infligée aux auteurs d'actes d'ordre sexuel contre des mineurs couvre tant les activités professionnelles que les activités bénévoles (Autriche, France, Belgique), ou bien toutes les activités « réglées » (*regulated activities*) avec des mineurs, qu'elles soient rémunérées ou non (Royaume-Uni et Canada). Au Royaume-Uni, l'interdiction concerne aussi les activités en contact avec des « adultes vulnérables » (bénéficiaires de toutes formes de soins médicaux, détenus et personnes ayant besoin d'une assistance pour mener leur existence). En Suède, s'il n'existe pas d'interdiction d'exercer une activité à proprement parler, un extrait du casier

judiciaire est exigé des candidats à une activité non professionnelle dans une crèche (y compris un mandat, un stage ou une activité non rémunérée).

1.4.3 Interdiction d'exercer une activité faite aux auteurs d'actes qui n'ont pas été commis dans l'exercice de cette activité

Le droit pénal allemand ne connaît qu'une interdiction générale d'exercer une profession, qui couvre toutes les professions et qui peut être ordonnée envers l'auteur de toute infraction (à l'instar de l'art. 67 CP actuel). Une personne ne peut être frappée de cette interdiction que si elle a commis l'infraction en abusant de sa fonction ou en violant gravement ses devoirs professionnels dans l'activité considérée (voir cependant ch. 1.4.6 et 1.4.8.2).

La France, l'Autriche, l'Italie, la Belgique, le Royaume-Uni et le Canada ont instauré, pour certains en plus de l'interdiction ordinaire d'exercer une profession, une interdiction spéciale d'exercer une activité professionnelle en contact avec des enfants. Au Royaume-Uni, l'interdiction concerne aussi les activités avec les « adultes vulnérables ». La législation suédoise ne comprend pas d'interdiction d'exercer une activité mais prévoit l'obligation de présenter un extrait du casier judiciaire pour tout candidat à un emploi dans une école ou une crèche.

Dans tous les pays qui appliquent l'interdiction spéciale d'exercer une activité en contact avec des enfants (France, Autriche, Italie, Belgique, Royaume-Uni et Canada), *cette interdiction n'est pas subordonnée à la condition que l'infraction ait été commise dans l'exercice d'une profession impliquant des contacts avec des enfants*. Au Royaume-Uni, une condamnation pénale n'est pas forcément nécessaire, il suffit que l'autorité soit convaincue que la personne concernée présente un risque. En Autriche, la loi pose comme condition de l'interdiction que l'auteur ait commis l'infraction alors qu'il exerçait ou entendait exercer une activité – qu'il s'agisse d'une activité lucrative ou d'une activité dans une association ou une autre institution – qui touchait à l'éducation, la formation ou la surveillance de mineurs.

1.4.4 Interdiction de contact et interdiction géographique

Si la plupart des Etats étudiés ont instauré une forme ou une autre d'interdiction de contact, les interdictions géographiques ne sont appliquées qu'en Allemagne, en Autriche, en France, en Suède, en Italie et au Canada.

En Allemagne, ces deux types d'interdiction peuvent être ordonnés sous forme d'injonction dans le cadre de la *Führungsaufsicht* (de la même manière que des règles de conduite peuvent être imposées pendant le délai d'épreuve en Suisse). Le juge peut enjoindre au condamné, pour la durée de la *Führungsaufsicht* (ou pour une durée inférieure): (1) de ne pas quitter son logement, sa localité de séjour ou une zone définie sans l'autorisation de l'organe de surveillance; (2) de ne pas paraître en certains lieux qui peuvent lui donner l'occasion ou l'envie de commettre d'autres infractions; (3) de ne pas prendre contact avec la victime ou avec certaines personnes ou des membres d'un groupe défini, qui peuvent lui donner l'occasion ou l'envie de commettre d'autres infractions, de ne pas avoir de relations avec eux, de ne pas les employer, les former ou les héberger.

Le droit autrichien prévoit plusieurs interdictions de contact et interdictions géographiques, applicables dans diverses situations, issues du droit policier, du droit

civil et du droit pénal. Comme en Allemagne, l'interdiction de droit pénal peut être ordonnée sous forme de règle de conduite.

La loi française comprend plusieurs dispositions pénales qui permettent d'ordonner une interdiction de contact ou une interdiction géographique. Le juge peut assigner quelqu'un à domicile, lui interdisant de s'absenter de son domicile ou d'un autre lieu en dehors des périodes par lui fixées. Il peut lui ordonner de s'abstenir de paraître en certains lieux (notamment des lieux accueillant habituellement des mineurs) ou lui interdire d'entrer en relation avec certaines personnes.

1.4.5 Conditions auxquelles l'interdiction peut être prononcée

1.4.5.1 Acte déterminant

En Allemagne, où seule existe une interdiction générale d'exercer une profession (sans interdiction spéciale visant les activités en contact avec des enfants), toute infraction peut être à l'origine de l'interdiction.

La France connaît plusieurs types d'interdiction d'exercer une profession. L'une d'elles concerne les « activités professionnelles et bénévoles impliquant un contact habituel avec des mineurs » (art. 222-45 du code pénal français). Elle peut être ordonnée à l'encontre des personnes coupables (1) d'une atteinte volontaire à l'intégrité de la personne, (2) d'une agression sexuelle ou (3) de trafic de stupéfiants.

En Autriche, en Italie, en Belgique et au Canada, où il existe aussi une interdiction spéciale d'exercer une activité impliquant des contacts avec des mineurs, l'acte commis doit être une *infraction contre l'intégrité sexuelle des mineurs*.

Au Royaume-Uni, l'interdiction protégeant les mineurs et les personnes vulnérables est prononcée suite à une *infraction* présentant un lien pertinent avec l'interdiction. Les actes visés, qui ne sont pas forcément d'ordre sexuel, sont énumérés dans une très longue liste.

1.4.5.2 Peine minimale

Aucun des Etats étudiés ne fixe de peine minimale à partir de laquelle l'interdiction d'exercer une profession ou l'interdiction d'exercer une activité peut être ordonnée. En règle générale, il suffit que la personne concernée ait été condamnée. En Allemagne et au Royaume-Uni, il suffit même qu'elle ait *commis un acte illicite*. Les autorités peuvent donc lui interdire l'exercice d'une profession alors qu'aucune condamnation n'a été prononcée du fait qu'elle était irresponsable.

1.4.5.3 Pronostic

En Allemagne et en Autriche, l'interdiction d'exercer une profession est expressément subordonnée à un pronostic négatif. Dans le premier de ces deux pays, le juge *peut* ordonner une interdiction d'exercer une profession uniquement lorsqu'il est à craindre que l'auteur ne commette des *actes illicites d'une certaine importance* s'il continue de l'exercer. En Autriche, il *doit* ordonner une interdiction d'exercer une profession s'il est à craindre que l'auteur *ne saisisse une occasion offerte par cette activité pour commettre d'autres actes punissables ayant des conséquences non négligeables*.

En France, au Canada et dans une certaine mesure au Royaume-Uni, il appartient au tribunal de juger s'il faut prononcer une interdiction d'exercer une profession (dans la pratique, l'auteur doit présenter un pronostic défavorable).

En Italie, au Canada et dans une certaine mesure au Royaume-Uni, l'interdiction d'exercer une profession suit automatiquement la condamnation pour certaines infractions.

1.4.6 Interdictions systématiques

Les interdictions systématiques sont plutôt l'exception dans les Etats étudiés (elles existent en Italie, au Canada et dans une certaine mesure au Royaume-Uni). Il faut cependant remarquer qu'elles ne relèvent pas forcément du droit pénal. Par exemple, le code pénal allemand ne contient pas d'interdiction systématique d'exercer une profession, mais le § 72a du code social allemand (*Sozialgesetzbuch*) prévoit qu'un employeur ou une agence de placement ne peut pas engager ou faire engager des personnes condamnées pour certains actes (en particulier d'ordre sexuel) pour accomplir des tâches d'aide à l'enfance ou à la jeunesse.

1.4.7 Durée de l'interdiction

Les interdictions d'exercer une profession ou une activité peuvent durer d'un à cinq ans (Allemagne, France, Autriche), jusqu'à dix ans (Suède), d'un à vingt ans (Belgique) ou pour une durée illimitée (Allemagne, France, Autriche, Italie, Royaume Uni, Canada).

1.4.8 Exécution de l'interdiction

1.4.8.1 Survol

Dans la plupart des régimes juridiques considérés, le suivi des condamnés après leur libération (donc la mise en œuvre des diverses interdictions) est partagé entre deux autorités: un service social (ou un service d'assistance de probation en Allemagne, en Autriche et au Canada) et une autorité de surveillance qui est soit un service autonome (la *Aufsichtsstelle* allemande ou le *Kriminalvård* suédois), soit une autorité judiciaire (en France, avec le juge d'application des peines, en Autriche, etc.). Seule la Belgique réserve aux autorités de poursuite pénale (police et ministère public) la surveillance des personnes en libération conditionnelle. Les autorités y entendent en outre la victime avant d'ordonner des mesures particulières (par ex. une interdiction de contact), adaptées à chaque cas, dans le cadre d'un délai d'épreuve.

La plupart des pays étudiés assortissent les interdictions d'exercer une activité, les interdictions de contact et les interdictions géographiques de l'obligation de suivre une thérapie.

Tous tiennent un registre des délinquants: en France, un fichier spécial est consacré aux auteurs d'infractions sexuelles ou violentes; en Allemagne et en Belgique, il existe un extrait spécial du casier judiciaire; en Autriche, le système autorise une recherche ciblée des auteurs d'actes d'ordre sexuel. En Belgique, en Allemagne et en Suède notamment, il est obligatoire de produire un extrait du casier judiciaire pour exercer certaines activités en contact avec des enfants. Enfreindre cette

obligation peut avoir de lourdes conséquences: les autorités suédoises peuvent fermer une crèche pour le simple motif d'avoir engagé des personnes sans vérifier leur extrait de casier judiciaire. Plusieurs des législations étudiées donnent aux employeurs du domaine de l'éducation un droit d'accès particulier aux données du casier judiciaire.

1.4.8.2 Allemagne: extrait spécial du casier judiciaire

La loi allemande sur le casier judiciaire fédéral (*Bundeszentralregistergesetz*) prévoit que chacun peut, à partir de quatorze ans, demander un extrait du casier judiciaire à son sujet sans devoir motiver sa requête. Le législateur a récemment instauré, en vue d'une meilleure protection des enfants et des jeunes, un extrait spécial dans lequel figurent aussi les condamnations pour actes d'ordre sexuel de moindre gravité (en dessous de 90 jours-amende ou de trois mois de peine privative de liberté).

Selon le § 30a de cette loi, l'extrait spécial peut être demandé lorsque c'est nécessaire pour juger de l'aptitude personnelle d'un individu dans le cadre du § 72a du code social allemand. Cette disposition, consacrée à l'aide aux enfants et aux jeunes, interdit d'engager ou de prendre comme intermédiaire dans ce domaine une personne sous le coup d'une condamnation entrée en force pour des infractions déterminées. Le § 25 de la loi allemande sur le travail des jeunes (*Jugendarbeitsschutzgesetz*) statue une interdiction semblable qui vise les personnes formant des apprentis.

L'extrait spécial peut aussi être demandé par toute personne désireuse d'exercer, à titre professionnel ou non, une activité susceptible de la mettre en contact avec des mineurs, telle que la surveillance, la prise en charge, l'éducation ou la formation de mineurs (par ex. éducateur dans un jardin d'enfant, une crèche ou une institution pour jeunes, puériculteur, enseignant dans une école privée, conducteur de bus scolaire, maître-nageur, entraîneur sportif pour jeunes, moniteur de groupe de loisir). L'employeur n'a pas le droit de demander lui-même l'extrait spécial. La personne qui fait la demande doit présenter une requête écrite de celui qui exige qu'il produise l'extrait du casier judiciaire, dans laquelle ce dernier certifie que la demande répond bien aux buts fixés par la loi. L'extrait spécial ne peut être transmis qu'au demandeur, à moins qu'il ne doive être présenté à une autorité.

1.4.8.3 Autriche: communication de renseignements sur les délinquants sexuels

En Autriche, toute personne condamnée pour une infraction contre l'intégrité et l'autodétermination sexuelles doit avoir une assistance de probation si elle est libérée conditionnellement d'une peine privative de liberté.

Depuis le 1^{er} décembre 2009, la Direction de la police fédérale (*Bundespolizeidirektion*) de Vienne doit donner gratuitement des renseignements sur les condamnations pour infractions d'ordre sexuel notamment aux tribunaux dans les procédures pénales, les procédures d'exécution des peines, les procédures d'adoption et celles concernant l'attribution de l'autorité parentale et du droit de visite des parents. Elle doit aussi révéler à certaines autorités du domaine scolaire et de la jeunesse et aux services du personnel des collectivités locales si un candidat à

un emploi dans une institution comprenant des tâches de prise en charge d'enfants et de jeunes, d'éducation ou d'enseignement a été condamné pour un acte d'ordre sexuel.

1.4.8.4 France: fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes

La France a institué des formes très diverses de suivi socio-judiciaire et de surveillance judiciaire, qui comprennent notamment l'obligation, pour le condamné, de prévenir un « travailleur social » de ses changements d'emploi et de résidence. Par ailleurs, les auteurs d'infractions sexuelles et violentes font l'objet d'un fichier national automatisé. Les autorités judiciaires, les préfets et certaines administrations de l'Etat, entre autres, ont directement accès, par un système sécurisé, aux informations contenues dans ce fichier, afin de pouvoir contrôler l'aptitude des candidats à des activités professionnelles ou bénévoles impliquant des contacts avec des mineurs.

Il est prévu d'expérimenter l'utilisation d'un dispositif de surveillance électronique au titre de la lutte contre la violence faite aux femmes.

1.4.8.5 Belgique: extrait de casier judiciaire modèle 2

La Belgique a instauré un contrôle policier des personnes en libération conditionnelle. La police et le ministère public se partagent certaines tâches de contrôle.

Les services du casier judiciaire belge délivrent deux modèles d'extraits. Le modèle 2 est d'application pour toute demande concernant une activité en rapport avec des mineurs. Délivré par les autorités communales, il mentionne les interdictions d'exercer une activité et les procédures pénales en cours.

1.4.8.6 Suède: obligation de demander un extrait du casier judiciaire

Les autorités suédoises tiennent un casier judiciaire et un registre des suspects. Les candidats à certaines activités en contact avec des enfants, notamment à une fonction dans les écoles de tous types, doivent présenter à l'employeur un extrait du casier judiciaire. Une autorité de contrôle des établissements scolaires veille à la bonne application de cette règle. Si une irrégularité qu'elle a constatée n'est pas corrigée malgré un avertissement, l'établissement fautif peut se voir retirer l'autorisation d'enseigner ou d'accueillir des enfants.

Les crèches doivent consulter le casier judiciaire et le registre des suspects avant d'engager une personne. Si elles ne le font pas, elles risquent un retrait de l'autorisation d'exercer cette activité.

Pour ce qui est des personnes frappées d'une interdiction de contact ou d'une interdiction géographique, la police est informée en certains cas pour pouvoir surveiller l'application de l'interdiction.

1.4.8.7 Royaume-Uni: système global d'encadrement

Les autorités britanniques prévoient la mise en place d'un système reposant sur l'action concertée des employeurs et des institutions d'encadrement des mineurs et des adultes. Par ailleurs, les auteurs de certains types d'infractions doivent tenir la police informée de leur lieu de résidence. Depuis 2003, un certain nombre d'autorités sont tenues de surveiller et d'accompagner ces personnes de manière adaptée au risque qu'elles présentent. Un service spécial coordonne les mesures que doivent prendre les autorités concernées dans le cas des délinquants sexuels.

Les personnes qui enfreignent une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique sont passibles d'une peine privative de liberté qui peut aller jusqu'à cinq ans.

1.4.8.8 Canada: contrôle et registre spécial

Au Canada, les interdictions d'exercer une activité professionnelle relèvent des conseils de discipline de chaque ordre professionnel. Ce sont donc les ordres professionnels qui se chargent de l'encadrement des personnes frappées par des sanctions disciplinaires, en faisant régulièrement des inspections afin d'assurer que les professionnels respectent la réglementation applicable. Le droit pénal prévoit l'intervention d'un agent de probation, qui peut exercer des contrôles très serrés. Enfin un registre de renseignements sur les délinquants sexuels a été mis en place en 2004.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Modification de la Constitution

La nouvelle norme constitutionnelle est en quelque sorte un corollaire de l'art. 11, al. 1, Cst. qui accorde aux enfants et aux jeunes le droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement. Dans le domaine pénal, cette protection s'étendra aux « autres personnes particulièrement vulnérables ».

Le but ici est de créer la base juridique d'une obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire (cf. ch. 1.2.1), mais la nouvelle disposition est formulée de manière plus large de sorte à pouvoir servir de base à d'autres mesures préventives. Comme elle est intégrée à l'art. 123 Cst., ces mesures préventives ressortiront au droit pénal, même si elles doivent pouvoir toucher tous les domaines, y compris ceux dans lesquels la Confédération ne possède pas de compétence.

On pourrait aussi envisager un article à part qui habiliterait la Confédération, de manière générale, à prendre des mesures de protection des mineurs et des autres personnes particulièrement vulnérables (qui pourraient inclure des mesures de prévention visant à protéger les enfants et les jeunes contre la violence et la pornographie dans les médias).

La prévention générale des dangers incombe en premier lieu aux cantons. La norme constitutionnelle proposée, formulée de manière potestative, ne change rien à ce principe. Les cantons pourront toujours prévoir des mesures de police dans ce

domaine, et leurs législations resteront en principe en vigueur. Toutefois, il sera difficile d'éviter des recoupements entre les mesures de prévention relevant du droit pénal fondées sur la nouvelle compétence constitutionnelle de la Confédération et les législations cantonales. Dans un tel cas, le droit fédéral prime. Relevons néanmoins qu'au cours de la procédure législative, on assure la coordination entre les mesures fédérales et cantonales et que l'on pèse les avantages respectifs d'une réglementation au niveau cantonal et d'une unification du droit au niveau fédéral.

La Confédération peut certes se fonder sur l'art. 386 CP pour prendre des mesures d'information et d'éducation ou d'autres mesures visant à éviter les infractions et à prévenir la délinquance. Elle peut soutenir des projets visant ce but, s'engager auprès d'organisations correspondantes et soutenir ou créer de telles organisations. L'art. 386 CP l'habilite principalement à prendre certaines mesures concrètes de prévention, dont le contenu, les objectifs et les modalités sont arrêtés par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance. C'est en vertu de cette compétence (art. 386, al. 4, CP), que le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance du 11 juin 2010 sur des mesures de protection des enfants et des jeunes et sur le renforcement des droits de l'enfant (RS 311.039.1), qui est entrée en vigueur le 1^{er} août 2010.

Comme la prévention générale des dangers relève avant tout des collectivités publiques cantonales, la doctrine considère que l'art. 386 CP doit être limité en ce sens que les mesures fédérales devraient avoir un lien avec les compétences que la Constitution attribue à la Confédération (*Basler Kommentar Strafrecht II*, Adrian Lobsiger, art. 386 n° 11). Certes, comme il n'est guère possible de mettre en œuvre ou de soutenir efficacement des mesures de prévention du domaine de la protection des enfants et des jeunes sans coopération avec les cantons et les communes, compétents en matière de prévention de la violence et d'enseignement, l'art. 386 CP déborde, en ce sens, le champ des compétences de la Confédération. Il ne peut cependant pas servir de base juridique à des dispositions légales au sens formel sur des mesures de prévention, telles que l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire que nous proposons de créer.

L'action de l'Etat peut se baser sur la clause générale de police (art. 36, al. 1, 3^e phrase, Cst.) dans les cas de danger sérieux, direct et imminent menaçant la sécurité et l'ordre public, lorsque ne s'offre aucun autre moyen légal. Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le champ d'application de la clause générale de police est limité aux urgences véritables et imprévisibles; il n'est en principe pas possible de l'invoquer pour faire face à un danger typique et prévisible, quand le législateur s'est abstenu de légiférer alors qu'il avait connaissance du problème (ATF 121 I 22). Le Tribunal fédéral a relativisé ce principe dans les cas où l'intégrité physique de tiers est menacée: l'Etat peut alors se fonder sur la clause générale de police même si la situation n'est pas atypique et imprévisible, en tout cas parce que l'Etat a, en la matière, une obligation d'agir (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 26 août 2010, 6B_599/2010, cons. 6.3.2). La nouvelle norme constitutionnelle servira à instituer des mesures de prévention face à un danger typique et prévisible. Elle ne limitera donc que très marginalement les possibilités d'agir en vertu de la clause générale de police.

Le terme « enfants et jeunes » recouvre la même notion à l'art. 11 Cst. Ce sont les mineurs tels que les définit l'art. 14 du code civil (CC, RS 210) – personnes qui n'ont pas atteint 18 ans – ou les enfants du droit de l'enfant dans le CC (*St. Galler Kommentar*, 2^e éd., Reusser/Lüscher, art. 11 Cst., n° 7). Le champ d'application

coïncide donc avec celui de l'art. 1 de la convention sur les droits de l'enfant (RS 0.107).

Quant au terme de « personnes particulièrement vulnérables », il englobe surtout les personnes âgées ou souffrant d'une affection physique ou mentale qui ne peuvent pas mener leur vie sans l'assistance d'autrui. Parce qu'elles ont besoin de cette aide extérieure et ne peuvent pas entièrement déterminer elles-mêmes leur existence, elles sont particulièrement susceptibles d'être les victimes de certains actes punissables (par ex. les infractions contre le patrimoine, contre l'honneur, contre le domaine secret ou le domaine privé et contre l'intégrité sexuelle). Il faudrait donc faire en sorte que ceux qui prennent soin de ces personnes ne présentent pas un risque à cet égard.

Dans certains cas, le terme de « personne particulièrement vulnérable » recouvre la notion de « personne hors d'état de se défendre » utilisée à l'art. 123, ch. 2, par. 3, CP (par ex. lorsqu'une infirmité mentale ou physique ou bien son grand âge rend à cette personne toute résistance impossible). Mais un individu peut être considéré comme particulièrement vulnérable même sans être hors d'état de se défendre. Inversement, il est possible de se trouver hors d'état de se défendre, par exemple en raison d'une faiblesse passagère due à l'alcool ou à la drogue, sans faire partie de la catégorie visée dans l'article constitutionnel proposé.

2.2 Modification du code pénal

2.2.1 Art. 19, al. 3

Il peut arriver que l'auteur d'une infraction contre un mineur ou une autre personne particulièrement vulnérable ne puisse pas être puni ou que la peine soit atténuée parce que, par exemple à cause d'une affection mentale grave, il est irresponsable (art. 19, al. 1, CP) ou seulement partiellement responsable (art. 19, al. 2, CP). Or ce type de personnes peut précisément présenter un risque de récidive qu'une mesure pénale permettrait d'écarter. L'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique pourront donc être ordonnées même dans ces cas, comme c'est le cas aujourd'hui de l'interdiction d'exercer une profession. Cela requiert une adaptation de l'art. 19, al. 3, CP.

2.2.2 Art. 67 (Interdiction d'exercer une activité)

L'al. 1, qui prévoit une interdiction générale, s'inspire de l'al. 1 de l'article actuel, mais avec un champ d'application étendu aux activités non professionnelles organisées. Comme aujourd'hui, l'interdiction ne pourra être ordonnée que si l'acte commis précédemment est d'une certaine gravité (c'est-à-dire puni de six mois de peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende). Si, l'auteur étant irresponsable ou ayant une responsabilité limitée, le juge a renoncé à infliger une peine ou que, l'ayant atténuée, il a prononcé une peine privative de liberté de moins de six mois ou une peine pécuniaire de moins de 180 jours-amende, il pourra ordonner une interdiction d'exercer une activité en se fondant sur l'art. 19, al. 3, CP (cf. ch. 2.2.1).

La mention du risque de nouveaux abus a été reformulée mais la condition reste la même. La nouvelle expression met en lumière le fait qu'une contravention, quelque menaçante que soit sa nature, ne justifie pas une interdiction d'exercer une activité.

Comme l'ont fait les législateurs étrangers, on a décidé, à deux exceptions près, de ne pas fixer de peine minimale comme condition des interdictions qualifiées réglées aux al. 2 et 3. Celles-ci pourront d'ailleurs être ordonnées qu'il y ait ou non faute de l'auteur, à l'instar des mesures thérapeutiques et de l'internement.

Dans deux cas seulement, donc, une condition restrictive sera posée à l'interdiction qualifiée: si la personne concernée a commis une infraction au sens de l'art. 187 CP (Actes d'ordre sexuel avec des enfants) ou de l'art. 188 CP (Actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes), le juge lui infligera (obligatoirement) une interdiction d'exercer une activité uniquement s'il a été condamné à une peine minimale ou s'il fait l'objet d'une mesure au sens des art. 59 à 64 CP. Cette restriction est nécessaire car les art. 187 et 188 recouvrent aussi des actes de moindre gravité pour lesquels il serait disproportionné d'interdire automatiquement l'exercice d'une activité. La loi ne trace pas clairement la ligne à partir de laquelle un acte d'ordre sexuel devient punissable. Plusieurs auteurs estiment qu'un tel acte devrait être d'une certaine importance pour tomber sous le coup de ces articles, mais cette position est controversée (cf. Stefania Sutter-Zürcher, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB*, Zürcher Studien zum Strafrecht, vol. 41, 2003, p. 57). Des exemples dans le domaine des foyers éducatifs montrent qu'il est possible de sanctionner une personne sur la base de l'art. 187 CP pour des méfaits mineurs qui se situent dans une zone grise et qui ne justifieraient en rien une interdiction automatique d'exercer une activité (cf. brochure *Affektive Erziehung im Heim, Handeln im Spannungsfeld zwischen Pädagogik und Justiz, Beispiele und Erwägungen zum Thema körperliche Nähe im Heim*, 8^e éd., publiée par Curiaviva Suisse). Les cas d'infractions mineures au sens des art. 187 et 188 CP doivent pouvoir être appréciés par le juge et relèveront donc de l'al. 2.

Un nouvel al. 4 définit le terme d'« activité professionnelle » conformément au droit actuel.

Y est également défini le terme d'« activité non professionnelle organisée », correspondant aux « activités de loisirs organisées » de l'initiative parlementaire de la CAJ-N 08.448. Il recouvre les activités bénévoles menées dans des associations sportives, des associations de la jeunesse et des sports, des structures scolaires, ecclésiastiques, sanitaires, etc. Les interdictions qualifiées des al. 2 et 3 porteront surtout sur des activités au sein d'associations et d'institutions du domaine de l'éducation, de la formation, de la surveillance ou de la garde de personnes mineures ou particulièrement vulnérables.

L'al. 5 reprend pour l'essentiel l'art. 67, al. 2, CP et décrit l'interdiction d'exercer une activité. Cette notion est étendue à l'interdiction de faire exercer cette activité par une personne liée par ses instructions. Pour ce qui est des activités non professionnelles organisées, on a également précisé que l'interdiction totale inclut l'exercice de l'activité sous le contrôle d'un surveillant.

La durée de l'interdiction est traitée au ch. 1.2.2.5. Rappelons seulement que l'interdiction au sens des al. 2 et 3 pourra certes être ordonnée à vie mais seulement, selon l'al. 6, en cas de pronostic défavorable.

L'al. 7 instaure une obligation d'ordonner une assistance de probation dans les cas où l'interdiction d'exercer une activité est justifiée par un acte d'ordre sexuel. Cette disposition répond à l'exigence de suivi formulée dans la motion Carlo Sommaruga.

2.2.3 Art. 67a (Interdiction de contact et interdiction géographique)

L'interdiction de contact et l'interdiction géographique sont exposées plus en détail au ch. 1.2.2.6.

L'al. 1 ne prévoit pas de gravité minimale de l'infraction. En effet, l'art. 28b CC permet de prendre des mesures analogues avant même qu'une infraction soit commise.

L'al. 2 décrit le contenu de l'interdiction de contact et de l'interdiction géographique. Il s'inspire de l'art. 28b, al. 1, CC. La let. a mentionne en sus le fait d'employer, d'héberger, de former, de surveiller les personnes protégées ou de s'en occuper. Certes, ces occupations peuvent tomber sous le coup de l'interdiction d'exercer une activité, mais elles pourront ainsi être interdites, si nécessaire, lorsqu'elles ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une profession ou d'une activité non professionnelle organisée.

La let. d, qui prévoit une interdiction de quitter un lieu déterminé, n'a pas son équivalent à l'art. 28b CC. Il s'agit d'une sorte d'interdiction géographique négative, le lieu concerné pouvant être par exemple une maison, un quartier ou une localité. Dans certains cas, l'interdiction pourra utilement être limitée à certaines heures, situation non sans ressemblance avec l'organisation de la surveillance électronique des délinquants.

Comme dans plusieurs autres pays européens, il sera possible d'utiliser des moyens électroniques pour surveiller l'application des interdictions de contact et des interdictions géographiques (al. 3). Les données seront enregistrées sur ordinateur et les transgressions de l'interdiction seront signalées à l'assistant de probation ou à l'autorité d'exécution. Il n'est pas indispensable que la surveillance ait lieu en temps réel et qu'une troupe d'intervention se tienne prête en tout temps à empêcher le condamné d'outrepasser les limites qui lui ont été fixées. Il suffit que ce dernier sache qu'il est possible de prouver à tout moment qu'il a désobéi aux règles et qu'il devra en supporter les conséquences. Il n'est pas possible de statuer de manière générale que la surveillance électronique est indiquée pour telle ou telle infraction (aux Pays-Bas, elle est aussi utilisée dans le cas des auteurs d'actes de violence et d'actes d'ordre sexuel). Elle ne pourra être ordonnée qu'après une analyse méticuleuse des risques concrets. En règle générale, elle sera appropriée si ces risques sont faibles à moyens. Elle devra en outre être assortie d'autres mesures (notamment la désignation d'un assistant de probation).

La surveillance électronique se prête aussi particulièrement à la surveillance des personnes frappées d'une interdiction de contact dans des cas de violence domestique ou de harcèlement. La victime potentielle est munie d'un récepteur qui lui indique si le condamné (qui porte un émetteur) s'approche à plus d'une certaine distance.

2.2.4 Art. 67b (Exécution de l'interdiction)

Cette disposition reprend largement le contenu de l'art. 67a actuel.

Les délais d'exécution sont les mêmes pour l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67a AP-CP) que pour l'interdiction générale d'exercer une activité (art. 67, al. 1, AP-CP).

L'al. 4 a été complété de sorte que l'autorité examine s'il est opportun de lever l'interdiction qualifiée d'exercer une activité (art. 67, al. 2 ou 3, AP-CP) après un délai plus long (let. b et c). Elle ne pourra pas le faire avant ce terme si l'interdiction est ordonnée pour une durée de dix ans sur la base de l'art. 67, al. 3, AP-CP.

Comme pour l'interdiction actuelle d'exercer une profession, aucun sursis n'entre en ligne de compte. Seules les peines peuvent être assorties d'un sursis, jamais les mesures (art. 59 à 61, 63, 64 et 66 à 73 CP).

2.2.5 Art. 67c (Modification ou prononcé ultérieur de l'interdiction)

Comme toute autre sanction, les interdictions feront en principe partie du jugement sur le fond. Mais elles auront ceci de commun avec les mesures thérapeutiques qu'elles pourront être modifiées ou ordonnées ultérieurement par le juge, à la demande de l'autorité d'exécution (cf. art. 62c, al. 6, et 65, al. 1, CP).

2.2.6 Art. 95, al. 1, 6 et 7

L'al. 1 est complété de sorte que le juge et les autorités d'exécution puissent convenir au préalable avec l'autorité chargée de l'exécution de l'interdiction d'exercer une activité, de contact ou géographique (vraisemblablement le service d'assistance de probation) des interdictions les plus utiles et applicables (comme c'est aujourd'hui le cas pour les règles de conduite, cf. art. 95, al. 1, CP).

Celui qui outrepassé l'interdiction s'expose à être condamné en vertu de l'art. 294 AP-CP. S'il le fait durant le délai d'épreuve, il peut voir révoquer son sursis ou être réintégré dans l'exécution de la peine ou de la mesure aux conditions des art. 46 et 89 CP.

En cas de non-respect de l'interdiction, il peut s'avérer nécessaire, en plus d'une éventuelle condamnation en vertu de l'art. 294 AP-CP, d'étendre l'interdiction ou d'en ordonner une nouvelle. Enfin, la révocation du sursis, la réintégration dans l'exécution de la peine ou de la mesure ou la modification de l'interdiction peuvent s'avérer nécessaires sans que le condamné ait violé l'interdiction, parce qu'il s'est soustrait à l'assistance de probation ou que celle-ci ne peut pas être exécutée, si bien qu'il y a lieu de craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions. Les al. 6 et 7 prévoient donc des règles analogues à celles qui s'appliquent actuellement aux règles de conduite et à l'assistance de probation (art. 95, al. 3 à 5, CP).

2.2.7 Art. 105, al. 3

Cette disposition est complétée par les nouvelles interdictions. Comme l'actuelle interdiction d'exercer une profession, elles ne pourront être ordonnées en cas de contravention que dans les cas expressément prévus par la loi.

2.2.8 Art. 187, ch. 3

Actuellement, l'art. 187, ch. 3, CP est formulé de telle sorte que des personnes tout juste majeures qui entament une relation amoureuse à long terme avec quelqu'un de

moins de seize ans sortent de son champ d'application dès qu'elles atteignent leur 20^e année (par ex. un homme de 19 ans qui a entamé une longue relation avec une jeune fille de quatorze ans; cf. *Basler Kommentar Strafrecht II*, 2^e éd., Philipp Maier, art. 187 n° 20). On mentionnera à l'avenir le « moment du premier acte commis » au lieu du « moment de l'acte ».

2.2.9 Art. 294 (Infraction à l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact ou l'interdiction géographique)

Il s'agit de mentionner les nouvelles interdictions dans cette disposition. Notons que le juge peut ordonner une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 59 à 61 CP) ou un traitement ambulatoire (art. 63 CP) en plus ou à la place d'une condamnation à une peine privative de liberté en vertu de l'art. 294 CP. Il disposera donc d'un large éventail de sanctions en cas de non-respect de l'interdiction d'exercer une activité, de l'interdiction de contact ou de l'interdiction géographique.

2.2.10 Art. 366, al. 3

Puisque l'avant-projet intègre au DPMIn l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique, on ajoute ces mesures aux jugements à l'encontre des mineurs qui doivent être inscrits dans le casier judiciaire (art. 366, al. 3, let. c). Ils n'apparaîtront sur l'extrait ordinaire destiné à des particuliers que lorsque la condition énoncée à l'art. 371, al. 2, CP sera remplie. Mais ils figureront sur l'extrait spécial au sens de l'art. 371a AP-CP (voir ch. 2.2.13) avant les 18 ans de l'intéressé.

2.2.11 Art. 369, al. 4^{ter}

Les interdictions qualifiées d'exercer une activité (art. 67, al. 2 et 3, AP-CP et art. 50, al. 2 et 3, AP-CPM), l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67a AP-CP et 50a AP-CPM) et leurs équivalents dans le DPMIn (art. 16a AP-DPMIn) ne seront éliminés du casier judiciaire qu'après un délai spécial, fixé à l'art. 369a AP-CP. Il faut donc clairement exclure ces mesures du champ d'application de l'art. 369, al. 4^{ter}, CP.

2.2.12 Art. 369a (Elimination des jugements prononçant une interdiction d'exercer une activité, de contact ou géographique)

Les interdictions qualifiées d'exercer une activité (art. 67, al. 2 et 3, AP-CP et art. 50, al. 2 et 3, AP-CPM), l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67a AP-CP et 50a AP-CPM) et leurs équivalents dans le DPMIn (art. 16a AP-DPMIn) pourront, selon les circonstances, être ordonnées pour très longtemps, si nécessaire à vie. Les règles actuelles concernant l'élimination des données du casier judiciaire (art. 369, al. 1 à 6, CP) ne permettent pas d'en tenir compte. Il faut donc prévoir, dans un nouvel article, que les interdictions de longue durée ne seront pas éliminées du casier judiciaire avant de prendre fin. Elles resteront en outre visibles pour les autorités jusqu'à dix ans après avoir pris fin.

2.2.13 Art. 371a (Extrait spécial du casier judiciaire destiné à des particuliers)

Toute personne qui voudra exercer une activité avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables devra produire un extrait spécial du casier judiciaire. L'al. 1 lui donne le droit de demander cet extrait.

L'attestation prévue par l'al. 2 permet d'assurer que cet extrait spécial ne sera pas utilisé pour une recherche de logement par exemple mais seulement aux fins visées.

Selon l'al. 3, l'extrait spécial comprendra tous les jugements portés sur l'extrait ordinaire destiné à des particuliers, plus les jugements à l'encontre des mineurs contenant une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique.

Selon l'al. 4, les interdictions qualifiées d'exercer une activité (art. 67, al. 2 et 3, AP-CP et art. 50, al. 2 et 3, AP-CPM), l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67a AP-CP et 50a AP-CPM) et leurs équivalents dans le DPMin (art. 16a AP-DPMin) y figureront tout le temps qu'elles dureront, au-delà des délais prévus pour l'extrait ordinaire du casier judiciaire.

2.3 Modification du code pénal militaire

Les art. 50 à 50c AP-CPM répètent les art. 67 à 67c AP-CP.

Aux art. 50d et 50e AP-CPM, seule la numérotation des articles est adaptée.

L'art. 60b, al. 3, AP-CPM est précisé de la même manière que l'art. 105, al. 3, AP-CP.

Le CPM ne contient pas de disposition similaire à l'art. 294 CP. Au regard de l'art. 8 CPM, il n'est pas nécessaire d'en créer une.

Le droit du casier judiciaire du CP (art. 365 ss) s'applique aux jugements rendus en vertu du CPM, conformément à l'art. 226, al. 2, CPM. Les dispositions du CP ont été adaptées en fonction des modifications du CPM.

2.4 Modification du droit pénal des mineurs

2.4.1 Art. 16a (Interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique)

Cette disposition reprend, sous une forme atténuée, l'interdiction qualifiée d'exercer une activité (al. 1) et les interdictions de contact et géographique (al. 2) du droit pénal applicable aux adultes. Ces interdictions sont formulées de manière très ouverte, comme il est habituel pour les mesures du droit pénal des mineurs, afin de donner aux autorités compétentes une grande marge d'appréciation.

Aucune infraction n'aura comme conséquence, pour les délinquants mineurs, une interdiction systématique d'exercer une activité. De plus, l'autorité de jugement ne pourra ordonner une interdiction que s'il est à craindre que l'auteur commette des infractions d'ordre sexuel dans l'exercice de l'activité en question.

Elle pourra en revanche ordonner une interdiction de contact ou une interdiction géographique (al. 2) aux auteurs de toute infraction, du moment qu'une telle mesure est appropriée, nécessaire et conforme au principe de proportionnalité.

L'al. 3 prévoit que les mineurs condamnés sont accompagnés et surveillés par une personne idoine, conformément aux exigences de la motion Carlo Sommaruga.

Selon l'al. 4, les jeunes pourront aussi faire l'objet d'une surveillance électronique en relation avec le contrôle des interdictions de contact et des interdictions géographiques. Les dispositions du DPMIn en matière d'exécution (art. 17 ss) s'appliqueront aussi aux interdictions.

2.4.2 Art. 19, al. 4

L'âge auquel les mesures prévues par le DPMIn prennent fin passera de 22 à 25 ans à l'occasion de la réforme prochaine du système des sanctions dans le CP et le DPMIn (art. 19, al. 2, DPMIn). Après cette réforme, les nouvelles interdictions qui sont l'objet de l'art. 16a AP-DPMIn pourront durer sept ans voire plus. Or, si une mesure aussi sévère que le placement en établissement fermé prévu à l'art. 15, al. 2, DPMIn doit prendre fin lorsque la personne concernée atteint ses 25 ans, il doit en aller de même pour les interdictions prévues à l'art. 16a AP-DPMIn.

En même temps, il faut tenir compte du fait que certaines situations ou certains problèmes ne disparaissent pas subitement lorsque l'individu atteint un certain âge. Le nouvel art. 19, al. 4, AP-DPMIn permet donc de poursuivre les interdictions prononcées en vertu du droit pénal des mineurs, mais selon le droit pénal applicable aux adultes.

2.5 Nouvelle loi sur le casier judiciaire

2.5.1 Obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire

2.5.1.1 Remarque préliminaire

Il s'agit seulement ici d'esquisser les grands traits de l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire et d'ouvrir la discussion. Cette disposition sera intégrée plus tard dans l'avant-projet de nouvelle loi sur le casier judiciaire (cf. ch. 1.2.5).

L'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire ne garantira pas une sécurité sans faille. Elle s'appliquera dans des cas de figure typiques et quotidiens, comme l'engagement d'un enseignant, d'un soignant dans un foyer pour personnes âgées ou d'un moniteur de sport. Mais il faudrait prévoir une obligation très étendue, au coût administratif disproportionné, pour répondre à certaines situations. La question qui se pose est donc celle des limites à fixer à cette obligation.

Qu'en est-il par exemple du champ d'application et du critère de rattachement ? L'obligation ne doit-elle s'appliquer qu'aux candidats à des activités exercées en Suisse ou bien aussi à l'étranger (par ex. lorsqu'un club de sport recrute un accompagnateur pour un tournoi de l'équipe junior à l'étranger; ou lorsqu'une œuvre d'entraide engage un collaborateur pour des interventions d'aide à l'enfance à l'étranger) ? Et quid des entreprises sises en Suisse qui engagent à l'étranger des personnes en vue d'activités à l'étranger en contact avec des enfants ?

Reste ensuite à déterminer qui contrôlera les personnes qui exercent une activité indépendante impliquant des contacts avec des enfants ou qui se trouvent à la tête de l'entreprise ou de l'association considérée. Personne n'exigera d'elles un extrait du casier judiciaire. Si elles ont été condamnées en Suisse à une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique, le service d'assistance de probation, pour autant que le juge en ait ordonné une (voir art. 67, al. 7, et 67a, al. 3, AP-CP), pourra intervenir ou alerter l'autorité d'exécution. Dans les autres cas, seule une autorité supérieure compétente en matière d'autorisation ou de surveillance pourrait effectuer les contrôles nécessaires. Mais elle se heurterait elle-même à des limites, impuissante par exemple lorsqu'une personne aurait été condamnée pour un acte d'ordre sexuel dans un Etat tiers mais que celui-ci n'aurait pas informé son Etat d'origine de la condamnation.

Il est prévu de faire reposer le contrôle sur un extrait spécial du casier judiciaire destiné à des particuliers, que la personne concernée devra présenter sous forme papier. Certes, il serait envisageable d'accorder un accès direct au casier judiciaire à certaines autorités centrales chargées des autorisations (par ex. aux autorités scolaires cantonales ou aux autorités cantonales qui avalisent l'engagement du personnel médical). Il n'est toutefois pas certain que cela représente une simplification car les problèmes de délimitation sont nombreux. Par exemple, tous les professionnels de la santé soumis à autorisation ne sont pas soumis au contrôle obligatoire prévu par le projet, et vice-versa. Il faudrait aussi déterminer si le contrôle opéré par l'autorité chargée de l'autorisation exempte les employeurs privés de cette obligation. Il est à noter que dans le cas d'un étranger, l'extrait du casier judiciaire du pays d'origine ne pourrait être consulté que sur papier.

2.5.1.2 Personnes condamnées en Suisse

Sont mentionnées dans le casier judiciaire les personnes condamnées sur le territoire de la Confédération ainsi que les Suisses condamnés à l'étranger (art. 366, al. 1, CP). On devra donc exiger de demander un extrait du casier judiciaire au sens de l'art. 371a AP-CP à toute personne qui veut exercer une activité professionnelle ou non professionnelle organisée en contact avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, indépendamment de son lieu de résidence. De la sorte, les employeurs, associations et autres organisations pourront prendre connaissance de toutes les interdictions d'exercer une activité, interdictions de contact et interdictions géographiques prononcées en Suisse, y compris de celles ayant frappé des personnes qui ont séjourné temporairement en Suisse ou qui ont transféré leur domicile dans un autre pays après une condamnation en Suisse.

Toute personne peut demander un extrait (ordinaire ou spécial) du casier judiciaire quels que soient sa nationalité et son domicile (art. 371 CP et 371a AP-CP). Il est aujourd'hui possible de se procurer l'extrait par Internet, même depuis l'étranger.

2.5.1.3 Personnes condamnées à l'étranger

L'obligation d'exiger un extrait spécial du casier judiciaire suisse fera respecter dans une certaine mesure les interdictions d'exercer une activité, les interdictions de contact et les interdictions géographiques ordonnées en Suisse. Elle permettra d'obtenir des renseignements sur les condamnations prononcées à l'étranger contre

des Suisses (cf. art. 366, al. 1, CP) dans la mesure où ces condamnations auront été signalées à la Suisse sur la base d'une convention multilatérale ou bilatérale.

Cela n'est pas suffisant pour protéger les mineurs et les autres personnes particulièrement vulnérables des délinquants ayant déjà commis des infractions contre ces catégories de personnes. En particulier, de plus en plus de ressortissants européens sont candidats à des activités des domaines de l'éducation et de la santé en Suisse, dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes (Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS 0.142.112.681). De fait, certains d'entre eux ont des antécédents (notamment des abus sexuels sur des enfants) qui s'opposent à ce qu'ils exercent ces activités. Il faut donc adopter une réglementation qui permet de prévenir l'engagement d'étrangers condamnés dans un autre pays pour une telle infraction.

Il convient par conséquent d'exiger que les candidats étrangers à une activité en contact avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables produisent un extrait du casier judiciaire (ou un document équivalent) de leur Etat d'origine, sur lequel figureront éventuellement les condamnations prononcées dans des Etats tiers, communiquées à l'Etat d'origine en vertu d'une convention internationale.

Il existe une disposition de ce genre à l'art. 4 de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant (RS 943.1). Contrairement à cette loi, on ne saurait néanmoins se contenter d'exiger un extrait du casier judiciaire suisse des étrangers établis en Suisse (sans extrait du casier judiciaire étranger). A moins que l'étranger visé ne soit en Suisse depuis longtemps, l'extrait du casier judiciaire suisse ne couvrira qu'une petite partie de ses antécédents. Il pourrait bien avoir été condamné dans son pays à une interdiction d'exercer une profession (peut-être pour une longue période), sans que cela apparaisse sur l'extrait suisse. De plus, si un étranger domicilié en Suisse est condamné dans un Etat tiers, celui-ci communiquera le jugement (s'il le communique) à l'Etat d'origine et non au Casier judiciaire suisse. Il faudrait donc demander aux étrangers domiciliés en Suisse un extrait du casier judiciaire suisse et un document équivalent de leur Etat d'origine.

L'art. 22 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1) prévoit que chacune des parties donne à la partie intéressée avis des sentences pénales et des mesures postérieures qui concernent les ressortissants de cette partie et ont fait l'objet d'une inscription au casier judiciaire. Cet instrument a été signé par une cinquantaine d'Etats, dont la Russie, Israël et la Turquie. Des accords ont en outre été conclus avec le Maroc, la Tunisie et le Mexique.

Théoriquement, il suffirait donc, dans le cas d'un ressortissant d'un de ces Etats, d'exiger un extrait du casier judiciaire de l'Etat d'origine.

Or tous les Etats ne communiquent pas les données de manière systématique, sans compter que l'enregistrement de jugements étrangers suscite parfois des difficultés. Les membres de l'Union européenne font des efforts pour améliorer l'échange d'informations sur les condamnations (projet de réseau des registres judiciaires), mais essentiellement dans le but de faciliter le travail des autorités de poursuite pénale dans les procédures.

Pour être certain de contrôler de manière aussi complète que possible les antécédents des personnes visées, il faudrait donc leur demander un extrait du casier judiciaire de tous les pays où elles ont eu leur domicile (ou au moins sur les dix dernières années), ce qui serait extrêmement astreignant, tant pour la personne concernée que pour l'employeur ou l'association, sans compter qu'il est parfois difficile de reconstituer avec certitude le passé d'une personne et que l'on dépend pour ce faire de ses propres déclarations. De plus, tous les Etats ne délivrent pas d'extraits du casier judiciaire aux non-ressortissants qui ne sont pas domiciliés dans cet Etat. Enfin, les autorités suisses ne reçoivent généralement des renseignements sur une condamnation que si la personne en question fait l'objet d'une procédure pénale en Suisse, ce qui ne correspond pas à la situation visée dans le présent rapport.

Si, pour éviter les lourdeurs administratives, on se fonde sur les structures et les échanges d'informations actuels, on exigera uniquement un extrait spécial du casier judiciaire suisse et un document équivalent de l'Etat d'origine, tout en sachant que chaque Etat use de ses propres critères en droit pénal, que le contenu des extraits de casier judiciaire diffère et qu'il n'y figure pas toujours toutes les infractions qui seraient d'intérêt dans la problématique exposée ici. Quoi qu'il en soit, il sera nécessaire d'exiger que les documents étrangers soient présentés dans la langue nationale usitée localement, éventuellement sous forme de traduction certifiée.

Comme les informations qui figurent sur un extrait du casier judiciaire ne couvrent qu'un certain laps de temps, l'extrait n'est valable que trois mois en règle générale. Les candidats à une activité impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables devraient donc faire l'objet d'un contrôle régulier, par exemple tous les deux ans.

L'avant-projet de nouvelle loi sur le casier judiciaire aura pour ambition de permettre un contrôle aussi efficace que possible, praticable et compatible avec l'accord sur la libre circulation des personnes, lequel pose des exigences très strictes de non-discrimination (voir ch. 5.2.5).

Tous les Etats n'ont pas instauré une interdiction pénale d'exercer une activité applicable aux délinquants pédosexuels. Il faudrait peut-être, pour pallier ce fait, édicter des règles de droit administratif concernant les personnes qui ont été condamnées à l'étranger pour un des actes visés à l'art. 67, al. 3, AP-CP mais n'ont pas fait l'objet d'une interdiction d'exercer une activité.

2.5.1.4 Parents et proches

Les personnes qui confient leurs enfants à des parents ou à des proches ne seront pas soumises à l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire (en règle générale, ils ne peuvent être qualifiés ni d'employeurs ni d'organisations). La consultation relative à l'ordonnance sur la prise en charge extrafamiliale d'enfants a mis en lumière l'importance de la responsabilité parentale; il n'est donc pas non plus question d'obliger les parents à exiger un extrait du casier judiciaire des membres de leurs familles et de leurs proches lorsque ces derniers s'occupent de leurs enfants contre rémunération, dans le cadre d'une activité professionnelle.

Il ne faut pas oublier que des parents et des proches peuvent être frappés d'une interdiction de contact ou d'une interdiction géographique (art. 67a CP, 50a CPM ou 16a DPMIn). Dans ces cas-là, l'assistant de probation devra contrôler dans toute la mesure du possible qu'ils respectent l'interdiction et, si nécessaire, prendre des

mesures (quoique chacun reste libre de demander un extrait normal du casier judiciaire au sens de l'art. 371 CP à un membre de sa famille ou à un proche).

2.5.1.5 Régime transitoire

L'art. 67, al. 3, AP-CP, prévoit une interdiction d'exercer une activité que le juge doit prononcer, sans faire usage de son pouvoir d'appréciation, lorsque l'auteur a commis certains types d'actes. Il ne s'appliquera qu'aux délinquants ayant commis une infraction après l'entrée en vigueur de la modification de loi. On peut se demander s'il faut aussi appliquer la nouvelle interdiction aux personnes qui ont commis une infraction avant l'entrée en vigueur de la modification.

Il faudra également examiner s'il convient de contrôler les personnes qui, au moment de l'entrée en vigueur de la modification, exercent déjà une activité en relation avec des enfants ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, et dans quel délai ce contrôle devrait avoir lieu. On pourrait imaginer un contrôle périodique de toutes les personnes engagées dans ce type d'activités.

2.5.1.6 Dispositions d'exécution

Les modalités seront fixées dans une ordonnance, qui règlera en particulier quels employeurs, quelles associations et autres organisations seront tenus d'exiger des personnes qu'elles engagent un extrait spécial du casier judiciaire et de les contrôler régulièrement par la suite.

2.5.2 Nouvelles dispositions pénales

2.5.2.1 Non-respect de l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire

Les personnes qui négligent d'exiger un extrait spécial du casier judiciaire ou un document étranger équivalent des personnes qu'elles engagent en vue de certaines activités devront être sanctionnées. La disposition à intégrer dans le code pénal pourrait être formulée ainsi:

Art. 295a Non-respect de l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire

¹ *Quiconque ne respecte pas l'obligation d'exiger un extrait spécial du casier judiciaire ou un document étranger équivalent énoncée à l'art. ... de la loi fédérale du ... sur le casier judiciaire est puni de l'amende.*

² *Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 5 000 francs au plus.*

2.5.2.2 Engagement d'une personne au mépris d'une interdiction d'exercer une activité

Il faudra en outre prévoir de sanctionner ceux qui engagent une personne en sachant qu'elle fait l'objet d'une interdiction d'exercer une activité. Le fait d'engager une

personne sans exiger d'extrait du casier judiciaire (art. 295a présenté au ch. 2.5.2.1) correspond à la commission par négligence de cette infraction.

Si l'on décidait d'instaurer une interdiction de droit administratif d'engager des personnes qui ont commis un des actes visés à l'art. 67, al. 3, AP-CP avant l'entrée en vigueur de la modification de loi ou à l'étranger (voir ch. 2.5.1.2 et 2.5.1.4), il faudrait aussi sanctionner le non-respect de cette interdiction.

2.5.3 Les délais au regard de l'extrait du casier judiciaire actuel (art. 371 CP)

En droit actuel, il n'est pas garanti que l'interdiction d'exercer une profession de l'art. 67 CP figure pendant sa durée entière sur l'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers visé à l'art. 371 CP. Le même problème se posera pour l'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 1, AP-CP. Il faudra donc adapter les dispositions relatives au casier judiciaire. La question est pourtant prématurée tant que certains problèmes fondamentaux liés à l'extrait destiné à des particuliers ne seront pas résolus, problèmes qui seront traités au cours des travaux relatifs à la réforme du droit du casier judiciaire (voir ch. 2.5.1).

3 Conséquences

3.1 Pour la Confédération

Le projet est lié à des coûts supplémentaires pour la Confédération dans le domaine du casier judiciaire.

Premièrement, l'instauration d'un extrait spécial du casier judiciaire nécessitera une reprogrammation de VOSTRA. Ces travaux seront cependant intégrés à ceux qu'entraînera la réforme du droit du casier judiciaire.

Deuxièmement, l'Office fédéral de la justice devra traiter les demandes visant l'obtention d'un extrait spécial du casier judiciaire. Or cet extrait sera obligatoire pour tous ceux qui s'intéressent à une occupation en contact avec des enfants, des jeunes ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, que ce soit dans un cadre professionnel ou dans celui d'une organisation. Il est pour l'heure impossible d'évaluer le volume que cela représente.

Les coûts de programmation et les frais de personnel supplémentaires seront couverts par les émoluments perçus sur les extraits du casier judiciaire.

3.2 Pour les cantons et les communes

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

Il se pourrait qu'ils aient à supporter des charges supplémentaires dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures puisque les services d'assistance de probation auront de nouvelles tâches.

L'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire concernant les agents du service public qui exercent une activité en contact avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables sera aussi source de charges supplémentaires.

3.3 Pour l'économie

Les entreprises qui offrent des emplois en contact avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables devront exiger des candidats un extrait du casier judiciaire. Relevons cependant que certaines grandes entreprises effectuent déjà ces contrôles. Celles qui font des vérifications périodiques ont la possibilité (avec le consentement des intéressés) de faire une demande groupée au Casier judiciaire suisse, pour simplifier les travaux administratifs.

4 Lien avec le programme de la législature

Le projet n'est annoncé ni dans le message du Conseil fédéral du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011 (FF **2008** 639) ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011 (FF **2008** 7745).

La lutte contre les abus sexuels visant les enfants est un thème important qui fait débat depuis de nombreuses années et qui a donné lieu à de multiples interventions parlementaires. Le Conseil fédéral juge donc opportun de pousser les travaux relatifs à cet objet de sorte qu'un projet pourrait éventuellement être soumis au Parlement dans la première moitié de la prochaine législature.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

5.1.1 Compétence législative

L'art. 123 Cst. donne à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine du droit pénal.

La modification de cet article proposée ici créera la compétence d'instaurer l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire (cf. ch. 1.2.1 et 2.1).

5.1.2 Conformité aux droits fondamentaux

L'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique touchent plusieurs garanties constitutionnelles telles que la liberté économique (art. 27, al. 2, Cst.), la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.) et la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.). Les droits fondamentaux peuvent être soumis à une restriction lorsque celle-ci repose sur une base légale, qu'elle répond à un intérêt public prépondérant, qu'elle est conforme au principe de proportionnalité et que l'essence des droits fondamentaux est préservée (art. 36 Cst.). Le confinement d'une personne dans un espace réduit au travers d'une interdiction géographique peut être une restriction de la liberté de mouvement qui requiert la prise en considération des droits garantis par l'art. 31 Cst. sur la privation de liberté (Jörg Paul Müller / Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd., 2008, p. 86).

En l'occurrence, le droit des enfants et des jeunes à une protection particulière de leur intégrité, consacré à l'art. 11 Cst., constitue une limite à la liberté économique, à la liberté personnelle et à la liberté de conscience et de croyance. En d'autres termes,

il est possible de porter atteinte aux droits fondamentaux de tiers pour protéger les enfants (cf. Heinrich Koller / Martin Wyss, « *Kinder haben Anspruch auf besonderen Schutz...* », *Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Art. 11 Abs. 1 BV*; in: Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Berne 2002, p. 435 ss).

Les interdictions que nous proposons sont prévues par une loi au sens formel, sans compter la création d'une nouvelle base constitutionnelle pour l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire. On peut considérer qu'elles répondent à un intérêt public prépondérant; en acceptant l'art. 123b Cst. (Imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants imputables) le 30 novembre 2008, le souverain a manifesté sa volonté de prendre des mesures énergiques pour protéger les enfants. Enfin, les interdictions proposées ne portent pas atteinte à l'essence des droits fondamentaux (Jörg Paul Müller / Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd., 2008, p. 85 ss, 89 ss, 267 ss et 1078 s.). Quant aux garanties de procédure, relevons que les interdictions sont ordonnées par un juge dans une procédure pénale ordinaire. Seule la question de la proportionnalité demande un examen plus approfondi.

Le principe de proportionnalité revêt une grande importance lorsqu'il s'agit de mettre en place des interdictions. En relation avec quelles infractions une interdiction sera-t-elle appropriée et nécessaire pour prévenir la récidive (par ex. pertinence d'une interdiction de contact ou géographique en cas d'infraction contre le patrimoine) ? A partir de quel degré de gravité y a-t-il un rapport raisonnable entre l'utilité de l'interdiction et les moyens employés ? Une interdiction à vie peut-elle être conforme au principe de proportionnalité lorsque l'on sait que les condamnés ne seront pas des délinquants très dangereux ? Quelles possibilités de réexamen et de levée de l'interdiction faut-il prévoir pour qu'elle puisse prendre fin au moment où les circonstances qui l'ont justifiée ne sont plus réunies ?

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

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

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

L'interdiction d'exercer une activité visée à l'art. 67, al. 1, AP-CP tient compte de ces limites: seules peuvent être interdites des activités dans l'exercice desquelles l'auteur a commis l'acte à l'origine de l'interdiction. Cet acte doit être d'une certaine gravité et il doit y avoir risque de nouvel abus. La formulation potestative garantit d'ailleurs que le juge examinera dans chaque cas l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité de l'interdiction.

Quant à l'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 2, et aux interdictions de contact et géographique au sens de l'art. 67a AP-CP, elles répondent aux exigences mentionnées du fait qu'elles ne peuvent être ordonnées que s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne récidive s'il se trouve au contact de certaines

personnes (en exerçant une activité ou en entrant en relation avec elles). Ici aussi, le juge examinera dans chaque cas l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité de l'interdiction.

Dans les cas visés à l'art. 67, al. 3, AP-CP, où le juge doit obligatoirement prononcer l'interdiction, le lien entre l'infraction et l'interdiction existe: il s'agit de la nature sexuelle de l'infraction et du type de victime (enfants et jeunes). Seules les activités offrant une occasion de récidive à l'encontre d'un groupe défini de victimes potentielles seront interdites.

Autre aspect important, l'interdiction d'exercer une activité ne consiste pas à interdire totalement l'exercice d'une profession. Ainsi, les activités exercées en relation avec la liberté de conscience et de croyance ou avec la liberté personnelle ne seront pas entièrement interdites, mais uniquement certaines tâches ou les tâches en contact avec certaines personnes.

Il ne faut pas non plus oublier que l'acte commis peut aussi entraîner une condamnation à une peine privative de liberté de longue durée, à une mesure thérapeutique institutionnelle ou à un internement à vie. Les nouvelles dispositions proposées ne sont pas en ce sens un durcissement du droit pénal. Grâce à elles, le condamné pourra bénéficier d'un meilleur pronostic (parce qu'il est soumis à une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique et qu'il devra présenter un extrait du casier judiciaire pour exercer certaines activités) et donc d'une meilleure chance de se voir accorder soit un sursis ou un sursis partiel, soit une libération conditionnelle. En d'autres termes, les nouvelles dispositions permettront dans certains cas d'éviter une sanction bien plus dure.

Durée des interdictions systématiques

Il ne serait pas constitutionnel de régler de manière uniforme la durée des interdictions systématiques: la loi peut prévoir une durée minimale de dix ans, par exemple, mais fixer une durée supérieure doit relever de la décision du juge. Une interdiction systématique d'exercer une profession à vie (sans appréciation par le juge) ne serait pas conforme au principe de proportionnalité.

Interdictions à vie

Sur le modèle des législations étrangères (voir ch. 1.5), l'avant-projet prévoit des interdictions à vie d'exercer une activité, qui seront ordonnées quand il est déjà prévisible, au moment où le jugement est rendu, que la durée de dix ans ne suffira pas à écarter le risque de récidive (art. 67, al. 6, AP-CP).

Les interdictions à vie soulèvent la question de la proportionnalité. Pour ce qui est des peines, le respect de ce principe est assuré au travers du principe de culpabilité et plus précisément des règles de détermination des peines. Pour ce qui est des mesures thérapeutiques et de l'internement, qui ne dépendent pas de la culpabilité de l'auteur, le principe de proportionnalité a été expressément intégré dans la nouvelle partie générale du CP (art. 56, al. 2, CP) et concrétisé dans diverses dispositions (notamment les art. 56, al. 1 et 6, 56a, 57, al. 1, 59, al. 1, 60, al. 1, 61, al. 1, et 63, al. 1, CP).

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

Lorsque l'interdiction est prononcée à vie, le principe de proportionnalité tient dans le fait qu'elle ne peut l'être qu'à cause de certaines infractions ou à cause d'infractions contre certaines catégories de personnes qui bénéficient d'une protection particulière. De plus, elle ne peut être ordonnée que si le pronostic est défavorable.

L'art. 5, ch. 4, CEDH ne garantit le droit à un examen périodique qu'aux personnes frappées par une sanction entraînant une privation de liberté (toute personne privée de liberté en raison de caractéristiques personnelles telles que l'aliénation, l'alcoolisme ou la toxicomanie ou en raison d'autres circonstances altérables a également droit à l'examen périodique de la légalité de sa détention). Cependant, en vertu du principe de proportionnalité, le réexamen dans le cadre du CP concerne non seulement les sanctions entraînant une privation de liberté mais (au titre d'un renouvellement formel et périodique) les mesures de traitement ambulatoire, la mise à l'épreuve, les règles de conduite et l'assistance de probation. Par analogie, il convient de prévoir une possibilité de réexamen pour l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique.

L'interdiction générale d'exercer une activité (art. 67, al. 1, AP-CP), l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67a AP-CP) bénéficieront des mêmes règles sur le réexamen que l'interdiction actuelle d'exercer une profession (art. 67b, al. 3, 4 et 5, let. a, AP-CP). Des délais plus longs s'appliqueront aux interdictions qualifiées (art. 67b, al. 5, let. b et c, AP-CP). Ils se justifient au regard de la protection particulière que ces interdictions sont censées assurer. Il ne serait pas logique de prévoir de longues interdictions d'exercer une activité tout en permettant de les remettre en question après peu de temps. On pourrait par contre envisager que les interdictions doivent être examinées après l'exécution d'une longue peine ou d'une longue mesure (de manière analogue à l'examen de l'internement à la fin de l'exécution de la peine privative de liberté qui le précède; art. 64, al. 3, CP).

5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

5.2.1 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101)

L'art. 6 CEDH confère à tout un chacun le droit qu'un tribunal décide des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. L'interdiction d'exercer une activité (ou l'interdiction d'exercer une profession) touche un droit de caractère civil, selon une jurisprudence constante (v. notamment l'arrêt de la CEDH du 28 juin 1978, affaire König, A/28); l'art. 6 s'applique, pour ce qui concerne le droit civil, dès lors qu'il est possible qu'une interdiction d'exercer une profession soit ordonnée dans la procédure (voir notamment l'arrêt Hurter c. Suisse, n° 53146/99). Or l'avant-projet prévoit que l'interdiction d'exercer une activité est prononcée par le juge (qui a soit la faculté, soit l'obligation de le faire). Il satisfait donc à l'art. 6 CEDH sans

qu'il soit même besoin d'examiner plus avant si cet article est aussi applicable à l'interdiction d'exercer une activité non professionnelle.

Les activités professionnelles d'une personne peuvent être considérées comme relevant de sa vie privée (art. 8 CEDH; cf. arrêt *Niemietz c. Allemagne*, A/251 B), mais la convention ne garantit pas le droit à une activité professionnelle. Il peut y avoir ingérence dans la vie privée si l'interdiction d'activités de nature professionnelle s'étend dans une très large mesure à l'exercice d'une telle activité dans le cadre de la vie privée (Meyer-Ladewig, *Handkommentar EMRK*, 2^e éd., 2006, ad art. 8 n° 9; arrêt *Sidabras et al. c. Lituanie*, n° 55480/00 et 59330/00, ACEDH 2004-VII). Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit à la vie privée que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire pour atteindre l'un (ou plusieurs) des buts énumérés à l'art. 8, al. 2, CEDH. La base légale et le but des mesures proposées n'appellent pas ici de commentaires. Pour ce qui est de leur proportionnalité, l'avant-projet prévoit une gradation dans la sévérité des mesures (interdiction facultative ou systématique, durée variable, portée matérielle de l'interdiction). Il permet donc en principe une application conforme à la CEDH, quoique l'art. 67, al. 3, AP-CP (interdiction systématique et durée minimale de dix ans) se situe à la limite de l'admissible.

Selon la jurisprudence de la Cour, il découle de l'art. 8 CEDH des obligations positives pour les Etats parties, obligations qui ont une certaine importance dans le présent contexte. Les Etats doivent mettre en place des mécanismes permettant à chacun de se défendre contre les atteintes à sa vie privée (cf. par ex. l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, A/91, absence de sanction pour le viol d'une handicapée mentale; arrêt *M.C. c. Bulgarie*, n°39272/98, ACEDH 2003-XII, preuve d'une résistance physique comme condition d'une condamnation pour viol; *K.U. c. Finlande*, arrêt du 2.12.2008, impossibilité d'obliger un fournisseur d'accès Internet à donner des informations sur l'auteur d'un abus sexuel à l'encontre d'un mineur). Les abus sexuels à l'encontre de mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables sont une atteinte à la vie privée de ces personnes. Les nouvelles interdictions proposées et l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire répondent à l'obligation positive de protéger les victimes qui découle de l'art. 8 CEDH.

5.2.2 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU, RS 0.103.1)

Le droit au travail, tel que consacré par le Pacte I de l'ONU, affirme l'obligation des Etats parties de garantir aux individus leur droit à un travail librement choisi ou accepté, notamment le droit de ne pas en être privé injustement (cf. Comité des Droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit au travail*, Observation générale n° 18, adoptée le 24 novembre 2005, § 4).

Pour les raisons exposées plus haut (voir ch. 5.1.2 et 5.2.1), l'interdiction d'exercer une activité est compatible avec le Pacte.

5.2.3 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU, RS 0.103.2)

Les dispositions concernées du Pacte II de l'ONU (art. 14, 17 et 26) coïncident en grande partie avec celles de la CEDH (voir ch. 5.2.1).

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

Par l'art. 19 de la convention, la Suisse s'est engagée à prendre toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. Par l'art. 34 de la convention, elle s'est engagée à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. Les nouvelles règles proposées ici s'inscrivent dans le cadre de ces obligations.

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

La Suisse a signé la Convention de Lanzarote le 16 juin 2010 (www.conventions.coe.int, STE 201). Le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'élaborer un message aux Chambres fédérales en vue de sa ratification.

Selon l'art. 5, al. 3, de la Convention, « chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires, conformément à son droit interne, pour que les conditions d'accès aux professions dont l'exercice comporte de manière habituelle des contacts avec les enfants permettent de s'assurer que les candidats à ces professions n'ont pas été condamnés pour des actes d'exploitation ou d'abus sexuels concernant des enfants ». Les dispositions proposées ici sont un grand pas vers la réalisation de cette obligation.

5.2.6 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes

L'accord sur la libre circulation pose des exigences strictes de non-discrimination (notamment art. 2 et 7, let. a, de l'accord; art. 9, al. 1, et 15, al. 1, de l'annexe 1). Il est interdit d'édicter des règles prévoyant une inégalité de traitement fondée sur la nationalité ou résultant en pratique dans une telle inégalité de traitement.

Les dispositions à prévoir dans l'avant-projet de nouvelle loi sur le casier judiciaire devront permettre un contrôle efficace des antécédents des étrangers qui s'intéressent à une activité en contact avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, sans enfreindre le principe de non-discrimination énoncé par l'accord.

