

La responsabilité pénale du consommateur de pornographie infantile

Ursula Cassani

Professeure de droit pénal à l'Université de Genève¹

I. Introduction : la difficile adaptation des incriminations sexuelles aux réalités sociales

Le droit pénal suisse en matière sexuelle a fait l'objet d'une révision entrée en vigueur en 1992, au terme d'un processus législatif exceptionnellement long et mouvementé. L'enjeu principal de cette réforme était l'adaptation aux réalités sociales contemporaines de dispositions légales enracinées dans la morale sexuelle de la fin du 19^{ème} siècle et visant essentiellement, selon l'expression de PHILIPPE GRAVEN, à «la canalisation de l'instinct sexuel vers le lit conjugal»³. Le moyen pour y parvenir était l'abandon de dispositions conçues pour protéger les «mœurs», prises en tant que bien juridique collectif, en faveur d'infractions réprimant les atteintes à des biens juridiques individuels, soit, d'une part, la liberté sexuelle de tout un chacun et, d'autre part, le développement sexuel non perturbé des mineurs⁴.

Les travaux de révision remontent à l'époque bienheureuse de la «révolution sexuelle», soit à ce laps de temps relativement bref marqué par la diffusion de moyens de contraception efficaces et la maîtrise des maladies vénériennes classiques. Dans le domaine de la pornographie, le premier souci de la commission d'experts qui a présenté son avant-projet en 1977 a été celui «de créer une disposition qui ne soit pas seulement en accord avec les idées actuelles en matière de liberté de choisir du citoyen, mais qui définit en même temps le comportement répréhensible de la manière la plus précise possible»⁵. Si la protection des enfants n'était nullement absente des préoccupations des experts, elle a été envisagée exclusivement sous l'angle des effets potentiellement dommageables de la consommation et non sous celui de l'exploitation sexuelle des enfants dans la production de la pornographie. Cette optique n'a pas été abandonnée dans la suite du processus de révision législative, au cours duquel la disposition libérale proposée par les experts a pourtant été considérablement resserrée⁶.

Les années qui se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur de la révision législative ont été marquées non seulement par le

Zusammenfassung:

Das aus der Gesetzesrevision von 1991 hervorgegangene Sexualstrafrecht betrachtet die pornographische Darstellung von sexuellen Handlungen mit Kindern als harte Pornographie, d.h. als ein Produkt, dessen Verbreitung absolut verboten ist. Die h.L. ist sich jedoch darüber einig, dass dieses Verbot den Besitz nicht erfasst. Art. 197 Ziff. 3 StGB behandelt die Darstellung von fiktiven und tatsächlichen Geschehnissen gleich. Die Kinderpornographie wird gleichgestellt mit pornographischen Darstellungen von sexuellen Handlungen mit Tieren, Ausscheidungen und tatsächlicher oder gespielter Gewalt. Damit erkennt das schweizerische Recht die besondere Gefahr, die von der pornographischen Wiedergabe tatsächlicher sexueller Handlungen an Kindern ausgeht. Diese spezifische Gefahr liegt im sexuellen Missbrauch von Kindern. Das Verhalten des Konsumenten, ist ebenso strafwürdig wie das der anderen Teilnehmer an dem Produktions- und Verteilungsprozess.

1 L'auteur remercie YANN WERMILLE, assistant au Département de droit pénal de l'Université de Genève, de la minutie avec laquelle il a revu le manuscrit du présent article, ainsi que de ses remarques critiques, toujours pertinentes.

2 Les infractions contre les mœurs (devenues «infractions contre l'intégrité sexuelle») ont été révisées par une loi fédérale du 21 juin 1991, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1992 (RO 1992 1670).

3 GRAVEN P., La pudeur infantile (art. 191 CP), in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, Bâle, 1975, pp. 267 ss., p. 267. GRAVEN utilise cette expression à propos des codes cantonaux antérieurs au Code pénal suisse de 1937, mais relève que ce dernier a, dans certains cas, resserré ou multiplié les entraves aux rapports sexuels extra-conjugaux.

4 Cf. le Message concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille), du 26 juin 1985, FF 1985 II 1021 ss., p. 1079 ss.

5 Rapport explicatif relatif aux avant-projets de la Commission d'experts pour la révision du Code pénal, modifications du Code pénal et du Code pénal militaire concernant les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, contre les mœurs et contre la famille, Berne, janvier 1977, ronéo, p. 62.

6 En matière de pornographie douce, l'avant-projet plaçait la limite d'âge au-dessous de laquelle les enfants devaient être protégés contre toute confrontation à la pornographie à 14 ans (art. 204 ch. 1 AP-CP); la diffusion de la pornographie dure dans un contexte privé à des personnes consentantes au-dessus de 18 ans devait rester impunit (art. 204 ch. 4 AP-CP).

Résumé: *Le droit pénal suisse issu de la révision législative de 1991 considère la représentation pornographique d'actes d'ordre sexuel avec des enfants comme de la pornographie dure, soit comme un produit dont la diffusion est absolument interdite. La doctrine s'accorde, toutefois, pour dire que cette interdiction large ne s'étend pas à la possession. L'art. 197 ch. 3 CP ne fait aucune distinction entre la représentation d'actes fictifs et l'illustration de faits réels. Il met la pédopornographie sur un pied d'égalité avec les illustrations pornographiques impliquant des animaux, des excréments ou des actes de violence, réels ou mimés. Ce faisant, le droit suisse méconnaît le danger spécifique qui émane de la pornographie illustrant des faits réels de pédophilie, non pas sous l'angle de son effet hypothétique sur le consommateur, mais en raison de l'exploitation d'enfants dans le processus de production. Le consommateur, en tant que responsable ultime de l'existence de ce marché, mérite d'être sanctionné au même titre que les autres chaînons du circuit de production et de distribution qui mène à lui et qui existe grâce à lui.*

retour à une morale sexuelle plus conservatrice, mais également par l'affirmation des droits de l'enfant et la prise de conscience accrue des responsabilités internationales dans la protection des plus faibles et des plus démunis parmi les citoyens du monde.

C'est ainsi que la Suisse a ratifié, en date du 24 février 1997, la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁷, dont l'art. 34 ch. 1 lit. c oblige les Etats parties à prendre toutes mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher que «des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique». Sur le plan de l'Union européenne, cette convention a donné l'impulsion à une Action commune adoptée en date du 24 février 1997⁸, engageant les Etats membres à réprimer l'exploitation sexuelle des enfants - y compris par la pornographie infantile - sur leur territoire, ainsi que les actes commis à l'étranger par leurs ressortissants ou résidents habituels. Sur le plan suisse, on a pu observer la multiplication d'interventions de parlementaires dont l'objet est la répression de l'exploitation sexuelle des enfants à l'étranger par la soumission de ces actes de «tourisme pédophile» à l'application du droit suisse et à la compétence universelle du juge pénal helvétique⁹.

7 Cf. le message sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, du 29 juin 1994, FF 1994 V 1 ss.

8 Action commune du 24 février 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants (97/154/JAI), JOCE no. L 63/2 du 4.3.1997.

9 Motion von Felten (93.3474) du 6 octobre 1993, Exploitation sexuelle d'enfants par des touristes suisses à l'étranger. Punissabilité; transmis comme postulat (BOCN 1995 p. 266); motions Béguin (96.3649) et Jeanprêtre (96.3659) du 12 décembre 1996; motion Carrobio (93.3657) du 16 décembre 1993. Cette proposition a été reprise dans le projet de révision de la partie générale du Code pénal suisse publié en 1997 (art. 4bis) qui inclut la pornographie infantile dans les infractions pour lesquelles le juge suisse a la compétence de juger les auteurs qui ont agi à l'étranger, pour autant qu'ils soient en Suisse au moment du jugement et qu'ils ne soient pas extradés à l'étranger.

Dans le domaine de la pornographie infantile, l'attention des parlementaires s'est focalisée sur l'incrimination de la simple possession. La présente contribution explore les limites, de lege lata et ferenda, de la responsabilité pénale du consommateur de pornographie pédophile.

II. La définition de la pornographie

La loi suisse ne définit pas la pornographie, puisque l'art. 197 CP se contente d'en énumérer les supports matériels, en décrivant les objets visés comme «des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques». La pornographie est une illustration de la sexualité qui privilégie de manière outrancière la satisfaction de l'instinct sexuel aux dépens des autres besoins de l'être humain.

Le premier élément de cette définition suppose que l'acte représenté relève objectivement de la sexualité humaine. Il ne s'agit donc pas de n'importe quelle illustration de la nudité d'un adulte ou d'un enfant, quand bien même celle-ci serait sexuellement connotée pour certains spectateurs. La représentation d'un corps dévêtu peut néanmoins relever de la sexualité, lorsque ce dernier est réduit à ses fonctions sexuelles, par sa position mettant en évidence les organes génitaux, son attitude lascive ou l'emploi d'accessoires suscitant des associations érotiques.

Le second élément de la définition de la pornographie se réfère à la manière dont la sexualité est représentée. Le récit pornographique vise à exciter et à satisfaire l'instinct sexuel du consommateur¹⁰, par l'enchaînement, souvent pauvre sous l'angle narratif, de scènes sexuelles¹¹. Il sort le «comportement sexuel du contexte des relations humaines qu'il implique normalement, le rendant ainsi vulgaire et

10 ATF 117 IV 282; 117 IV 456; dans le même sens, REHBERG J., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich, 14ème éd., 1997, p. 276.

11 ATF 117 IV 277; 117 IV 284.

importun»¹² et réduisant les personnages illustrés à des objets de plaisir dénués d'identité humaine¹³. Le fait que la manière dont la sexualité est dépeinte constitue l'élément essentiel de la définition de la pornographie est souligné encore par l'art. 197 ch. 5 CP, qui précise que ne sont pas considérés comme pornographiques les objets ou représentations qui ont «une valeur culturelle ou scientifique digne de protection». La fragilité de cette clause a été suffisamment évoquée par la doctrine pour qu'il ne soit pas nécessaire de revenir ici sur les problèmes d'interprétation qu'elle soulève¹⁴.

III. La répression de la pornographie dure de lege lata

L'art. 197 CP issu de la révision législative de 1992 distingue la pornographie «dure» de la pornographie «douce». La diffusion de la première est interdite de manière absolue, même s'agissant d'adultes consentants (art. 197 ch. 3 CP), alors que la seconde ne fait l'objet que d'interdictions relatives. La pornographie douce est licite, mais elle ne doit pas être rendue accessible à des personnes de moins de seize ans (art. 197 ch. 1 CP), ni imposée à des adultes qui ne souhaitent pas en prendre connaissance (art. 197 ch. 2 CP).

La pornographie dure se distingue de la pornographie ordinaire par le fait qu'elle illustre des actes sexuels qui impliquent des enfants, des animaux, des excréments humains¹⁵ ou des actes de violence (art. 197 ch. 3 al. 1 CP). La pornographie enfantine relève donc de la pornographie dure. Conformément à l'usage linguistique du code pénal suisse, l'emploi du pluriel («des actes d'ordre sexuel avec des enfants») ne signifie pas que l'illustration d'un seul acte d'ordre sexuel avec un seul enfant échappe à la définition de la pornographie dure. La doctrine préconise en outre une interprétation large, dans la mesure où l'illustration d'un acte d'ordre sexuel commis par l'enfant sur lui-même (masturbation) est suffisante¹⁶.

Les enfants sont des personnes de moins de 16 ans¹⁷. Cette limite d'âge découle de l'art. 187 CP définissant la pédophilie (actes d'ordre sexuel avec des enfants), de même que de l'art. 197 ch. 1 CP; elle peut

certes sembler élevée, mais il s'agit là d'un choix du législateur que l'unité entre les infractions en matière sexuelle commande de respecter dans l'interprétation de l'art. 197 ch. 3 CP. On notera d'ailleurs que la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant est plus large encore, puisqu'elle définit l'enfant comme une personne de moins de 18 ans (art. 1er)¹⁸.

L'art. 197 ch. 3 CP vise des représentations, sans exiger que ces illustrations reproduisent des faits réels de pédophilie. Il faut et il suffit donc, aux fins de l'art. 197 ch. 3 CP actuel, que le personnage représenté ait moins de 16 ans. Toutefois, cet élément n'est pas toujours sans autre reconnaissable pour celui qui visionne le matériel pornographique. Cette difficulté conduit une partie de la doctrine à remplacer le critère de l'âge de la personne illustrée par le fait qu'elle est manifestement impubère¹⁹ ou à ajouter au critère de l'âge celui que l'apparence physique soit effectivement celle d'un enfant²⁰. L'existence d'un produit relevant de la pédopornographie ne pourra dès lors être retenue

¹² Message cité note 4, p. 1105; dans le même sens, JENNY G., *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Band 4 : Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Berne, 1997, n. 4 ad art. 197; STRATENWERTH G., *Schweizerisches Strafrecht*, B.T. I : Straftaten gegen Individualinteressen, Berne, 5ème éd. 1995, § 10, n. 5; le critère de l'absence de tout contexte émotionnel est rejeté par TRECHSEL S., *Fragen zum neuen Sexualstrafrecht*, RJB 1993 p. 575, p. 577.

¹³ ATF 117 IV 456.

¹⁴ CASSANI U., *Les représentations illicites du sexe et de la violence*, RPS 1993 p. 428, p. 431; JENNY G., op. cit. note 12, n. 8 s. ad art. 197; REHBERG J., *Das revidierte Sexualstrafrecht*, PJA 1993 pp. 16 ss., p. 29; ROBERT C.N., *Et si Mapplethorpe n'était pas un grand artiste?*, in *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Bâle et Francfort, 1991, pp. 119 ss., pp. 128 ss.; SCHUBARTH M., *Justiziable Kunst?*, in Schubarth (éd.), *Der Fahrner Prozess*, Bâle, 1983, pp. 93 ss., 1983, p. 100; STRATENWERTH, op. cit. note 12, § 10, n. 5; TRECHSEL, op. cit. note 12, p. 584.

¹⁵ Il s'agit de la matière fécale et de l'urine, non du sperme (ATF 121 IV 128), ni bien sûr de la sueur qui est pourtant un excrément au sens littéral du terme.

¹⁶ Dans le même sens de lege lata, TRECHSEL, op. cit. note 12, p. 581; JENNY, op. cit. note 12, n. 6 ad art. 197.

¹⁷ Cf. CASSANI, op. cit. note 14, p. 432; STRATENWERTH, op. cit. note 12, § 10, n. 6.; REHBERG J./SCHMID N., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Zurich, 7ème éd. 1997, p. 420.

¹⁸ Le problème de l'âge de protection n'est pas examiné dans le passage du message du Conseil fédéral en vue de la ratification de la Convention de 1989 qui a trait à la conformité de l'art. 197 ch. 3 CP aux exigences découlant de l'art. 34 relatif à la pornographie enfantine (message cité note 7, p. 63 s.).

¹⁹ TRECHSEL, op. cit. note 12, p. 581; id., *Schweizerisches Strafbuch, Kurzkomentar*, 2ème éd. 1997, n. 10 ad art. 197 CP; dans un sens comparable, JENNY exige que la représentation ait un caractère «pédophile» (op. cit. note 12, n. 6 ad art. 197).

²⁰ REHBERG/SCHMID, op. cit. note 17, p. 420.

que dans les cas où l'apparence extérieure de la personne impose la conclusion qu'il s'agit d'un enfant de moins de 16 ans. Cette qualité doit également être englobée dans l'intention de l'auteur, qui doit être jugé selon sa propre représentation de la réalité²¹.

La pornographie dure fait l'objet d'une prohibition étendue. La loi réprime tout acte de diffusion au sens large, en visant «celui qui aura fabriqué, importé, pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessible ou mis à la disposition des objets ou représentations» relevant de la pornographie dure. L'activité réprimée ne se limite ainsi nullement au contexte commercial; tombe également sous le coup de la loi celui qui montre ou transmet la pornographie dure dans un contexte privé, même lorsqu'il s'adresse uniquement à des adultes désireux d'en prendre connaissance.

Ce régime juridique rigoureux ne se justifie ni par la nécessité de préserver les enfants d'une confrontation avec des représentations qui pourraient mettre en péril leur développement psychique, ni par le

souci de sauvegarder la liberté de choix des adultes, puisque les deux premiers chiffres de l'art. 197 CP suffisent déjà pour atteindre ces buts. La prohibition absolue reflète l'idée sous-jacente que la pornographie dure inciterait ceux qui la regardent à adopter eux-mêmes un comportement portant atteinte à la liberté sexuelle d'autrui. L'amateur de pornographie violente serait donc un violeur en puissance, la pornographie infantine inciterait à la pédophilie, l'illustration de la zoophilie à la bestialité et celle de l'urolagnie et de la coprophilie à l'imitation de ces pratiques. Indépendamment de l'appréciation que l'on porte sur le fondement scientifique de ce modèle étiologique, il faut admettre que la mise sur pied d'égalité des différentes déviations sexuelles visées ne paraît guère justifiée. Le risque du passage à l'acte, à supposer qu'il soit réel, entraînerait des préjudices sérieux s'agissant de pédophilie et de violences sexuelles, mais non s'agissant des autres pratiques énumérées par la loi. S'ajoute à cela que le modèle étiologique du passage à l'acte est extrêmement fragile et qu'il est en tout cas dépassé comme explication mécaniste et monofactorielle de la violence sexuelle²² ou de la pédophilie²³. Pour le surplus, les résultats auxquels aboutissent les recherches scientifiques sur l'existence d'une corrélation entre le degré de disponibilité de la pornographie dure et la fréquence des crimes sexuels réels semblent refléter avant tout les choix idéologiques de leurs auteurs²⁴.

Cette théorie constituée, par conséquent, une base insuffisante pour l'interdiction absolue de la pornographie dure telle qu'elle est actuellement définie à l'art. 197 ch. 3 CP. La doctrine suisse s'accorde d'ailleurs pour considérer que ce régime juridique doit en tout cas être assoupli dans le sens qu'il ne doit pas viser le simple détenteur ou consommateur²⁵. Cette interprétation se fonde sur le texte de la loi en vigueur, qui n'inclut pas, parmi les nombreux comportements énumérés, la possession, ni la détention et l'acquisition, tous comportements qui sont expressément visés en matière de stupéfiants, pour lesquels la volonté clairement exprimée du législateur était d'inclure dans les actes prohibés le comportement du simple consommateur. La question n'a

- 21 Demeure réservée l'hypothèse d'importance marginale que constitue le délit impossible au sens de l'art. 23 CP, applicable à celui qui croit que l'enfant a moins de 16 ans, alors qu'il en a plus en réalité.
- 22 CAMERON D./FRAZER E., *On the Question of Pornography and Sexual Violence: Moving Beyond Cause and Effect*, in Itzin C. (éd.), *Pornography : Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford University Press, 1993, p. 359 (in toto); plus généralement sur la validité de modèles étiologiques, LEVI M., *Violent Crime*, in MAGUIRE M./MORGAN R./REINER R. (éd.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 1994, pp. 295 ss., p. 322 - 337. La relation de cause à effet entre pornographie et crimes sexuels est rejetée par KUTCHINSKY B., *The Effect of Easy Availability of Pornography on the Incidence of Sex Crimes: The Danish Experience*, *Journal of Social Issues*, vol. 29, 1973, no. 3, p. 163, 179. La première commission présidentielle américaine, désignée par L.B. Johnson, est parvenue au même résultat (*The Report of the Commission on Obscenity and Pornography*, Oct. 1970, p. 267), contrairement à la deuxième commission (Meese), qui affirme une corrélation entre pornographie violente et crimes sexuels (*Attorney General's Commission on Pornography, Final Report*, July 1986, U.S. Department of Justice, vol. I, pp. 323 ss.). Pour une présentation synthétique des travaux de recherche, avant tout américains, sur la question, cf. EINSIEDEL E.F., *The Experimental Research Evidence: Effects of Pornography on the 'Average Individual'*, in Itzin, op. cit., pp. 248 ss.
- 23 BURKE D.D., *The Criminalization of Virtual Child Pornography : a Constitutional Question*, *Harvard Journal on Legislation* 1997, pp. 439 ss., p. 464 s.
- 24 Ce constat est fait par LINZ et MALAMUTH au terme de leur examen critique des recherches empiriques en la matière; LINZ D./MALAMUTH N., *Pornography*, Newbury Park (etc.), 1993, p. 61.
- 25 JENNY, op. cit. note 12, n. 23 ad art. 197; STRATENWERTH, op. cit. note 12, § 10, n. 16; TRECHSEL, op. cit. note 19, n. 14 ad art. 197; CASSANI, op. cit. note 14, p. 439.

pas été évoquée dans les travaux préparatoires à propos de la pornographie dure; elle l'a été, en revanche, s'agissant de la disposition jumelle de l'art. 197 ch. 3 CP que constitue la représentation de la violence (art. 135 CP), qui connaît la même énumération des actes prohibés et dont le Conseil fédéral a expressément exclu l'application au simple consommateur²⁶. Il en découle que la possession de la pornographie dure à des fins de consommation personnelle, qui ne relève pas de la «prise en dépôt», n'est pas réprimée dans le droit en vigueur. Une application cohérente de ce choix législatif justifie de soustraire également à la sanction pénale la fabrication et l'importation à des fins de consommation personnelle²⁷.

Rien ne s'oppose, en revanche, à la confiscation en mains du consommateur du matériel incriminé en tant qu'objet de l'infraction commise par celui qui l'a fabriqué ou le lui a rendu accessible (art. 197 ch. 3 al. 2 CP). Peu importe, à cet égard, qu'une peine puisse effectivement être infligée à une personne déterminée reconnue coupable d'une violation de l'art. 197 ch. 3 CP²⁸, que l'auteur soit décédé ou que l'infraction initiale soit prescrite²⁹. La confiscation suppose cependant qu'il existe un for pour l'action pénale en Suisse en vertu des art. 3 à 7 CP³⁰. De lege lata, le consommateur échappe, par conséquent, à la confiscation en raison de l'absence de compétence territoriale du juge suisse, lorsqu'il a lui-même acheté l'objet à l'étranger et importé à des fins strictement personnelles.

IV. L'illustration de faits réels de pédophilie, une forme qualifiée de pornographie dure

Se focalisant sur l'effet hypothétique que le message aurait sur le psychisme du consommateur, la loi ne fait aucune distinction en fonction d'un autre critère, beaucoup plus pertinent pour apprécier le caractère socialement dangereux d'un produit pornographique. Ce critère est celui du danger réel que représente le marché pornographique pour ceux qui sont sexuellement exploités dans le processus de production. En effet, la fabrication même de certains objets, en particulier de

photographies ou de films, est susceptible de porter atteinte à l'intégrité corporelle ou sexuelle d'autrui. C'est le cas des documents reproduisant des violences graves réellement commises, dont l'exemple le plus choquant est celui des «snuff movies», soit des films montrant des meurtres réels³¹. A l'inverse, ne portent pas atteinte à l'intégrité d'autrui, les écrits, peintures, bandes dessinées, dessins animés et images virtuelles issus de l'imagination de leur créateur et exécutés grâce à des moyens techniques plus ou moins sophistiqués, laissant parfois une large place à l'imaginaire du consommateur.

Le cas le plus courant en pratique d'un produit réalisé moyennant une atteinte à autrui est celui de la pornographie enfantine reproduisant des actes de pédophilie réellement perpétrés. L'art. 187 CP réprime comme crime tout acte d'ordre sexuel commis sur un enfant de moins de seize ans (ch. 1 al. 1), de même que le fait d'entraîner un enfant à commettre un tel acte (ch. 1 al. 2) ou de l'y mêler (ch. 1 al. 3)³². Peu importe, à cet égard, que l'enfant soit un acteur et qu'il ait fourni son concours de manière «volontaire», car l'art. 187 CP ne tient pas compte de son consentement. Il n'en irait d'ailleurs pas autrement s'agissant de l'illustration d'un acte d'ordre sexuel entre partenaires dont la différence d'âge ne dépasserait pas trois ans; les jeunes protagonistes seraient certes impuissables en application de l'art. 187 ch. 2 CP, mais les tiers impliqués dans la production de la pornographie seraient cou-

²⁶ Cf. BOCE 1989 296, 299.

²⁷ JENNY, op. cit. note 12, n. 23 ad art. 197; TRECHSEL, op. cit. note 19, n. 14 ad art. 197; CASSANI, op. cit. note 14, p. 439.

²⁸ TRECHSEL, op. cit. note 19, n. 15 ad art. 197 CP.

²⁹ TRECHSEL, op. cit. note 19, n. 10 ad art. 58 CP; SCHULTZ H., Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StrGB rev. Art. 58 ff., RJB 1978 pp. 305 ss. p. 324.

³⁰ SCHULTZ, op. cit., note 30, p. 325 s.; TRECHSEL, op. cit. note 19, n. 10 ad art. 58; contra: SCHMID N., Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., RPS 1995 pp. 321 ss., p. 325.

³¹ Les représentations de la violence sont réprimées par l'art. 135 CP. Les «snuff movies» sont susceptibles de relever de la pornographie dure si le meurtre s'accompagne d'actes d'ordre sexuel, l'art. 197 ch. 3 CP primant sur l'art. 135 CP par spécialité (CASSANI, op. cit. note 14, p. 446; JENNY, op. cit. note 12, n. 26 ad art. 197; TRECHSEL, op. cit. note 12, p. 584; id, op. cit. note 19, n. 15 ad art. 135; contra: STRATENWERTH, op. cit. note 12, § 10, n. 18).

³² Lorsque l'auteur use de menace ou de violence envers l'enfant, exerce sur lui des pressions d'ordre psychique ou le met hors d'état de résister, pour obtenir un acte d'ordre sexuel, il se rend également punissable de contrainte sexuelle (art. 189 CP) ou de viol (art. 190 CP).

pables d'avoir entraîné un ou plusieurs enfants à commettre un acte d'ordre sexuel³³.

Enfin, il est sans pertinence pour notre analyse que la fabrication ait lieu dans un pays étranger qui connaît peut-être une réglementation légale plus souple en matière de protection de la pudeur enfantine, voire une plus grande tolérance - favorisée par la pauvreté, la corruption, ou d'autres dysfonctionnements sociaux - à l'égard des violations de la loi. Il ne s'agit pas d'imposer notre ordre moral au-delà de nos frontières mais de tenir compte, dans l'aménagement de la répression de la pornographie en Suisse, des dangers représentés par un marché qui, en exploitant les plus vulnérables, où qu'ils se trouvent dans le monde, porte atteinte à nos valeurs sociales fondamentales.

L'existence d'un marché accessible par des filières de distribution organisées fait naître l'offre et entraîne par là-même de nouvelles atteintes favorisées par chaque chaînon de cette filière, du producteur au consommateur. Ce dernier, en tant que destinataire ultime de la pornographie, porte une responsabilité primordiale dans la fabrication de ce matériel, puisqu'il en fournit la justification économique. De lege ferenda, il mériterait d'être sanctionné au même titre que les autres chaînons du circuit de production et de distribution qui mène à lui et qui existe grâce à lui.

La distinction proposée entre pornographie simple et pornographie représentant un réel danger social en fonction des conditions de production peut, sans doute, donner lieu à des difficultés compte tenu du fait que les personnes qui diffusent et consomment la pornographie ne sont pas forcément au courant des circonstances exactes dans lesquelles elle a été fabriquée. En matière de pornographie mettant en scène des adultes, il peut effectivement être difficile, à la seule vue du produit fini, de savoir si des actes de cruauté, en particulier des meurtres, sont mimés ou réels. Il ne faut pas, cependant, exagérer ces difficultés : s'agissant des «snuff movies» et autres illustrations de violences sexuelles réelles, l'attrait principal pour le consommateur réside précisément dans le frisson que procure le fait que l'acte est réel. Au sein des filières de distribution spécifiques de ce genre de matériel, on peut admettre que chacun connaît parfaitement la nature particulière du produit, qui se répercute d'ailleurs sur son prix et le mode de distribution. Il en va de même en matière de pornographie reproduisant des faits réels de pédophilie, puisque le produit incriminé est en soi la preuve de l'atteinte commise pour le fabriquer, et le consommateur du premier ne saurait donc ignorer la seconde. Seuls les cas limites, dans lesquels l'âge de l'enfant peut prêter matière à discussions ou dans lesquels la technique de production employée n'est pas reconnaissable, posent donc de véritables problèmes de preuve.

V. Comment définir la responsabilité pénale du consommateur de lege ferenda?

L'incrimination de la consommation de pornographie enfantine gagne du terrain dans les pays qui nous entourent³⁴, même si aucun accord n'a pu être trouvé au sein de l'Union européenne sur la répression de la détention de pédopornographie à l'occasion de l'élaboration du programme d'Action commune adoptée en date du 24 février 1997³⁵.

La possession de pornographie enfantine est expressément réprimée en Angleterre³⁶, en Allemagne³⁷, en Autriche³⁸, en

33 Dans le même sens de lege lata, JENNY, op. cit. note 12, n. 6 ad art. 197; REHBERG/SCHMID, op. cit. note 17, p. 420; TRECHSEL, op. cit. note 12, p. 581.

34 Pour un tour d'horizon des dispositions en Europe, cf. le rapport du Sénat français, Législation comparée: la répression de la pornographie enfantine, Service des Affaires européennes, Rapport no LC 22 décembre 1996.

35 Cf. note 8 ci-dessus.

36 Le Criminal Justice Act 1988 (Section 160) vise la possession de «any indecent photograph or pseudo-photograph of a child». La notion de «pseudo-photographie» a été insérée par la Criminal Justice and Public Order Act de 1994; elle vise la représentation visuelle qui a l'apparence d'une photographie d'un enfant mais a été réalisée par manipulation électronique à partir d'une photographie d'un adulte (cf. Protection of Children Act 1978, Section 7, General Note, Halsbury's Statutes of England and Wales, vol. 12, 4ème édition, Londres, 1997, p. 711).

37 Depuis la révision de 1993, le § 184 al. 5 StGB réprime la possession de la pornographie reproduisant des faits réels de pédophilie, ainsi que le fait de se procurer ou de procurer à autrui du matériel de cette nature.

Belgique³⁹ et au Danemark⁴⁰. Le droit français se limite à réprimer la fabrication et la diffusion de l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique à l'art. 227-23 N.C.P. Fr.; le consommateur peut, toutefois, se rendre coupable de recel s'il détient un objet issu de cette infraction (art. 321-1 N.C.P. Fr.).

En Suisse, le consommateur de pornographie infantine est visé par une initiative parlementaire von Felten, du 22 mars 1995⁴¹, déclarant de manière lapidaire que la «possession de matériel pédopornographique est interdite»⁴². Cette initiative a été adoptée par le Conseil national le 13 juin 1996⁴³; elle a été suivie d'une motion Béguin, du 12 décembre 1996, dont la portée est plus large, puisqu'elle vise à incriminer la possession de la pornographie dure en général et ne se limite donc pas à la représentation d'actes pédophiles⁴⁴. Cette motion a été transmise par les Chambres fédérales⁴⁵, après que le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à l'accepter⁴⁶. Le traitement de l'initiative von Felten a, quant à lui, été suspendu dans l'attente du projet législatif élaboré par l'administration fédérale sur la base de la motion Béguin⁴⁷.

S'agissant de la pornographie pédophile visée par l'initiative von Felten, la pesée des intérêts en présence - soit, d'une part, la liberté du citoyen de vivre pleinement sa sexualité, y compris lorsque cette dernière ne correspond pas à la norme, et, d'autre part, la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle - nous conduit à opter sans hésitations pour l'incrimination de tout acte du consommateur qui favorise le marché. L'initiative von Felten doit donc être approuvée quant à son principe, étant entendu, cependant, qu'il conviendrait de préciser clairement que l'application de ce régime particulièrement rigoureux ne se justifie que pour la pornographie illustrant des faits réels de pédophilie, dans la fabrication de laquelle ont été impliqués des enfants de moins de seize ans.

L'initiative von Felten nous paraît, en revanche, trop restrictive sous l'angle de la manière dont le comportement du consommateur est saisi, puisqu'elle ne vise que la possession. Cette notion, qui englo-

be la possession immédiate et médiate, permet certes de viser non seulement le consommateur qui achète un objet, mais aussi celui qui le loue, l'emprunte, l'échange, le vole, etc.⁴⁸. La référence à la seule possession est cependant insuffisante, dans la mesure où elle suppose que le matériel incriminé soit un objet corporel. Or, la pornographie peut prendre des formes non corporelles. Un enregistrement sonore ou visuel, des images ou des représentations peuvent être rendus accessibles sans remise d'un objet. C'est ainsi que le consommateur d'un message pornographique diffusé par la voie électronique ne possède pas ce message, aussi longtemps du moins qu'il ne fait qu'y accéder par son ordinateur, sans l'imprimer ou le sauvegarder sur son disque dur ou une disquette, voire un autre moyen de sauvegarde⁴⁹.

38 Art. 207a StGB introduit par la LF du 19 août 1994, BGBl 1994/622, réprime la possession et le fait de se procurer des images pornographiques impliquant des mineurs. Il suffit que la représentation donne l'impression de reproduire des faits réels; WOLFGANG AUER/BERNHARD LOIMER, Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997 pp. 613 ss., p. 617.

39 Art. 383bis § 2 CP belge, introduit par la loi du 25 avril 1995. La disposition vise la possession de supports visuels «représentant des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant ou représentant des mineurs âgés de moins de seize ans» (art. 383bis § 1).

40 Art. 235 al. 2 CP danois, en vigueur depuis le 1er mars 1995.

41 Motion von Felten (95.405) du 22 mars 1995, Possession de pornographie mettant en scène des enfants. Interdiction, BOCE 1996 909.

42 On signalera également l'initiative parlementaire Simon, qui semble reposer sur l'assomption erronée que le texte actuel de l'art. 197 ch. 3 CP réprime la possession de la pornographie dure, puisqu'elle propose l'introduction d'une clause déclarant licite la «possession d'objets ou de représentations ayant comme contenu des actes d'ordre sexuels (sic!) avec des enfants (.) si elle résulte d'enquêtes menées contre la pornographie infantine et la pédophilie par des organisations reconnues d'utilité publique (.)» (96.455 n Simon. Pornographie. Extension du champ d'application de l'article 197 du code pénal). Cette initiative a été retirée en date du 27 octobre 1997 devant la commission des affaires juridiques du Conseil national.

43 BOCE 1996 911.

44 Motion Béguin (96.3650) du 12 décembre 1996, Punissabilité du détenteur d'objets ou de représentations pornographiques prohibés; BOCE 1997 149 ss.

45 BOCE 1997 150 (10 mars 1997); le Conseil national a suivi le Conseil des Etats en date du 17 décembre 1997 (procès-verbal provisoire, p. 26).

46 BOCE 1997 150 (A. Koller).

47 Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, du 28 octobre 1997.

48 Pour le droit allemand (§ 184 al. 5 StGB), cf. RUDOLPHI H.J./HORN E./SAMSON E., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Francfort, 5ème éd., 1997, n. 78 ad § 184; TROENDLE H., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Munich, 48ème éd., 1997, n. 42 ad § 184.

49 Dans ce sens, pour le droit autrichien, AUER/LOIMER, op. cit. note 38, p. 618.

Or, on ne voit pas pourquoi la responsabilité du consommateur serait moins importante lorsqu'il se procure l'accès à une représentation, cinématographique ou autre, ou à des messages relevant de la pornographie enfantine diffusés sur Internet (par exemple sur le world wide web ou dans un chat group), plutôt que de se procurer la possession de supports corporels, tels que des vidéocassettes.

A côté de la possession, il faudrait, par conséquent, viser également l'acte de celui qui se procure sciemment l'accès à des messages qui n'ont pas de support corporel ou à des représentations qui n'impliquent pas la possession, telles que la projection d'un film ou d'une cassette vidéo détenus par un tiers. Cette extension du comportement constitutif de l'infraction aurait pour effet de permettre notamment au juge suisse d'agir contre les amateurs de pornographie enfantine diffusée depuis l'étranger par le moyen d'Internet. Dans ce cas de figure, le droit actuel ne confère au juge suisse que des moyens d'action très limités, puisque le serveur originaire du message qui se trouve à l'étranger échappe en général à sa compétence territoriale⁵⁰.

A l'inverse de l'initiative von Felten, la motion Béguin est entachée d'un moralisme que la révision législative de 1992 a voulu abandonner. L'auteur de la motion

justifie sa proposition par le fait que tout matériel relevant de la pornographie dure serait affecté d'un «défaut de morale», ajoutant qu'il «n'est pas admissible que des représentations de ce type puissent être impunément regardées par des consommateurs»⁵¹. Il ne s'agit pas là d'un raisonnement pertinent aux yeux du droit pénal contemporain en matière sexuelle, qui a pour but de réprimer des atteintes à des biens juridiques individuels.

A part l'illustration pornographique de faits réels de pédophilie, la seule illustration dont le consommateur mériterait également la sanction pénale est celle des actes réels de violence grave. L'interdiction de la consommation de tels messages devrait cependant être introduite non pas par le biais d'une révision de l'art. 197 ch. 3 CP, mais de l'art. 135 CP réprimant la représentation de la violence, sans se limiter au contexte sexuel.

VI. Conclusion

«(Le) citoyen doit, selon notre conception de l'Etat, être libre de se comporter comme il l'entend pour autant que, ce faisant, il ne cause pas de dommage à autrui. Cela vaut tout particulièrement pour le comportement sexuel, qui fait partie de la vie privée de chaque individu»⁵². Ce passage du message publié en 1985 par le Conseil fédéral à l'appui du projet de révision du droit pénal en matière sexuelle expose de manière à la fois concise et pertinente les limites étroites dans lesquelles l'immixtion de l'Etat dans les conduites intimes des citoyens est légitime.

La consommation de pornographie enfantine illustrant des faits réels, à l'instar de l'illustration d'actes réels de violence grave, se situe à notre sens au-delà de la limite qui sépare l'exercice inoffensif de la liberté personnelle du citoyen du comportement dommageable pour autrui. Il en va différemment de la consommation d'autres messages relevant de la pornographie dure. Dans ce domaine, l'impunité ne résulte pas, comme le voudraient d'aucuns, d'«une distraction du législateur»⁵³, mais de la réalisation cohérente de son programme. ■

⁵⁰ De lege lata, la pornographie n'est pas soumise au principe de l'universalité. S'agissant d'un délit formel (REHBERG, op. cit. note 14, p. 28 n. 64), il n'y a pas de lieu du résultat en Suisse en application de l'art. 7 CP, de sorte que la compétence du juge suisse pour connaître de l'infraction commise par le diffuseur agissant depuis l'étranger ne saurait se fonder sur le principe de la territorialité (contra: RIKLIN F., *Information Highway und Strafrecht*, in HILTY (éd.), *Information Highway*, Berne et Munich, 1996, pp. 559 ss., p. 581). Sur ces questions, cf. CASSANI U., *Pornographie sur Internet : limites de la répression dans un monde sans frontières*, Equinoxe, printemps 1998 (à paraître).

⁵¹ BOCE 1997 150. L'argument principal invoqué par Béguin est celui de l'inégalité de traitement qui existerait dans le droit actuel entre celui qui se rendrait punissable en fabricant ou en important la pornographie dure pour sa propre consommation et celui qui la recevrait en cadeau et resterait dès lors impunissable. Cette prétendue contradiction axiologique est cependant résolue par la doctrine dominante (cf. Sect. III, note 25, ci-dessus), qui conclut à l'impunité de celui qui importe ou fabrique la pornographie dure pour son usage exclusif.

⁵² Message cité note 4, FF 1985 II 1079.

⁵³ BOCE 1997 150 (Béguin).