

NE_GERICHTE CPEN.2018.76 vom 14. Dezember 2018

NE Tribunal cantonal, 2018-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CPEN.2018.76

FR: NE_GERICHTE CPEN.2018.76 du 14 décembre 2018

IT: NE_GERICHTE CPEN.2018.76 del 14 dicembre 2018

Erwägungen

E. 12

juillet 2018, dont la motivation écrite a été adressée aux parties le 7 août 2018, le tribunal de police a retenu que c'était bien la prévenue qui avait fait exciser ses filles, la version donnée par l'intéressée à la police étant précise et détaillée à ce sujet. Si les excisions avaient réellement été le fait de la mère de la prévenue, cette dernière n'avait de toute façon rien entrepris pour protéger sa seconde fille après que la mère avait fait exciser la fille aînée. En Somalie, la pression pour faire exciser les filles était bien réelle. Le taux d'excision était, à une certaine époque, de 98 % en Somalie, puis n'avait baissé que de 1 %, pour être de 97 % en 2015/2016. Sans aucune formation, analphabète et illettrée, la prévenue n'était pas en capacité de résister à la pression sociale pour l'excision. Elle souhaitait que ses filles soient excisées. La prévenue avait agi comme co-auteur de l'infraction : l'exciseuse était déjà prête à commettre les actes, ce qui excluait que l'on retienne l'instigation. Il n'y avait aucune interprétation possible de l'article 124 al. 2 CP, relatif à l'universalité de l'infraction : cette universalité avait été voulue par le législateur, qui avait entendu donner un signal clair, et une double incrimination n'était donc pas nécessaire. Les travaux parlementaires montraient que la norme pénale n'exigeait pas que l'auteur soit établi en Suisse et que les personnes en bref séjour et celles en transit étaient aussi poursuivables dans notre pays, même si certains auteurs critiquaient cette interprétation. Le tribunal de police s'est dit convaincu que la prévenue savait, avant l'excision de ses filles, qu'elle allait venir en Suisse, car son mari y était établi et avait dès son départ de Somalie l'intention de faire venir sa famille dans notre pays. La prévenue n'ignorait pas totalement qu'en faisant exciser ses filles, elle commettait un acte répréhensible. Elle était peu crédible quand elle disait que l'excision n'était pas interdite en Somalie et qu'elle ignorait qu'elle l'était en Suisse. L'interdiction de l'excision existait depuis 2012 dans la constitution somalienne. La prévenue vivait à Mogadiscio, ville de plus de deux millions d'habitants, au moment des faits ; l'excision se pratiquait de moins en moins en ville et la prévenue pouvait avoir eu connaissance de campagnes d'information. La prévenue disait elle-même que l'excision n'était pas quelque chose de bien. Dans ces conditions, elle pouvait seulement être mise au bénéfice de l'erreur évitable sur l'illicéité. Pour fixer la peine, le tribunal de police a pris en compte la gravité des actes, la situation en Somalie, l'absence d'antécédent, le contexte social, la situation personnelle, un décalage de valeurs et les regrets sincères exprimés. Il a considéré comme choquant que la défense plaide une exemption de peine, au sens de l'article 52 CP, vu la gravité des mutilations infligées aux victimes.

K. Dans sa déclaration d'appel, valant mémoire d'appel motivé, la prévenue invoque d'abord l'absence de compétence des tribunaux suisses pour juger les faits. Selon elle, l'article 124 CP a vocation à s'appliquer au tourisme de l'excision, mais pas au cas

d'une personne qui, à l'étranger et avant tout séjour en Suisse, fait exciser son enfant, puis vient dans notre pays par la suite (cf. certaines remarques faites lors de la procédure de consultation ; voir plus loin, cons. 6d). Une application large du principe d'universalité aurait pour conséquence que les femmes qui auraient fait exciser leurs filles seraient dissuadées de venir trouver refuge en Suisse, le cas échéant. Par ailleurs, aucune juridiction somalienne n'a jamais condamné un de ses citoyens pour excision, malgré le fait que la constitution de 2012 interdit cette pratique. Faute de double incrimination, l'appelante ne peut pas être condamnée en Suisse. S'agissant des faits, l'appelante considère que c'est à tort que le tribunal de police a retenu qu'elle avait fait pratiquer les excisions peu avant sa venue en Suisse, alors qu'elle savait qu'elle allait y venir, et qu'elle n'ignorait pas totalement commettre un acte répréhensible. Le tribunal aurait dû admettre l'erreur sur l'illicéité, vu les pressions exercées pour l'excision et le fait que l'appelante est illettrée et peu instruite, ne connaissant en outre rien de la Suisse avant d'y venir. L'appelante dépose le jugement rendu le 24 octobre 2017 contre son mari.

L. Dans ses observations du 5 novembre 2018, le ministère public conclut au rejet intégral de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris. Il relève que le principe d'universalité de la poursuite s'applique sans aucun doute, l'appelante ne pouvant pas s'appuyer sur les arguments et débats durant le processus législatif pour prétendre le contraire. Il se réfère en particulier à l'avis du Conseil fédéral au sujet du projet d'article 124 al. 2 CP.

M. Dans sa dernière détermination, du 20 novembre 2018, l'appelante se réfère à sa déclaration d'appel. Que le législateur ait décidé d'aller plus loin que l'initiative parlementaire ne signifie pas qu'il ait voulu appréhender toute situation impliquant une personne se trouvant en Suisse à un moment ou à un autre ; les situations visées sont celles qui ont un lien avec la Suisse, lien que l'appelante n'avait pas au moment des faits, moment auquel elle ignorait au demeurant tout du caractère répréhensible de ces faits.

C O N S I D E R A N T

1. Déposé dans les formes et délai légaux, l'appel est recevable.

2. Aux termes de l'article 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3). La Cour pénale limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 al. 2 CPP). Sur les points attaqués du jugement, elle revoit la cause librement, en fait et en droit (Kistler-Vianin, in : CR-CPP, n. 11 ad art. 398).

3. La pièce déposée par l'appelante en procédure d'appel, soit une copie du jugement rendu contre son mari le 24 octobre 2017, est admise au dossier.

4.a) L'appelante conteste certains faits retenus par le tribunal de police, en se prévalant de la présomption d'innocence.

b) Selon la jurisprudence (arrêt du TF du 28.03.2018 [6B_953/2017] cons. 2.1.4, avec des références), la présomption d'innocence, garantie notamment par les articles 32 al. 1 Cst. et 10 CPP, ainsi que son corollaire, le principe *dubio pro reo*, concernent tant l'appréciation des preuves que le fardeau de la preuve. En tant que règle sur le fardeau de la preuve, la

présomption d'innocence signifie, au stade du jugement, que ce fardeau incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. C'est ainsi à l'accusation d'établir la culpabilité du prévenu, et non à celui-ci de démontrer qu'il n'est pas coupable. La présomption d'innocence est violée lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que le prévenu n'a pas prouvé son innocence. Le Tribunal fédéral retient en outre qu'un faisceau d'indices convergents peut suffire à établir la culpabilité (cf. notamment arrêt du TF du 15.01.2016 [6B_66/2015] cons. 1.7). Comme règle d'appréciation des preuves, la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait ; il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective (arrêt du TF du 23.10.2017 [6B_1038/2016] cons. 1.1). L'appréciation des preuves est l'acte par lequel le juge du fond évalue la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ceux-ci afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. L'appréciation des preuves est dite libre ; en cas de versions contradictoires, le juge doit déterminer laquelle est la plus crédible et, en d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre de preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, in : CR CPP, n. 34 ad art. 10, avec des références). Il convient de faire une évaluation globale de l'ensemble des preuves rassemblées au dossier, en s'attachant à la force de conviction de chaque moyen de preuve et non à la nature de la preuve administrée (cf. notamment arrêt du TF du 05.11.2014 [6B_275/2014] cons. 4.2).

c) En l'espèce et à titre préalable, la Cour pénale constate que, contrairement à ses déclarations au tribunal de police, l'appelante ne conteste pas, en procédure d'appel, que c'est bien elle qui a fait exciser ses filles, et pas sa mère. Les détails qu'elle avait donnés lors de son premier interrogatoire, par la police, étaient d'ailleurs précis, au sujet par exemple de la recherche de l'exciseuse, de la description physique de celle-ci et des instruments utilisés par elle. Elle pouvait difficilement les inventer et rien ne permet de penser que les conditions de l'interrogatoire auraient pu l'amener à s'incriminer à tort, même si elle était sans doute un peu impressionnée, vu sa personnalité et sa situation en Suisse. Il faut par ailleurs admettre un certain manque de crédibilité des déclarations de l'appelante, du fait qu'elle a présenté des versions différentes lors de ses deux interrogatoires.

d) L'appelante admet avoir fait mutiler ses filles, par une exciseuse qui opérait dans son propre appartement. Elle ne soutient pas qu'elle aurait subi des pressions concrètes en ce sens. Elle n'a pas consulté préalablement son mari, avec qui elle entretenait des contacts téléphoniques plus ou moins réguliers, avant de faire exciser sa fille aînée. Avant de faire mutiler sa fille cadette, elle a eu un téléphone avec son mari, qui lui a fait part de son opposition (comme elle l'a dit lors de sa première audition).

e) S'agissant des époques où les excisions ont été pratiquées, il convient de retenir, au bénéfice du doute, qu'elles sont intervenues un peu plus de deux ans avant que l'appelante vienne en Suisse, soit respectivement au printemps 2013 et en septembre de la même année, alors que l'arrivée en Suisse date de novembre 2015. Le mari de l'appelante a certes déclaré que sa fille aînée lui avait dit qu'elle et sa sœur avaient été excisées, l'intervention étant subie par la sœur en Ethiopie, une semaine avant le départ pour la

Suisse, ce que sa mère lui aurait confirmé, en précisant que pour l'autre fille, cela se serait passé plusieurs années auparavant ; le mari a aussi dit que son épouse lui avait, en octobre 2015, parlé de faire exciser les filles et qu'il avait alors manifesté son désaccord. Cependant, la Cour pénale constate que ni la fille qui aurait fait ces révélations à son père, ni la mère de ce dernier n'ont été entendues. La fille aînée a dit au médecin qui l'a examinée que son excision avait eu lieu alors qu'elle était âgée de cinq ans (ce qui ferait remonter l'intervention à 2011), alors que la cadette a indiqué à la même qu'elle ne savait plus quand cela s'était passé. Au moment où le mari a dénoncé les faits à la police, le 20 février 2016, il ne voulait plus vivre avec son épouse et envisageait de divorcer. On ne peut pas exclure qu'il ait fourni une version volontairement défavorable à celle dont il entendait se séparer. Quelques mois plus tard, soit le 23 octobre 2016, le même mari commettait contre son épouse une infraction de mise en danger de la vie d'autrui, pour laquelle il a ensuite été condamné. Dans ces conditions, on ne peut pas considérer que l'accusation aurait apporté la preuve que la version de l'appelante au sujet des dates des excisions ■ printemps et septembre 2013 - ne pourrait pas être retenue. Il n'est pas nécessaire de déterminer si, au moment des excisions, l'appelante savait qu'elle allait pouvoir venir en Suisse par la suite, car ce fait est sans pertinence pour le sort de la cause ; on notera tout de même que des démarches étaient déjà en cours à ce sujet (cf. les déclarations du mari, crédibles sur ce point).

f) Au moment de faire procéder aux excisions, l'appelante estimait elle-même que c'était quelque chose de « pas bien ». Comme on l'a relevé plus haut, elle n'a pas subi de pressions concrètes pour qu'elle le fasse. Cependant, il existe en Somalie une certaine pression sociale générale pour l'excision des fillettes. Les avis divergent sur l'importance de cette pression et sur la manière dont sont considérées les femmes qui ne sont pas excisées. La Cour pénale retient comme crédibles les déclarations du mari de l'appelante selon lesquelles, dans les villes en Somalie, l'excision se pratique « en cachette dans les appartements », avec la précision que « dans les hôpitaux c'est interdit » : ces déclarations ne sont pas contredites par l'appelante et les témoins qui ont été entendus ; le fait est que les mutilations dont il est ici question ont été pratiquées dans un appartement, par une personne dont l'appelante ne savait pas si elle avait des connaissances médicales. L'appelante devait avoir connaissance de cette situation.

g) La tradition locale et la pression sociale entraînent que le taux d'excision ne recule que très lentement en Somalie : alors qu'il était de 98 % avant 2015-16, il n'avait ensuite baissé que de 1 %, le taux baissant plus vite dans les villes qu'ailleurs (le tribunal de police l'a retenu sur la base d'éléments tirés d'internet et qui ne figurent pas au dossier, mais aucune partie ne conteste cette constatation). La constitution somalienne interdit l'excision depuis 2012 et des campagnes d'information sont organisées en Somalie, afin de dissuader les parents de faire mutiler leurs filles (idem ; l'appelante mentionne elle-même, dans la déclaration d'appel, que la constitution interdit l'excision depuis 2012). Le ministère public ne soutient pas qu'il existerait, en Somalie, des normes pénales réprimant l'excision, ni que, dans ce pays, des condamnations pénales auraient été prononcées pour des faits de ce genre.

h) Le résultat des mutilations n'est pas contesté et on peut se référer, à cet égard, aux rapports médicaux qui figurent au dossier.

i) S'agissant de la personne de l'appelante, le dossier ne contient pratiquement que les déclarations de celle-ci. A défaut d'autres éléments, la Cour pénale retient qu'il s'agit

d'une personne peu instruite, illettrée, qui n'a occupé que de petits emplois, consistant en la vente de tomates sur des marchés, et qui a vécu à la campagne, puis pendant quelques années dans la capitale de son pays d'origine, ville d'environ deux millions d'habitants. L'appelante avait elle-même été excisée dans son enfance.

5.a) D'après l'article 124 al. 1 CP, en vigueur depuis le 1er juillet 2012, celui qui aura mutilé des organes génitaux féminins, aura compromis gravement et durablement leur fonction naturelle ou leur aura porté toute autre atteinte sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins.

b) L'alinéa 2 de la même disposition prévoit que quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet la mutilation à l'étranger est punissable (le même alinéa stipule que l'article 7 al. 4 et 5 CP est applicable, mais ces alinéas concernent des hypothèses sans pertinence pour le cas d'espèce, soit un acquittement à l'étranger pour les mêmes faits, une sanction prononcée à l'étranger pour les mêmes faits et subie, remise ou prescrite, ainsi qu'une condamnation de l'auteur à l'étranger et une peine partiellement subie).

6.a) L'appelante conteste d'abord la compétence des autorités suisses pour la juger, faute de double incrimination, soit d'incrimination des mutilations génitales féminines en droit somalien. Elle soutient en outre, en substance, que l'article 124 al. 2 CP ne doit pas être interprété comme permettant de poursuivre en Suisse des personnes ayant agi à l'étranger sans y être résidentes et qui ne viennent dans notre pays qu'après les faits.

b) L'adoption de l'article 124 CP résulte d'une initiative parlementaire intitulée « Réprimer explicitement les mutilations sexuelles commises en Suisse et commises à l'étranger par quiconque se trouve en Suisse », déposée le 17 mars 2005, qui demandait l'élaboration d'une norme pénale réprimant la pratique directe et l'incitation à la commission de mutilations sexuelles féminines en Suisse et exigeait que cette norme soit aussi applicable aux personnes résidant en Suisse si l'acte avait été commis à l'étranger. Le 30 novembre 2006, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a procédé à l'examen préalable de l'initiative et a décidé unanimement de lui donner suite. La Commission du Conseil des Etats s'y est ralliée sans opposition, le 2 juillet 2007.

c) Dans son rapport du 12 février 2009, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a notamment relevé ceci : « nul ne conteste la nécessité de mettre en œuvre tous les moyens appropriés pour augmenter l'efficacité de la lutte contre les mutilations génitales féminines. Le fait que les normes pénales en vigueur, combinées avec des mesures de sensibilisation et d'information, ne permettent pas d'atteindre l'objectif visé montre bien que les remèdes appliqués ne suffisent pas à venir à bout du mal. La commission est d'avis que la situation pourrait être améliorée par des mesures législatives adoptées dans le domaine du droit pénal []. L'exigence de la double punissabilité, sans laquelle les mutilations génitales féminines commises à l'étranger ne peuvent par principe pas être poursuivies [], constitue un obstacle [] qu'il convient de surmonter []. La commission est d'avis que les lacunes qui font encore obstacle à la poursuite des mutilations génitales féminines en raison du principe de la double punissabilité doivent être comblées. Ce vide juridique est gênant parce que l'on estime qu'une grande majorité des infractions en cause sont commises à l'étranger et notamment dans des pays dans lesquels les mutilations génitales féminines ne sont pas réprimées par la loi (comme la Somalie). La commission relève en outre un certain manque de consistance dans l'appréciation de la gravité des infractions: elle ne voit pas pourquoi les mutilations génitales féminines pratiquées sur des

mineures ne figurent pas dans la liste des infractions énumérées à l'art. 5 CP, pour quelles raisons les actes d'ordre sexuel commis sur des mineurs de moins de quatorze ans, par exemple, représenteraient une atteinte plus grave à l'intégrité psychique de la victime que les mutilations génitales féminines, d'autant plus que celles-ci impliquent toujours aussi une atteinte physique doublée de séquelles permanentes. Elle estime par conséquent que l'introduction du principe d'universalité est parfaitement justifiée dans le cas des mutilations génitales féminines ». En fonction de ces considérations, il a été proposé, au stade de l'avant-projet, d'insérer dans le code pénal, outre une disposition réprimant expressément les mutilations génitales féminines, un article 122a al. 3 CP ayant la teneur suivante : « Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet la mutilation à l'étranger est punissable. L'art. 7, al. 4 et 5, est applicable ».

d) Le rapport sur les résultats de la procédure de consultation (septembre 2009, ch. 5.4.2, p. 12-13), relevait qu'une organisation participante suggérait de limiter l'applicabilité de l'alinéa 3 de l'avant-projet aux auteurs qui avaient leur domicile en Suisse ou qui y étaient établis, avec une rédaction qui serait : « Est punissable quiconque commet la mutilation à l'étranger alors qu'il réside en Suisse et n'est pas extradé ». D'autres participants ont proposé de préciser que l'auteur devait avoir son lieu de séjour habituel en Suisse, ceci non seulement au moment de l'ouverture des poursuites pénales, mais encore à la date à laquelle l'infraction avait été commise. Une organisation participante approuvait que la nouvelle norme permette de sanctionner en Suisse les actes commis à l'étranger, même s'ils n'étaient pas punissables au lieu de leur commission, mais estimait que cette innovation ne devrait pas conduire les autorités à condamner des requérants d'asile ou des étrangers admis à titre provisoire pour des actes commis avant leur entrée en Suisse et à prendre ces actes comme motifs pour leur refuser le droit d'asile ou une autorisation de séjour dans le cadre d'une procédure en cours ; pour cette organisation, les dispositions d'exécution de l'alinéa 3 devaient satisfaire à cette exigence et assurer que l'on puisse faire ultérieurement, avec certitude, la distinction entre les mutilations commises avant et après l'entrée en Suisse.

e) Il n'a pas été donné suite à ces propositions de limiter l'application du principe d'universalité. En effet, dans son rapport du 30 avril 2010 (FF 2010 p. 5140), la Commission des affaires juridiques du Conseil national a repris tel quel le texte de son précédent rapport et rappelé plus haut (let. c), avec la seule différence qu'elle ne disait plus que les mutilations génitales féminines n'étaient « pas réprimées par la loi » en Somalie, mais qu'elles n'y étaient « pas punies ». Sur le même sujet, la commission écrivait encore ceci (FF 2010 p. 5144) : « Afin de faciliter la poursuite pénale des actes commis à l'étranger, l'art. 124 CPa été complété par un 2e al. statuant qu'est également punissable quiconque commet l'acte à l'étranger, se trouve en Suisse et n'est pas extradé. Cette disposition permet de s'écarter de la règle de la double punissabilité et, partant, d'engager en Suisse des poursuites pénales contre tous les auteurs de mutilations génitales féminines, quel que soit le lieu où l'acte a été commis et indépendamment de sa punissabilité dans le pays où il a été perpétré. En revanche l'application du principe selon lequel toute nouvelle poursuite pénale est prohibée et la règle de l'imputation (art. 7, al. 4 et 5, CP) sera maintenue ». Il en résultait le projet d'un article 124 al. 2 CP ayant la teneur suivante : « Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet la mutilation à l'étranger est punissable. L'art. 7, al. 4 et 5, est applicable », soit un texte identique à celui de la disposition correspondante dans l'avant-projet.

f) Dans son avis du 25 août 2010 (FF 2010 p. 5155-5156), le Conseil fédéral a notamment mentionné ceci : « La CAJ-N propose d'inscrire le principe de l'universalité illimitée à l'art. 124, al. 2, P-CP. Les lésions des organes génitaux féminins seraient donc poursuivies selon le droit suisse, quels que soient la nationalité de l'auteur et de la victime, le lieu de commission de l'acte et la législation applicable en ce lieu. On s'écarte ainsi de la règle de la double punissabilité. Comme, contrairement à l'initiative parlementaire, le libellé adopté par la CAJ-N n'exige pas que l'auteur soit établi en Suisse, même les personnes qui y séjournent brièvement, voire y sont en transit, pourront être poursuivies. En renonçant à exiger que l'infraction soit soumise à la règle de la double punissabilité et que l'auteur ait son domicile en Suisse, le projet soumet la poursuite pénale des lésions infligées aux organes génitaux féminins à l'étranger aux mêmes conditions que celles qui valent pour les infractions commises à l'étranger sur des mineurs, qui sont énumérées à l'art. 5 CP. Les actes visés dans les deux cas présentant une gravité relativement comparable et les victimes de lésions infligées aux organes génitaux féminins étant assez souvent des mineures, le Conseil fédéral souscrit à la réglementation proposée. On peut d'autant plus renoncer à appliquer la maxime de la double punissabilité que les lésions infligées aux organes génitaux féminins sont généralement aussi punissables dans les pays étrangers, sans compter que ce qui fait le plus souvent obstacle à la poursuite des actes commis à l'étranger n'est pas tant le principe de la double punissabilité que les difficultés auxquelles se heurte l'administration des preuves ».

g) Le texte adopté par les Chambres fédérales pour l'article 124 al. 2 CP est celui qui était proposé dans le projet. Il n'y a pas eu de référendum et le nouvel article 124 CP est entré en vigueur le 1er juillet 2012.

h) L'article 124 al. 2 CP consacre ainsi le principe de l'universalité, de la même manière que diverses dispositions du code pénal déclarent ce principe applicable à d'autres types d'infractions, en particulier l'article 181a al. 2 CP qui concerne le mariage et le partenariat forcés (« Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet l'infraction à l'étranger est punissable »), l'article 185 bis al. 2 CP relatif à la disparition forcée (« Est également punissable quiconque commet l'infraction à l'étranger, s'il se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé »), l'article 264m al. 1 CP concernant le génocide et les crimes contre l'humanité (« Quiconque commet à l'étranger un des actes visés aux titres 12bis et 12ter ou à l'art. 264k est punissable s'il se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé ni remis à un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse ») et, dans la partie générale, l'article 5 al. 1 CP, qui prévoit que le code pénal « est applicable à quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé, et a commis à l'étranger » une infraction figurant dans un catalogue prévu dans cette disposition (par exemple : contrainte sexuelle et viol, si la victime avait moins de 18 ans ; actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes ; actes d'ordre sexuel avec des mineurs contre rémunération ; actes d'ordre sexuel avec un enfant, si la victime avait moins de 14 ans).

i) Le principe d'universalité a pour conséquence que la poursuite est possible même si l'acte n'est pas punissable au lieu où il a été commis ; la condition de la double incrimination, prévue à l'article 7 al. 1 let. a CP, ne s'applique dès lors pas (Niggli/Germanier, in : Strafrecht II, Niggli/Wiprächtiger éd., 3^{ème} éd., n. 47 ad art. 124 ; Dupuis et al., op. cit., n. 12 ad art. 124 ; Trechsel/Geth, in : Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, Trechsel/Pieth éd., 3^{ème} éd., n. 5 ad art. 124). Ce principe permet au juge du lieu de la poursuite de réprimer toutes les infractions dont il a

connaissance, y compris celles commises à l'étranger ; la nationalité de l'auteur et de la victime et le fait que le comportement soit ou ne soit pas puni au lieu de commission important peu ; il est par contre indispensable que l'auteur se trouve en Suisse (Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie générale, 2008, nos 225 et 231).

j) Certains auteurs regrettent qu'il ait été renoncé à l'exigence, pour une poursuite en Suisse, que l'auteur soit établi dans ce pays ; ils constatent cependant que l'article 124 al. 2 CP a pour conséquence que même les personnes qui ne séjournent en Suisse que pour une courte durée, comme des touristes ou des voyageurs en transit, sont soumises à l'application du droit suisse (Niggli/Germanier, op. cit., n. 47 ad art. 124). Il suffit donc que la personne à poursuivre se trouve « factuellement » sur le territoire suisse (Dupuis et al., op. cit., n. 12 ad art. 124 et n. 9 ad art. 181a ; cf. aussi Meylan/Gandoy, in : Commentaire romand, Code pénal II, n. 79 ad art. 124).

k) Le Tribunal pénal fédéral (jugement du TPF du 25.07.2012 [BB.2011.140] cons. 2 et 3, confirmé par arrêt du TF du 08.11.2012 [1B_542/2012]; cité par Dupuis et al., op. cit., n. 2a ad art. 264m) a eu l'occasion de préciser la portée du principe d'universalité, en rapport avec l'application de l'article 264m CP, dont on a vu plus haut que son texte est semblable à celui de l'article 124 al. 2 CP. Il a retenu que l'article 264m CP constitue une lex specialis par rapport à l'article 7 CP. Lorsque les crimes en cause ont été commis à l'étranger, par un étranger et sans victime de nationalité suisse, la compétence des autorités suisses est fondée dès l'instant où l'auteur se trouve en Suisse. Il suffit que la personne soit en Suisse à l'ouverture de l'action pénale et peu importe qu'elle quitte le territoire par la suite. La condition de l'absence d'extradition de l'auteur est remplie s'il apparaît que l'Etat dans lequel les crimes ont été commis n'affiche aucune volonté sérieuse de poursuivre les auteurs.

l) Il résulte de ce qui précède qu'à l'article 124 al. 2 CP, le législateur a choisi de consacrer le principe d'universalité, au sens rappelé ci-dessus. L'intention du législateur de soustraire la poursuite des mutilations génitales féminines commises à l'étranger à la condition d'une double incrimination est parfaitement claire. Il est donc irrelevant, à cet égard que le droit somalien ne contienne apparemment pas de norme pénale concrétisant l'interdiction de l'excision prévue par la constitution de 2012. Il suffit que les mutilations génitales féminines soient réprimées par l'article 124 al. 1 CP pour qu'elles puissent être poursuivies en Suisse, même si elles ont été commises à l'étranger. L'appelante ne peut donc pas exciper de l'absence éventuelle d'une incrimination de ses actes en droit pénal somalien pour échapper à l'application de l'article 124 al. 1 CP.

m) Par ailleurs, l'appelante peut être poursuivie en Suisse alors même que les actes qui lui sont reprochés ont été commis en Somalie, à une époque où elle ne s'était encore jamais rendue en Suisse. Il ne fait pas de doute que le législateur n'a pas entendu limiter l'application du principe d'universalité aux personnes résidant en Suisse ou qui y auraient déjà séjourné avant de commettre l'infraction. Que des organisations aient pu, durant la procédure de consultation, exprimer le souhait qu'il en soit autrement ou que la norme pénale vise en bonne partie à réprimer le « tourisme de l'excision » (Meylan/Gandoy, op. cit., n. 79 ad art. 124) ne change rien au fait que l'article 124 al. 2 CP, dans la teneur qui est la sienne, permet la poursuite en Suisse de tout étranger qui a commis une infraction à l'article 124 al. 1 CP, pourvu qu'il s'y trouve au moment de l'ouverture de la procédure, même s'il ne fait qu'y passer. C'est bien ce qu'envisageait le Conseil fédéral (cf. plus haut, let. f). C'est aussi dans ce sens que la doctrine interprète l'article 124 al. 2 CP (cf. let.

i et j ci-dessus). C'est également ce qu'on peut conclure de la comparaison de cette disposition avec d'autres normes poursuivant le même but et rédigées dans des termes semblables, ainsi que de l'application de ces normes dans notre ordre juridique (cf. plus haut, let. h et k). En relation avec ce dernier point, on ne voit, vu l'identité des normes stipulant le principe d'universalité, aucun motif de restreindre la portée de ce principe pour les auteurs de mutilations génitales féminines, alors qu'on n'envisagerait pas d'en faire autant, par exemple, pour ceux de crimes contre l'humanité, d'actes d'ordre sexuel sur un enfant de moins de quatorze ans ou encore de mariage forcé. En particulier, on ne voit pas ce qui justifierait d'interpréter l'article 124 al. 2 CP en ce sens qu'il exclurait la répression des excisions pratiquées par des personnes n'ayant pas séjourné en Suisse au préalable. Au contraire, le but de la norme est aussi d'appréhender les situations dans lesquelles une personne se trouve en Suisse après avoir commis l'infraction à l'étranger. Il serait par ailleurs contraire à la lettre et au sens de la loi d'exclure de son champ d'application les infractions commises préalablement dans certains pays plutôt que dans d'autres (personne ne soutiendrait que celui qui aurait fait exciser sa fille en Allemagne ou en France, par exemple, devrait échapper à une condamnation s'il venait en Suisse par la suite).

n) Dès lors, le grief d'incompétence soulevé par l'appelante est mal fondé.

7. Il n'est pas contesté que les filles de l'appelante ont subi des mutilations génitales, au sens de l'article 124 al. 1 CP. C'est d'ailleurs l'évidence, au vu des constatations faites par le médecin qui a examiné les enfants.

8.a) Le tribunal de police a retenu que l'appelante avait agi en qualité de co-auteur des mutilations infligées à ses filles. L'appelante ne le conteste pas en procédure d'appel, mais il paraît utile de tout de même examiner la question, puisque le ministère public visait plutôt une instigation (on notera que l'acte d'accusation décrit les faits d'une manière qui permet de les envisager sous l'angle de la coaction et que l'appelante a pu se déterminer en fonction de cette qualification).

b) Le coauteur est celui qui collabore, intentionnellement et de manière déterminante, avec d'autres personnes, à la décision de commettre une infraction, à son organisation ou à son exécution, au point d'apparaître comme un des participants principaux. Il n'est pas nécessaire que le coauteur ait accompli lui-même des actes d'exécution, pourvu que son intervention ait contribué au résultat, qu'elle le fasse apparaître comme un auteur principal et qu'il ait accepté de jouer ce rôle de premier plan. Il faut ainsi tenir compte de la volonté, plutôt que des actes d'exécution. Le coauteur doit avoir une certaine maîtrise des faits et son rôle doit être plus ou moins indispensable. Il en va ainsi de celui qui n'exécute pas concrètement l'infraction, mais dont la participation dans la planification de celle-ci permet d'avoir la maîtrise des opérations (Dupuis et al., Petit commentaire CP, 2^{ème} éd., Rem. prélim. aux art. 24 à 27, n. 7 et 8, avec des références à la jurisprudence).

c) Au sujet de la situation spécifique de l'excision, le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (FF 2010 p. 5131), après s'être référé à la jurisprudence fédérale, mentionne que les conditions d'une coaction « sont par exemple réunies lorsque les parents organisent et financent le voyage de leur fille dans leur pays d'origine, voire l'y accompagnent, ou encore lorsqu'ils font les démarches nécessaires pour permettre l'entrée en Suisse d'une exciseuse. En préparant et en organisant la mutilation génitale de leur fille, les parents favorisent dans une mesure déterminante

l'exécution de l'acte. Leur participation active à la commission de l'acte ou même leur simple présence lors de l'intervention suffit à fonder leur qualité de co-auteurs, car la victime est dépendante de ses parents et relève de leur autorité, ce qui, en règle générale, contribuera notablement à ce qu'elle accepte de subir l'intervention. L'intérêt que les parents y trouvent réside dans le respect des traditions, qui leur assure l'estime des membres de leur communauté ».

d) En l'espèce et en fonction des faits retenus plus haut, il faut considérer que l'appelante a agi en qualité de coauteur de l'infraction. C'est elle qui a décidé de faire exciser ses filles, a trouvé une exciseuse et a conduit les filles chez celle-ci, afin qu'elles subissent l'intervention. Qu'elle ait ensuite assisté ou non à celle-ci ne joue aucun rôle, dans la mesure où, à tout le moins, elle savait ce que l'exciseuse allait faire et lui avait sans aucun doute donné des instructions à cet égard. Les victimes, vu leur très jeune âge, n'avaient aucun moyen concret de se soustraire à l'excision décidée par leur mère. L'appelante a préparé et organisé la mutilation génitale de ses filles, favorisant ainsi de manière déterminante l'exécution de l'acte. Sans ces préparatifs et cette organisation, il n'y aurait pas eu d'excision. L'appelante avait la maîtrise des faits et son rôle était forcément indispensable : l'exciseuse n'aurait rien fait si l'appelante ne lui avait pas amené ses filles, dans le but précisément de faire mutiler leurs organes génitaux. L'appelante a ainsi joué un rôle de premier plan dans la commission de l'infraction, soit en fait le rôle décisif.

9. L'appelante ne conteste pas avoir agi intentionnellement, sa conscience et sa volonté portant sur les excisions elles-mêmes et leur résultat.

10.a) L'appelante soutient qu'elle devrait être mise au bénéfice de l'erreur sur l'illicéité.

b) Selon l'article 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

c) La jurisprudence précise (arrêt du TF du 20.07.2016 [6B_1102/2015] cons. 4.1, avec des références à la jurisprudence antérieure) que pour qu'il y ait erreur sur l'illicéité, il faut que l'auteur ne sache ni ne puisse savoir que son comportement est illicite. L'auteur doit agir alors qu'il se croyait en droit de le faire. Il pense, à tort, que l'acte concret qu'il commet est conforme au droit. Déterminer ce que l'auteur d'une infraction a su, cru ou voulu et, en particulier, l'existence d'une erreur relève de l'établissement des faits. Les conséquences pénales d'une erreur sur l'illicéité dépendent de son caractère évitable ou inévitable. L'auteur qui commet une erreur inévitable est non coupable et doit être acquitté (art. 21, 1^{ère} phrase, CP). Tel est le cas s'il a des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Une raison de se croire en droit d'agir est suffisante lorsqu'aucun reproche ne peut lui être adressé parce que son erreur provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur toute personne consciencieuse. En revanche, celui dont l'erreur sur l'illicéité est évitable commet une faute, mais sa culpabilité est diminuée. Il restera punissable, mais verra sa peine obligatoirement atténuée (art. 21, 2^{ème} phrase, CP). L'erreur sera notamment considérée comme évitable lorsque l'auteur avait ou aurait dû avoir des doutes quant à l'illicéité de son comportement ou s'il a négligé de s'informer suffisamment alors qu'il savait qu'une réglementation juridique existait. Savoir si une erreur était évitable ou non est une question de droit. La réglementation relative à l'erreur sur l'illicéité repose sur l'idée que le justiciable doit faire tout son possible pour connaître la loi et que son ignorance ne le protège que dans des cas

exceptionnels. Toutefois, la possibilité théorique d'apprécier correctement la situation ne suffit pas à exclure l'application de l'art. 21, 1^{ère} phrase, CP. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si l'erreur de l'auteur peut lui être reprochée. Le caractère évitable de l'erreur doit être examiné en tenant compte tant des circonstances personnelles de l'auteur, telles que son degré de socialisation ou d'intégration, que des circonstances matérielles qui ont pu induire l'auteur en erreur.

d) Dans son rapport du 30 avril 2010 (FF 2010 p. 5131), la Commission des affaires juridiques du Conseil national relevait que « le principal motif permettant d'exclure la culpabilité de l'auteur est l'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP. Elle présuppose qu'au moment où il a agi, l'auteur n'aurait pas su ni n'aurait pu savoir que son comportement était illicite. Quant à déterminer si l'auteur avait des motifs suffisants de penser qu'il ne commettait rien d'illicite et s'il doit être acquitté, c'est là une question qui ne peut être tranchée qu'à la lumière des éléments concrets du cas d'espèce. Pour y répondre le juge devra en particulier s'interroger sur les points suivants: les mutilations génitales féminines sont-elles punissables dans le pays d'origine de l'auteur? Quel est le niveau d'éducation de celui-ci et de quel milieu est-il issu (plutôt simple ou assez cultivé)? Depuis combien de temps réside-t-il en Suisse et quel est son degré d'intégration? Savait-il que les mutilations génitales féminines opérées contre la volonté de la victime sont interdites en Suisse? Tout décalage constaté dans les valeurs de l'auteur par rapport aux valeurs reconnues dans notre culture peut être pris en compte lors de la fixation de la peine (art. 47 ss CP) ».

e) La constitution somalienne de 2012 interdit l'excision, même si la loi pénale ne contient pas de disposition pénale expresse à ce sujet. L'appelante n'avait peut-être pas une connaissance concrète du cadre constitutionnel, mais elle a recouru aux services d'une exciseuse, dont l'adresse lui avait été fournie par des gens du quartier, qui exerçait à son propre domicile et dont l'appelante ignorait si elle avait de quelconques connaissances médicales. Cela suggère une certaine clandestinité des interventions, dont on a vu plus haut qu'elle devait en avoir conscience. Si les hôpitaux ou les médecins avaient pratiqué ce genre d'intervention, l'appelante aurait sans doute préféré s'adresser à eux, pour la sécurité de ses filles. L'appelante savait, selon ses propres déclarations, que l'excision était « quelque chose qui n'est pas bien ». Malgré son instruction sommaire, elle pouvait dès lors se douter que l'excision n'était pas ou plus juridiquement admise dans son pays. Elle avait donc au moins une certaine conscience de l'illicéité des actes. Elle n'a pas cherché à se renseigner auprès d'autorités, ce qu'elle aurait pu faire car elle vivait dans la capitale. Elle a choisi d'agir selon ce qu'elle ressentait comme une tradition. En cela, il faut considérer que son erreur était évitable. La Cour pénale, comme le tribunal de police, considère que l'appelante ne peut dès lors se prévaloir que d'une erreur évitable sur l'illicéité. Admettre une erreur inévitable dans le cas d'espèce reviendrait à garantir l'impunité à toutes les personnes qui viendraient en Suisse après avoir fait exciser leurs filles dans un pays où ce genre de mutilation se pratique, hélas, couramment, pour autant qu'elles n'aient qu'un faible niveau d'instruction. Cela ne peut pas être le résultat voulu par le législateur de l'article 124 CP.

11. L'appelante n'adresse pas de critique spécifique au jugement entrepris en ce qui concerne la quotité de la peine pécuniaire et le montant du jour-amende. Il n'y a dès lors pas lieu d'y revenir, sinon pour constater que le jugement, qui reprend les éléments utiles, ne révèle rien d'illégal ou d'inéquitable sur ces questions (art. 404 al. 2 CPP). Faute d'appel de la part du ministère public et vu l'interdiction de la reformatio in peius (art. 391

al. 2 CPP), il n'y a pas lieu de revenir non plus sur l'octroi du sursis.

12. Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être rejeté. Les frais de la procédure d'appel seront mis à la charge de l'appelante (art. 428 al. 1 CPP). Condamnée, l'appelante n'a pas droit à une indemnité au sens de l'article 429 CPP (elle n'y aurait pas eu droit non plus en cas d'admission de l'appel, car elle plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire : ATF 139 IV 241 cons. 1 ; Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire CPP, 2^{ème} éd., n. 12 ad art. 429).

13. Reste à fixer l'indemnité due au mandataire d'office de l'appelant pour la procédure d'appel. La mandataire a produit un mémoire d'honoraires chiffré à 2'709.35 francs, pour 21h10 d'activité, dont un peu plus de 19 heures d'avocat-stagiaire pour des recherches juridiques et la rédaction de la déclaration d'appel. Cela paraît raisonnable, l'affaire portant sur des questions juridiques de principe. Le montant réclamé sera alloué. Il sera remboursable à l'Etat, aux conditions de l'article 135 al. 4 CPP.

Par ces motifs, la Cour pénale DÉCIDE

vu les articles 21, 124 al. 1 et 2 CP, 135, 428 CPP,

II. Les frais de la procédure d'appel sont arrêtés à 2'000 francs et mis à la charge de l'appelante.

III. L'indemnité d'avocat d'office due à Me I. _____ pour la défense des intérêts de l'appelante en procédure d'appel est fixée à 2'709.35 francs, frais et TVA inclus. Cette indemnité sera remboursable, aux conditions de l'article 135 al. 4 CPP.

IV. Le présent jugement est notifié à X. _____, par Me I. _____, au ministère public, parquet régional de Neuchâtel (MP.2016.1760-PNE-1), et au Tribunal de police du Littoral et du Val-de-Travers, à Boudry (POL.2018.116).

Neuchâtel, le 14 décembre 2018

Quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

1Celui qui aura mutilé des organes génitaux féminins, aura compromis gravement et durablement leur fonction naturelle ou leur aura porté toute autre atteinte sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins.

2Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet la mutilation à l'étranger est punissable. L'art. 7, al. 4 et 5, est applicable.

1Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 30 sept. 2011, en vigueur depuis le 1er juil. 2012 (RO20122575; FF201051255151).

E. 13

Reste à fixer l'indemnité due au mandataire d'office de l'appelant pour la procédure d'appel. La mandataire a produit un mémoire d'honoraires chiffré à 2'709.35 francs, pour 21h10 d'activité, dont un peu plus de 19 heures d'avocat-stagiaire pour des recherches juridiques et la rédaction de la déclaration d'appel. Cela paraît raisonnable, l'affaire portant sur des questions juridiques de principe. Le montant réclamé sera alloué. Il sera remboursable à l'Etat, aux conditions de l'article 135 al. 4 CPP.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.