

# La question de la punissabilité de la mutilation génitale féminine des types I et IV

## **Expertise juridique**

M. A. Niggli, professeure docteure en droit, et  
Anne Berkemeier, licenciée en droit

## Editorial

130 millions de femmes sont excisées dans le monde. Et toutes les 10 secondes, une petite fille subit le même sort. La mutilation génitale féminine – communément appelée «excision» – est un rite cruel qui comporte des séquelles à vie sur le plan physique et psychique. La lutte pour l'abolir est délicate et requiert une bonne compréhension de l'environnement culturel. L'UNICEF entend contribuer à bannir cette pratique assimilable à la torture au cours de ces dix prochaines années.

A cet effet, UNICEF Suisse encourage et soutient depuis 1999 des programmes de lutte contre l'excision dans plusieurs pays africains. Bien qu'aucune religion ne l'exige, la mutilation génitale féminine (MGF) est répandue dans le monde entier; par ailleurs, l'évolution des mouvements migratoires a eu pour effet d'étendre cette pratique à l'Europe. Plusieurs pays européens ont adopté des mesures spécifiques sur le plan de la législation; d'autres considèrent certaines formes de mutilation génitale féminine comme une lésion corporelle grave.

Afin d'éclairer la situation, UNICEF Suisse a mené en 2001 une enquête auprès des gynécologues. Les résultats ont révélé que près de 7000 femmes et filles excisées vivaient en Suisse. Ceci n'a pas manqué de soulever des questions d'ordre juridique: à quelles conséquences les personnes qui exécutent une mutilation génitale féminine en Suisse doivent-elles s'attendre? A quoi les médecins et le personnel soignant doivent-ils être attentifs en cas de réinfibulation?

UNICEF Suisse a réagi et est intervenu à deux niveaux. En collaboration avec d'autres organisations, nous avons élaboré et publié des lignes de conduite desti-

nées au personnel médical; par ailleurs, nous avons étudié de près la question pénale. En 2004, nous avons demandé un avis de droit au Prof. Stefan Trechsel, docteur en droit, et à Regula Schlauri, docteur en droit à l'«Institut für Rechtswissenschaften» de Zurich. Ce document s'attache avant tout à l'infibulation et à l'excision, pour parvenir à la conclusion que ces deux types de mutilation génitale féminine sont qualifiables, en Suisse, de lésions corporelles graves. En complément, UNICEF Suisse publie aujourd'hui un second avis de droit intitulé «La question de la punissabilité de la mutilation génitale féminine des types I et IV», qui cherche à éclairer la situation des autres types de MGF sur le plan du droit pénal. Les auteurs, à savoir le Prof. M. A. Niggli, docteur en droit, et Anne Berkemeier, licenciée en droit au Dép. «Für Strafrecht» de l'université de Fribourg, concluent que, malgré leur gravité, ces formes ne sont qualifiées en Suisse que de lésions corporelles simples. L'inscription explicite des mutilations génitales féminines dans le Code pénal suisse serait donc un signal important et faciliterait considérablement la lutte contre les MGF.

Mais cette mesure ne suffit pas à elle seule à préserver les petites filles. Il est indispensable de diffuser l'information parmi les groupes de migrants issus de pays où la MGF est courante, pour que cette pratique cesse d'être un sujet tabou; il convient d'instruire le personnel de santé, les médecins et les membres des autorités et il s'agit, enfin, d'interdire expressément ces pratiques. Les arguments sont là et il n'est guère possible de les réfuter. Il est donc de notre devoir de tout mettre en œuvre pour défendre les petites filles concernées.

Elsbeth Müller  
Secrétaire générale, UNICEF Suisse

# Sommaire

La Question de la punissabilité de la  
mutilation génitale féminine des types I et IV.  
Avis de droit (état en 2006).

<b>I.</b>	<b>Terminologie et délimitation de l'objet de l'expertise</b> .....	4
<b>II.</b>	<b>Questions de compréhension</b> .....	5
<b>A.</b>	<b>MGF (Mutilation génitale féminine)</b> .....	5
<b>B.</b>	<b>Les types (I à IV) de mutilation génitale féminine</b> .....	5
	1. Incision (type I) .....	5
	2. Clitoridectomie (type II) .....	5
	3. Infibulation (type III) .....	5
	4. Autres formes de MGF non spécifiques (type IV) .....	5
<b>III.</b>	<b>Evaluation pénale de l'incision et des autres formes (type IV) de mutilation génitale féminine</b> .....	6
<b>A.</b>	<b>Les circonstances concrètes de la mutilation génitale féminine</b> .....	6
<b>B.</b>	<b>Formes de lésions corporelles relevant du droit pénal</b> .....	6
	1. Lésions corporelles graves (art. 122 CP) .	6
	2. Lésions corporelles simples qualifiées (art. 123, chiffre 2 CP) .....	7
<b>C.</b>	<b>Qualification due à l'instrument du délit (art. 123, ch. 2, al. 2 CP)</b> .....	8
	1. Poison .....	8
	2. Arme .....	8

3. Objet dangereux .....	8	VII. Complicité .....	16
a. Couteaux .....	8	A. Généralités .....	16
b. Lames de rasoir .....	9	B. Dans le cas de la mutilation génitale .....	16
c. Ciseaux .....	9	C. Cas particulier: excès de l'auteur par rapport au complice .....	16
d. Objets utilisés pour trancher sans y être destinés à l'origine (morceaux de verre, pierres tranchantes, couvercles de boîtes de conserve, etc.) .....	9	D. Conclusion .....	16
e. Ongles .....	9	VIII. Aspects internationaux .....	17
4. Conclusion .....	9	A. Complicité .....	17
<b>D. Qualification étant donné la victime (art. 123, ch. 2, al. 3 CP) .....</b>	<b>11</b>	B. Participation (instigation/complicité) .....	17
1. Personnes sans défense .....	11	IX. Consentement .....	18
2. Devoir de prévoyance .....	11	A. Généralités .....	18
3. Les enfants en particulier .....	11	B. Consentement de l'enfant .....	18
4. Conclusion .....	11	C. Consentement des parents .....	19
<b>IV. Caractéristiques subjectives du délit .....</b>	<b>12</b>	X. Violation du devoir d'assistance et de surveillance .....	21
<b>V. Coactivité .....</b>	<b>13</b>	XI. Médicalisation de la mutilation génitale féminine .....	22
A. Généralités .....	13	XII. Conclusions .....	23
B. Dans le cas de la mutilation génitale .....	13	Répertoire des abréviations .....	24
1. Participation à la planification et à l'organisation .....	13	Notes en bas de page .....	25
2. Participation à l'exécution de l'acte .....	13	XIII. Liste des références .....	28
3. Cas particulier: excès de l'auteur principal par rapport au coauteur .....	14	Adresses, impressum .....	29
<b>VI. Instigation .....</b>	<b>15</b>		
A. Généralités .....	15		
B. Dans le cas de la mutilation génitale .....	15		
C. Cas particulier: excès de l'auteur par rapport à l'instigateur .....	15		

# I. Terminologie et délimitation de l'objet de l'expertise

Dans ses textes allemands, l'UNICEF Suisse utilise couramment le terme de «Mädchenbeschneidung» («circoncision des filles»), qui a été introduit il y a déjà longtemps dans les campagnes de l'UNICEF. Dans la présente expertise, nous lui avons préféré le terme de «mutilation génitale féminine» (MGF), qui correspond non seulement au terme anglais consacré «Female Genital Mutilation» (FGM), mais aussi à la terminologie de Trechsel et Schlauri.<sup>1</sup> En 2004, Stefan Trechsel et Regula Schlauri ont établi pour l'UNICEF Suisse une expertise qui traitait de la qualification pénale de formes sévères de mutilation génitale féminine, à savoir de l'excision et de l'infibulation.<sup>2</sup> En complément, d'autres formes de mutilation génitale féminine sont aujourd'hui analysées dans la présente expertise. Il ne sera pas traité ici de la problématique de la circoncision des garçons parce que, sur le plan des dégâts anatomiques et psychiques, la circoncision des garçons n'est pas comparable à la mutilation génitale féminine.<sup>3</sup> La circoncision masculine constitue une intervention relativement exempte de complications, alors que ce que certains appellent la «circoncision féminine» doit être classifié comme une mutilation génitale de haut degré.<sup>4</sup>

Le développement de la zone génitale dans le fœtus montre que le pendant du clitoris est le pénis.<sup>5</sup> Si l'on voulait entreprendre sur un homme une intervention analogue à une clitoridectomie, cela signifierait lui enlever une partie ou la totalité de son pénis.<sup>6</sup>

Même l'incision ou l'opération qui consiste à n'enlever «que» le capuchon du clitoris ne peuvent pas être comparées à la circoncision masculine. D'une part, cette opération comprend généralement également l'ablation du gland clitoridien; d'autre part, il est très difficile, lors de l'ablation du capuchon clitoridien, d'éviter de blesser le clitoris, car les filles sont généralement très jeunes et leurs organes sexuels encore non entièrement développés; les exciseuses, elles, sont souvent âgées et voient mal; les filles se débattent souvent avec énergie. Tout cela conduit à d'autres lésions.<sup>7</sup>

Enfin, il faut rappeler que la circoncision masculine n'est pas exclusivement pratiquée pour des raisons culturelles ou rituelles, mais qu'elle est souvent aussi indiquée pour des raisons médicales, alors que les raisons médicales invoquées pour la mutilation génitale féminine apparaissent peu concluantes.<sup>8</sup> La circoncision masculine peut présenter des avantages pour la santé. Selon une étude récente de l'Agence française de recherche sur le sida et les hépatites virales (ANRS), sept sur dix des contaminations par le HIV ou par le virus hépatique pourraient être évitées par une circoncision.<sup>9</sup>

## II. Questions de compréhension

### A. MGF (mutilation génitale féminine)

La mutilation génitale féminine (anglais «Female Genital Mutilation»; abréviation française: MGF) recouvre tous les procédés conduisant à l'ablation partielle ou totale des parties génitales extérieures de la femme ou à d'autres lésions sur les organes sexuels féminins, que ce soit pour des motifs culturels, religieux ou d'autres motifs non médicaux.<sup>10</sup>

### B. Les types (I à IV) de mutilation génitale féminine

L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)<sup>11</sup> distingue quatre types différents de mutilation génitale féminine, une classification que l'UNICEF, l'UNFPA et l'UNIFEM sont en train de revoir conjointement. Dans un projet de document, un nouveau type V regroupe des pratiques symboliques consistant par exemple à inciser ou à piquer le clitoris pour en faire jaillir quelques gouttes de sang. Les quatre types différenciés jusqu'ici regroupent les pratiques suivantes.<sup>12</sup>

#### 1. Incision (type I)

Le terme d'incision désigne une coupure dans le capuchon du clitoris ou l'ablation complète de ce capuchon. Une ablation d'une partie du clitoris ou du clitoris entier peut également s'ensuivre. C'est cette forme de mutilation génitale féminine que l'OMS appelle le type I<sup>13</sup> et qui passe pour la forme la plus bénigne et la plus comparable à la circoncision masculine.<sup>14</sup>

L'incision est parfois appelée «sunna» (mot arabe signifiant «tradition»). On distingue alors entre la sunna douce, qui consiste à percer, à inciser ou à retrancher le capuchon du clitoris, et la sunna modifiée, qui comprend en outre l'ablation totale ou partielle du clitoris lui-même.<sup>15</sup>

L'incision au sens strict est relativement rare.<sup>16</sup> En général, on ne s'en tient pas à percer, à entailler ou à retrancher le capuchon, mais on enlève en même temps le clitoris lui-même.<sup>17</sup>

L'opération étant pratiquée dans la grande majorité des cas par des non-médecins qui n'ont guère de connaissances de l'anatomie humaine, le résultat est souvent une combinaison entre les différents types de mutilation génitale féminine.<sup>18</sup>

L'ablation du capuchon du clitoris est une opération extrêmement difficile, surtout quand elle est pratiquée sur un enfant. Des connaissances chirurgicales sont nécessaires, ainsi qu'une bonne lumière, des instruments chirurgicaux, une anesthésie – le corps de la patiente doit être immobile – et d'excellentes connaissances d'anatomie.<sup>19</sup>

#### 2. Clitoridectomie (type II)

On entend par clitoridectomie l'ablation du clitoris entier ainsi que d'une partie ou de la totalité des petites lèvres. Il s'agit d'une forme sévère de mutilation génitale féminine. Ce type ne sera pas examiné ici plus en détail; voir à ce sujet Trechsel/Schlauri.

#### 3. Infibulation (type III)

On entend par infibulation l'ablation non seulement du clitoris, mais aussi des grandes et des petites lèvres. Les bords de la blessure sont ensuite suturés au moyen d'épines ou avec du fil (infibulation), de manière à ne laisser qu'une ouverture vaginale très petite, de la taille d'un brin de paille. Il s'agit de la forme la plus grave de mutilation génitale féminine. Ce type ne sera pas examiné ici plus en détail, voir Trechsel/Schlauri.

#### 4. Autres formes de MGF non spécifiques (type IV)

Le type IV des mutilations génitales féminines comprend, selon l'OMS, diverses pratiques qui ne se laissent pas classer avec précision. En font partie la perforation ou l'incision du clitoris et/ou des lèvres; l'étirement du clitoris et/ou des lèvres; la cautérisation (brûlure) du clitoris et des tissus avoisinants; le grattage des tissus du pourtour de l'orifice vaginal («angurya») ou la scarification du vagin («gishiri»); l'introduction de sel, de substances corrosives ou d'herbes dans l'orifice vaginal pour provoquer un saignement censé rigidifier ou resserrer l'orifice, et tout autre procédé répondant à la définition que nous avons donnée de la mutilation génitale féminine.<sup>20</sup>

# III. Evaluation pénale de l'incision et des autres formes (type IV) de mutilation génitale féminine

Nous examinerons d'abord si l'incision (type I) et les pratiques que recouvre le type IV constituent des lésions corporelles punissables. Il faut aussi se demander dans quelle mesure la participation des parents peut être réprimée. Enfin, il convient d'établir dans quelle mesure le consentement de la victime ou de ses parents peut exclure la punissabilité.

## A. Les circonstances concrètes de la mutilation génitale féminine

L'organe sexuel extérieur de la femme est extrêmement sensible et innervé. Des interventions dans cette partie du corps sont beaucoup plus douloureuses que, par exemple, dans les bras ou dans les jambes. En outre, le clitoris et les lèvres intérieures sont alimentés par de nombreuses artères, de sorte que des lésions dans ces zones peuvent conduire à des saignements inextinguibles.<sup>21</sup>

Les mutilations génitales féminines ne sont généralement pas pratiquées dans des hôpitaux, et ce pour diverses raisons:

- les exciseuses traditionnelles ne travaillent pas dans des hôpitaux;
- les responsables n'ont pas les moyens de se payer un traitement à l'hôpital;
- la MGF est interdite par la loi dans le pays concerné;
- il n'y a pas d'hôpital à proximité.<sup>22</sup>

En général, ces interventions se font sans narcose complète ni anesthésie locale, et dans un environnement qui est loin d'être stérile.<sup>23</sup> Les exciseuses traditionnelles sont généralement des femmes d'un certain âge, voire très âgées, sans formation médicale et dont la vue n'est parfois déjà plus très bonne.<sup>24</sup> Il arrive également que d'autres personnes pratiquent l'intervention, notamment des sages-femmes ou des guérisseuses traditionnelles, des coiffeurs (barbiers)<sup>25</sup>, des grands-mères (généralement du côté du père) ou d'autres membres de la famille, des vieilles femmes du village<sup>26</sup>, des hommes-médecins et des femmes de forgeron (auxquelles, dans certains pays, on attribue des pouvoirs magiques).<sup>27</sup>

L'ensemble des circonstances dans lesquelles les mutilations sont généralement effectuées apparaissent peu hygiéniques et propices à des infections par des agents pathogènes de toutes sortes<sup>28</sup>:

■ Les **instruments tranchants** utilisés peuvent être des couteaux, des lames de rasoir; des ciseaux, des couteaux de cuisine, de la tôle de fer aiguisée, des morceaux de verre, des pierres tranchantes, des couvercles de boîtes de conserve, d'autres objets tranchants<sup>29</sup>, des coquillages et des outils en forme de hache<sup>30</sup>, mais aussi les ongles.<sup>31</sup> Souvent, on excise plusieurs filles avec le même outil.<sup>32</sup> Les conséquences de ce traitement peuvent être des infections (HIV, hépatite, poliomyélite, tétanos) et des empoisonnements du sang.

■ Alors que déjà l'intervention proprement dite se fait le plus souvent avec des instruments parfaitement inadéquats médicalement, ce fait est encore accentué par la **suture des plaies**, couramment effectuée avec du boyau de mouton, du crin de cheval, du liber, de la ficelle, des épines d'acacia et des anneaux de fer.<sup>33</sup>

■ **Le lieu** des incisions peut être la maison des parents ou ses alentours, une étable, la forêt, un coin derrière des buissons, la maison de l'exciseuse ou simplement un endroit à ciel ouvert près de chez elle<sup>34</sup>; on utilise par exemple des cendres, des herbes, de l'eau (froide ou chaude), du suc de plantes<sup>35</sup> et de la bouse de vache pour arrêter les saignements.

## B. Formes de lésions corporelles relevant du droit pénal

Dans le domaine des atteintes à l'intégrité corporelle, le Code pénal distingue entre les atteintes non répréhensibles, parce que justifiées socialement, et les atteintes punissables. Les atteintes punissables, celles qui dépassent le cadre des atteintes minimales et courantes dans la vie sociale, sont subdivisées en trois groupes.

1. Les atteintes débordant la pratique sociale courante, mais qui ne causent ni lésion corporelle, ni atteinte à la santé (art. 126 CP: voies de fait);
2. Les atteintes à l'intégrité corporelle qui causent une lésion corporelle ou une atteinte à la santé, sans toutefois constituer des lésions corporelles graves (art. 123 CP: lésions corporelles simples); et
3. Les lésions corporelles de nature à mettre la vie en danger ou équivalentes (art. 122 CP: lésions corporelles graves).

### 1. Lésions corporelle graves (art. 122 CP)

Les lésions corporelles graves que qualifie l'art. 122 du code pénal sont celles qui mettent en danger la vie d'autrui ou qui présentent un degré de gravité équivalent. Il y a notamment lésion corporelle grave quand le corps, un organe important ou un membre est mutilé ou quand un organe important ou un membre est rendu incapable de fonctionner (infirmité).

Les membres importants sont, outre les pieds et les mains, les articulations des genoux et des hanches, les poignets, les coudes, etc. Les organes importants sont par exemple les reins, le foie, etc.; les organes des sens et les organes sexuels sont importants de toute façon.<sup>36</sup>

Pour qu'il y ait lésion corporelle grave, il faut que l'organe ou le membre soit mutilé (perdu) ou rendu inutilisable, c'est-à-dire que sa fonction soit durablement et considérablement affectée.<sup>37</sup> Il arrive que la doctrine<sup>38</sup> et la jurisprudence évaluent l'importance d'un organe ou d'un membre selon des critères individuels.<sup>39</sup>

Outre les atteintes au corps, les atteintes qui conduisent à une incapacité de travail durable, à une fragilité ou à une maladie mentale sont également prises en compte. L'infibulation – dont il ne sera pas question ici de manière détaillée – peut conduire à une incapacité de travail.<sup>40</sup>

Enfin, l'art. 122, al. 3 CP, clause générale, englobe également «toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale». En principe, étant donné justement son caractère général, cette clause doit être interprétée de manière restrictive, mais les dommages concernés ne doivent pas pour autant être forcément persistants. Il suffit qu'il s'agisse d'atteintes considérables qui apparaissent comparables, par leur intensité, aux autres variantes du délit, le degré de gravité se mesurant à la durée et au caractère pénible des douleurs, à la difficulté de la guérison et à l'atteinte portée à la santé psychique et mentale.<sup>41</sup> Bien qu'il ne fasse aucun doute que bien des femmes qui ont subi des mutilations génitales en souffrent pendant toute leur vie<sup>42</sup>, il semble souvent difficile de décider si le degré d'intensité des atteintes subies est suffisant dans le cas des interventions dont il est ici question, celles des types I et IV.

Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne l'incision ou les formes de mutilation génitale du type IV, on ne peut pas considérer qu'il y a lésion corporelle grave **dans tous les cas**. Il convient d'examiner au cas par cas si l'incision ou l'ablation du capuchon ont mutilé le clitoris, l'ont rendu incapable de fonctionner, ou encore si l'incision a causé une atteinte (durable) à la santé mentale. Cela est particulièrement valable pour les formes de mutilation appartenant au type IV, qui demandent que l'on évalue pour chaque cas particulier s'il y a lésion corporelle grave. La seule chose qui ne fasse aucun doute, c'est que **toutes** les interventions précitées constituent au moins une lésion corporelle simple au sens de l'art. 123 CP, car il s'agit sans exception d'interventions dont l'intensité dépasse le degré de la voie de fait au sens de l'art. 126 CP.

## 2. Lésions corporelles simples qualifiées (art. 123, chiffre 2 CP)

Les lésions corporelles simples qualifiées sont des lésions corporelles qui n'ont pas causé une atteinte grave au sens de l'art. 122 CP, mais qui se distinguent des autres lésions corporelles simples par les modalités de l'infraction. Il s'agit

- d'une part de lésions corporelles provoquées avec certaines armes (art. 123, chiffre 2, al. 2 CP: poison, arme, objets dangereux)<sup>43</sup>,

- mais aussi, d'autre part, de lésions corporelles à certains types de victimes (art. 123, ch. 2, al. 3 CP: personnes sans défense, dont l'auteur du délit avait la garde, comme par exemple des enfants; art. 123, ch. 2, al. 4: conjoint ou partenaire sexuel faisant ménage commun avec l'auteur du délit).<sup>44</sup>

Cette qualification du délit de base des lésions corporelles simples (art. 123, ch. 1 CP) fait d'un délit punissable sur plainte un délit punissable d'office, c'est-à-dire que son auteur peut être poursuivi sans qu'une plainte pénale doive être déposée. En outre, la possibilité d'une infraction de peu de gravité disparaît, et avec elle la possibilité pour le juge d'atténuer librement la peine prévue pour les autres lésions corporelles simples à l'art. 123, ch. 1, al. 2 CP.

Dans les constellations qui nous intéressent ici, à savoir l'incision et les formes de mutilation appartenant au type IV, une multitude d'objets divers sont utilisés. Or la systématique du code pénal ne permet pas ici de déterminer de prime abord si une infraction que l'on ne peut pas qualifier de lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 CP répond aux critères des lésions corporelles simples (ne pouvant être poursuivies que sur plainte – art. 123, ch. 1 CP) ou à ceux des lésions corporelles qualifiées (art. 123, ch. 2 CP) (pouvant être poursuivies d'office).

Nous allons donc examiner ci-dessous les différentes variantes, d'une part en ce qui concerne l'emploi «d'armes», «d'objets dangereux» ou de «poison», et d'autre part pour déterminer s'il s'agit d'actes à l'encontre de personnes sans défense, dont l'auteur «avait la garde», notamment d'enfants.

## C. Qualification due à l'instrument du délit (art. 123, ch. 2, al. 2 CP)

Au titre d'instruments du délit qualifié, la loi cite le poison, les armes et les objets dangereux.

### 1. Poison

On entend par poison des substances qui, introduites dans l'organisme même en quantité minimale, portent atteinte à la santé ou causent la mort par un processus chimique.<sup>45</sup> Il est déterminant de tenir compte du dosage concret (en rapport avec la sensibilité individuelle de la victime). Comme Paracelse le savait déjà, le poison est une notion relative, c'est-à-dire que la qualité de «poison» procède de la dose. Si le dosage de la substance entraîne un danger de lésion grave au sens de l'art. 122 CP, l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP s'applique de toute façon.<sup>46</sup> Certains estiment même que si le poison est utilisé, il n'est pas nécessaire qu'il y ait danger d'atteinte grave.<sup>47</sup> Parmi les poisons, on compte aussi les toxiques «vivants» – toxines ou cultures bactériennes et virus.<sup>48</sup> L'utilisation externe<sup>49</sup> d'une substance toxique (comme le vitriol ou l'acide chlorhydrique) peut tomber sous le coup de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP, car l'intégrité physique extérieure est également protégée par cette disposition.<sup>50</sup> On peut assurément aussi considérer les produits chimiques appliqués à l'extérieur comme des objets dangereux (voir 3 ci-dessous).<sup>51</sup>

Il existe des pratiques (rattachées au type IV) consistant à introduire dans le vagin des substances corrosives, des herbes ou du sel, ce qui est censé rétrécir le vagin et/ou provoquer des saignements. L'introduction de substances dans le vagin est considéré au sens médical comme une application externe.<sup>52</sup>

Même en usage externe, les substances précitées peuvent également – à doses suffisamment élevées – constituer des objets dangereux au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP. En général, toutefois, ce ne sera pas le cas – à moins que la dose ne soit particulièrement élevée. Cet élément ne peut être évalué qu'au cas par cas.

### 2. Arme

Sont considérés comme des armes les objets qui «ont été conçus pour servir à l'attaque et à la défense».<sup>53</sup> L'arme doit être destinée à causer la mort ou une lésion corporelle grave – cet élément est déterminant.<sup>54</sup> Il est également important pour la qualification de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP que l'arme soit utilisée dans le but pour lequel elle a été conçue.<sup>55</sup>

En principe, les couteaux peuvent être utilisés comme des armes. On pense par exemple aux couteaux papillons, aux couteaux à lame escamotable, aux couteaux de poing, etc., qui sont utilisés comme des instruments de combat. Si de tels couteaux sont utilisés pour une incision ou pour une mutilation de type IV, on doit les qualifier d'armes au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP. Mais la plupart des couteaux courants ne constituent pas des instruments d'attaque ou de défense et sont utilisés dans d'autres buts. Il ne s'agit donc généralement pas d'armes. Cela n'exclut toutefois pas qu'un couteau puisse être qualifié d'objet dangereux.

### 3. Objet dangereux

On entend par «objet dangereux» tout objet dont la forme permet une utilisation pouvant entraîner une lésion corporelle grave au sens de l'art. 122 CP.<sup>56</sup> On pourrait dresser, au gré de sa fantaisie, une liste interminable d'objets dangereux si l'on voulait se référer uniquement à la forme<sup>57</sup>, car presque n'importe quel objet peut être utilisé d'une manière dangereuse.<sup>58</sup> Or ce n'est pas la forme de l'objet elle-même qui est déterminante, car les objets en soi ne sont ni dangereux ni anodins<sup>59</sup>; c'est uniquement le mode d'utilisation qui peut permettre de conclure à un risque d'atteinte grave à la santé au sens de l'art. 122 CP.<sup>60</sup>

#### a. Couteaux

Étant donné leur usage premier, les couteaux de cuisine, couteaux à pain, rasoirs à manche et couteaux à moquette (cutters) sont des instruments de travail et d'usage quotidien. Mais étant donné leur structure d'outils tranchants, leur utilisation peut parfaitement conduire à des lésions corporelles graves. La lame d'un couteau de poche, d'un rasoir à manche et d'un couteau à moquette est généralement en acier. La lame d'un couteau de cuisine peut être en céramique. Ces lames en céramique sont particulièrement tranchantes. Par contre, les couteaux en plastique seraient à exclure, car leur utilisation ne peut pas entraîner de blessures graves.

Si des couteaux utilisés dans la vie de tous les jours et pour le travail sont utilisés pour une incision ou une mutilation de type IV, il s'agit «d'objets dangereux» au sens de l'art. 123, ch. 2 CP.<sup>61</sup>

### **b. Lames de rasoir**

Une lame de rasoir est une fine plaquette d'acier trempé, dont les arêtes sont extrêmement affilées et très tranchantes. L'usage premier des lames de rasoir est de supprimer les poils du visage et du corps. Quand elles sont employées pour la mutilation génitale, elles sont souvent déjà émoussées, car fréquemment utilisées et rarement remplacées. Souvent, aussi, on mutile plusieurs filles d'affilée avec la même lame.

L'utilisation de lames de rasoir (même émoussées) pour des mutilations doit être qualifiée d'utilisation d'objet dangereux au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP.

### **c. Ciseaux**

Les ciseaux sont des instruments qui servent à découper toutes sortes de matières. On les utilise entre autres pour les soins du corps et en médecine (pour couper cheveux, ongles, peau, tissus, fibres musculaires).

Comme on le voit à cette description de leurs diverses fonctions, les ciseaux utilisés comme instrument pour effectuer une mutilation génitale doivent être considérés comme des objets dangereux selon l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP.<sup>62</sup> Cela vaut même pour des ciseaux d'enfant, dont les lames sont généralement plus petites, peu aiguisées et dont les bouts sont arrondis pour que les enfants ne se blessent pas en les utilisant. Même un ciseau d'enfant, s'il est utilisé sur les parties génitales humaines, est parfaitement apte à causer des lésions corporelles graves. La même chose s'applique mutatis mutandis à d'autres instruments tranchants tels ceux en forme de hache.

### **d. Objets utilisés pour trancher sans y être destinés à l'origine (morceaux de verre, pierres tranchantes, couvercles de boîtes de conserve, etc.)**

Contrairement aux instruments tranchants décrits ci-dessus, la fonction première de ces objets-ci n'est pas de couper. Ils peuvent cependant aussi être utilisés à cet effet. Ils recèlent un danger supplémentaire de lésions graves involontaires parce que leur forme ne les rend pas aptes à couper avec la même précision que, par exemple, un couteau bien aiguisé. En outre, une mutilation avec un objet relativement émoussé et/ou difficile à manier durera plus longtemps, et la souffrance de la fille sera prolongée. Enfin, il existe avec ces instruments plutôt improvisés un danger d'infection encore plus élevé qu'avec d'autres instruments tranchants.

Les morceaux de verre<sup>63</sup>, les tessons de bouteilles<sup>64</sup>, les pierres tranchantes<sup>65</sup>, les couvercles de boîtes de conserve et autres morceaux de tôle de fer aiguisée, ainsi que les coquillages tranchants, doivent donc être qualifiés d'objets dangereux selon l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP.

### **e. Ongles**

Dans la littérature, il est parfois question de mutilations génitales (incisions de type IV) pratiquées avec les ongles.<sup>66</sup> Selon la doctrine et la jurisprudence, les parties du corps, par exemple le poing ou la tête, ne sont pas des objets dangereux.<sup>67</sup> Cela signifie que même des ongles spécialement «préparés» à cet effet, c'est-à-dire limés et pointus, ne constituent pas des objets dangereux au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP. Les ongles naturels ne tombent donc pas sous le coup de cette disposition.

Il pourrait en aller différemment des ongles artificiels. De «faux ongles» en matière synthétique peuvent être collés au moyen d'un gel sur les ongles naturels et servir de couteaux et d'instruments tranchants; on pourrait donc les qualifier d'objets dangereux au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP. Néanmoins, la probabilité que de tels ongles soient utilisés de cette manière est extrêmement faible.

## **4. Conclusion**

Pratiquement toute utilisation d'un instrument dans le but de couper, de piquer, de percer, d'inciser, de cureter, etc. un endroit du corps féminin fortement irrigué par des vaisseaux sanguins (comme le sont les parties génitales) peut très bien constituer une utilisation **dangereuse**, c'est-à-dire comporter un risque de lésion corporelle grave. Cela est d'autant plus vrai si, comme c'est généralement le cas, les mutilations sont effectuées dans un environnement peu hygiénique, par des personnes (âgées) n'ayant pas de compétences en médecine. L'environnement extérieur de l'intervention à lui seul comporte un risque d'atteinte grave à la santé au sens de l'art. 122 CP. Pour autant qu'il ne soit question ni de poison ni d'armes (c'est sans doute rarement le cas dans ces types d'intervention), pratiquement **tous** les objets pouvant servir à couper que l'on utilise pour une incision ou pour des pratiques de mutilation génitale de type IV apparaissent comme des objets dangereux, ce qui nous amène à une qualification du délit selon l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP.

La mutilation génitale féminine est  
une atteinte au droit fondamental  
de chaque petite fille à son intégrité  
physique. Ce droit doit être  
absolument protégé.

Ann M. Veneman, directrice générale de l'UNICEF

## D. Qualification étant donné la victime (art. 123, ch. 2, al. 3 CP)

Le second motif de qualification de lésions corporelles simples que cite la loi réside dans les caractéristiques de la victime. Ainsi, il y a lésions corporelles simples qualifiées si l'acte est commis sur une personne hors d'état de se défendre ou sur une personne qui est sous la garde de l'auteur de l'infraction, notamment un enfant.

### 1. Personnes sans défense

Sont sans défense les personnes qui ne peuvent pas ou plus se défendre pour des motifs physiques ou psychiques.<sup>68</sup> Les personnes sans défense ont particulièrement besoin de protection, c'est pourquoi il paraît particulièrement répréhensible de leur infliger des lésions corporelles, et ce délit est puni d'office. Les personnes sans défense peuvent être inférieures sur le plan physique (enfants<sup>69</sup>, personnes âgées ou fragiles, ou encore, dans certaines situations, les femmes)<sup>70</sup>, mais peuvent également être hors d'état de se défendre pour d'autres raisons (blessés, personnes attachées, malades mentaux, personnes endormies), même si ce n'est que passager, comme pour les personnes ivres ou sous l'effet de stupéfiants.<sup>71</sup> Par contre, le fait d'être âgé, à lui seul, ne signifie pas qu'une personne est sans défense.<sup>72</sup>

### 2. Devoir de prévoyance

Si l'auteur du délit avait la victime sous sa garde ou avait le devoir de veiller sur elle, il a vis-à-vis d'elle une obligation légale ou contractuelle de prévoyance. Ces caractéristiques se définissent pour l'essentiel comme dans l'art. 127 CP (exposition).<sup>73</sup>

Le devoir de **prévoyance** (allemand «Fürsorgepflicht») est un devoir légal ou contractuel qui incombe par exemple aux parents, aux parents nourriciers, aux tuteurs, aux infirmières ou aux jeunes filles au pair.<sup>74</sup> Quant aux **circonstances de la garde**, il peut aussi s'agir de situations de facto, dans lesquelles une personne qui n'a pas forcément fonction pour cela se trouve dans les faits dans l'obligation de veiller sur une autre, même si ce n'est que temporaire.<sup>75</sup>

### 3. Les enfants en particulier

Pour souligner le besoin de protection particulier qu'ont les enfants, la loi les mentionne expressément. Cela concerne les enfants jusqu'à leur majorité.<sup>76</sup> L'enfant n'a pas besoin d'être de surcroît sans défense.<sup>77</sup> La loi laisse entendre que les enfants peuvent être protégés tout autant en leur qualité de personnes sans défense (si c'est le cas) qu'en qualité de personnes sur lesquelles on doit veiller. Cela signifie qu'indépendamment du fait que l'enfant soit ou non sans défense vis-à-vis de l'auteur du délit, il suffit qu'il soit sous sa garde ou sous sa surveillance – même provisoirement. La qualification du délit vient du fait que l'auteur viole un devoir particulier qui lui incombe vis-à-vis de la victime.<sup>78</sup>

Il est significatif que l'art. 123, ch. 2 qualifie comme pouvant être poursuivi d'office un délit pouvant concerner des enfants, car souvent, la situation de fait ou le manque d'assistance font que les enfants ne sont pas en mesure de déposer une plainte pénale.<sup>79</sup> Toute lésion corporelle simple commise sur un enfant est donc un délit puni d'office au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 3 CP.

L'âge des filles et des femmes sur lesquelles une mutilation génitale est pratiquée varie d'un lieu à l'autre. Le plus souvent, toutefois, les victimes ont entre quatre et sept ans. Mais il y a aussi des régions dans lesquelles la mutilation est déjà effectuée sur des nourrissons, et d'autres dans lesquelles elle n'est pratiquée qu'à la puberté (rite d'initiation) ou peu avant le mariage. On observe actuellement une tendance à effectuer l'intervention plus tôt, c'est-à-dire sur des nourrissons.<sup>80</sup>

### 4. Conclusion

Etant donné que les différentes pratiques de mutilation constituent sans nul doute au moins des lésions corporelles simples (c'est-à-dire davantage que des voies de fait ou que des atteintes non punissables à l'intégrité corporelle), et que, d'un autre côté, elles touchent des mineures dans la grande majorité des cas, cela signifie qu'à l'exception de certains cas rares et particuliers, ces pratiques remplissent généralement en outre, à tout le moins, les conditions objectives du délit de lésions corporelles simples qualifiées.

## IV. Caractéristiques subjectives du délit

Un comportement n'est punissable que quand les caractéristiques non seulement objectives, mais aussi subjectives du délit sont remplies. En ce qui concerne les lésions corporelles simples selon l'art. 123 CP, il faut que l'auteur agisse intentionnellement.<sup>81</sup> Selon l'art. 18, al. 2 CP, pour qu'il y ait intention de délit, il faut que l'auteur agisse «avec conscience et volonté». On attribue en général le même degré de culpabilité qu'à l'intention ce qu'on appelle le dol éventuel. Agit par dol éventuel celui qui tient pour possible la réalisation ou la réussite du délit, mais agit tout de même parce qu'il s'accommode de l'idée de cette réussite éventuelle, même s'il ne la désire pas à proprement parler.<sup>82</sup> Pour prouver cette intention, le juge s'appuie sur des indices extérieurs. «Plus la probabilité de la réalisation du délit est grande, plus la violation du devoir de diligence est grave et plus on est en droit de conclure que l'auteur s'est accommodé de l'idée de la réalisation du délit.»<sup>83</sup>

L'art. 123 CP suppose donc que l'auteur a commis consciemment et volontairement une atteinte à l'intégrité physique ou à la santé de sa victime ou qu'il s'est accommodé de l'idée qu'une telle atteinte pouvait survenir.<sup>84</sup> L'art. 123 CP ne s'applique cependant pas si l'auteur avait pour but une atteinte grave, tombant sous le coup de l'art. 122 CP, et n'a réalisé qu'une lésion simple<sup>85</sup>: dans un tel cas, il doit être condamné pour délit manqué (art. 22 CP) en ce qui concerne le délit de l'art. 122 CP.

Il est généralement difficile de savoir ce que voulait l'auteur, car souvent il ne se représentait pas avec précision les conséquences de son acte. C'est pourquoi on se base fréquemment sur la manière de procéder de l'auteur du délit pour conclure qu'il a agi intentionnellement ou par dol éventuel.<sup>86</sup> Cela ne suppose pas que l'auteur avait connaissance des classifications juridiques ou pénales; il suffit qu'il ait discerné, par une sorte «de classification parallèle de non-juriste»<sup>87</sup>, le fait qu'il remplissait les conditions d'un délit, donc, en ce qui concerne l'art. 123 CP, qu'il ne portait pas seulement une atteinte très secondaire à l'intégrité corporelle d'un autre être humain.

L'intention ou le dol éventuel doivent également se rapporter aux caractéristiques de la qualification (arme, poison, objet dangereux, état de ne pas pouvoir se défendre) au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP.<sup>88</sup>

Celui qui pratique une incision ou une mutilation de type IV a l'intention de causer à l'enfant une lésion corporelle (par la coupure, la brûlure, la corrosion, etc.). Comme il le sait bien, il s'agit d'une atteinte extérieure portée au corps, et cette atteinte n'est pas parfaitement inoffensive: cela ne ressort pas seulement des modifications directement apportées au corps, mais aussi des réactions de douleur de l'enfant et de ses éventuels saignements.

Les mutilations génitales servent à préserver des traditions ou à observer des commandements (pseudo-)religieux, elles ont des motifs esthétiques ou pseudo-médicaux; elles sont en outre censées réfréner la sexualité féminine et assurer la fidélité sexuelle.<sup>89</sup> Le fait que la mutilation génitale est considérée comme utile à l'enfant ou tout au moins comme non nocive ne change rien à sa punissabilité, car les éléments du délit sont réunis indépendamment des motifs de l'auteur. Même une intervention médicale effectuée par un médecin dans les règles de l'art et dans le but de guérir remplit les conditions des lésions corporelles au sens de l'art. 122 sv. CP et ne peut être justifiée que si le patient y a préalablement donné son accord.<sup>90</sup>

Dans la majorité des cas, les filles incisées ou mutilées ont entre quatre et sept ans.<sup>91</sup> On voit donc bien qu'il s'agit d'enfants. Si ces enfants sont soumis à une incision ou à une mutilation de type IV, la personne qui pratique l'opération sait qu'il s'agit d'une enfant, donc d'une victime sans défense au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 3, et agit donc de manière intentionnelle au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 3.

Si l'intention de l'auteur porte exclusivement sur une lésion corporelle simple au sens de l'art. 123, ch. 1 CP, mais que, par négligence (c'est-à-dire par une imprévoyance coupable au sens de l'art. 18, al. 3 CP), il provoque une lésion corporelle grave ou même la mort de la victime, l'art. 123 CP se cumule avec l'art. 125 al. 2 (lésions corporelles graves par négligence) ou avec l'art. 117 CP (homicide par négligence).<sup>92</sup> Selon l'art. 68 CP, le concours réel d'infractions donne lieu à un cumul de peines dans une certaine mesure: le tribunal détermine d'abord la peine applicable au délit le plus grave, puis augmente sa durée dans certaines proportions.<sup>93</sup> Dans les deux cas, il s'agit d'un délit poursuivi d'office.

# V. Coactivité

## A. Généralités

Le Code pénal ne contient pas de définition de la coactivité ou participation principale. Selon la conception du Tribunal fédéral, est coauteur d'un délit «celui qui coopère intentionnellement et de manière déterminante avec d'autres auteurs au stade soit de la décision délictueuse initiale, soit de la planification, soit de la réalisation du délit; il faut que sa participation, au vu du cas concret et du plan établi, soit essentielle à l'accomplissement du délit au point que sa réussite ou son échec en dépende».<sup>94</sup> Il s'agit donc d'une coordination et d'une conjonction d'influences de mêmes niveaux dans la consommation d'un délit pénal.<sup>95</sup> La coactivité ne nécessite pas une participation directe à l'accomplissement du délit ni la maîtrise de cet accomplissement. Une participation déterminante, souveraine (constitutive de maîtrise), à la décision, à la planification ou à la coordination peut suffire.<sup>96</sup> Le coauteur qui se contente de participer de manière déterminante à la décision et à la planification doit cependant continuer d'exercer une influence porteuse par sa relation avec l'auteur exécutant; une participation exclusivement limitée à la planification n'est pas constitutive d'une coactivité.<sup>97</sup> La coactivité suppose une résolution d'agir commune (latin «animus auctoris»)<sup>98</sup> Par contre, le plan d'action ne doit pas forcément être élaboré dès le début jusque dans le moindre détail.<sup>99</sup> Il est à noter que la coactivité porte en elle un certain potentiel d'extension des limites de l'art. 1 CP.<sup>100</sup> Il ne faut pas conclure à la légère à un délit de coactivité; il faut qu'il apparaisse clairement en définitive que l'auteur a «commis» le délit et que son comportement en a été une condition primordiale. Les coauteurs sont punis au même titre que les auteurs (uniques).<sup>101</sup>

## B. Dans le cas de la mutilation génitale

### 1. Participation à la planification et à l'organisation

Dans les cas où ce sont les parents qui prévoient ou coordonnent une mutilation génitale pour leur fille encore incapable de discernement, on décidera au cas par cas si les conditions d'une coactivité sont remplies.<sup>102</sup> Un indice de coactivité peut être l'intérêt personnel d'une personne à l'acte en question.<sup>103</sup> Cette condition est sans doute remplie dans tous les cas où des parents planifient une mutilation génitale pour leur fille. En outre, le fait que la prestation de planification et d'organisation des parents favorise de manière déterminante l'accomplissement de l'acte plaide également en faveur d'une coactivité. Par contre, comme l'intervention suit généralement des règles et des rituels spécifiques, considérés comme impossibles à déléguer, les parents n'ont souvent aucune influence directe sur son déroulement, et ce fait parle contre la présence d'une coactivité. Dans la mesure où une incision doit être pratiquée, pour des raisons rituelles, par une personne bien précise et selon des règles spécifiques, les parents n'ont pas de maîtrise sur l'acte. Tout au plus peuvent-ils décider si l'acte sera accompli ou non, sans avoir d'influence sur les modalités. Comme, d'un point de vue médical, les mutilations sont exécutées d'une manière si peu professionnelle que les parents eux-mêmes pourraient la pratiquer à leur domicile, il ne faut pas juger que les parents jouent un rôle de participation principale. «L'animus auctoris» fait défaut, car les parents, justement, ne souhaitent pas la mutilation comme une réalisation personnelle, mais comme un acte réservé aux exécutants spécifiés, et ils ne seraient pas prêts à assumer n'importe quel rôle dans cette réalisation.

### 2. Participation à l'exécution de l'acte

La coactivité, par contre, entre davantage en ligne de compte si la personne participe directement à la mutilation génitale. Ce sera par exemple le cas si la mère est présente pendant la mutilation et maintient sa fille immobile pendant l'intervention.<sup>104</sup> On peut de toute façon conclure à une coactivité dans les cas où la mutilation ne pourrait pas avoir lieu sans cette participation et où la mère en est consciente.<sup>105</sup> Une participation active de ce type ne paraît cependant pas absolument nécessaire. La simple présence lors de l'intervention a beaucoup d'importance parce que la victime se trouve dans un rapport de dépendance à l'égard des parents et de soumission à leur autorité, ce qui va généralement l'inciter fortement à accepter l'intervention. Dans ces cas, même sans aide concrète, la présence peut être constitutive d'une coactivité.

### **3. Cas particulier: excès de l'auteur principal par rapport au coauteur**

On peut imaginer que l'un des auteurs commet un délit plus grave que ce qui avait été expressément ou implicitement prévu ou convenu entre les auteurs.<sup>106</sup> C'est ce qui peut arriver, par exemple, si les parents organisent pour leur fille une incision ou une mutilation de type IV, et que l'exciseuse, de son propre chef, choisit une forme plus grave ou cause des lésions plus graves à la victime (ce qui est souvent le cas, comme cela a été dit plus haut). En termes de droit pénal, les parents, par exemple, veulent une lésion corporelle simple selon l'art. 123 CP, mais c'est une lésion corporelle grave selon art. 122 CP qui survient. Cet «excès» de l'auteur principal, ici de l'exciseuse, ne peut être imputé aux coauteurs, ici les parents, que si on peut prouver que ceux-ci ont provoqué ce résultat intentionnellement ou par dol éventuel.<sup>107</sup> On peut imaginer une situation où les parents présents auraient connaissance de la qualification insuffisante de l'exciseuse, de l'inadéquation de ses procédés ou du fait qu'elle emploie des instruments impropres et dangereux, et où ils poursuivraient néanmoins leur démarche. Cela suppose donc aussi que l'exciseuse elle-même provoque la lésion grave par dol éventuel. Par contre, on ne peut pas conclure à un dol éventuel de la part des parents si l'exciseuse, sans en informer les parents, s'écarte de son propre chef (par intention directe) de ce qui avait été convenu et provoque des lésions corporelles graves chez l'enfant.

# VI. Instigation

## A. Généralités

On appelle instigateur une personne qui décide intentionnellement quelqu'un d'autre à commettre un crime, un délit ou une infraction. L'instigateur déclenche dans l'esprit de l'auteur du délit la résolution de commettre le délit.<sup>108</sup> L'art. 24, al. 1 CP, réprime les instigateurs de la même manière **que** les auteurs (principaux).

Si les parents chargent une tierce personne de pratiquer une incision ou une forme de mutilation de type IV et si cette tierce personne ne s'acquitte pas de cette tâche, il y a tentative d'instigation. Selon l'art. 24, al. 2 CP, la tentative d'instigation n'est toutefois punissable que pour les crimes. Alors que les lésions corporelles graves selon l'art. 122 CP constituent un crime, les lésions corporelles simples selon art. 123 CP sont classées parmi les délits. La tentative d'instiguer à enfreindre l'art. 122 est donc punissable, et non la tentative d'instigation aux lésions corporelles simples visées à l'art. 123 (ch. 1 et 2) CP.

## B. Dans le cas de la mutilation génitale

Les parents qui chargent une tierce personne de pratiquer sur leur fille une incision ou une variante de mutilation de type IV peuvent encourir une condamnation pour infraction à l'art. 123 ou 123, ch. 2, al. 2 CP. L'instigation est consommée si le tiers mandaté par les parents effectue réellement l'incision ou l'autre variante de mutilation.

L'instigation suppose une intention qui peut être limitée au dol éventuel.<sup>109</sup> Les parents amènent leur enfant chez une exciseuse pour que celle-ci accomplisse sur elle un rituel. Dans certaines circonstances, les parents ne connaissent pas l'étendue et les détails de l'opération. Cela est tout à fait possible étant donné la multiplicité des pratiques existantes. Si les parents désirent expressément une incision ou une variante de type IV, on peut dire qu'ils agissent au moins intentionnellement au sens de l'art. 123, ch. 1 CP, car ils causent consciemment et volontairement une lésion corporelle à leur enfant.

Reste à se demander si les parents sont au courant de la procédure exacte, notamment des instruments ou des substances qui seront utilisés pour la mutilation. Celui qui confie à autrui d'une manière un peu trop floue l'ablation d'une partie du corps ou de tissus d'une autre personne doit pouvoir s'attendre à ce qu'on lui reproche de s'être accommodé de l'éventualité d'une lésion corporelle grave au sens de l'art. 122 CP. Quoi qu'il en soit, cela n'affecte pas la punissabilité de l'instigation en soi, car l'acte auquel conduit l'instigation n'a pas besoin d'être déterminé dans tous ses détails, mais uniquement en ce qui concerne les circonstances constitutives du délit.<sup>110</sup>

C'est par une analyse au cas par cas que l'on peut déterminer si les parents agissent intentionnellement ou par dol éventuel en ce qui concerne l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP. Si les parents, volontairement et consciemment, ont utilisé ou se sont accommodés de l'idée d'utiliser des armes, des objets dangereux ou du poison au cours du déroulement de la mutilation, les éléments constitutifs du délit de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP sont réunis.

Quant aux éléments subjectifs du délit de l'art. 123, ch. 2, al. 3, ils sont remplis de toute façon quand des parents ou d'autres personnes responsables de l'éducation de la fille la soumettent à une mutilation génitale.

## C. Cas particulier: excès de l'auteur par rapport à l'instigateur

L'auteur dépasse la volonté de l'instigateur quand il commet un délit plus grave que celui que voulait commettre l'instigateur. Cet excès ne peut être imputé à l'instigateur que s'il peut être prouvé qu'il avait une intention d'instigation correspondante.<sup>111</sup> Sinon, c'est l'art. 19, al. 1 CP qui s'applique: cet article prévoit qu'un auteur qui agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits sera jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable.<sup>112</sup> Si la personne qui agit à l'instigation d'une autre provoque des lésions corporelles graves, l'instigateur qui prévoyait des lésions corporelles simples est donc uniquement punissable en tant qu'instigateur du délit de l'art. 123 CP. Toutefois, cette règle ne s'applique pas si l'instigateur, par dol éventuel, a pris en compte l'éventualité d'une lésion corporelle grave (art. 122 CP). On est par exemple en présence d'une instigation par dol éventuel du délit de lésions corporelles graves quand l'instigateur donne des instructions équivoques ou peu claires. Celui qui se contente de «commander» de manière très vague une mutilation correspondant à la coutume locale doit envisager l'éventualité qu'il en résulte des lésions corporelles graves. La même chose s'applique quand l'instigateur sait qu'un projet de mutilation entraînant en principe des lésions corporelles simples va se dérouler dans des circonstances qui rendent impossible une exécution précise et hygiénique de l'opération (personnel non qualifié, instruments inappropriés et dangereux) et laisse donc entrevoir la probabilité d'une lésion corporelle grave.

Si des lésions corporelles graves résultent d'une mutilation génitale sans que l'instigateur l'ait souhaité ni prévu, il devra souvent être considéré comme instigateur par dol éventuel du délit de l'art. 122 CP. Sa responsabilité ne pourra éventuellement être limitée à l'instigation du délit de l'art. 123 CP que si la personne qui agit à son instigation (l'exciseuse) agit de son propre chef et sans que l'instigateur (par exemple les parents) le sache.

# VII. Complicité

## A. Généralités

Selon l'art. 25 CP, la complicité consiste à prêter intentionnellement son assistance à un crime ou à un délit. Le complice veut apporter son aide à la réalisation du délit principal et s'accommode à tout le moins de l'idée que son acte va favoriser la réalisation de l'infraction pénale.<sup>113</sup> Au contraire de la coactivité, le type d'aide apportée ne doit pas forcément être une condition sine qua non de l'infraction. Le simple fait de favoriser l'infraction suffit.<sup>114</sup>

Outre la complicité physique (aide apportée sous forme concrète), la complicité psychique et intellectuelle est également punissable. On parle de complicité psychique quand le complice conforte «moralement» (psychologiquement) l'auteur du délit dans sa résolution.<sup>115</sup> Il y a complicité intellectuelle (une variante de la complicité psychique) quand le complice incite l'auteur à commettre le délit (par exemple en lui communiquant des détails techniques) sans déclencher la décision d'agir proprement dite.<sup>116</sup>

On peut concevoir qu'une personne soit à la fois le complice et l'instigateur d'un délit, mais ne puisse être considérée comme coauteur parce qu'elle n'a pas la maîtrise de ce délit. L'opinion qui prévaut est que la complicité n'entre pas en concours réel avec l'instigation, mais s'éteint là où commence l'instigation. Cela doit permettre d'éviter que l'instigateur complice ne soit puni plus sévèrement que l'auteur.<sup>117</sup>

La complicité suppose toujours que le complice connaisse dans les grandes lignes l'acte qu'il va favoriser. Il n'a cependant pas besoin d'en connaître tous les détails (l'identité de tous les participants et de la victime).<sup>118</sup> Les comportements précités visant à conforter dans son intention et à instruire l'auteur du délit (initiation à des rituels et à des techniques de mutilation) ne sont donc pas punissables au titre de complicité s'ils sont adoptés en perspective d'une multiplicité indéfinie de mutilations.

La complicité d'infraction à l'art. 122 sv. CP est punissable. Cependant, si l'auteur principal ne consomme pas le délit, le complice reste lui aussi impuni, car la tentative de complicité n'est pas punissable (art. 24, al. 2 CP e contrario). Et selon l'art. 25 CP, le juge est libre d'atténuer la peine du/des complice(s) par rapport à celle de l'auteur principal.

## B. Dans le cas de la mutilation génitale

Toutes les personnes qui favorisent intentionnellement une mutilation génitale par un comportement de subordonné peuvent être considérées comme des complices (physiques). Les contributions les plus typiques consistent à servir d'intermédiaire avec l'exciseuse, à procurer des locaux, des instruments ou des médicaments. Est également complice celui qui apporte son aide pendant l'intervention, à titre de subordonné. En ce qui concerne les parents, le fait d'amener l'enfant à l'exciseuse peut être considéré comme un acte de complicité.

Une complicité psychique peut consister à conforter psychologiquement l'exciseuse (par exemple dans le cadre d'un acte relevant d'une forme de culte) sans participer concrètement à l'opération. Quant aux cas les plus typiques de complicité intellectuelle, ce sont ceux où le complice fournit des directives techniques sur les détails et les modalités de l'intervention.

## C. Cas particulier: excès de l'auteur par rapport au complice

Dans les faits, si l'auteur du délit dépasse les attentes du complice, les conditions sont les mêmes que quand il dépasse celles de l'instigateur: si l'auteur commet un délit plus grave que ce que le complice s'était imaginé ou ce dont il s'était accommodé, le complice ne répond que du délit qu'il s'était représenté.<sup>119</sup> Si l'auteur, de son propre chef, commet le crime de lésions corporelles graves (art. 122 CP) alors que son complice pensait lui apporter son aide uniquement pour des lésions corporelles simples (art. 123 CP), le complice ne répondra que de complicité d'infraction à l'art. 123 CP. Cependant, s'il s'est accommodé de l'idée que le délit plus grave pouvait être réalisé, il peut être considéré comme complice par dol éventuel.

## D. Conclusion

Dans la plupart des cas, l'instigation par les parents est réalisée. Ce sont eux, en effet, qui veulent une mutilation génitale (ici l'incision ou la mutilation de type IV) et qui confient cette tâche à quelqu'un.

Il convient d'examiner dans chaque cas particulier si les parents doivent être qualifiés de coauteurs; en outre, toute contribution accessoire (subordonnée) de nature à favoriser l'incision ou la mutilation de type IV rend les parents coupables de complicité.<sup>120</sup>

## VIII. Aspects internationaux

En principe, les explications ci-dessus ne sont valables que dans la mesure où le droit suisse est applicable. C'est le cas sans nul doute possible quand l'acte est commis en Suisse (art. 3 CP). Il semble toutefois que ce soit assez rarement le cas et que les mutilations génitales soient le plus souvent pratiquées à l'étranger. Le droit pénal suisse est néanmoins applicable dans certaines circonstances, à savoir quand la victime (art. 5 CP) ou les auteurs (art. 6 CP) sont des ressortissants suisses. Par conséquent, si l'enfant concerné (art. 5 CP) ou ses parents (art. 6 CP) ont la nationalité suisse, le droit suisse est en principe applicable aux faits. Une condition supplémentaire s'y ajoute toutefois, celle de la double incrimination: le délit en question doit être punissable également dans le pays où il a été commis.<sup>121</sup>

Pour déterminer si cette condition est remplie, il faut d'abord savoir s'il existe dans le pays concerné une norme pénale correspondant à celle du droit suisse. Il ne nous paraît pas déterminant à ce sujet que la mutilation génitale, ou ne serait-ce que certaines de ses formes<sup>122</sup>, soient expressément déclarées punissables.<sup>123</sup> Comme ces mutilations constituent de toute façon des lésions corporelles, soit simples, soit graves<sup>124</sup>, seule reste déterminante la comparaison entre tous les éléments de punissabilité de ces délits (éléments objectifs/subjectifs, illégalité, champ de validité territorial, majorité pénale, motifs d'exclusion de la faute)<sup>125</sup>, c'est-à-dire la question de savoir si les **lésions corporelles** en question sont également punissables sur le lieu du crime ou du délit. Il faut donc uniquement se demander quelles sont les conditions officielles, c'est-à-dire si le pays en question, au vu de sa réalité juridique, **pourrait** réprimer la mutilation génitale, et non pas si ces réglementations sont effectivement appliquées ou s'il est question dans la loi d'une forme spécifique de lésions corporelles. Il est à supposer que partout où l'on n'est pas confronté à des motifs explicites de justification, c'est-à-dire dans la plupart des pays, les mutilations génitales devraient être considérées comme punissables.<sup>126</sup>

### A. Complicité

Etant donné ce qui précède, il convient aussi de se demander si les parents peuvent être punis en tant que coauteurs ou participants. S'ils doivent être considérés comme des coauteurs, la puissance publique suisse en matière pénale devrait s'imposer quoi qu'il en soit, car selon la doctrine dominante, la coactivité entraîne un rattachement à tous les lieux où les différents coauteurs ont agi.<sup>127</sup> Au contraire de Trechsel/ Schlauri<sup>128</sup>, nous ne voyons pas ici d'incertitudes. Les deux arrêts qu'ils citent<sup>129</sup> ne débouchent pas sur d'autres conclusions. Il s'agit, dans leur dénomination exacte, des ATF 91 IV 218, 221<sup>130</sup> et 82 IV 121, 127<sup>131</sup>; l'ATF 91 IV 218, 221 considère uniquement qu'une coactivité intellectuelle ne peut pas impliquer un rattachement à un lieu où de simples directives ont été données ou des lettres écrites parce que ce ne sont pas là des actes de réalisation. Dans le cas de la mutilation génitale, le rôle des personnes concernées, que ce soient les parents ou d'autres personnes ayant une fonction d'éducation, ne se borne généralement pas à donner des directives. Si des particuliers doivent être considérés comme des coauteurs ayant exercé davantage qu'une influence intellectuelle et s'ils ont agi sur territoire suisse, cela fonde un rattachement au droit pénal suisse pour **tous** les coauteurs.

### B. Participation (instigation/complicité)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'en va pas de même pour un acte accompli en Suisse, mais constituant une participation à un délit commis à l'étranger (instigation, complicité). L'acte de participation est accessoire au délit principal commis à l'étranger; il doit être évalué selon le droit qui est également applicable au délit principal<sup>132</sup>, c'est-à-dire, justement, le droit étranger. Il n'est pas certain que le Tribunal fédéral va s'en tenir à cette jurisprudence, car une partie de la doctrine demande que l'on tienne également compte du lieu de l'acte de participation.<sup>133</sup> Toutefois, si la pratique actuelle demeure, les actes de participation qui ont été accomplis en Suisse ne seront punissables que dans la mesure où la mutilation génitale proprement dite est également punissable dans le pays où elle a été effectuée. Comme déjà dit, ce devrait toutefois être généralement le cas.

## IX. Consentement

Le consentement de la victime au délit est un motif de justification qui n'est certes pas écrit, mais qui est reconnu généralement et en droit civil (art. 28, al. 2 CC). Le consentement de la personne protégée par la loi exclut la punissabilité de l'acte.<sup>134</sup> Comme les mutilations génitales sont généralement pratiquées sur des mineures, il faut distinguer entre deux constellations: le consentement de la victime elle-même ou le consentement de ses parents.

### A. Généralités

Selon la doctrine dominante, pour qu'un consentement à des lésions corporelles ait un effet justificatif, il faut qu'une distinction soit opérée entre lésions corporelles graves et lésions corporelles simples. A la différence des lésions corporelles graves<sup>135</sup>, le consentement à des lésions corporelles simples (art. 123 CP) est généralement considéré comme portant effet sans que le but poursuivi au travers des lésions corporelles soit pris en considération.<sup>136</sup> Ce consentement ne doit toutefois pas être entaché d'un manque de volonté: le sérieux, la libre délibération et la vigilance à l'égard des erreurs doivent être garantis.<sup>137</sup> La transgression d'autres normes générales, par exemple un outrage aux bonnes mœurs<sup>138</sup>, rend ce consentement invalide.<sup>139</sup>

### B. Consentement de l'enfant

Le législateur suisse part de l'idée que les enfants de moins de 16 ans ne sont pas encore suffisamment développés sur le plan sexuel pour pouvoir prendre une décision valable en toute indépendance à ce sujet.<sup>140</sup> Selon l'art. 187 CP, le consentement de l'enfant à un acte sexuel n'empêche pas la punissabilité de cet acte. L'unique exception à cette règle est l'art. 187, ch. 2 CP, qui règle le cas où la différence d'âge entre les deux partenaires sexuels ne dépasse pas trois ans.

Selon la partie générale révisée du Code pénal, qui entrera en vigueur en 2007, l'art. 187 deviendra même un principe d'universalité pour tous les enfants de moins de 14 ans (art. 5, al. 1, lit. b nCP), c'est-à-dire que la punissabilité en droit suisse sera de toute façon acquise pour les actes commis à l'étranger, que l'auteur ou la victime aient ou non la nationalité suisse. Cela signifie que si la victime d'un acte d'ordre sexuel a moins de 14 ans, la Suisse déclare cet acte punissable sans réserve et sans prendre en considération la culture ou la situation juridique du pays dans lequel cet acte a lieu. De ce fait, la Suisse rejette nécessairement aussi la possibilité d'un consentement portant effet pour de tels actes.

Dans la mesure où les enfants de moins de 14 ans ne pourront dorénavant plus donner valablement leur consentement à des actes d'ordre sexuel, et cela indépendamment du fait que cela soit punissable, autorisé, voire même érigé en dogme culturel dans le pays où l'acte est effectué, il paraît tout à fait exclu qu'ils puissent donner un consentement valable à une mutilation génitale. Car il serait très incohérent qu'un enfant ne puisse pas valablement consentir à un acte sexuel – provisoire –, mais puisse néanmoins consentir à une modification – permanente – de ses organes génitaux.

Puisque la Suisse statue indépendamment de toute autre réglementation territoriale en ce qui concerne la punissabilité des actes sexuels commis sur des enfants de moins de 14 ans, il apparaît clairement qu'ils ne sont pas encore considérés comme assez mûrs pour prendre des décisions à ce sujet. Il apparaît aussi clairement que ces enfants ne peuvent en aucun cas consentir valablement à une mutilation génitale.

Pour les actes sexuels qui sont soumis au droit pénal suisse indépendamment de l'art. 5 nCP (actes commis en Suisse, l'auteur ou la victime sont suisses), l'art. 187 CP est valable sans restriction, c'est-à-dire qu'en principe, les enfants sont protégés jusqu'à l'âge de 16 ans révolus et ne peuvent pas donner de consentement valable en la matière.

La différence entre l'art. 187 CP et l'art. 5, al. 1, lit. b nCP montre bien que des différences culturelles concernant l'âge auquel les enfants ont besoin d'être protégés peuvent très bien avoir leur importance aux yeux des législateurs suisses.<sup>141</sup> De telles différences existent également dans nos pays voisins: l'âge auquel s'éteint la protection est de 14 ans en Allemagne, en Autriche ou en Italie; en France, il est de 15 ans.

Or, puisqu'il apparaît clairement que l'interdiction universelle de commettre des actes d'ordre sexuel avec des enfants de moins de 14 ans implique que ces enfants ne peuvent pas donner valablement leur consentement à une mutilation génitale, on peut se demander si le fait de limiter, à l'art. 5, al. 1, lit. b nCP, ce principe d'universalité aux enfants de moins de 14 ans n'impliquerait pas inversement que selon la conception suisse, les enfants pourraient consentir à une mutilation génitale à partir de cet âge. Il faut répondre non à cette question.

La limitation de l'âge à 14 ans dans l'art. 5, al. 1, lit. b nCP concerne des faits pour lesquels ni l'auteur, ni la victime ne sont suisses et où l'acte n'a pas non plus été commis en Suisse. On voit s'exprimer ici une conception et un système de valeurs considérés comme universels. Si, par contre, l'un des facteurs susmentionnés est présent et si, en conséquence, un motif de rattachement au droit suisse existe, ce sont exclusivement les conceptions suisses qui seront déterminantes. Or, selon ces conceptions, non seulement un enfant de moins de 16 ans ne peut pas consentir à un acte d'ordre sexuel, mais il n'a pas le droit de contempler des enregistrements de tels actes (art. 197, ch. 1 CP). Même en ce qui concerne la consommation d'alcool, le législateur ne considère pas les enfants de moins de 16 ans comme entièrement capables de discernement (art. 136 CP). Si l'on refuse à l'enfant de moins de 16 ans la possibilité de donner son consentement dans de tels domaines, il apparaît clairement que cette possibilité doit également lui être refusée s'agissant de modifications durables de ses organes sexuels.

C'est pourquoi le consentement des victimes de moins de 16 ans ne paraît pas avoir de validité juridique.

Même si les victimes ont plus de 16 ans mais n'ont pas encore atteint la majorité, la validité juridique d'un éventuel consentement peut être mise en doute. D'une part, des arguments médicaux entièrement faux sont invoqués pour justifier la mutilation génitale féminine, car dans les cultures où se pratique cette mutilation génitale, la désinformation est grande en ce qui concerne les inconvénients médicaux graves de ces interventions. D'autre part, l'intervention sert à rendre la femme apte au mariage. Un refus entraîne une mise au ban de la société. Dans ces conditions, on peut douter qu'il soit possible à une jeune fille de se former un jugement librement. Ce point ne peut toutefois être éclairci qu'au cas par cas.

## C. Consentement des parents

Dans la plupart des cas, néanmoins, ce ne sont pas les filles concernées elles-mêmes qui donnent leur consentement, mais leurs parents. En droit suisse, les parents ont le droit de prendre une décision à la place de leur enfant dans la mesure où celui-ci n'est pas capable de discernement. L'évaluation de la capacité de discernement se fonde sur l'art. 16 CC, qui suppose qu'est capable de discernement «toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge ou qui n'en a pas été privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables». Pour savoir si ces conditions sont remplies dans une situation donnée, il faut les examiner à la lumière du cas concret.<sup>142</sup> La doctrine estime généralement que les représentants légaux d'un enfant incapable de discernement sont tenus, surtout s'il est question d'intrusions dans un domaine aussi hautement personnel, de veiller sur lui conformément aux art. 301, 304, 367, 404, 405 ss CC. Les parents ne doivent pas imposer les valeurs qui ont leur préférence<sup>143</sup>, mais toujours agir dans l'intérêt de l'enfant.<sup>144</sup>

Comme déjà dit, selon la conception juridique suisse, les enfants de moins de 16 ans<sup>145</sup> ne sont pas encore capables de prendre des décisions valables en droit concernant leur propre sexualité. On peut cependant se demander si une telle décision peut être prise par les parents. Comme le montrent on ne peut plus clairement les art. 197, ch. 1 et 187 CP, ce n'est pas le cas. Ces deux normes ne connaissent aucune possibilité de limitation, de sorte que, par exemple, le fait de rendre accessibles à des enfants de moins de 16 ans des écrits ou des enregistrements pornographiques est punissable indépendamment de tout consentement que les enfants ou leurs représentants légaux ont pu donner à cet effet. La protection de la jeunesse est stricte sur ce point.

Il nous paraît donc exclu que des parents puissent donner valablement à leurs enfants incapables de discernement leur consentement dans ce domaine hautement personnel. Un consentement parental à une mutilation de type I ou IV n'est donc pas non plus possible et ne peut pas constituer un motif d'exclusion de peine.

L'information est la méthode la plus efficace pour mettre fin à la tradition de l'excision.

Elsbeth Müller, secrétaire générale d'UNICEF Suisse

## X. Violation du devoir d'assistance et de surveillance

Il reste à rappeler que les parents qui consentent à une mutilation génitale violent également leur devoir d'assistance et de surveillance (art. 219 CP).

L'art. 219 CP protège tous les mineurs jusqu'à l'âge de 18 ans révolus.<sup>146</sup> Il concerne les personnes assumant une fonction de responsable d'un mineur, ce qui est le cas des parents, des parents adoptifs ou nourriciers, des mères de jour, des enseignants, des tuteurs, etc.<sup>147</sup> Les éléments constitutifs d'une infraction à cet article sont la mise en danger du développement physique ou psychique du mineur<sup>148</sup>; le délit peut être commis soit intentionnellement, soit par négligence.

Il ne devrait pas faire de doute que les parents qui soumettent leur fille à l'une des formes de mutilation génitale que nous avons mentionnées mettent en danger, quand ils ne l'entravent pas carrément, le développement physique et/ou psychique de leur enfant; en général, cependant, l'art. 219 ne s'applique pas parce que le délit de lésions corporelles simples est consommé.<sup>149</sup>

## XI. Médicalisation de la mutilation génitale féminine

Dans les régions urbaines d’Afrique, on observe une tendance à la médicalisation, ce qui implique que les mutilations génitales sont de plus en plus souvent pratiquées dans des hôpitaux.<sup>150</sup> Il est à prévoir que de tels cas pourront également se produire en Europe et en Suisse. Il faut alors se poser la question de la punissabilité du médecin et de l’hôpital.

Il est de jurisprudence constante<sup>151</sup> que les interventions médicales, même quand elles sont nécessaires sur le plan médical et sont pratiquées dans les règles de l’art, remplissent les conditions objectives du délit de lésions corporelles (art. 122 ou 123 CP) si, d’une part, elles ont lieu sans le consentement du patient et atteignent le corps dans sa substance, ou si, d’autre part, elles risquent de provoquer, temporairement au moins, une incapacité physique de travail ou d’influencer ou de compromettre considérablement le bien-être du patient. Il est vrai que de telles interventions sont justifiées si le patient donne expressément ou tacitement son consentement, et cependant elles ne sont autorisées qu’à la condition – tout au moins pour les lésions corporelles graves – que l’intervention soit considérée comme utile sur le plan médical.<sup>152</sup> Or il ne se justifie jamais, pour un médecin en Suisse, de pratiquer une mutilation génitale féminine (de type I ou IV), car le consentement des parents<sup>153</sup> à un tel acte ne peut pas porter d’effets juridiques pour leur enfant, et la fille elle-même<sup>154</sup>, (du moins jusqu’à l’âge de 14 ou 16 ans) ne peut pas consentir valablement à une mutilation génitale sur sa propre personne. En conséquence, un médecin qui effectuerait une telle intervention – même dans des conditions stériles – se rendrait coupable d’infraction à l’art. 123, ch. 2, al. 3 et éventuellement ch. 2, al. 2 CP.<sup>155</sup>

Il faut également mentionner ici d’autres responsabilités possibles: d’une part, selon l’art. 6 DPA, là où le droit pénal administratif est applicable<sup>156</sup>, le chef d’entreprise, l’employeur, le mandant ou le représenté qui, intentionnellement ou par négligence, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant ou d’en supprimer les effets tombe sous le coup des dispositions pénales qui seraient applicables à l’auteur de l’infraction.<sup>157</sup> Si le droit pénal administratif est applicable dans le contexte qui nous occupe, les supérieurs hiérarchiques du médecin concerné devraient en principe encourir les mêmes sanctions pénales.

D’autre part, une responsabilité accessoire de l’hôpital entre en ligne de compte selon l’art. 102 CP (punissabilité de l’entreprise).<sup>158</sup> Les personnes concernées sont les personnes morales de droit public ou privé (à l’exception des corporations territoriales), les sociétés et les entreprises en raison individuelle. La condition de la punissabilité est, outre un délit commis dans l’exercice d’activités commerciales conformes aux buts de l’entreprise, le fait que ce délit ne puisse être imputé à personne en particulier à cause d’un manque d’organisation. Si c’est le cas, l’entreprise (ici l’hôpital) peut être condamnée à une amende pouvant atteindre 5 millions de francs.

## XII. Conclusions

Les réflexions qui précèdent nous amènent aux conclusions suivantes:

1. Les pratiques de mutilation génitale de types I et IV constituent pratiquement toujours, objectivement, des lésions corporelles simples qualifiées au sens de l'art. 123, ch. 2 al. 2 et 3 CP parce que, d'une part, des objets dangereux sont généralement utilisés, et d'autre part, la victime en tant qu'enfant est en général sans défense et/ou il existe un devoir de veiller sur elle. Les lésions corporelles simples qualifiées doivent être poursuivies d'office.

2. Dans la plupart des cas, les parents ou les autres personnes responsables doivent être considérés d'office comme des instigateurs. Ils se rendent coupables de complicité par toute participation subordonnée de nature à favoriser de quelque manière que ce soit l'incision ou la mutilation de type IV. En outre, il convient d'examiner pour chaque cas particulier si les parents ne peuvent pas être qualifiés de coauteurs du délit.

3. La souveraineté pénale suisse s'applique sans nul doute possible en cas de coactivité, et cela pour toutes les personnes qui participent à une mutilation génitale. Si des actes de simple participation à un délit principal commis à l'étranger sont exécutés en Suisse, leur punissabilité est régie à titre accessoire par le droit du pays dans lequel le délit principal est jugé. A ce sujet, il faut savoir que presque tous les pays connaissent des normes pénales concernant les lésions corporelles simples; la probabilité que les actes en question soient punissables est donc considérable.

4. Dans les types I et IV de mutilation génitale qui nous occupent, la victime ne peut en aucun cas consentir valablement à l'acte avant l'âge de 14 ans. Si la mutilation a lieu en Suisse ou si les auteurs ou la victime sont suisses, un consentement avant l'âge de 16 ans ne sera pas pris en considération. Quant aux parents, ils ne peuvent pas consentir d'une manière juridiquement effective à une mutilation génitale pour leurs enfants.

5. Dans les types I et IV de mutilation génitale, la victime ne peut pas donner valablement son consentement avant l'âge de 14 ou 16 ans, et cela même si l'intervention est effectuée par un médecin, dans un hôpital et dans des conditions hygiéniques. Les parents non plus ne peuvent pas y consentir valablement. Si une telle intervention a lieu dans un hôpital, non seulement le médecin, mais aussi son supérieur ou l'hôpital lui-même peuvent, selon les circonstances, avoir à en répondre.

6. En résumé, on peut conclure que les différentes mutilations génitales féminines sont punissables soit en tant que lésions corporelles graves au sens de l'art. 122<sup>159</sup> CP, soit, de toute façon, en tant que lésions corporelles simples qualifiées au sens de l'art. 123, ch. 2 ou 3 CP. Il paraît regrettable que cela ne ressorte pas sans ambiguïté de la formulation des art. 122 et 123 CP, étant donné le large consensus qui règne dans notre société au sujet de la mutilation génitale, qui est considérée comme non autorisée et ne devant être pratiquée nulle part. A notre avis, il serait utile que figure dans le code pénal suisse une disposition indépendante contre la mutilation génitale ou une mention explicite à ce sujet dans le cadre de l'art. 122 ou 123 CP; cela pourrait constituer un signal à ne pas sous-estimer et avoir une portée symbolique qui faciliterait considérablement la lutte contre la pratique de la mutilation génitale.

# Répertoire des abréviations

Abs./al.	Absatz/alinéa	u.a.	unter anderem/entre autres
Art./art.	Artikel/article	UNFPA/FNUAP	United Nations Population Fund/Fonds des Nations Unies pour la population
AT/PG	Allgemeiner Teil/partie générale	UNIFEM	United Nations Development Fund for Women/Fonds de développement des Nations Unies pour la femme
BGE/ATF	Bundesgerichtsentscheid/arrêt du Tribunal fédéral	Usw.	Et caetera
BBI /FF	Bundesblatt/feuille fédérale	Vgl.	Vergleiche/se référer à
BT/PS	Besonderer Teil/partie spéciale	VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 333.0/loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 333.0
Bzgl.	Bezüglich/concernant	WHO/OMS	World Health Organization/Organisation Mondiale de la Santé
Bzw.	Beziehungsweise/respectivement	z.B./par ex.	zum Beispiel/par exemple
Dgl.	Dergleichen/cas semblable	Ziff./ch.	Ziffer/chiffre
d.h.	das heisst/c'est-à-dire		
Dr.	Docteur		
Etc.	et caetera		
Evtl.	Eventuel/éventuellement		
ff./ss.	Und folgende/et suivantes		
FGM/MGF	Female Genital Mutilation/mutilation génitale féminine		
FN	Fussnote/note de bas de page		
HIV/VIH	Humanes Immundefizienz-Virus /Virus de l'Immunodéficience Humaine		
h.L	herrschende Lehre/doctrine en vigueur		
h.M.	herrschende Meinung/avis général		
Hrsg./Ed.	Herausgeber/éditeur		
i.d.R	in der Regel/en règle générale		
i.S.	im Sinne/dans le sens		
i.S.v.	im Sinne von/dans le sens de		
lic.iur.	Lizenziat in Rechtswissenschaft/licence en droit		
lit.	lettre		
N/n	note		
Nr./no.	Nummer/numéro		
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden (Coire)		
Prof.	Professeur		
RevStGB	revidiertes StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Änderung vom 13. Dezember 2002 (BBI 2002 8240)/révision du Code pénal suisse, modification du 13 décembre 2002 (FF 2002 8240)		
SR/RS	Systematische Sammlung des Bundesrechts/recueil systématique du droit fédéral		
Sog.	Sogenannt/désigné ainsi		
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung		
StGB/CP	Schweizerisches Stragesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311/Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311		
u.	und/et		

# Notes en bas de page

- <sup>1</sup> Stefan Trechsel/Regula Schläuri, *Weibliche genitalverstümmelung in der Schweiz*, Rechtsgutachten, unicef (éd.), Zürich 2004.
- <sup>2</sup> Trechsel/Schläuri, 2004, 9.
- <sup>3</sup> Lightfoot-Klein, 147.
- <sup>4</sup> Voir [http://www.onmeda.de/sexualitaet\\_und\\_partnerschaft/lexikon\\_der\\_sexualitaet/bechneidung.html](http://www.onmeda.de/sexualitaet_und_partnerschaft/lexikon_der_sexualitaet/bechneidung.html) (visité le 14.08.2006).
- <sup>5</sup> Pschyrembel, 585; Sadler, 321.
- <sup>6</sup> Rosenke, 19.
- <sup>7</sup> Rosenke, 19.
- <sup>8</sup> Voir Trechsel/Schläuri, 6
- <sup>9</sup> Voir [http://www.idsociety.org/Content/ContentGroups/News\\_Releases/Circumcision\\_Reduces\\_Risk\\_of\\_Contracting\\_HIV\\_Study\\_Suggests.htm](http://www.idsociety.org/Content/ContentGroups/News_Releases/Circumcision_Reduces_Risk_of_Contracting_HIV_Study_Suggests.htm) (visité le 14.08.06).
- <sup>10</sup> Définition de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS). Fact sheet N°241, juin 2000; <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en> (visité le 07.07.06).
- <sup>11</sup> Organisation Mondiale de la Santé, Fact sheet N°241, juin 2000.
- <sup>12</sup> Les points I.3. et I.4. traitent plus particulièrement des manières de procéder pour les pratiques de type I (incision) et de type IV (autres formes).
- <sup>13</sup> Définition de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS). Fact sheet N°241, juin 2000.
- <sup>14</sup> Schnüll, 27; Trechsel/Schläuri, 4.
- <sup>15</sup> Voir Trechsel/Schläuri, 4f.
- <sup>16</sup> Voir aussi Trechsel/Schläuri, 4.
- <sup>17</sup> Schnüll, 27 n.; Toubia, 712 ss.
- <sup>18</sup> Brady, 710; consultable sous: <http://www.cirp.org/library/disease/HIV/brady1/> (visité le 21.07.06).
- <sup>19</sup> Hosken 1; consultable sous: <http://www.nocirc.org/symposia/first/hosken.html> (visité le 21.07.06).
- <sup>20</sup> OMS Fact sheet N°241, juin 2000.
- <sup>21</sup> Bauer/Hulverscheidt, 67.
- <sup>22</sup> Schnüll, 31.
- <sup>23</sup> Wood, 352.
- <sup>24</sup> Lightfoot-Klein, 69; Wood, 349.
- <sup>25</sup> Voir Amnesty International «Female Genital Mutilation – A Human Rights Information Pack», consultable sous: <http://www.amnesty.org/ailib/intcam/femgen/fgm1.htm> (visité le 18.07.06)
- <sup>26</sup> Rosenke, 20 sv.
- <sup>27</sup> Schnüll 30.
- <sup>28</sup> Schnüll, 33; Maier, 59.
- <sup>29</sup> Maier, 59.
- <sup>30</sup> Rosenke, 21.
- <sup>31</sup> Schnüll, 31; Bauer/Hulverscheidt, 67; Wood, 352.
- <sup>32</sup> Bauer/Hulverscheidt, 67.
- <sup>33</sup> Schnüll, 31.
- <sup>34</sup> Rosenke, 21.
- <sup>35</sup> Schnüll, 31.
- <sup>36</sup> Rehberg/Schmid/Donatsch, 42 sv.; Trechsel, art. 122 N 4 sv.; Roth, art. 122 N 9 ss.
- <sup>37</sup> Roth, Art. 122 N 13.
- <sup>38</sup> Schubarth, art. 122 N5; Trechsel, art. 122 N 5; Hurtado Pozo, BT/1, N 456
- <sup>39</sup> Roth, sceptique, art. 122 N 12; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 37.
- <sup>40</sup> Pour presque toutes les femmes ayant subi une mutilation génitale, mais surtout pour les infibulées, la menstruation devient un événement très douloureux. Le sang ne peut que difficilement s'écouler par la cicatrice de l'infibulation ou par le conduit vaginal rétréci par des inflammations. Le sang stagne, la menstruation se prolonge (jusqu'à 15 jours sont possibles), et la femme souffre (Bauer/Hulverscheidt, 70). Pendant cette période, on a pu observer chez les filles excisées une diminution significative des performances et de la faculté de concentration. Quand il s'y ajoute de longues absences à l'école et que les filles perdent le fil dans les matières étudiées, il s'ensuit des limitations physiques et psychiques qui peuvent rendre difficile à la fille de prendre l'initiative de sa propre vie (Bauer/Hulverscheidt, 71).
- <sup>41</sup> Rehberg/Schmid/Donatsch, 43; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 39; Trechsel, art. 122 N 9; Roth, Art. 122 N 19; ATF 101 IV 381; 124 IV 53, 129 IV 1.
- <sup>42</sup> Wood, 363.
- <sup>43</sup> Voir p. 12 ss.
- <sup>44</sup> Rehberg/Schmid/Donatsch, 39.
- <sup>45</sup> Roth, art. 123 N 14; Trechsel, art. 123 N 5.
- <sup>46</sup> Stratenwerth/Jenny, § 3 N 23; Roth, art. 123 N 16.
- <sup>47</sup> Rehberg/Schmid/Donatsch, 40; SJZ 83 (1987), 245 sv.; mais sont d'un autre avis Stratenwerth/Jenny, § 3 N 26; Roth, Art. 123 N 23; Schubarth, Art. 123 N 70.
- <sup>48</sup> Roth, art. 123 N 14; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 22; Trechsel, Art. 123 N 5; Hurtado Pozo, PS/1, N 434.
- <sup>49</sup> Comme dans la systématique allemande, qui ne connaît pas de restriction limitant la notion de poison à un effet interne. Hardtung, § 224 N 10.
- <sup>50</sup> Roth, Art. 123 N 15; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 22, doutent qu'un produit chimique appliqué sur l'extérieur du corps (vitriol, acide, etc.) constitue également un poison; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 22.
- <sup>51</sup> Stratenwerth/Jenny, § 3 N 22.
- <sup>52</sup> On entend par application interne l'absorption de substances qui parviennent dans l'organisme humain en passant par l'estomac et l'intestin grêle.
- <sup>53</sup> Niggli/Riedo, art. 139 N 129 ss; Roth, art. 123 N 17; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 25; Hurtado Pozo, PS/1, N 437; ATF 96 IV 19 (martrique en caoutchouc), 111 IV 51 (chargement d'une arme à feu dans la mêlée), 112 IV 13 (un marteau n'est pas une arme dangereuse), 113 IV 61 (un pistolet ou un spray à gaz lacrymogène sont «d'autres armes dangereuses» au sens de l'art. 139 CP).
- <sup>54</sup> Trechsel, 123 N 6.
- <sup>55</sup> Roth, Art. 123 N 18; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 25.
- <sup>56</sup> Roth, art. 123 N 19; ATF 101 IV 286 (coup à la tête avec une chope de bière); 111 IV 124 (avec un patin à glace contre le tibia de la victime); 112 IV 14 (arme à feu avec le cran de sûreté bloqué, mais non armée).
- <sup>57</sup> Stratenwerth/Jenny, § 3 N 26.
- <sup>58</sup> Schubarth, art. 123 N 73.
- <sup>59</sup> Hafter, 37.
- <sup>60</sup> Stratenwerth/Jenny, § 3 N 26. Roth, art. 123 N 19; Rehberg/Schmid/Donatsch, 39 sv.; Hurtado Pozo, PS/1, N 439; ATF 101 IV 286; 111 IV 124; 112 IV 14.
- <sup>61</sup> La «grande lame d'un canif» (ZR 42 Nr. 13) ou un «couteau militaire» sont «des objets dangereux»: Keller, 127 (se réfère aux ZR (cahiers de jurisprudence zurichoise) 42 Nr. 13 et à un arrêt du canton de Schwyz). Par contre, les canifs utilisés pour un vol (art. 139 CP) ne comptent pas parmi les «armes dangereuses», car ils ne représentent pas un danger pour la vie comparable à celui d'une arme à feu (Niggli/Riedo, art. 139 N 144 et 140).
- <sup>62</sup> Egalement RS 1943 Nr. 66; Keller, 127.
- <sup>63</sup> Keller, 127 avec référence à un arrêt du canton de Lucerne.

- <sup>64</sup> ZR 43 Nr. 35 (bouteille de bière); PKG 1949 Nr. 34 (bouteille de bière); Keller, 127, se réfère à des arrêts cantonaux de Bâle-Ville (bouteille de vin, bouteille de lait).
- <sup>65</sup> Keller, 127, se réfère à un arrêt de St-Gall.
- <sup>66</sup> Wood, 352.
- <sup>67</sup> Voir arrêt du «coup de boule» du Tribunal pénal de Bâle-Ville; confirmé par l'arrêt de la cour d'appel de Bâle-Ville (BJM 1975, 318, RS 1977, Nr. 239); Roth, art. 123 N 22; Schubarth, art. 123 N 73.
- <sup>68</sup> Voir Tribunal fédéral, 1<sup>ère</sup> cour de droit public, jugement 1P.22/2002, 29 janvier 2002.
- <sup>69</sup> Tribunal fédéral, Cour de cassation, 6S.287/2005, 12 octobre 2005.
- <sup>70</sup> ATF 85 IV 125.
- <sup>71</sup> Roth, art. 123 N 25; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 29; Rehberg/Schmid/Donatsch, 40.
- <sup>72</sup> Tribunal fédéral, Cour de cassation, 6P.32/2005, 30 avril 2005.
- <sup>73</sup> Roth, art. 123 N 26 ss; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 29; Rehberg/Schmid/Donatsch, 40 sv.
- <sup>74</sup> Stratenwerth/Jenny, § 4 N 49; Roth, art. 123 N 27 sv.
- <sup>75</sup> Trechsel, art. 123 N 8a; Roth, art. 123 N 29.
- <sup>76</sup> Stratenwerth/Jenny, § 3 N 29; Roth, art. 123 N 27; version différente Cours de cassation vaudoise, 20.11.95: Journal des Tribunaux 1997 IV 128.
- <sup>77</sup> Rehberg/Schmid/Donatsch, 41.
- <sup>78</sup> Stratenwerth/Jenny, § 3 N 29.
- <sup>79</sup> Stratenwerth/Jenny, § 3 N 29; détails sur la question Riedo, 279 ss.
- <sup>80</sup> Maier, 58; voir Amnesty International, «Female Genital Mutilation – A Human Rights Information Pack», document pouvant être consulté sur le site [www.amnesty.org/ailib/intcam/femgen/fgm1.htm](http://www.amnesty.org/ailib/intcam/femgen/fgm1.htm) (consulté le 18.07.06).
- <sup>81</sup> ATF 119 IV 1, 2 ss; 121 IV 249, 252 sv; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 11.
- <sup>82</sup> ATF 130 IV 58, 61. Voir Jenny, art. 18 N 43 ss; Trechsel/Noll, 100 ss; Donatsch/Tag, 115 ss; Riklin, § 16 N 23, 38 ss; Hurtado Pozo, PG/2, N 204 ss.
- <sup>83</sup> ATF 130 IV 58, 52.
- <sup>84</sup> Hurtado Pozo, PS/1, N 445.
- <sup>85</sup> Voir Rehberg/Schmid/Donatsch, 38 sv.
- <sup>86</sup> Roth, art. 123 N 30; Rehberg/Schmid/Donatsch, 38 sv.; Stratenwerth, § 9 N 62; voir ATF 103 IV 65, 70, où le Tribunal fédéral estime que celui qui porte un coup de poing au visage d'autrui envisage clairement la possibilité au moins de lésions simples, de sorte qu'il cautionne cette possibilité et s'en accommode et qu'il agit donc par dol éventuel.
- <sup>87</sup> Voir Jenny, art. 18 N 23, Stratenwerth, § 9 N 70; Trechsel/Noll, 107 sv.; Hurtado Pozo, PG/2, N 190.
- <sup>88</sup> Roth, art. 123 N 31; Trechsel, art. 123 N 9; Hurtado Pozo, PS/1, N 446.
- <sup>89</sup> Rosenke, 29 ss.
- <sup>90</sup> ATF 124 IV 258; voir Roth, N 23 ss. avant l'art. 122; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 15 ss.
- <sup>91</sup> Voir point II.4.a et note 63.
- <sup>92</sup> Rehberg/Schmid/Donatsch, 41; Stratenwerth/Jenny, § 3 N 32.
- <sup>93</sup> Stratenwerth, § 19 N 27.
- <sup>94</sup> ATF 120 IV 265, 271 E.c/aa; ATF 125 IV 134, 136 E. 3a; Forster, N 7 avant l'art. 24 ; Donatsch/Tag, 171.
- <sup>95</sup> Trechsel/Noll, 200.
- <sup>96</sup> Stratenwerth, PG/1, § 13 N 62, Forster, N 8 avant l'art. 24.
- <sup>97</sup> Forster, N 9 avant l'art. 24; Stratenwerth, PG/1, § 13 N 64; Trechsel/Noll, 204; Rehberg/Donatsch, 144; Riklin, § 18 N 12; Hurtado Pozo, PG/2, N 770.
- <sup>98</sup> Forster, N 12 avant l'art. 24; Trechsel/Noll, 203; Donatsch/Tag, 169; Riklin, § 18 N 11; Hurtado Pozo, PG/2, N 764.
- <sup>99</sup> Donatsch/Tag, 178.
- <sup>100</sup> Voir Stratenwerth, § 13 N 49.
- <sup>101</sup> Stratenwerth, § 13 N 66; Donatsch/Tag, 178; Riklin, § 18 N 16.
- <sup>102</sup> Trechsel/Schlauri, 19.
- <sup>103</sup> Trechsel, N 14 avant l'art. 24; Trechsel/Noll, 204.
- <sup>104</sup> Trechsel/Schlauri, 19.
- <sup>105</sup> Voir Stratenwerth, PG/1, § 13 N 63; Forster, N 11 avant l'art. 24.
- <sup>106</sup> Forster, N 13 avant l'art. 24.
- <sup>107</sup> Forster, N 13 avant l'art. 24; Stratenwerth, § 13 N 55; ATF 118 IV 227.
- <sup>108</sup> Stratenwerth, § 13 N 98; Trechsel/Noll, 210; Donatsch/Tag, 148 sv.; Hurtado Pozo, PG/2, N 794.
- <sup>109</sup> Stratenwerth, § 13 N 104; Trechsel/Noll, 213; Donatsch/Tag, 152 sv.; Hurtado Pozo, PG/2, N 802.
- <sup>110</sup> Stratenwerth, § 13 N 106 sv.; Trechsel/Noll, 215; Riklin, § 18 N 47.
- <sup>111</sup> Stratenwerth, § 13 N 106; Forster, art. 24 N 43; Trechsel/Noll 228; Donatsch/Tag, 148; Hurtado Pozo, PG/2, N 804.
- <sup>112</sup> Forster, art. 24 N 43; Trechsel/Noll, 213.
- <sup>113</sup> Forster, art. 25 N 3; Stratenwerth, § 13 N 121; Trechsel/Noll, 219; Donatsch/Tag, 158; Riklin, § 18 N 32.
- <sup>114</sup> ATF 120 IV 265, 272; 121 IV 109, 119; voir Forster, art. 25 N 8; Stratenwerth, § 13 N 118; Donatsch/Tag, 158.
- <sup>115</sup> Forster, art. 25 N 23; Stratenwerth, § 13 N 119; Trechsel/Noll, 219 sv.; Donatsch/Tag, 162; Riklin, § 18 N 33; Hurtado Pozo, PG/2, N 813.
- <sup>116</sup> Forster, art. 25 N 22; Trechsel/Noll, 219.
- <sup>117</sup> Stratenwerth, voir § 13 N 162; Forster, N 63 avant l'art. 24; Trechsel/Noll, 234; Donatsch/Tag, 152.
- <sup>118</sup> ATF 121 IV 109, 120; Forster, art. 25 N 19 ; Stratenwerth, § 13 N 121; Donatsch/Tag, 163.
- <sup>119</sup> Stratenwerth, § 13 N 122; Donatsch/Tag, 165; Hurtado Pozo, PG/2, N 823.
- <sup>120</sup> Trechsel/Schlauri, 20.
- <sup>121</sup> Voir art. 5 al. 1 et art. 6 al. 1 CP.
- <sup>122</sup> Il semble que ce soit parfois le cas; en général, toutefois, les formes de mutilation des types I et IV, qui sont celles dont il est ici question, ne sont pas expressément qualifiées d'illégales.
- <sup>123</sup> Voir cependant Trechsel/Schlauri, 23, avec la liste des pays qui déclarent expressément que la mutilation génitale est punissable (Egypte, Burkina Faso, Djibouti, Ghana, Guinée-Conakry, Guinée, Kenya, Nigeria, Sénégal, Togo et République centrafricaine).
- <sup>124</sup> Voir III plus haut.
- <sup>125</sup> Popp, N 28 avant l'art. 3; Stratenwerth, § 5 N 14.
- <sup>126</sup> Au vu des dispositions révisées du code pénal qui entreront en vigueur dès 2007 (art. 7 CP), il n'est plus si évident qu'une contradiction entre une impunité étrangère et notre ordre public intérieur importe peu (Popp, N 28 avant l'art. 3).
- <sup>127</sup> Popp, art. 7, N 13; Trechsel, art. 7 N 7.
- <sup>128</sup> Trechsel/Schlauri, 23.
- <sup>129</sup> Trechsel/Schlauri, 43, note 174.
- <sup>130</sup> et non, comme indiqué, de l'ATF 99 IV 220, 221.

- <sup>131</sup> et non, comme indiqué, de l'ATF 88 IV 123, 127.
- <sup>132</sup> ATF 81 IV 34, 37; 104 IV 77, 86; Trechsel, art. 7 N 8; Popp, art. 7 N 14.
- <sup>133</sup> Cassani, 247; Trechsel, art. 7 N 8; Popp, art. 7 N 14.
- <sup>134</sup> Seelmann, N 6 avant l'art. 32.
- <sup>135</sup> Voir à ce sujet Trechsel/Schlauri, 13 ss.
- <sup>136</sup> Weissenberger, 138 avec note 567 et d'autres références; Stratenwerth, § 10 N 17.
- <sup>137</sup> Seelmann, N 17 avant l'art. 32.
- <sup>138</sup> Trechsel/Schlauri, 15 considèrent que les lésions corporelles graves contreviennent aux bonnes mœurs. On peut le supposer aussi pour les lésions corporelles simples par incision ou par une mutilation de type IV.
- <sup>139</sup> Weissenberger, 140.
- <sup>140</sup> Voir ATF 120 IV 194, 197; Stratenwerth/Jenny, § 7 N 4.
- <sup>141</sup> Cela ressort expressément du Message sur la révision de la PG-CP: message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi que d'une loi fédérale sur la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998; FF 1999 II 1979 ss, 1993 ss.
- <sup>142</sup> Voir Stratenwerth, § 10 N 21.
- <sup>143</sup> Seelmann, N 21 avant l'art. 32; Hurtado Pozo, PG/2, N 287.
- <sup>144</sup> Weissenberger, 79.
- <sup>145</sup> A l'unique exception de l'amour entre adolescents selon l'art. 187, ch. 3 CP.
- <sup>146</sup> Eckert, art. 219 N 7.
- <sup>147</sup> Eckert, art. 219 N 3 et 6.
- <sup>148</sup> Eckert, art. 219 N 10.
- <sup>149</sup> Eckert, art. 219 N 13 avec d'autres références.
- <sup>150</sup> Dirie, 225.
- <sup>151</sup> ATF 124 IV 258; 99 IV 208.
- <sup>152</sup> Seelmann, N 12 avant l'art. 32.
- <sup>153</sup> Voir point IX.C.
- <sup>154</sup> Voir point IX.B.
- <sup>155</sup> Le scalpel doit être considéré comme un objet dangereux au sens de l'art. 123, ch. 2, al. 2 CP.
- <sup>156</sup> Loi fédérale sur le droit pénal administratif, DPA, du 22 mars 1974, RS 313.0.
- <sup>157</sup> Art. 6 al. 2 DPA: III . Infractions commises dans une entreprise, par un mandataire etc. «1. Règle: 1 Lorsqu'une infraction est commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou en commandite, d'une entreprise individuelle ou d'une collectivité sans personnalité juridique ou de quelque manière dans l'exercice d'une activité pour un tiers, les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'acte. 2 Le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté qui, intentionnellement ou par négligence, omettent de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales qui seraient applicables à l'auteur ayant agi intentionnellement ou par négligence. 3 Lorsque le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté est une personne morale, une société en nom collectif ou en commandite, une entreprise individuelle ou une collectivité sans personnalité juridique, l'al. 2 s'applique aux organes et à leurs membres, aux associés gérants, dirigeants effectifs ou liquidateurs fautifs.»
- <sup>158</sup> Art. 102, al. 1 CP: «Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.» Art. 102, al. 3 CP: «Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé et d'après la capacité économique de l'entreprise.»
- <sup>159</sup> Voir Trechsel/Schlauri, 2004.

## XIII. Liste des références

- BAUER, Christina/Hulverscheidt, Marion:** Gesundheitliche Folgen der weiblichen Genitalverstümmelung, dans: *Terre des Femmes* (éd.), *Schnitt in die Seele, Weibliche Genitalverstümmelung – eine fundamentale Menschenrechtsverletzung*, Mabuse-Verlag, Francfort a. M. 2003.
- BRADY, Margaret:** Female Genital Mutilation: Complications and Risk of HIV Transmission, dans: *AIDS Patient Care and STDS*, Volume 13, Number 12, décembre 1999, consultable sur le site <http://www.cirp.org/library/disease/HIV/brady1> (état au 21.07.06).
- CASSANI, Ursula:** Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1996: 237-262,
- DIRIE, Waris:** Schmerzenskinder, *Weltbild*, Augsburg 2006.
- ECKERT, Andreas:** art. 219 StGB, dans *Niggli/Wiprächtiger*.
- FORSTER, Marc:** Art. 24 StGB, dans: *Niggli/Wiprächtiger*.
- HAFTER, Ernst:** Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 1. Hälfte: Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen das Geschlechtsleben, gegen die Ehre, gegen das Vermögen, Springer-Verlag, Berlin 1937.
- HARDTUNG, Bernhard:** § 224, dans: Klaus Miebach/Günther M. Sander (éd.): *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, Band 3, §§ 185-262, Beck, Munich 2003.
- HOSKEN, Fran P.:** Female Genital Mutilation: Strategies for Eradication, Presented at The First International Symposium on Circumcision, Anaheim California, 1-2 mars 1989, consultable sous: <http://www.nocirc.org/symposia/first/hosken.html> (état au 21.07.06).
- HURTADO POZO, José:** Droit pénal, Partie générale II, Zurich, Schulthess, 2002 (dans les citations: Hurtado Pozo, PG/2).
- HURTADO POZO, José:** Droit pénal, Partie spéciale I, 3e éd., Zurich, Schulthess, 1997 (dans les citations: Hurtado Pozo, PS/1).
- JENNY, Guido:** Art. 18 StGB; dans: *Niggli/Wiprächtiger*.
- KELLER, Alfred:** Die Körperverletzung im schweizerischen Strafrecht, Diss, Zurich 1957.
- LIGHTFOOD-KLEIN, Hanny:** Der Beschneidungsskandal, Orlanda-Verlag, Berlin 2003.
- MAIER, Cristina:** Echo des Schweigens, Stimmen der Betroffenheit zur Genitalverstümmelung bei afrikanischen Migrantinnen in Wien, Edition Roesner, Vienne 2003.
- NIGGLI, M. A./RIEDO, Christof:** Art. 139 StBG, in: *Niggli/Wiprächtiger*
- NIGGLI, M. A./WIPRÄCHTIGER, Hans (éd.):** Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bâle et ailleurs 2003.
- POPP, Peter:** Art. 3 StGB; dans: *Niggli/Wiprächtiger*.
- PSCHYREMBEL, Willibald:** *Klinisches Wörterbuch*, 260e éd., de Gruyter, Berlin 2004.
- REHBERG, Jörg/DONATSCH, Andreas:** *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 7e éd., Schulthess, Zurich 2001
- REHBERG, Jörg/SCHMID, Niklaus/DONATSCH, Andreas:** *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 8e éd., Schulthess, Zurich 2003.
- RIEDO, Christof:** *Der Strafantrag*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et ailleurs. 2004.
- RIKLIN, Franz:** *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 2002.
- ROSENKE, Marion:** Die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der weiblichen Genitalverstümmelung, *Bielefelder Rechtsstudien*, Peter Lang-Verlag, Francfort a.M. 2000.
- ROTH, Andreas:** Art. 123 StBG, in: *Niggli/Wiprächtiger*.
- SADLER, Thomas W.:** *Medizinische Embryologie: die normale menschliche Entwicklung und ihre Fehlbildungen*, 10e éd., Thieme, Stuttgart 2003.
- SCHUBARTH, Martin:** *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Band, Delikte gegen Leib und Leben*, Art. 111-136 StGB, Stämpfli, Berne 1982.
- SCHNÜLL, Petra:** Weibliche Genitalverstümmelung in Afrika, in: *Terre des Femmes* (éd.), *Schnitt in die Seele, Weibliche Genitalverstümmelung – eine fundamentale Menschenrechtsverletzung*, Mabuse-Verlag, Francfort a.M. 2003.
- SEELMANN, Kurt:** Art. 32 StGB, in: *Niggli/Wiprächtiger*.
- STRATENWERTH, Günther:** *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3e éd., Berne 2005.
- STRATENWERTH, Günter/JENNY, Guido:** *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 6e éd., Stämpfli, Berne 2003.
- TOUBIA, Nahid:** Female Circumcision as a Public Health Issue, in: *The New England Journal of Medicine*, 331, n° 11, 1994, 712-716.
- TRECHSEL, Stefan:** *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar*, 2e éd., Schulthess, Zurich 1997.
- TRECHSEL, Stefan/NOLL, Peter:** *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 6e éd., Zurich 2004.
- TRECHSEL, Stefan/SCHLAURI, Regula:** Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, *Rechtsgutachten*, unicef/éd., Zurich 2004.
- WEISSENBERGER, Philippe:** Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Stämpfli, Berne 1996.
- WOOD, Alexi Nicole:** A Cultural Rite of Passage or a Form of Torture: Female Genital Mutilation from an International Law Perspective, *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 12, 2001, 347-386.

# Adresses

Comité suisse pour l'UNICEF  
Baumackerstrasse 24  
8050 Zurich  
Téléphone 044 317 22 66  
Fax 044 317 22 77  
info@unicef.ch  
www.unicef.ch

Appartenances  
Centre femmes  
Rue des Terreaux 10  
1003 Lausanne  
Téléphone 021 341 12 50

Association Suisse pour la santé  
sexuelle et reproductive (PLANeS)  
Av. de Beaulieu 9  
1004 Lausanne  
Téléphone 021 661 22 33  
Fax 021 661 22 34

Association faîtière des enseignantes  
et des enseignants ECH  
Ringstrasse 54  
Case postale 189  
8057 Zurich  
Téléphone 01 315 54 54  
Fax 01 311 83 15

Caritas Schweiz  
Löwenstrasse 3  
Postfach  
6002 Luzern  
Téléphone 041 419 22 22  
Fax 041 419 24 24  
info@caritas.ch

IAMANEH Schweiz  
Aeschengraben 16  
4051 Basel  
Téléphone 061 205 60 88  
Fax 061 271 79 00  
www.iamaneh.ch  
www.miges.ch (informations)

Kinderschutzgruppe und  
Opferberatungsstelle  
des Kinderspitals Zürich  
Steinwiesstrasse 75  
8032 Zürich  
Téléphone 01 266 76 46 (secrétariat)  
Téléphone 01 266 71 11 (central  
téléphonique de l'hôpital)  
Fax 01 266 76 45 (secrétariat)  
sekretariat.ksg@kispi.unizh.ch  
www.kinderschutzgruppe.ch

Fédération suisse des sages-femmes  
Flurstrasse 26  
3000 Berne 22  
Téléphone 031 332 63 40  
info@hebamme.ch

Treffpunkt Schwarze Frauen  
Manessestrasse 73  
8003 Zürich  
Téléphone 01 451 60 94

Vereinigung der Kantonsärzte Schweiz  
(VKS)  
Departement des Innern  
Ambassadorsenhof  
4509 Soleure  
Téléphone 032 627 93 77  
032 627 93 51

## Impressum

M. A. Niggli, professeure et docteur en droit; Anne Berkemeier,  
licenciée en droit  
La question de la punissabilité de la mutilation génitale féminine  
des types I et IV. Avis de droit. Ed. par:  
Comité suisse pour UNICEF  
Baumackerstrasse 24  
CH-8050 Zurich

Zurich, 2007

**Comité suisse pour l'UNICEF**

Baumackerstrasse 24

CH-8050 Zurich

Téléphone +41 (0)44 317 22 66

Fax +41 (0)44 317 22 77

info@unicef.ch

www.unicef.ch

Compte postal pour vos dons, 80-7211-9



Schweiz Suisse Svizzera