crimen
.ch

droit matériel

La localisation de l'enlèvement de mineur (art. 220 CP)

Arrêt TF 6B_556/2021 (f) du 5 janvier 2022

Par Andrés Payer, le 4 février 2022

> L'infraction de l'art. 220 2e variante CP (enlèvement de mineur par refus de remettre ce dernier à l'ayant droit) peut être localisée à la fois au lieu où l'auteur doit rendre le mineur (lieu d'exécution) et au lieu où se situe l'auteur tant que perdure l'obligation d'agir et qu'il persiste à ne pas s'y soumettre (lieu de séjour).

I. En fait

A, ressortissante égyptienne, et B, ressortissant suisse et égyptien, se marient en Égypte et deux enfants naissent de leur union. Après avoir vécu dans un appartement à Genève, la famille s'installe en France voisine en septembre 2016. En février 2019, les époux se séparent et A retourne à Genève, tandis que les enfants restent avec leur père en France. Les enfants passent ensuite quelques jours avec leur mère à Genève. Le 18 mars 2019, les parents prennent part à un rendez-vous au Service de protection des mineurs à Genève, notamment dans le but de discuter de la garde des enfants. Depuis ce jour-là, A refuse de ramener les enfants chez B en France, bien qu'ils bénéficient de l'autorité parentale conjointe, qu'aucune décision sur la garde n'ait été rendue par les autorités compétentes et que le domicile des enfants se situe en France et non à Genève. En outre, A n'amène plus son fils aîné de quatre ans et demi à son école en France ni à ses activités extra-scolaires dans ce pays. Elle l'inscrit en revanche à une halte-jeux à Genève, ainsi qu'à l'école primaire en Suisse pour la rentrée 2019.

À la suite d'une demande de retour des enfants déposée par B et d'une attestation de l'autorité désignée en France pour la mise en œuvre de la ClaH80 du caractère illicite de la détention des deux enfants par leur mère en Suisse depuis le 18 mars 2019, la Cour de justice genevoise ordonne dans un arrêt d'août 2019 le retour immédiat des deux enfants en France. Les enfants retournent alors vivre avec leur père en France.

B dépose une plainte pénale contre A et le Tribunal de police genevois la condamne pour enlèvement de mineur (art. 220 CP). La Cour de justice genevoise admet partiellement l'appel formé par A et reforme le jugement de première instance en ce sens qu'elle est exemptée de toute peine (art. 52 CP). A forme recours en matière pénale au Tribunal fédéral.

II. En droit (avec commentaires intégrés)

Se pose la question de savoir si l'enlèvement présumé des enfants a été commis en Suisse (c. 1), car si tel est le cas, alors le droit pénal suisse s'applique conformément au principe de la territorialité (art. 3 al. 1 CP). L'art. 8 CP régit le lieu où une infraction est réputée commise.

Cette disposition consacre le principe d'ubiquité selon lequel tant le lieu où l'auteur a agi que le lieu où le résultat s'est produit constituent un lieu de commission. En présence d'une infraction d'omission, le lieu où l'auteur aurait dû agir est pertinent outre celui de résultat.

Le TF précise que le « lieu où l'auteur aurait dû agir » comprend d'une manière générale tout lieu où se trouve l'auteur tant et aussi longtemps que l'obligation d'agir perdure et qu'il persiste à ne pas s'y soumettre, bien qu'il en ait matériellement la possibilité, de même que, le cas échéant, le lieu où l'auteur est censé se rendre pour accomplir son obligation d'agir (c. 1.2 2e par.). Par ailleurs, il est nécessaire que l'auteur réalise l'un des actes constitutifs de l'infraction en Suisse, des actes préparatoires ne suffisant pas (c. 1.2 3e par.).

Commentaire

Dans sa jurisprudence récente, le TF a retenu que le lieu de séjour de l'auteur ne pouvait être pris en considération que si l'exécution de l'acte sous-tendu par l'obligation d'agir n'était pas liée à un lieu en particulier (*cf.* ATF 141 IV 205, c. 5.2, JdT 2016 IV 19, TF 6B_1045/2014 et 6B_1046/2014 du 19.5.2015, c. 5.2, et TF 6B_123/2014 du 2.12.2014, c. 2.3, étant précisé que les trois arrêts concernent l'art. 220 aCP, mais que leur portée paraît générale et concerner toutes les infractions d'omission). En l'occurrence, dans le c. 1.2 2e par., le TF semble donc soit élargir sa jurisprudence récente soit la résumer de manière peu précise.

Notre Haute Cour revient ensuite sur l'argumentation de l'instance précédente, laquelle a retenu, en se référant à l'ATF 92 IV 156, c. 2, que le lieu de commission de l'infraction reprochée se situait en Suisse « dès lors que les enfants y séjournaient de manière effective au moment des faits » (c. 1.3 1er par.).

Commentaire

Cette présentation du raisonnement de l'instance précédente est incomplète. En effet, celle-ci a en outre retenu que A se trouvait également à Genève au moment du début de la période pénale relative à l'infraction et que c'est là qu'elle avait décidé de ne plus respecter l'autorité parentale conjointe et d'y retenir ses enfants (CJ GE AARP/83/2021 du 17.3.2021, c. 2.1.2).

Cette solution ne convainc toutefois pas le TF qui expose, en trois étapes, pourquoi la compétence pénale des autorités suisses devrait reposer sur un fondement différent de celui retenu par l'instance précédente :

1. se fonder sur le lieu de situation des enfants au moment de la commission de l'infraction, comme l'a fait l'instance inférieure en se référant à l'ATF 92 IV 156, reviendrait à retenir un lieu du résultat potentiel de l'infraction (c. 1.3 2e par. 1ère phr.) ;
2. toutefois, en présence d'une infraction formelle, il n'est plus possible de retenir un lieu

du résultat depuis l'arrêt de principe ATF 105 IV 326 (c. 1.3 2e par. 2e phr.) ;
3. l'art. 220 CP est une infraction formelle, car l'acte incriminé constitue en lui-même une atteinte au bien juridique (c. 1.3 2e par. 3e phr.).

Commentaire

Aucune des trois étapes du raisonnement n'est convaincante selon nous :

Ad 1. : Cette déduction ne semble pas être impérative. Il est vrai que dans l'ATF 92 IV 156, c. 2, cité par l'instance précédente, le TF est parti de l'idée que le lieu de séjour des enfants correspondait au lieu du résultat de l'enlèvement de mineur (art. 220 1ère variante aCP). Or dans le c. 3 du même arrêt, le TF a retenu, en ce qui concerne la seconde variante de cette infraction, que le lieu de séjour des enfants correspondait au lieu de l'omission (*cf.* actuellement art. 8 al. 1 2e variante CP). En effet, l'auteur aurait (également) dû agir au lieu de séjour des enfants.

Ad 2. : Le TF ne mentionne aucunement le fait qu'il s'est distancé de l'ATF 105 IV 326 dans sa jurisprudence postérieure (*cf.* not. ATF 141 IV 336, c. 1.2 ; ATF 128 IV 145, c. 2e [où cette prise de distance est expressément constatée] ; 124 IV 241, c. 4 s.). Nous ignorons si le TF s'abstient à dessein de faire référence à cette jurisprudence plus récente ou non. Quoi qu'il en soit, nous espérons que le TF reviendra à sa jurisprudence établie à l'ATF 105 IV 326 dans ses futurs arrêts, de préférence, le cas échéant, avec une motivation explicite. Comme nous l'avons justifié ailleurs, nous estimons que l'interprétation plus orthodoxe de la notion de «résultat» à l'art. 8 CP figurant à l'ATF 105 IV 326 est plus appropriée (*cf.* Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, Zurich/St-Gall 2021, 77 ss ; Der Begriff des Erfolgs in Art. 8 StGB, fp 2020, 48 ss, 49 ss ; voir aussi dans ce sens récemment Bernhard Sträuli, Le résultat en droit pénal : sept thèses, *in* : Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli [éds], Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Genève/Zurich/Bâle 2021, 377 ss, 380 ss).

Ad 3. : L'élément pertinent afin de déterminer si une infraction est de nature formelle est le fait de savoir si l'adoption du comportement incriminé a pour effet de réaliser pleinement cette infraction et donc ses éléments constitutifs objectifs et non pas le fait de savoir si l'adoption du comportement incriminé constitue en soi une atteinte (lésion ou mise en danger) au bien juridique protégé. À défaut, les infractions de mise en danger abstraite ne pourraient jamais être des infractions formelles. La relation entre la réalisation de l'infraction et l'atteinte au bien juridique protégé n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'on est en présence d'une infraction matérielle ou formelle. Un tel critère entre plutôt en considération pour différencier les infractions de lésion, de mise en danger concrète et de mise en danger abstraite (*cf.* p.ex. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Die Straftat, 4e éd., Berne 2011, § 9 N 9 ss, 15 s.).

Il aurait été plus convaincant que le TF s'en remette à sa jurisprudence récente (ATF

141 IV 205, c. 5.2, JdT 2016 IV 19 ; TF 6B_1045/2014 et 6B_1046/2014 du 19.5.2015, c. 5.2 ; TF 6B_123/2014 du 2.12.2014, c. 2.3), en retenant qu'en cas d'infraction d'omission envisageant un lieu d'exécution déterminé seul celui-ci constitue un lieu de commission aux termes de l'art. 8 al. 1 2e variante CP (contrairement à ce qui a été retenu dans l'ATF 92 IV 156, c. 3). De la même manière, conformément à la jurisprudence récente (*cf.* ATF 141 IV 336, c. 1.2 ; ATF 128 IV 145, c. 2e ; 124 IV 241, c. 4 s.), notre Haute Cour aurait également dû considérer qu'aucun lieu du résultat ne peut être retenu au lieu de séjour des enfants (contrairement à ce qui ressort de l'ATF 92 IV 156, c. 2), dès lors que l'atteinte au bien juridique protégé ne se produit qu'au lieu de domicile du détenteur du droit de déterminer le lieu de résidence du mineur (*cf.* aussi ATF 91 IV 228, c. 2).

Le TF présente ensuite sa solution. Il souligne en premier lieu que, dans sa jurisprudence ultérieure, le comportement incriminé par l'art. 220 CP était localisable au lieu « où l'auteur était juridiquement obligé de remettre le mineur en question à l'ayant-droit », étant précisé qu'il s'agissait de la Suisse dans les arrêts cités (ATF 141 IV 205, c. 5.2 ; 125 IV 14, c. 2c/cc) (c. 1.4 1er par.). Toutefois, la prise en compte d'autres critères de rattachement territorial n'a pas été définitivement exclue s'agissant de l'art. 220 CP. Rien ne s'oppose en particulier à la combinaison de l'approche présentée avec les autres critères généraux de rattachement relatifs aux infractions d'omission, à l'instar du lieu où se trouve l'auteur tant et aussi longtemps qu'il ne satisfait pas à son obligation d'agir. Autrement dit, peuvent être poursuivis aussi bien l'auteur à l'étranger qui ne réalise pas un acte qu'il est censé accomplir en Suisse que celui qui se trouve en Suisse et qui omet d'exécuter à l'étranger un acte que l'on attend de lui (c. 1.4 2e par.). Cette solution présente l'avantage de prévenir le risque de conflits négatifs de compétence, ce qu'une approche exclusive de la localisation de l'infraction ne permettrait pas. Elle est en outre cohérente avec la solution développée en lien avec l'infraction réprimée à l'art. 217 CP, la jurisprudence y admettant un rattachement territorial de l'infraction tant au lieu où l'obligation devait être exécutée qu'au lieu de résidence suisse du débiteur de l'entretien au moment où il a manqué à son devoir (c. 1.4 3e par.).

Commentaire

Dans ce considérant, le TF élargit sa jurisprudence récente relative à la localisation de l'infraction de l'art. 220 CP, dès lors qu'il prend en considération le lieu où se situe l'auteur lors de l'omission, alors même que cette infraction suppose un lieu d'exécution spécifique. Ce considérant appelle les réflexions suivantes :

En présence d'une infraction d'omission, il est reproché à l'auteur de ne pas avoir respecté une obligation d'agir ou un commandement (*Gebot*), de sorte que se pose la question de savoir où le comportement typique, c'est-à-dire l'omission, doit être localisé. Il s'agit d'une question purement normative, car d'un point de vue conceptuel une omission consiste dans le fait pour un auteur de ne pas avoir agi, contrairement à ce que l'on attendait de lui. L'abstention ne peut en tant que telle être localisée, car elle

ne se matérialise pas, respectivement car elle n'existe simplement pas. Pour répondre à la question normative précitée, on peut envisager, d'une part, le lieu où l'auteur était physiquement présent lorsqu'il aurait dû agir (lieu de séjour, *Aufenthaltsort*) et, d'autre part, le lieu où l'auteur aurait dû satisfaire à son obligation d'agir (lieu d'exécution, *Erfüllungsort, Vornahmeort*). Dans le cas d'une infraction d'omission qui est également une infraction matérielle (*Unterlassungserfolgsdelikt)*, le lieu d'exécution correspond au lieu où l'auteur aurait dû agir pour empêcher la survenance du résultat (lieu de l'empêchement du résultat, *Erfolgsabwendungsort*).

Le lieu de séjour et le lieu d'exécution peuvent coïncider, mais s'ils divergent, le premier s'oppose au lieu auquel l'auteur aurait dû se rendre pour accomplir l'acte attendu de lui. Lorsqu'une telle divergence existe, il peut y avoir des lieux par lesquels l'auteur aurait dû passer pour se rendre de son lieu de séjour au lieu d'exécution (lieux de passage, *Durchgangsorte*). Ceux-ci pourraient potentiellement aussi constituer des lieux de l'omission.

Dans le présent arrêt, le TF se réfère premièrement à la nécessité d'éviter les conflits négatifs de compétence et deuxièmement à sa propre jurisprudence relative au lieu de commission pour l'art. 217 CP afin de justifier sa large interprétation du « lieu où l'auteur aurait dû agir » dans le contexte de l'art. 220 CP (c. 1.4 3e par.). Le premier argument passe toutefois sous silence le risque de conflits positifs de compétence ainsi que celui d'une extension de la compétence pénale de la Suisse qui n'est pas soutenable vis-à-vis d'autres États et/ou de l'assujetti, soit la personne passible de poursuites pénales. Quant au second argument, il repose sur une présentation imprécise de la jurisprudence : dans l'ATF 98 IV 205, c. 1, ici cité par le TF, il est notamment fait référence à l'ATF 82 IV 65, c. 3. Or selon ce dernier arrêt – confirmé par l'ATF 87 IV 153 –, le lieu d'exécution ne correspond pas au lieu de l'omission, mais au lieu de survenance du résultat (en s'écartant expressément de l'ATF 69 IV 126, c. 1 s.). Ainsi, selon la jurisprudence actuelle du TF, en cas d'infraction de l'art. 217 CP, seul le lieu de séjour de l'auteur constitue un lieu de l'omission (art. 8 al. 1 2e variante CP). Cela signifie également que le TF ne suit pas, dans le contexte de cette infraction qui suppose comme celle de l'art. 220 CP un lieu d'exécution spécifique, sa propre formule générale selon laquelle le lieu de séjour de l'auteur ne peut être pris en considération pour le lieu de l'omission que si l'exécution de l'acte sous-tendu par l'obligation d'agir n'était pas liée à un lieu en particulier (*cf.* ATF 141 IV 205, c. 5.2, JdT 2016 IV 19 ; TF 6B_1045/2014 et 6B_1046/2014 du 19.5.2015, c. 5.2 ; TF 6B_123/2014 du 2.12.2014, c. 2.3).

À notre sens, le TF devrait adopter une formule définissant le lieu de l'omission de manière générale qu'il s'agirait ensuite de respecter pour toutes les infractions (ce qui n'exclut pas une distinction selon qu'il existe ou non un lieu d'exécution spécifique). Pour ce faire, il est nécessaire de procéder à une interprétation globale de l'art. 8 al. 1 2e variante CP, laquelle devrait également prendre en compte les facteurs suivants :

- Le libellé de l'art. 8 al. 1 2e variante CP en langue allemande indique qu'il y a lieu

de se fonder sur le lieu de séjour, alors que le libellé français conduit plutôt au lieu d'exécution. Le texte italien n'est en revanche pas clair.
- Le lieu d'exécution a normalement un lien plus étroit avec l'infraction.
- Se reposer sur le lieu de *séjour* signifie que la Suisse peut intimer l'ordre, sous la menace d'une sanction pénale, à une personne se trouvant sur son territoire de se rendre dans un autre pays pour y exécuter une obligation d'agir. Par opposition, se fonder sur le lieu d'*exécution* signifie que la Suisse peut intimer l'ordre, sous la menace d'une sanction pénale, à une personne se trouvant à l'étranger cette fois-ci de se rendre en Suisse pour y accomplir une obligation d'agir. Ces deux configurations semblent *a priori* délicates du point de vue du droit international public, de sorte qu'il convient également d'examiner de manière plus approfondie cette problématique.

Ces facteurs, et d'autres encore, devraient soigneusement être évalués avant d'adopter une solution générale. Il n'est pas possible de procéder à une telle évaluation dans le cadre du présent commentaire.

Conformément à cette nouvelle interprétation large de la notion de « lieu où l'auteur aurait dû agir », les juges de Mon Repos constatent que l'infraction reprochée à A peut en l'espèce être localisée en France, sans exclure pour autant le lieu où elle se trouvait lorsqu'elle a omis de satisfaire à son obligation d'agir, soit en Suisse. En restant en Suisse, A a manifesté son refus de se soumettre à l'obligation de remettre en France les enfants à leur père (c. 1.5 1er par.). Constitutif de l'infraction d'omission décrite à l'art. 220 CP, ce refus peut avoir été réalisé en Suisse, si bien que cela justifie l'application du Code pénal suisse et donc la compétence territoriale des autorités suisses (c. 1.5 2e par.).

Finalement, le TF rejette les griefs subsidiaires de A (c. 2) et il fait donc de même pour le recours (c. 3).

Commentaire

Pour conclure, nous nous demandons s'il n'aurait pas existé une solution plus simple pour résoudre le cas d'espèce : l'inscription du fils aîné ainé à une halte-jeux et à une école primaire à Genève n'est-elle pas constitutive de l'infraction sous l'angle de la seconde variante de l'art. 220 CP (*cf.* à propos du comportement visé par la seconde variante l'art. 220 CP : ATF 125 IV 14, c. 2b et c/bb ; BSK StGB-Ecker, art. 220 N 28 ; CR CP-Sauterel, art. 220 N 24 ss) ? Le cas échéant, le lieu de commission serait la Suisse au sens de l'art. 8 al. 1 1ère variante CP, si bien que la recherche d'un lieu où serait commise l'omission (art. 8 al. 1 2e variante CP) ne serait pas nécessaire (au moins en ce qui concerne le non-retour du fils aîné). Il en va de même d'éventuelles déclarations exprimées depuis la Suisse dont ressortirait le refus de remettre les enfants en France.

Proposition de citation : Andrés PAYER, La localisation de l'enlèvement de mineur (art. 220 CP), in : https://www.crimen.ch/74/ du 4 février 2022