



Rapport

sur la question de la codification de l'infraction de « harcèlement »

Date : 12 avril 2019
Pour : les membres de la CAJ-N
Copies à :

Référence/numéro de dossier : COO.2180.109.7.279181 / 251.1/2016/04848

Table des matières

1	Contexte et mandat	2
2	Interventions déposées en faveur de la création d'une infraction	2
3	Définitions	3
4	Le harcèlement dans le droit en vigueur	5
4.1	Introduction	5
4.2	Droit pénal	5
4.2.1	Infractions pertinentes	5
4.2.2	La protection pénale dans la jurisprudence et la doctrine	7
4.2.3	Le « harcèlement doux » en particulier	9
4.2.4	Le cyberharcèlement en particulier	9
4.3	Droit civil	10
5	Punissabilité à l'étranger	10
5.1	Allemagne	11
5.2	Autriche	12
6	Propositions de codification	13
6.1	Infraction spécifique	13
6.2	Complément apporté à la disposition sur la contrainte	13
6.3	Complément apporté à la disposition sur la menace	13
6.4	Avantages et inconvénients	14
7	Conclusion	15

1 Contexte et mandat

Le Parlement a adopté le 14 décembre 2018 le **projet 17.062 « Protection des victimes de violence. Loi »**, arrétant ainsi les modifications du droit civil et du droit pénal destinées à améliorer la protection des victimes de violence domestique et de harcèlement.

Lors de ses délibérations, les 30 et 31 août 2018, la CAJ-N a approuvé une proposition chargeant l'administration de rédiger une « **note de discussion relative à la question d'une éventuelle codification de l'infraction de harcèlement obsessionnel** » (proposition n° 18), estimant que si la question est liée matériellement à celle de la protection des victimes de violence, elle devrait être traitée séparément pour ne pas retarder le projet.

Le rapport doit servir de base à la CAJ-N pour une **discussion interne** et pour **décider de la suite des opérations**. La commission a reconnu la nécessité d'agir. Selon elle, on conseille aux victimes de harcèlement de justifier de ce qui leur est arrivé, mais les preuves qu'elles réunissent ne suffisent pas à la poursuite pénale. Le droit pénal présente donc une lacune en ce qui concerne le « harcèlement doux » (« soft stalking ») qu'il s'agit de combler. Les progrès technologiques entraînent l'apparition de nouvelles formes de harcèlement que les normes pénales actuelles ne couvrent pas complètement. Il n'existe aucune définition du harcèlement. Ces réflexions justifient que l'administration examine les possibilités d'agir et la manière de **formuler l'infraction** en tenant compte des différentes **formes de harcèlement** (« harcèlement doux », cyberharcèlement) et des **expériences faites à l'étranger**.

2 Interventions déposées en faveur de la création d'une infraction

Trois **interventions parlementaires** ont jusqu'ici demandé qu'une infraction spécifique de harcèlement soit inscrite dans le code pénal : la motion Hess 07.3092 « Loi contre le harcèlement obsessionnel (stalking) » du 21 mars 2007 et les motions Fiala 08.3495 « Harcèlement obsessionnel » du 18 septembre 2008 et 13.3742 « Agir rapidement contre le harcèlement obsessionnel » du 13 septembre 2013. Le Conseil fédéral a chaque fois conclu dans ses avis¹ qu'il n'était pas nécessaire de compléter le code pénal (CP)². Concernant la motion la plus récente, il a toutefois reconnu³ que le droit en vigueur ne réglait pas ou mal les problèmes liés au harcèlement, jugeant nécessaire de réfléchir à d'autres mesures. Il renvoyait ce faisant à l'évaluation en cours de l'efficacité de l'art. 28b du code civil (CC)⁴. La motion Hess a été classée ; les motions Fiala ont été acceptées par le Conseil national, mais rejetées par le Conseil des Etats.

Ladite évaluation a mis en lumière les lacunes de la norme régissant la protection contre la violence, que le Parlement a comblées depuis en adoptant la **loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence**. Lors de la consultation ouverte au sujet de cette loi, 6 cantons et 4 organisations (sur un total de 58 participants) avaient exigé la création d'une infraction de harcèlement ; un parti avait demandé que la question de sa nécessité soit une fois de plus étudiée en profondeur⁵. Dans son message du 11 octobre 2017, le Conseil fédéral s'est penché sur la question et a conclu que la création d'une infraction spécifique de harcèlement serait problématique. Il s'est dit convaincu que les modifications du code civil proposées, et plus particulièrement la surveillance électronique ordonnée par le

¹ Avis du Conseil fédéral du 16.05.2007 sur la motion Hess 07.3092 et du 19.11.2008 sur la motion Fiala 08.3495.

² RS 311.0

³ Avis du Conseil fédéral du 29.11.2013 sur la motion Fiala 13.3742.

⁴ RS 210

⁵ Loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, rapport du 17 juillet 2017 sur les résultats de la consultation (à consulter sous : www.bj.admin.ch > Sécurité > Protection des victimes de violence domestique), 40.

juge des interdictions de contact et de périmètre, aideraient mieux et plus directement la victime que la création d'une infraction. Il renvoyait également aux travaux en cours aux niveaux fédéral et cantonal pour protéger et soutenir les victimes de harcèlement⁶.

3 Définitions

Le harcèlement n'est pas un phénomène nouveau. Les progrès techniques et les moyens de communication modernes lui ont toutefois donné une nouvelle dimension⁷. Le terme de *stalking* provient du vocabulaire anglais de la chasse et décrit le fait de poursuivre et harceler compulsivement une personne⁸. Le langage juridique français emploie le terme de « harcèlement ». Le langage juridique allemand les termes de « Nachstellung »⁹ ou de « beharrliche Verfolgung »¹⁰.

Il n'existe pas de **définition standard du harcèlement** : les approches scientifiques et juridiques varient¹¹. On peut toutefois retenir celle que contient l'**art. 34** de la convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (**convention d'Istanbul**)¹² : *le harcèlement est le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, d'adopter à plusieurs reprises un comportement menaçant dirigé envers une autre personne, conduisant celle-ci à craindre pour sa sécurité*¹³. Les principales caractéristiques en sont les suivantes :

- répétition des actes
- comportement menaçant
- peur de la victime
- intention

Dans la plupart des cas, la victime **connaît déjà personnellement** son harceleur. Dans 30 à 50% des cas, le harcèlement est le fait de son ex-partenaire ; il peut toutefois se produire aussi dans le cadre du travail, de la famille ou du voisinage ou être le fait d'une connaissance. Il est plus rare que des inconnus en soient l'auteur¹⁴. On peut classer grossièrement les **motivations** du harceleur dans deux catégories : celle du désir d'une relation et celle de la quête de vengeance¹⁵. L'**éventail des actes possibles** est très large. Il n'y a pas de comportement type du harceleur¹⁶. Le harcèlement va de la recherche de contact et de proximité (par ex. appels téléphoniques, sms, courriels ou cadeaux fréquents) à la contrainte et à la violence en passant par le fait de guetter, d'observer, de suivre, d'entrer dans l'appartement,

⁶ Message concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, FF 2017 6913, 6961 ss.

⁷ Zimmerlin Sven, Stalking – Erscheinungsformen, Verbreitung, Rechtsschutz, Sécurité & Droit/2011, 3 ss, 4 s.

⁸ Feuille d'information 7 du Bureau fédéral de l'égalité entre hommes et femmes, à consulter sous : www.bfeg.admin.ch > Documentation > Publications sur la violence > Feuilles d'information violence domestique > Feuille d'information 7, 2.

⁹ Art. 28b CC, § 238 du code pénal allemand

¹⁰ § 107a du code pénal autrichien

¹¹ Egger Theres/Jäggi Jolanda/Guggenbühl Tanja, Mesures de lutte contre le stalking. Vue d'ensemble des pratiques appliquées en Suisse et à l'étranger, rapport de recherche, 22 mars 2017 (à consulter sous : www.ebg.admin.ch > Documentation > Publications sur la violence), 4 s.

¹² RS 0.311.35

¹³ L'art. 34 de la convention d'Istanbul prévoit que les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger le harcèlement en infraction pénale. Dans le droit pénal suisse, le harcèlement peut être puni de manière générale ou via des infractions précises. Des mesures sont également prévues en droit civil. Le droit suisse dépasse par conséquent les exigences de la convention : message concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, FF 2017 163, 214.

¹⁴ Lutter contre le stalking. Vue d'ensemble des pratiques appliquées en Suisse et à l'étranger. Rapport du Conseil fédéral du 11 octobre 2017 en réponse au postulat Feri 14.4204 du 11 décembre 2014 (à consulter sous : www.ebg.admin.ch > Documentation > Publications sur la violence), 10 s.

¹⁵ Rapport « Lutter contre le stalking » (note 14), 11.

¹⁶ Egger/Jäggi/Guggenbühl (note 11), 6 et 4.

d'espionner, d'agir au nom de la victime (par ex. commande de marchandise), de porter atteinte à son honneur ou de faire des tentatives d'intimidation (par ex. dommage à la propriété, violence sur des animaux de compagnie ou menace de suicide). Des personnes de l'entourage de la victimes sont parfois impliquées¹⁷. Les méthodes, mais aussi les motivations du harceleur sont donc très variées (on parle d'**hétérogénéité** du harcèlement). Le seul élément commun est que les différents actes se répètent, sous une forme ou une autre, et que la victime est opprimée de manière reconnaissable. Le harcèlement est en outre qualifié de **processus dynamique** : la manière de procéder et les motivations de la personne qui harcèle évoluent au fil du temps. Le harcèlement peut déboucher sur des agressions physiques ou sexuelles, voire, dans les cas extrêmes, sur un homicide¹⁸.

Par « **harcèlement doux** », le Conseil fédéral entend les actes de harcèlement qui *ne tombent pas sous le coup d'une norme pénale en vigueur et ne sont donc pas punissables*. La victime n'est donc pas opprimée de manière reconnaissable¹⁹. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque pareils actes sont répétés ou associés à des actes graves, ils peuvent toutefois être qualifiés de punissables parce que la victime est dans l'ensemble opprimée de manière reconnaissable²⁰. On ne peut en revanche considérer comme un comportement répréhensible le fait qu'une personne cherchant à avoir une relation avec une autre fasse des tentatives répétées pour l'aborder de manière socialement correcte.

On entend par **cyberharcèlement** les actes de harcèlement *utilisant des moyens de communication électroniques* tels que courriels, réseaux sociaux ou certaines applis. Pour pouvoir parler de cyberharcèlement, il faut que le comportement présente les mêmes critères que le harcèlement non virtuel²¹. Il peut en aller d'envois massifs de messages, de la publication de posts indésirables sur les réseaux sociaux, du blocage de la boîte aux lettres électroniques par un bombardement de messages, d'espionnage des informations disponibles sur Internet ou de la publication de sites web avec des images et des données personnelles de la victime²². Comme on n'entre que virtuellement en contact par voie électronique, le seuil d'inhibition du harceleur potentiel se situe souvent à un niveau plus bas. De plus, le temps nécessaire à l'envoi de messages électroniques à la victime est moindre et possible à tout moment et en tout lieu²³. Les données qu'on fournit sur Internet en général et sur les réseaux sociaux en particulier permettent au harceleur de poursuivre sa victime en secret. Il lui est facile de découvrir l'adresse de sa victime potentielle, examiner ses habitudes et la harceler ensuite physiquement²⁴. Le cyberharcèlement est souvent une méthode utilisée parmi d'autres ; harcèlement en ligne et hors ligne se conjuguent bien souvent²⁵.

¹⁷ Egger/Jäggi/Guggenbühl (note 11), 7.

¹⁸ Feuille d'information 7 du BFEG (note 8), 2 ; cf. Vom Stalker zum Mörder, Neue Zürcher Zeitung, 16.02.2019, 19.

¹⁹ Message (note 6), FF 2017 6913, 6933 ; Egger/Jäggi/Guggenbühl (note 11), 6 ; Zimmerlin (note 7), 18.

²⁰ Cf. ch. 4.3.

²¹ Egger/Jäggi/Guggenbühl (note 11), 7.

²² Cyberstalking, Gefahren im Internet, Broschüre des Amtes für Erwachsenen- und Kinderschutz der Stadt Bern, 4.

²³ Cyberstalking (note 22), 4.

²⁴ Cadre juridique pour les médias sociaux, rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29.09.2011, 40.

²⁵ Egger/Jäggi/Guggenbühl (note 11), 65, avec renvois.

4 Le harcèlement dans le droit en vigueur

4.1 Introduction

Les Parties à la **convention d'Istanbul**, dont la Suisse, sont tenues d'ériger le harcèlement en infraction pénale (art. 34 de la convention). Le droit suisse en vigueur satisfait à cette exigence : le **code pénal** punit le harcèlement dans sa globalité ou sanctionne certains comportements et le **code civil** contient plusieurs mesures offrent une protection contre le harcèlement (et notamment ses formes douces) qui vont au-delà des exigences de la convention. Le droit en vigueur dépasse par conséquent les exigences de la convention²⁶. Nous exposons ci-dessous la protection assurée par le code pénal et le code civil contre le harcèlement. Nous n'abordons pas le code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)²⁷, mais s'il s'avérait nécessaire de réviser le CP, il faudrait étudier de plus près la question d'une modification parallèle du CPM.

4.2 Droit pénal

4.2.1 Infractions pertinentes

Le droit pénal en vigueur permet de poursuivre et punir le harcèlement sur la base de différentes dispositions. Les infractions ci-dessous sont plus particulièrement concernées. Dans les cas les moins graves, il s'agit par nature *d'infractions poursuivies sur plainte* : la victime doit porter plainte pour que la poursuite soit entamée. La contrainte, les lésions corporelles graves, les infractions graves contre l'intégrité sexuelle et les menaces, lésions corporelles simples ou voies de fait dans le couple sont en revanche poursuivies d'office.

Crimes ou délits contre la liberté

- **Contrainte** : la contrainte consiste à limiter la liberté d'action d'une personne – par la violence ou la menace par ex. – et la contraindre ainsi à faire, ne pas faire ou laisser faire un acte punissable (art. 181 CP).
- **Menaces** : celui qui, par une menace grave, aura alarmé ou effrayé une personne sera, sur plainte, puni (art. 180 CP).
- **Violation de domicile** : le harceleur qui pénètre dans l'habitation de sa victime contre sa volonté et de manière illicite est puni en vertu de l'art. 186 CP.

Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle

- **Lésions corporelles** : les dispositions concernant les lésions corporelles *graves* (art. 122 CP) et *simples* (art. 123 CP) punissent la violence physique exercée par le harceleur. Le harcèlement peut aussi entraîner des atteintes à la santé psychique telles que trouble du sommeil ou de l'alimentation, angoisses généralisées et dépressions²⁸. Les art. 122 s. CP sont par conséquent applicables aux actes de harcèlement qui provoquent des problèmes de santé psychiques graves, assimilables à une maladie²⁹.

²⁶ Message concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, FF 2017 163, 213 s.

²⁷ RS 321.0

²⁸ Egger/Jäggi/Guggenbühl (note 11), 12.

²⁹ Roth Andreas/Berkemeier Anne, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4^e éd., Bâle 2019, introduction de l'art. 122 N 18. Pour le Tribunal fédéral, les lésions qui entraînent un choc nerveux constituent par ex. déjà une infraction : ATF 103 IV 65, consid. II.2.c) et 107 IV 40, consid. 5 c). Voir sur l'ensemble de la question Kinzig Jörg, Die Strafbarkeit von Stalking in Deutschland – Vorbild für die Schweiz?, recht 2011, 1 ss, 11.

- **Voies de fait** : les voies de fait (art. 126 CP) sont des agressions mineures et sans conséquence pour l'intégrité corporelle³⁰, comme une gifle.

Infractions contre le patrimoine

- **Dommages à la propriété** : l'art. 144 CP punit le fait d'endommager, de détruire ou de mettre hors d'usage une chose appartenant à autrui ou frappée d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui.

Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé

- **Délits contre l'honneur** : celui qui accuse une personne ou jette sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération (diffamation, art. 173 CP), le fait en connaissant la fausseté de ses allégations (calomnie, art. 174 CP) ou attaque face-à-face autrui dans son honneur (injure, art. 177 CP) se rend punissable. Les dispositions protégeant l'honneur s'appliquent en particulier aux déclarations publiques ou aux photos, publiées par ex. sur Internet (cyberharcèlement), sur des prospectus ou des affiches. Les injures visant la seule victime sont elles aussi punies. Les infractions contre l'honneur concernent donc notamment aussi le fait d'infliger des douleurs morales³¹.
- **Utilisation abusive d'une installation de télécommunication** : l'infraction prévue à l'art. 179^{septies} CP punit l'utilisation abusive d'une installation de télécommunication pour inquiéter ou harceler une personne. La disposition s'applique aux appels téléphoniques (en particulier sur portable) et aux courriels, messages en texte ou en image sur le réseau du téléphone ou Internet³². La loi fédérale sur l'harmonisation des peines³³ élèvera l'infraction au rang de délit : l'utilisation abusive peut être massive, de sorte que la peine en vigueur aujourd'hui paraît trop faible. Dans les cas de harcèlement, le potentiel d'abus est considérable vu les moyens de télécommunication dont on dispose maintenant (cyberharcèlement). De plus, les deux éléments subjectifs que sont la méchanceté et l'espièglerie seront biffés. Les témoignages d'amoureux éconduits ou les obscénités seront donc une infraction punie par cet article³⁴. La peine encourue pour cette infraction punie sur plainte (l'amende aujourd'hui) sera transformée en une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire.
- **Usurpation d'identité** : dans le cadre de la révision totale de la loi sur la protection des données³⁵, le Conseil fédéral propose d'introduire dans le code pénal une nouvelle infraction punissant l'usurpation d'identité (art. 179^{decies} P-CP). Cette infraction consiste à utiliser l'identité d'une personne sans son consentement pour lui nuire ou pour obtenir un avantage illicite. Cette forme d'atteinte à la personnalité a gagné en

³⁰ ATF 103 IV 69, 68 IV 85.

³¹ ATF 117 IV 16.

³² Ramel Raffael/Vogelsang André, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^e éd., Bâle 2019, art. 179^{septies} N 7.

³³ FF 2018 3017

³⁴ Message concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessible au droit des sanctions modifié, FF 2018 2889, 2929 avec le renvoi à l'ATF 126 IV 216 consid. 2

³⁵ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565. Le Conseil fédéral a approuvé le message le 15 septembre 2017. Lors de ses délibérations, le Parlement a décidé de partager le projet et de procéder pour commencer aux adaptations au droit européen. L'infraction sera introduite dans un second temps (cf. dossier n° 17.059, communiqués de presse).

importance avec la diffusion des moyens de communication électronique et de l'utilisation des médias sociaux³⁶. La disposition proposée punit notamment les situations de (cyber)harcèlement : comme lorsque le harceleur commande un bien ou un service au nom de sa victime ou fait des déclarations compromettantes sur les réseaux sociaux. L'intention existe dans tous ces cas, le harceleur voulant faire peur à sa victime³⁷.

Infractions contre l'intégrité sexuelle

- Le harcèlement peut également s'exprimer par des contraventions à l'intégrité sexuelle. Le harceleur qui importune sa victime par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles grossières est puni en vertu de l'art. 198 CP. Sont bien sûr également punissables les actes graves que sont la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et le viol (art. 190 CP). Mais on ne parle plus vraiment de harcèlement dans ces cas.

4.2.2 La protection pénale dans la jurisprudence et la doctrine

Une jurisprudence toujours plus riche confirme le fait que le droit en vigueur permet de punir le harcèlement. Début avril 2019, les médias ont par ex. rapporté le cas d'une femme qui avait subi des années de harcèlement : elle a d'abord été importunée sexuellement et physiquement dans un club, puis été assaillie d'appels téléphoniques et de sms et pour finir de courriels confus et de paquets. Le harceleur a été puni d'une amende pécuniaire pour **désagrèments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel, contrainte et utilisation abusive d'une installation de télécommunication**. Sa condamnation pénale ne l'a pas empêché de poursuivre son harcèlement³⁸. En mars dernier, les médias ont rendu compte d'un cas de cyberharcèlement dans lequel une amende avait été prononcée au titre de l'art. 198 CP³⁹. En décembre 2018, un harceleur qui avait menacé son ex-partenaire de l'asperger d'acide a été condamné à une peine privative de liberté de 30 mois au Tessin (dont 20 mois avec sursis)⁴⁰. Sans parler du cas bien connu de Yannick Buttet, condamné à une peine pécuniaire pour **contrainte**⁴¹.

Le **Tribunal fédéral** s'est notamment penché sur l'application de **la disposition sur la contrainte** aux actes de harcèlement et a développé toute une **jurisprudence** : certes, la contrainte présuppose un examen de chaque acte individuel et non du comportement général du prévenu et il faut que chacun de ses actes oblige la victime à faire, ne pas faire ou laisser faire un acte. Dans les cas de harcèlement cependant, ces actes doivent être appréciés en tenant compte de l'ensemble des circonstances : en cas d'agissements répétés sur une certaine période, leurs effets se cumulent. Lorsqu'ils atteignent une certaine intensité, chaque acte – qui ne suffirait pas en lui-même à réaliser l'infraction de contrainte – peut avoir un effet comparable sur la liberté de la victime⁴². Dans les cas de harcèlement, le comportement que l'auteur veut imposer à sa victime peut, de l'avis du Tribunal fédéral, entraîner par ex. un

³⁶ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565, 6741 s.

³⁷ La seule intention de causer de graves ennuis peut déjà être considérée comme une nuisance suffisante : message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565, 6742 avec les renvois.

³⁸ «Kannst du mich jetzt bitte anrufen?», Neue Zürcher Zeitung, 01.04.2019.

³⁹ Warum wird der Online-Stalker nicht gestoppt?, Blick, 13.03.2019 ; cf. ch. 4.2.4.

⁴⁰ Stalking e minacce alla ex: condannato 44enne ticinese, ticinonews, 11.12.2018.

⁴¹ Ehemaliger Nationalrat Yannick Buttet verurteilt, Blick, 16.08.2018.

⁴² ATF 129 IV 262, regeste et consid. 2.3–2.5 ; cf. aussi l'ATF 114 IV 437.

changement des habitudes ou des heures de départ et de retour de la victime⁴³ ou la contraindre à une discussion⁴⁴.

Au vu de cette jurisprudence, l'appréciation pénale du harcèlement ne devrait pas, selon la **doctrine**, s'écarter beaucoup de celle de l'Allemagne, où une infraction spécifique de harcèlement a été introduite en 2007⁴⁵. Certains arguent qu'il n'est pas évident que la création d'une infraction puisse aider les victimes de manière indiscutable⁴⁶. La continuité de la jurisprudence confirme qu'il n'est pas besoin d'une norme pénale explicite⁴⁷. Une partie de la doctrine critique pourtant le fait que le harcèlement ne peut être jugé dans sa globalité en l'absence d'infraction spécifique : elle estime que les excès singuliers sont détachés artificiellement d'un ensemble d'actes qui forment un tout⁴⁸. Schwarzenegger/Gurt sont d'avis que la variante consistant à entraver une personne « de quelque autre manière dans sa liberté d'action » permet de punir aussi les actes de harcèlement de peu de gravité sans devoir passer par une construction telle que celle de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le droit en vigueur permet tout à fait de réagir adéquatement aux actes de harcèlement de faible intensité. Ces auteurs renvoient à un arrêt du tribunal de district de Zurich qualifiant de tentative de contrainte les 1297 appels passés par une femme atteinte psychiquement à sa thérapeute (avant même que le Tribunal fédéral ne mette au point sa jurisprudence)⁴⁹.

Le Tribunal fédéral a également décidé que la contrainte doit en principe être qualifiée de **délit grave** au sens de l'art. 221, al. 1, let. c, du code de procédure pénale (CPP)⁵⁰ avec la peine de trois ans encourue théoriquement⁵¹. Lors d'une poursuite pénale pour harcèlement, il est donc possible, pour autant que les circonstances révèlent l'existence d'une menace, d'ordonner une **détention provisoire pour risque de récidive**. Si des **mesures de substitution** suffisent pour éviter ce risque, le tribunal choisira cette option (art. 237, al. 1, CPP). Il peut notamment imposer des charges au prévenu, comme l'assignation à résidence ou l'interdiction de se rendre dans un certain lieu ou un certain immeuble, ou encore l'interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes (art. 237, al. 2, let. c et g, CPP). Le tribunal peut ordonner une *surveillance électronique* pour assurer que les mesures sont exécutées (art. 237, al. 3, CPP)

Il faut également signaler la possibilité du **cautionnement préventif**. Cette mesure peut s'appliquer avant même qu'une infraction ait été commise, mais qu'une personne risque de commettre un crime ou un délit qu'elle a menacé de commettre (y compris tacitement). Le tribunal peut alors, si la personne menacée porte plainte, faire promettre à celle qui menace

⁴³ ATF 129 IV 262, consid. 2.7.

⁴⁴ ATF 114 IV 437, consid. 3.1 et 3.3.

⁴⁵ Zimmerlin (note 7), 20, au sujet de la disposition allemande dans sa teneur de mars 2017 ; il concède un certain doute quant aux exigences élevées du Tribunal fédéral envers l'intensité de la contrainte. Concernant la disposition allemande, cf. ch. 5.1.

⁴⁶ Kinzig (note 29), 13 et Schwander Marianne, art. 181 CP. Nötigung durch Stalking, Bundesgerichtsurteil 141 IV 437, Entscheidbesprechung, PJA 7/2016, 987 ss, 993, au sujet de la disposition allemande dans sa teneur de mars 2017 ; cf. aussi Schwarzenegger Christian/Gurt Aurelia, Possibilités d'action juridique contre le stalking en Suisse, avis de droit commandé par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), Zurich, 14 mars 2019 (en cours de traduction, à consulter sous : www.ebg.admin.ch > Documentation > Publications sur la violence), 27.

⁴⁷ Schwander (note 46), 993, au sujet de la disposition allemande dans sa teneur de mars 2017.

⁴⁸ Zimmerlin (note 7), 20.

⁴⁹ Schwarzenegger/Gurt (note 46), 27, avec le renvoi au tribunal de district de Zurich, cit. dans le Tages-Anzeiger du 08.06.2005, 17. Comme on ne sait pas si la jurisprudence poursuivra dans cette direction ou non, Schwarzenegger/Gurt recommandent de réviser le CP.

⁵⁰ RS 312.0

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_489/2018 du 21 novembre 2018, consid. 4. Pour apprécier la gravité de l'infraction et le risque, il faut tenir compte des circonstances. En l'espèce, les tentatives de contact étaient des courriels, des lettres et des appels téléphoniques, mais il n'y avait aucun risque de violence. Le Tribunal fédéral a donc rejeté le motif de la détention.

de ne pas passer à l'acte et l'obliger à fournir les sûretés appropriées. Lorsque l'intéressé refuse de promettre ou, par mauvaise volonté, ne fournit pas les sûretés dans le temps imparti, le tribunal peut l'y contraindre par une détention pour des motifs de sûreté. Celle-ci ne doit pas dépasser deux mois (art. 66 CP, 372 s. CPP).

Lorsque quelqu'un a été *condamné* pour un crime ou un délit envers une ou plusieurs personnes ou des personnes d'un certain groupe et que le risque existe qu'il commette d'autres crimes ou délits en cas de nouveau contact avec sa ou ses victimes, le tribunal peut ordonner une **interdiction de contact et une interdiction géographique** (art. 67b CP). Pareille interdiction sert précisément à empêcher le harcèlement compulsif. Il est également possible de recourir à la surveillance électronique pour assurer l'exécution de la mesure et notamment localiser l'auteur (art. 67b, al. 3, CP).

4.2.3 Le « harcèlement doux » en particulier

Parmi les actes qui tombent sous le coup de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la contrainte et d'autres infractions existantes, nombreux sont ceux que le public perçoit isolément comme des formes douces de harcèlement. Tel est le cas des envois postaux et cadeaux déposés par le harceleur dans la boîte aux lettres de sa victime, de celui qui exige à voix haute de pouvoir discuter avec elle ou qui la guette dans l'entrée de son immeuble⁵². La notion de « harcèlement doux » qu'utilise le Conseil fédéral et le présent rapport est plus étroite : on ne peut sanctionner selon le droit en vigueur et la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral le simple harcèlement par lequel la victime n'est *dans l'ensemble* jamais opprimée de manière reconnaissable. Comme lorsque quelqu'un cherche le contact avec une personne physiquement ou par d'autres moyens, lui envoie constamment des roses pendant une longue période de temps, mais ne commet pas d'autres actes qui empoisonnent la vie de cette personne et constituent, seuls ou compte tenu des circonstances, une infraction.

4.2.4 Le cyberharcèlement en particulier

Le cyberharcèlement peut lui aussi tomber sous le coup des dispositions pénales en vigueur⁵³. Sont notamment applicables les dispositions sur les infractions contre l'honneur, l'utilisation abusive d'une installation de télécommunication, la menace, la contrainte et l'usurpation d'identité qui est sur le point d'être créée, mais aussi les représentations de la violence, l'accès indu à un système informatique, la détérioration de données, l'extorsion et le chantage, la soustraction de données, la pornographie ou les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel. Le Tribunal fédéral a qualifié d'actes de contrainte punissables la publication des détails privés et intimes d'une relation ou de courriels privés, de données saisies sur Facebook et le harcèlement direct par des courriels⁵⁴. Les médias ont rendu compte d'un cas de cyberharcèlement dans lequel un agent de placement de Thoune harcelait des femmes sur Internet et a été puni d'une amende pour désagréments causés

⁵² Considérant pareils actes ensemble et combinés avec de nombreux autres actes graves, le Tribunal fédéral a reconnu la tentative répétée de contrainte : ATF 129 IV 262.

⁵³ Rapport du 29.09.2011 sur les médias sociaux (note 24), 39 : cf. aussi « Un cadre juridique pour les médias sociaux: Nouvel état des lieux », Rapport complémentaire du Conseil fédéral sur le postulat Amherd 11.3912 « Cadre juridique pour les médias sociaux », 35 ss.

⁵⁴ ATF 114 IV 437, consid. 3.3.

par la confrontation à un acte d'ordre sexuel⁵⁵. Les bases légales permettant de punir le cyberharcèlement existent elles aussi ; le principal problème réside dans l'application du droit, par ex. dans la recherche de l'identité de l'auteur⁵⁶.

Le cyberharcèlement semble émaner majoritairement des **adolescents**. Les jeunes auteurs sont punis pour les mêmes infractions que les adultes, mais les sanctions obéissent au droit pénal des mineurs.

4.3 Droit civil

Le droit civil prévoit lui aussi des mesures de protection contre le harcèlement, et notamment contre le « harcèlement doux »⁵⁷. Dans le cadre de la protection de la personnalité, l'art. 28b CC permet de se protéger lorsque le harcèlement porte atteinte ou menace l'intégrité physique, psychique, sexuelle ou sociale et ce, indépendamment de la relation existant en droit ou dans les faits entre les personnes concernées. Selon l'al. 1, le juge civil peut notamment ordonner des interdictions de s'approcher d'une personne, de fréquenter certains lieux ou de prendre contact avec la personne. La liste n'est pas exhaustive : le juge peut aussi ordonner d'autres mesures propres à protéger le demandeur du harcèlement, comme l'interdiction de distribuer des prospectus au contenu diffamatoire ou portant atteinte à l'honneur ou de poster des messages de même nature sur les réseaux sociaux. Les mesures peuvent aussi être ordonnées à titre provisionnel ou superprovisionnel et mises en œuvre très rapidement. L'art. 268 du code de procédure civile⁵⁸ permet de les modifier ou les adapter en tout temps. Le juge peut en outre accompagner la décision de la menace d'une peine au sens de l'art. 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité) de sorte que le harceleur pourra également être poursuivi pénalement.

La **loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence** que le Parlement a adoptée le 14 décembre 2018 améliorera encore la protection assurée par l'art. 28b CC. Le législateur a non seulement abaissé les obstacles de la procédure civile, mais aussi créé une base légale permettant de surveiller électroniquement le respect de l'interdiction faite à l'auteur d'approcher d'une personne, de prendre contact avec elle ou de fréquenter certains lieux (art. 28c nCC). Cette possibilité devrait retenir le harceleur de passer outre. De plus, la situation de la victime s'améliorera également beaucoup au plan des preuves : l'inobservation des mesures ordonnées par le juge pourra être démontrée bien plus facilement grâce aux enregistrements des déplacements de l'auteur et entraîner une sanction au sens de l'art. 292 CP ou d'autres dispositions. Tout ça améliore considérablement la protection contre les formes douces de harcèlement.

5 Punissabilité à l'étranger

Les premières dispositions pénales spécifiques sur le harcèlement ont été adoptées au début des années 1990 dans les pays anglo-saxons, puis d'Europe du nord. D'autres pays européens ont suivi à partir de 2005. Aujourd'hui, une bonne moitié des pays de l'UE punissent l'infraction de harcèlement, parmi lesquels l'Allemagne et l'Autriche⁵⁹.

⁵⁵ Warum wird der Online-Stalker nicht gestoppt?, Blick, 13.03.2019.

⁵⁶ Rapport du 29.09.2011 sur les médias sociaux (note 24), 40 ; cf. motion de la Commission des affaires juridiques du CE 18.3379 « Accès des autorités de poursuite pénale aux données conservées à l'étranger » et la motion Glättli 18.3306 « Renforcer l'application du droit sur Internet en obligeant les grandes plates-formes commerciales à avoir un domicile de notification ».

⁵⁷ Cf. ch. 3 et 4.2.3 pour la définition du terme.

⁵⁸ RS 272

⁵⁹ Egger/Jäggi/Guggenbühl (note 11), 20 s. Selon leurs indications, il existe une infraction de harcèlement dans les pays européens suivants : Angleterre, Pays de Galles, Irlande du nord (1997, 2012), Irlande (1997), Danemark (1933), Belgique

5.1 Allemagne

En Allemagne, le **§ 238 du code pénal** punissant le harcèlement (**Nachstellungen**) est entré en vigueur en **2007**. L'infraction est rangée parmi les infractions contre la liberté personnelle. Le harcèlement est poursuivi sur plainte et passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La disposition a été **révisée** le 1^{er} mars 2017 pour la principale raison que l'infraction d'origine présupposait une *atteinte grave à la vie de la victime*. La punissabilité dépendait donc du seuil de tolérance de la victime⁶⁰ ; il n'est pourtant pas acceptable que la victime ait dû déménager, par ex., pour que son harceleur puisse être poursuivi pénalement. Les obstacles étaient trop élevés ; si les plaintes étaient nombreuses, seuls de rares auteurs ont dû rendre compte de leurs actes⁶¹. Aujourd'hui, le harceleur peut être puni si son acte *est susceptible* de porter une atteinte grave à la vie de sa victime, que celle-ci résiste à la pression et ne change rien à son mode de vie. Il faut comprendre la révision sous l'angle d'une différence de système pénal : contrairement à la Suisse, l'Allemagne ne punit pas la tentative de délit. En Suisse, même s'il faut qu'il y ait *atteinte à la vie de la victime* pour qu'il y ait infraction, celle-ci pourrait être punie à un stade antérieur : à savoir dès que le harceleur cherche à porter atteinte à la façon de vivre de sa victime (même s'il n'y parvient pas)⁶².

La disposition allemande a la teneur suivante :

§ 238 D-CP Nachstellung

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer anderen Person in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen, indem er beharrlich

1. die räumliche Nähe dieser Person aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu dieser Person herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von personenbezogenen Daten dieser Person
 - a) Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für sie aufgibt oder
 - b) Dritte veranlasst, Kontakt mit ihr aufzunehmen, oder
4. diese Person mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit ihrer selbst, eines ihrer Angehörigen oder einer anderen ihr nahestehenden Person bedroht oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt.

(2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(1998), Pays-Bas (2000), Malte (2005), Autriche (2006), Allemagne (2007), Hongrie (2008), Italie (2009), Luxembourg (2009), Ecosse (2010), Tchéquie (2010), Pologne (2011), Suède (2011). La France, la Finlande, la Grèce et l'Espagne ne disposent pas d'infraction spécifique.

⁶⁰ Kinzig (note 29), 5.

⁶¹ So will die Bundesregierung Stalking-Opfer besser schützen, Spiegel, 13.07.2016 ; Kinzig, (note 29), 1 et 6 ss ; Kuhlen Lothar, Stalking als kriminalpolitisches Problem, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 3/2018, 89 ss, 94 : les statistiques (concernant l'ancien droit) montrent qu'il n'y a eu condamnation que dans 1,9% des cas dénoncés.

⁶² Schwarzenegger/Gurt (note 46), 28.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

L'application de la disposition allemande pose problème⁶³. Quelques auteurs sont toutefois favorables à la disposition⁶⁴, car elle permet de poursuivre des comportements qui se situent dans une zone grise, entre punissabilité et correction sociale, et qui ont ou peuvent avoir de lourdes conséquences pour leur victime. Vu le polymorphisme du harcèlement, il n'est pas possible, selon eux, d'en définir toutes les facettes. Un autre avantage de la disposition serait de signaler le caractère illicite du harcèlement⁶⁵. Durant la procédure législative, il a cependant été dit qu'une législation purement symbolique ne saurait justifier une nouvelle norme pénale ; l'amélioration de la protection de la victime non plus, car ce point de vue ne peut être adopté que s'il existe un auteur auquel on peut reprocher un comportement punissable⁶⁶. Une disposition laissant à l'appréciation du juge de fixer les limites de l'infraction et ne fournissant pas suffisamment de points d'ancrage précis ne répond pas au principe de précision de la base légale⁶⁷. Spohn tire un bilan des 10 années ayant suivi l'entrée en vigueur de la disposition : selon lui, les attentes qu'elle a suscitées – qui étaient irréalistes – ne sont pas satisfaites à plusieurs égards. Il n'y aura jamais de définition pénale de ce phénomène quasi insaisissable qui puisse satisfaire toutes les parties⁶⁸.

5.2 Autriche

En Autriche, l'infraction de harcèlement est en vigueur depuis **2006** ; elle est sanctionnée d'une peine privative de liberté d'un an ou d'une peine pécuniaire de 720 jours-amende au plus.

§ 107a Ö-CP Beharrliche Verfolgung

(1) Wer eine Person widerrechtlich beharrlich verfolgt (Abs. 2), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Beharrlich verfolgt eine Person, wer in einer Weise, die geeignet ist, sie in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt

1. ihre räumliche Nähe aufsucht,
2. im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu ihr herstellt,
3. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Waren oder Dienstleistungen für sie bestellt oder
4. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Dritte veranlasst, mit ihr Kontakt aufzunehmen.

(3) Hat die Tat den Selbstmord oder einen Selbstmordversuch der im Sinn des Abs. 2 verfolgten Person zu Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

⁶³ Stadler Susanne, Stalking – Nachstellung, Entwicklung, Hintergründe und rechtliche Handlungsmöglichkeiten, thèse. Bonn 2009, 375.

⁶⁴ Kuhlen (note 61), 95.

⁶⁵ Stadler (note 63), 375.

⁶⁶ Krehl Christoph, in: Lauffhütte Heinrich Wilhelm/Rissig-Van Saan Ruth/Tiedemann Klaus (éd.), Leipziger Grosskommentar zum Strafgesetzbuch, §§ 232 bis 241a, 12^e édition, Berlin 2015, § 238 N 16.

⁶⁷ Fischer Thomas, Beck'scher Kurzkommentar zum Strafgesetzbuch, 60^e édition, Munich 2013, § 238 N 6a.

⁶⁸ Stadler (note 63), 375.

6 Propositions de codification

6.1 Infraction spécifique

Formulation complète

181^{bis} CP Harcèlement

Quiconque, en harcelant obstinément une personne, porte gravement atteinte à sa façon de vivre est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Liste de comportements

181^{bis} CP Harcèlement

Quiconque, en harcelant obstinément une personne, porte gravement atteinte à sa façon de vivre, notamment en recherchant sa proximité géographique, en prenant contact avec elle par des moyens de communication ou des tiers, en commandant des biens ou services en utilisant ses données, ou en la soumettant à une menace grave est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

C'est en concevant une disposition spécifique sur le harcèlement, portant le titre marginal « Harcèlement », qu'on obtiendrait l'effet symbolique le plus fort. Le terme « obstinément » englobe d'une part l'aspect répétitif, d'autre part la gravité nécessaire des actes. Il n'est pas nécessaire (comme dans le droit allemand) de rendre punissable les actes susceptibles de porter une atteinte grave à la vie de la victime car le droit suisse punit la tentative⁶⁹. Reste qu'une infraction spécifique, reposant sur une liste d'éléments constitutifs, conduira inmanquablement à de délicates questions de délimitation et de concours d'infraction.

6.2 Complément apporté à la disposition sur la contrainte

Art. 181 CP Contrainte

Quiconque, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, en la harcelant obstinément ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Schwarzenegger/Gurt proposent de compléter la disposition sur la contrainte (dans une formulation légèrement différente)⁷⁰. Le harcèlement est placé dans la disposition sur la contrainte parce qu'il n'est pas un but en soi, mais vise à contraindre la victime à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte. Il serait facile de concilier la jurisprudence du Tribunal fédéral avec cette modification⁷¹.

6.3 Complément apporté à la disposition sur la menace

Art. 180 CP Menace

¹ Quiconque, par une menace grave ou un harcèlement obstiné, alarme ou effraie une personne est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² La poursuite a lieu d'office: (...)

⁶⁹ Cf. ch. 5.1.

⁷⁰ Schwarzenegger/Gurt (note 46), 27: « durch mehrmaliges Belästigen, Auflauern oder Nachstellen ».

⁷¹ Schwarzenegger/Gurt (note 46), 28.

Vanoli propose de compléter la disposition sur la menace⁷². L'entrave à la liberté d'action n'est ici pas nécessaire. Conformément à la définition du harcèlement en usage au niveau international⁷³, le comportement du harceleur doit cependant alarmer ou effrayer sa victime.

6.4 Avantages et inconvénients

Comme nous l'avons dit plus haut, le harcèlement est *hétérogène* : s'il est facile de définir clairement les lésions corporelles simples, par ex., il faudrait, si on prévoyait une infraction spécifique de harcèlement, formuler de manière très large le comportement punissable. Le harcèlement peut émaner des *comportements* les plus divers, chacun d'entre eux pouvant représenter à *lui seul un acte répréhensible*. De plus, dans le cas du harcèlement, des comportements *qui ne correspondent à aucun acte forcément punissable, pris isolément, peuvent acquérir un caractère punissable de par leur répétition*⁷⁴. Si on veut disposer d'un instrument efficace, il faut **formuler l'infraction de manière très ouverte**, chose qui est contraire au **principe de précision de la base légale**. Ce principe veut que le *comportement punissable soit décrit de manière précise dans la loi*. Car le *destinataire du droit doit savoir quel comportement est punissable, au risque sinon de ne pouvoir s'y conformer*. Il s'agit là d'une règle dérivant du principe de légalité inscrit à l'art. 1 CP.

D'aucuns critiquent cependant le fait que le droit pénal en vigueur oblige à **décomposer artificiellement** le harcèlement en **actes isolés**. Aucun des actes ne remplissant les conditions d'une unité d'action ou de la commission réitérée d'actes, ils devraient chacun remplir les éléments constitutifs de l'infraction⁷⁵. Dans l'hypothèse d'une infraction spécifique de harcèlement, présumant l'existence d'un harcèlement répété, on pourrait les considérer ensemble. On peut objecter à cette critique que le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence, admet que l'on considère l'ensemble des circonstances dans le cas de la contrainte.

Dans le cas où l'auteur ne serait pas jugé pour différentes **infractions concurrentes**, mais pour une seule infraction de harcèlement, la conséquence pourrait être qu'une peine plus légère soit prononcée⁷⁶.

En ce qui concerne la punissabilité du « **harcèlement doux** », il ne faut pas oublier que la sanction encourue dans le droit allemand **n'est pas significativement plus lourde que dans la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral**. Le harcèlement, dans ses formes de moindre gravité, peut être considéré comme un comportement socialement correct et par conséquent non punissable. Et si pareil comportement devait être puni sur la base d'une disposition sur le harcèlement, on ne pourrait prononcer que **des amendes ou de faibles peines pécuniaires**.

On lit parfois qu'il est difficile, dans le droit en vigueur, de prouver chacune des infractions commises par le prévenu en raison de la diversité des dispositions applicables. Dans les cas de harcèlement, les **problèmes de preuve** sont en effet fréquents. Ils ne seraient pas moins nombreux si on créait une infraction spécifique de harcèlement. Une norme pénale au contenu très vague pourrait même conduire à d'encore plus grosses difficultés en matière de preuves.

⁷² Vanoli Orlando, Stalking, Ein «neues» Phänomen und dessen strafrechtliche Erfassung in Kalifornien und in der Schweiz, thèse. Zurich 2009, N 361 ss : « durch andauernde Belästigungen » ; cf. aussi Schwarzenegger/Gurt (note 46), 28.

⁷³ Cf. ch. 3.

⁷⁴ Rapport explicatif de la convention, ch. 185 (à consulter sous www.coe.int > Explorer > Bureau des traités > Liste complète > 210 > Rapport explicatif).

⁷⁵ Cf. ch. 4.2.2.

⁷⁶ Cf. Kinzig (note 29) au sujet du groupement des actes secondaires dans la disposition allemande, 5.

On a coutume de souligner la **portée symbolique** d'une infraction spécifique. La jurisprudence allemande a montré que l'existence d'une infraction de harcèlement n'a que rarement conduit à des condamnations malgré le nombre élevé de plaintes⁷⁷. Elle pourrait laisser penser que l'Etat n'est pas en mesure de poursuivre et de punir les actes de harcèlement à l'aide du droit pénal, chose qui pourrait être totalement contreproductive face aux harceleurs potentiels.

7 Conclusion

Il faut partir du principe que l'adoption d'une infraction spécifique de harcèlement ou une modification des infractions de contrainte ou de menace placerait la punissabilité à peu près au même niveau que le fait aujourd'hui la jurisprudence du Tribunal fédéral. Un avantage pourrait résider dans le fait qu'il serait prescrit que le harcèlement doit être considéré dans sa globalité ; la jurisprudence du Tribunal fédéral serait ainsi codifiée. Restent les problèmes que posent les preuves : une formulation légale forcément très ouverte pourrait entraîner des difficultés plus grandes encore. La protection des victimes ne serait pas nettement améliorée par une norme pénale sur le harcèlement ou une modification des normes existantes. La jurisprudence a montré que les harceleurs peuvent bien souvent être ramenés à la raison par une intervention de l'Etat, telle qu'une mise en garde de la police. Dans les autres cas, une peine (adaptée à la gravité des actes) n'arrête pas les harceleurs d'agir. Il ne faut donc pas trop attendre de l'adoption d'une norme pénale sur le harcèlement.

⁷⁷ Cf. ch..5.1.