

Recherches juridiques lausannoises

Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Editées par Hansjörg Peter, professeur à la Faculté de droit

Ludovic-Adrien Tirelli

La répression pénale  
des consommateurs de  
pédopornographie à  
l'heure de l'Internet

Etude de droit comparé et de droit suisse

Schulthess § 2008

---

# Table des matières détaillée

Sommaire	IX
Table des abréviations	XV
Introduction	1
<b>Première Partie : La Technique</b>	<b>5</b>
Préambule	7
<b>Titre 1. L'ordinateur</b>	<b>7</b>
Chapitre 1. Le langage	9
Chapitre 2. Les lieux de mémoire	11
§ 1. La mémoire	11
§ 2. Les lieux de mémoire proprement dits	12
I. Le disque dur, « <i>mémoire de masse</i> »	12
II. La mémoire vive	15
III. La mémoire-cache	17
A. Généralités	17
B. La mémoire-cache de l'Explorateur Internet	18
§ 3. Les lieux de mémoire improprement dits	19
I. Les fichiers Swap	19
II. Les fichiers temporaires	20
III. Les fichiers journaux	20
IV. L'Historique Internet	21
V. Les Cookies	21
VI. Les fichiers index.dat	22
<b>Titre 2. Les applications de l'Internet</b>	<b>23</b>
Chapitre 1. Le Web ( <i>World Wide Web</i> )	23
Chapitre 2. La messagerie électronique ( <i>E-mail</i> )	26
Chapitre 3. Les groupes et forums de discussion ( <i>Newsgroups</i> )	28
Chapitre 4. Les systèmes de communication en temps réel ( <i>Chat, Instant Messaging</i> )	29
Chapitre 5. Les systèmes de transfert de fichiers de pair à pair ( <i>Peer to peer, P2P</i> )	31
Chapitre 6. Le système BBS ( <i>Bulletin Board System</i> )	32
<b>Synthèse</b>	<b>33</b>

<b>Seconde partie Le Droit</b>	35
Préambule	37
<b>Titre préliminaire. Les instruments internationaux de lutte contre la pédopornographie</b>	39
Chapitre 1. La Convention relative aux droits de l'enfant	39
Chapitre 2. Le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant	40
Chapitre 3. La Convention sur la Cybercriminalité	41
Chapitre 4. La décision-cadre 2004/68/JAI	42
<b>Titre 1. Le droit comparé</b>	45
<b>Sous-Titre 1. Généralités</b>	47
<i>Chapitre 1. L'Allemagne</i>	47
§ 1. Paysage juridique	47
§ 2. Base légale	48
§ 3. Historique	50
§ 4. Biens juridiquement protégés	51
<i>Chapitre 2. La France</i>	56
§ 1. Paysage juridique	56
§ 2. Bases légales	57
§ 3. Historique	58
§ 4. Biens juridiquement protégés	60
<i>Chapitre 3. L'Italie</i>	63
§ 1. Paysage juridique	63
§ 2. Bases légales	64
§ 3. Historique	67
§ 4. Biens juridiquement protégés	68
<i>Chapitre 4. L'Angleterre</i>	72
§ 1. Paysage juridique	72
§ 2. Bases légales	73
§ 3. Historique	76

§ 4. Biens juridiquement protégés	77
I. Généralités	78
II. Les intérêts protégés	80
<i>Chapitre 5. Les Etats-Unis</i>	83
§ 1. Paysage juridique	83
§ 2. Bases légales	84
§ 3. Historique	95
§ 4. Biens juridiquement protégés	99
<b>Sous-Titre 2. Eléments constitutifs</b>	105
<i>Chapitre 1. Les vecteurs du message pédopornographique</i>	105
§ 1. Les critères de comparaison	106
I. La neutralité du vecteur	106
II. La dissociation conceptuelle du vecteur par rapport à son objet	106
III. L'indépendance du message	107
IV. La neutralité technologique	107
§ 2. Mise en œuvre comparative	107
§ 3. Synthèse	118
<i>Chapitre 2. Le contenu du message pédopornographique</i>	121
§ 1. Le sujet du message pédopornographique : l'enfant	121
§ 2. L'objet du message pédopornographique : la pornographie	131
I. L'Allemagne	131
A. L'abus sexuel d'enfants	132
B. Le caractère pornographique	136
C. La représentation pornographique de l'abus sexuel d'enfants	138
D. Synthèse intermédiaire	140
II. La France	140
III. L'Italie	142
A. Le caractère pornographique	143
B. La production au moyen de l'exploitation sexuelle de l'ancien droit	145
C. Synthèse intermédiaire	146
IV. L'Angleterre	147
V. Les Etats-Unis	150

A. Le § 2252 Section 18 U.S.C.	150
B. Le § 2252A Section 18 U.S.C.	154
C. Le § 1466A Section 18 U.S.C.	155
D. Synthèse intermédiaire	156
VI. Synthèse	156
§ 3. La pédopornographie virtuelle	159
<b>Sous-Titre 3. Comportements punissables</b>	<b>167</b>
<i>Chapitre 1. La typicité des comportements incriminés</i>	167
§ 1. Les comportements punissables primaires : la possession	168
I. La <i>ratio legis</i> d'une répression de la possession de pédopornographie.	168
II. Les formes d'incrimination de la possession	170
III. L'incrimination de la consultation	179
§ 2. Les comportements punissables secondaires	181
I. La fabrication	182
II. L'importation	183
III. La réception	184
IV. Le recel de l'image pornographique d'un mineur	184
V. L'instigation à distribuer	186
§ 3 : Synthèse intermédiaire	188
<i>Chapitre 2. La mise en œuvre et ses contraintes</i>	191
§ 1. Le téléchargement	191
§ 2. La réception de courriers électroniques	193
§ 3. La consommation	195
I. La consultation	195
A. Les pays répressifs	195
B. Les pays indécis	197
C. Les pays libéraux	199
II. L'enregistrement automatique dans la mémoire-cache	200
A. Les pays répressifs	201
B. Les pays indécis	204
C. Les pays libéraux	204
§ 4. Les représentations pédopornographiques effacées	206
§ 5. Synthèse	208

<i>Chapitre 3. Quelques difficultés liées à la typicité des comportements</i>	211
<b>Sous-Titre 4. L'élément subjectif</b>	215
<b>Sous-Titre 5. Les preuves libératoires</b>	223
<b>Sous-Titre 6. Les sanctions</b>	231
<b>Titre 2. Le droit suisse</b>	235
<b>Chapitre 1. Bases légales</b>	237
<b>Chapitre 2. Historique</b>	239
§ 1. Les conventions internationales : premiers pas vers la répression des publications obscènes	239
§ 2. La Loi fédérale du 30 septembre 1925 : l'incrimination des publications obscènes	240
§ 3. Le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 : le statu quo	241
§ 4. La modification du Code pénal suisse du 21 juin 1991 : la pornographie	242
§ 5. Les initiatives et motions parlementaires : les balbutiements de l'incrimination des possesseurs	244
§ 6. L'avant-projet, le Message et les débats parlementaires : la concrétisation	247
§ 7. Le droit à venir ou l'incrimination de la consommation	250
<b>Chapitre 3. Biens juridiquement protégés</b>	255
§ 1. <i>Etat des lieux</i>	255
I. Les biens juridiques propres à la pornographie	257
A. Le développement sexuel paisible des adolescents	257
B. La sphère intime des adultes	257
C. L'extension de ces biens par la pornographie dure	258
II. Les biens juridiques propres à l'incrimination de la possession de pédopornographie	259

A.	La protection des enfants-acteurs de la pédopornographie	260
B.	La protection des enfants potentiellement victimes des consommateurs	262
III.	La question de la pédopornographie virtuelle et fictive	263
IV.	La nature de l'infraction	265
§ 2.	<i>Mise en perspective avec le droit comparé</i>	266
§ 3.	<i>Opinion personnelle</i>	270
I.	Le lien entre la pornographie et la pédopornographie	270
II.	Le bien juridique protégé par l'incrimination de la possession de pédopornographie	271
A.	Les enfants-acteurs de la pédopornographie	271
B.	Les victimes potentielles des consommateurs	272
C.	Le caractère illicite de la représentation pédopornographique	274
III.	La pédopornographie virtuelle et fictive	275
<b>Chapitre 4.</b>	<b>Eléments constitutifs</b>	<b>279</b>
§ 1.	<i>Les vecteurs</i>	279
I.	Etat des lieux	279
A.	Les objets	280
1.	Les écrits	281
2.	Les enregistrements sonores ou visuels	282
3.	Les images	282
B.	Les représentations	283
C.	Objets, représentations et données informatiques	286
II.	Mise en perspective avec le droit comparé	291
A.	Le critère de la neutralité du vecteur	291
B.	Le critère de la dissociation conceptuelle du vecteur par rapport à son objet	291
C.	Le critère de l'indépendance du message	293
D.	Le critère de la neutralité technologique	295
E.	Synthèse	296
III.	Opinion personnelle	296
A.	Généralités	296

B. Propositions	298
1. Considérations préliminaires	298
2. La solution législative	300
3. Les solutions interprétatives	300
4. Conclusion intermédiaire	303
 § 2. <i>Le message pédopornographique</i>	 303
I. Le caractère pornographique	304
A. Etat des lieux	304
1. Quelques définitions	304
2. Les caractéristiques	306
a. Le but recherché par la représentation	306
b. Les moyens mis en oeuvre pour atteindre le but recherché	308
(i) La mise en forme de la sexualité	308
(ii) L'isolation de la sexualité	310
c. Les conséquences de la représentation	312
3. Synthèse	312
B. Mise en perspective avec le droit comparé	314
II. Les actes d'ordre sexuel avec des enfants	317
A. Etat des lieux	317
1. L'enfant	318
2. Les actes d'ordre sexuel avec des enfants	318
a. L'acte d'ordre sexuel	319
b. La commission d'un acte d'ordre sexuel avec un enfant	322
c. L'incitation de l'enfant à accomplir un acte d'ordre sexuel	323
d. L'exposition d'un enfant à un acte d'ordre sexuel	324
B. Mise en perspective avec le droit comparé	325
1. L'âge de l'enfant	325
2. La notion d'actes d'ordre sexuel	326
III. Les actes d'ordre sexuel avec des enfants en tant qu'objet de la représentation pornographique	329
IV. Opinion personnelle	333



A.	La pédopornographie n'est pas de la pornographie	333
B.	La notion de pornographie	334
1.	Le problème	334
a.	L'absence de valeur téléologique de la notion de pornographie	334
b.	La notion de pornographie n'est pas caractérisante	336
2.	Les solutions	336
a.	Les solutions interprétatives	337
b.	La solution législative	338
C.	Les actes d'ordre sexuel avec les enfants	339
1.	L'âge de l'enfant	339
2.	La notion d'actes d'ordre sexuel	341
3.	Les actes d'ordre sexuel avec des enfants en tant qu'objet de la représentation pornographique	342
D.	Conclusion intermédiaire	343

## **Chapitre 5. Les comportements punissables** 345

§ 1.	<i>Etat des lieux</i>	345
I.	L'ancien droit	345
A.	Généralités	345
B.	La fabrication	347
C.	L'importation	349
II.	Le nouveau droit	352
A.	Généralités	352
B.	La possession	353
1.	La possibilité de maîtriser la chose	355
2.	La volonté de maîtriser la chose	358
3.	Les cas particuliers	361
4.	Les spécificités de la possession de l'article 197 ch. 3 bis CP	362
C.	Les comportements d'entrée en possession	366
D.	L'impunité de la consommation	368
E.	La frontière entre possession punissable et consommation licite	370
III.	Le concours entre les chiffres 3 et 3 bis de l'article 197 CP	372

§ 2. <i>Mise en perspective avec le droit comparé</i>	373
I. Les comportements primaires	373
II. Les comportements secondaires	375
III. Les problématiques topiques	378
A. Le téléchargement	378
B. La réception d'un courrier électronique, de SMS ou de MMS	379
C. La consultation	380
D. L'enregistrement automatique dans la mémoire- cache	381
E. Les données pédopornographiques apparemment effacées	382
§ 3. <i>Opinion personnelle</i>	383
I. L'incrimination de la consultation de pédopornographie	383
A. Les prémisses de l'impunité de la consommation	383
B. Les raisons de l'incrimination de la consommation	384
C. L'absence de pertinence des prémisses de l'impunité de la consommation	387
1. Les difficultés disproportionnées pour les autorités de poursuite pénale	387
2. La proportionnalité et l'impunité de la consommation fortuite	389
3. Les consommateurs sont des possesseurs	390
D. Conclusion intermédiaire	392
II. La possession à l'épreuve des nouvelles technologies de l'information et de la communication	392
A. Les fondements techniques	393
B. Le point de vue du législateur	394
C. Opinion personnelle	395
1. La consultation	395
2. L'enregistrement automatique dans la mémoire-cache	397
D. Conclusion intermédiaire	399
<b>Chapitre 6. L'élément subjectif</b>	401
§ 1. <i>Etat des lieux</i>	401
§ 2. <i>Mise en perspective avec le droit comparé</i>	402