

ZStrR

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Band/Tome

142

RPS

Revue Pénale Suisse

1/2024

RPS

Rivista Penale Svizzera

www.zstrr.recht.ch

Marianne Johanna Lehmkühl/Ineke Pruin
Restorative Justice und Straf(prozess)recht

Camille Perrier Depeursinge/Justine Arnal
Révision du viol en droit suisse

Felix Bommer
**Vergewaltigung und sexuelle Nötigung –
Neuerungen der Revision 2023**

Sean Heneghan
Deliktskataloge im Strafprozessrecht

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 117

en ligne+

Vos avantages en un
coup d'œil : Page 117



Stämpfli Verlag

ZStrR
RPS
RPS

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Revue Pénale Suisse
Rivista Penale Svizzera

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

Herausgeberschaft – Comité de direction – Comitato di direzione

Ackermann Jürg-Beat, Prof., Luzern – *Bommer Felix*, Prof., Zürich – *Cassani Ursula*, Prof., Genève – *Donatsch Andreas*, em. Prof., Unterengstringen – *Gless Sabine*, Prof., Basel – *Kuhn André*, Prof., Neuchâtel – *Kunz Karl-Ludwig*, Prof., Bern – *Moreillon Laurent*, Prof., Lausanne – *Niggli Marcel Alexander*, Prof., Freiburg – *Pieth Mark*, Prof., Basel – *Roth Robert*, Prof. hon., Genève – *Schubarth Martin*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *Sträuli Bernhard*, Prof., Genève – *Vest Hans*, Prof., Bern – *Wohlens Wolfgang*, Prof., Basel

Redaktoren – Rédacteurs – Redattori

Prof. *Sabine Gless*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel
Prof. *Bernhard Sträuli*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève

Korrespondenten im Ausland – Correspondants à l'étranger – Corrispondenti all'estero

Cesoni Maria Luisa (B) – *Hörnle Tatjana* (D) – *Lelieur Fischer Juliette* (F) – *Manacorda Stefano* (I) – *Zerbes Ingeborg* (A)

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 236.– Ausland € 246.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 192.–

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 2 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli Kommunikation, Postfach, 3001 Bern

Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserter@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.

Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern

Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2024. Printed in Switzerland by Stämpfli Kommunikation, Bern
ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Camille Perrier Depeursinge, Lausanne

Justine Arnal, Lausanne

Révision du viol en droit suisse

Dix questions soulevées par la modification de l'art. 190 CP

Plan

- I. Introduction
- II. L'élargissement du champ d'application de l'art. 190 nCP
 1. La pénétration comme pierre angulaire de la qualification de viol
 2. La désexuation de la qualité de victime ou d'auteur de viol
 3. L'abandon de l'élément constitutif objectif de la contrainte dans la variante de base du viol
- III. Dix questions suscitées par la révision
 1. Quels actes d'ordre sexuel entrent dans le champ d'application de l'art. 190 nCP ?
 - a) Les limites de la notion de pénétration
 - b) L'incrimination incertaine du *stealth*
 2. Comment définir l'élément constitutif objectif « contre la volonté d'une personne » ? Comment cette volonté doit-elle s'exprimer ?
 3. Comment définir l'élément constitutif objectif de « l'état de sidération » ? Comment s'exprime-t-il ?
 4. La passivité de la victime est-elle l'expression d'un consentement implicite, d'un refus non verbal ou d'un état de sidération ?
 5. Comment analyser l'intention de l'auteur ?
 6. Comment délimiter les champs d'application des dispositions pénales protégeant la libre détermination en matière sexuelle ?
 - a) La distinction entre les alinéas 1 et 2 de l'art. 190 nCP
 - b) La distinction entre l'état de sidération (art. 190 al. 1 nCP) et l'incapacité de résistance de la victime (191 CP)
 - c) La distinction entre l'art. 190 al. 1 nCP et l'art. 193 CP
 7. Comment incriminer les actes d'ordre sexuel commis par surprise ?
 8. Comment incriminer les actes d'ordre sexuel obtenus au moyen d'une tromperie ?
 9. Y a-t-il concours réel en cas de pluralité d'actes de pénétration commis dans un court laps de temps ?
 10. Comment le Tribunal fédéral interprétera-t-il la contrainte sous le nouveau droit ?
- IV. Conclusion

I. Introduction

Dans le cadre de la révision du Titre 5 du Code pénal, l'Assemblée fédérale a modifié la définition du viol¹. Ainsi, selon l'art. 190 al. 1 nCP, « quiconque, contre la volonté d'une personne, commet sur elle ou lui fait commettre l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration du corps ou profite à cette fin d'un état de sidération d'une personne, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ».

Pour répondre aux revendications de nombreuses associations et, notamment, de mouvements féministes², la révision élargit considérablement le champ d'application de l'art. 190 CP. Trois modifications sont à souligner (II), à savoir l'extension des actes d'ordre sexuel susceptibles d'être qualifiés de viol (II. 1), la désexualisation de la qualité de victime et d'auteur (II. 2) ainsi que l'abandon de l'élément constitutif objectif de la contrainte dans la variante de base de l'infraction (II. 3).

Toutefois, la nouvelle typicité de l'infraction de viol soulève certaines questions que la pratique devra résoudre dès l'entrée en vigueur de la révision (III), fixée au 1^{er} juillet 2024³. Il s'agira notamment de caractériser les actes d'ordre sexuel qui tomberont sous le coup de l'art. 190 CP (III. 1), de définir les éléments constitutifs objectifs du refus de la victime (III. 2) et de la mise à profit de l'état de sidération (III. 3), de traiter la question de la passivité de la victime sous l'angle du nouveau droit (III. 4), d'analyser l'élément constitutif subjectif de l'infraction (III. 5), de délimiter le champ d'application de la nouvelle variante du viol des autres infractions contre l'intégrité sexuelle (III. 6), d'examiner la manière dont les actes d'ordre sexuel impliquant une pénétration commise par surprise (III. 7) ou tromperie (III. 8) seront appréhendés dès l'entrée en vigueur de la révision, de transposer sous le nouveau droit la jurisprudence du Tribunal fédéral s'agissant du concours réel entre les art. 189 et 190 nCP (III. 9) et, pour finir, de réfléchir à la manière dont la contrainte sera interprétée en application du nouveau droit (III. 10).

Pour conclure, nous dresserons un bilan provisoire des risques et des potentielles lacunes de la révision sous l'angle de l'incrimination de certaines atteintes à l'intégrité sexuelle et de la sécurité du droit (IV).

1 FF 2023 1521.

2 *Office fédéral de la justice*, Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, Rapport sur les résultats de la consultation du 8 août 2021, 6 ss, qui liste les nombreuses associations plébiscitant une révision du droit pénal sexuel et l'extension du champ d'application de la loi ; cf. également <https://stop-violences-sexuelles.amnesty.ch/fr/> (consulté le 15.9.2023).

3 Communiqué du Département fédéral de justice et police, de l'Office fédéral de la justice et du Conseil fédéral, les nouvelles dispositions du droit pénal en matière sexuelle entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2024, 10 janvier 2024.

II. L'élargissement du champ d'application de l'art. 190 nCP

1. La pénétration comme pierre angulaire de la qualification de viol

Selon le droit pénal actuellement en vigueur, seul « l'acte sexuel proprement dit », soit le coït, à savoir l'introduction, même partielle et/ou momentanée, du pénis dans le vagin, peut être qualifié de viol⁴. Tout autre acte d'ordre sexuel est considéré comme une contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP⁵. Le caractère restrictif de la typicité de l'infraction a été très critiqué, puisque bien d'autres actes d'ordre sexuel sont au moins aussi traumatisants qu'une pénétration péno-vaginale forcée⁶. Leur qualification en tant que viol était demandée par les victimes, en raison de l'importance symbolique du terme⁷ et du besoin de reconnaissance de l'infraction subie⁸, mais également pour éviter de hiérarchiser les atteintes à l'intégrité sexuelle et d'ainsi donner le sentiment que seule la pénétration péno-vaginale constituerait un « vrai viol »⁹.

Sous l'angle du nouveau droit, l'infraction de viol sera caractérisée par l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration du corps. La pénétration pourra être réalisée au moyen du pénis, d'une autre partie du corps (doigts, main, langue, p. ex.) ou encore d'un objet¹⁰. Elle pourra viser n'importe quel orifice du corps¹¹. Le rôle actif (par exemple en cas de fellation forcée) ou passif de la victime ne sera pas déterminant pour la qualification pénale de l'acte¹². Toutefois, l'acte en

4 ATF 123 IV 49 c. 2e; TF 6B_1498/2020 c. 2.2, n.p. à l'ATF 147 IV 505; B. Corboz, Les infractions en droit suisse, 3^e éd., Berne 2010, Art. 190 N 4; A. Donatsch, Strafrecht III, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018, 541; V. Jaquier/C. Montavon/C. Iselin, Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse: pourquoi une telle résistance? 1^{re} partie, RPS 2023, 19.

5 M. Dupuis/L. Moreillon/C. Pignet/S. Berger/M. Mazou/V. Rodigari, Petit commentaire, Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, Art. 190 N 15; J. Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie spéciale, Genève/Zurich/Bâle 2009, N 2967.

6 Ph. Maier, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4^e éd., Bâle 2018, Art. 190 N 13a.

7 N. Scheidegger, Das Sexualstrafrecht der Schweiz: Grundlagen und Reformbedarf, Berne 2018, N 684.

8 C. Perrier Depeursinge/M. Boyer, Infractions contre l'intégrité sexuelle: Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours, in: C. Perrier Depeursinge/N. Dongois (édit.), Infractions contre l'intégrité sexuelle, Berne 2022, 25.

9 Office fédéral de la justice (n. 2), 14.

10 Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3: loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, Rapport du 17 février 2022, FF 2022 687, 38 s.

11 *Ibidem*.

12 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 10), 39.

question devra toujours être « d'ordre sexuel », ce qui implique qu'il tende à l'excitation ou à la jouissance d'un des participants au moins¹³. Le baiser lingual continuera de relever de l'art. 189 nCP, car il n'atteint pas l'intensité d'un acte analogue à l'acte sexuel¹⁴, et ce même si la bouche de la victime est pénétrée par la langue de l'auteur (ou inversement).

La révision permettra ainsi d'étendre considérablement le champ d'application de l'art. 190 nCP¹⁵. Toutefois, et nous y reviendrons, la notion de pénétration et le choix de limiter la qualification de viol à des actes qui s'y apparentent méritent une réflexion critique (*infra* III. I. a).

2. La désexuation de la qualité de victime ou d'auteur de viol

Selon le droit actuellement en vigueur, l'auteur direct d'un viol ne peut être qu'une personne de sexe masculin¹⁶ et la victime une personne de sexe féminin¹⁷, ce qui ressort du texte de l'art. 190 CP comme de la définition de l'acte sexuel proprement dit.

Dès l'entrée en vigueur de la révision, toute personne pourra être victime ou auteure d'un viol selon l'art. 190 nCP, indépendamment de son sexe¹⁸. La nouvelle met ainsi fin à la définition sexo-spécifique du viol¹⁹, en garantissant l'intégrité sexuelle de façon indépendante du sexe de la victime. Il s'agit là d'une avancée très importante, qui a été largement plébiscitée²⁰ notamment car elle permet de qualifier l'infraction de manière conforme au ressenti de la victime²¹. Elle met un terme à l'inégalité de traitement éprouvée par les victimes d'autres formes de pé-

13 A. H. Zermatten, in : A. Macaluso/L. Moreillon/N. Queloz (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017, Art. 187 N 10. Le fait que l'acte d'ordre sexuel doive tendre à l'excitation ou à la jouissance d'un des participants au moins permet d'exclure du champ d'application de l'art. 190 nCP les actes de pénétration qui ne sont (généralement) pas réalisés dans une perspective sexuelle, dans le contexte médical par exemple.

14 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 39.

15 *Ibidem*.

16 FF 1985 1087 ; *Donatsch* (n. 4), 540.

17 FF 1985 1087 ; G. *Stratenwerth/F. Bommer*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 8^e éd., Berne 2022, § 8 N 4.

18 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 38 s.

19 M. Lieber, Oui, c'est oui, le consentement à l'épreuve de la justice, Zurich/Genève 2023, 13.

20 *Office fédéral de la justice* (n. 2), 8. Cette extension a été « pratiquement acceptée à l'unanimité » des personnes consultées.

21 Sur la question de l'importance de la désignation de l'infraction, cf. J. *Chalmers/F. Leverick*, Fair labelling in criminal law, *Modern Law Review*, 2/2008, 236.

nétration forcée, comme celles d'un viol homosexuel²², qui voyaient la justice « sous-qualifier » l'acte qu'elles avaient subi en contrainte sexuelle²³.

3. L'abandon de l'élément constitutif objectif de la contrainte dans la variante de base du viol

La typicité de l'art. 190 CP dans sa teneur actuelle suppose que l'auteur use d'un moyen de contrainte sous la forme notamment de menace, violence, pressions d'ordre psychique ou qu'il mette sa victime hors d'état de résister pour parvenir à ses fins²⁴. La jurisprudence qualifie toujours le viol d'infraction « de violence »²⁵ et exige de ce fait que le moyen de contrainte utilisé par l'auteur atteigne un certain degré d'intensité²⁶. A défaut, et même si la victime ne souhaitait pas entretenir une relation sexuelle, l'infraction de viol n'est pas réalisée²⁷. Selon le droit actuellement en vigueur, il ne suffit donc pas que la victime n'ait pas consenti à l'activité sexuelle ; il faut encore examiner si elle a été contrainte à la subir ou à la commettre pour que la qualification de viol entre en considération²⁸.

Bien qu'une telle exigence ne ressorte nullement du texte légal, l'élément constitutif objectif de la contrainte fait naître l'attente que la victime résiste au maximum de ses capacités²⁹. De ce fait, le comportement de la victime est scruté, et ce notamment afin de déterminer si la contrainte exercée par l'auteur a atteint l'intensité requise par l'art. 190 CP³⁰. Dans ce contexte, la résistance physique de la victime a davantage de portée que sa résistance verbale, ce dernier type d'opposition n'étant pas toujours jugé suffisant pour caractériser l'infraction³¹ (*infra* III. 5).

La majorité des agressions sexuelles échappent à ce jour à la qualification de viol dès lors qu'une contrainte, respectivement une résistance de la victime, ne peut pas être démontrée. En effet, une très grande partie des actes d'ordre sexuels non

22 Une partie de la doctrine estime toutefois que la qualification des faits en contrainte sexuelle, respectivement en viol, est purement cosmétique dans la mesure où elle n'entraîne pas de modification matérielle de la punissabilité ; cf. M. A. Niggli/S. Maeder, Beischlaf, parlamentarische Vorstösse und andere erregende Dinge, AJP 2016, 1174.

23 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 13.

24 *Hurtado Pozo* (n. 5), N 2968.

25 TF 6B_1498/2020 c. 2.2, n. p. à l'ATF 147 IV 505.

26 ATF 131 IV 167 c. 3.1.

27 TF 6B_710/2012 c. 3.1 ; TF 6B_311/2011 c. 5.2.

28 TF 6B_1306/2017 c. 2.1.2.

29 ATF 139 IV 49 c. 4 ; ATF 131 IV 67 c. 3.1.

30 *Jaquier/Montavon/Iselin* (n. 4), 29.

31 Par exemple : TF 6B_311/2011.

consentis surviennent dans le cadre de relations interpersonnelles, sans que l'auteur n'ait à faire usage de contrainte et sans que la victime n'oppose de résistance à l'auteur³². En outre, les victimes qui opposent une résistance le font essentiellement de manière verbale ou indirecte³³. Comme le relève la Cour européenne des droits de l'Homme, il est fréquent qu'il n'y ait aucune résistance physique à une agression sexuelle³⁴.

En plus de ne pas correspondre à la réalité du déroulement des agressions sexuelles, l'élément constitutif objectif de la contrainte et l'exigence tacite que la victime résiste physiquement s'avèrent difficilement compatibles avec la jurisprudence de la CourEDH, qui déduit des art. 3 et 8 CEDH une obligation pour les États parties de réprimer tous les actes d'ordre sexuel non consentis, y compris lorsque l'auteur n'a pas usé de violence, respectivement lorsque la victime n'a pas résisté³⁵. En 2003 déjà, la CourEDH notait à cet égard une tendance universelle à considérer l'absence de consentement (et non pas l'usage de violence) comme l'élément constitutif essentiel des violences sexuelles³⁶.

En créant une infraction de base, sans contrainte comme élément constitutif objectif, le législateur a voulu remédier au caractère inadapté de la définition étroite du viol et combler les lacunes de punissabilité qui en résultaient³⁷. L'art. 190 al. 1 nCP garantira ainsi le respect de la volonté de la personne sur le plan sexuel, et non pas uniquement sa capacité à la faire prévaloir en résistant physiquement, ce qui permettra une meilleure protection de l'autodétermination en matière sexuelle³⁸.

L'usage de la contrainte figurera toujours dans la loi, mais comme élément constitutif d'une version qualifiée de l'infraction, déplacée à ce qui deviendra le deuxième alinéa de l'art. 190 nCP³⁹. Ainsi, en application du nouveau droit, l'auteur qui exploitera l'état de sidération d'une victime ou qui passera outre son refus sans employer de moyen de contrainte pour parvenir à ses fins sera punissable⁴⁰. Comme on y reviendra ci-dessous, il s'agit d'une extension considérable du champ d'application de l'art. 190 CP.

32 V. Valliere, *Understanding Victims of Interpersonal Violence: A Guide for Investigators and Prosecutors*, New York 2020, 137.

33 M. L. Larsen/M. Hilden/Ø. Lidegaard, *Sexuel assault: A descriptive study of 2500 female victims over a 10-year period*, *BJOG* 2015, 580.

34 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 164.

35 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 162 et 166.

36 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 163.

37 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 22 s.

38 ATF 148 IV 329 c. 5.2.

39 FF 2023 1521.

40 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 29.

III. Dix questions suscitées par la révision

1. Quels actes d'ordre sexuel entrent dans le champ d'application de l'art. 190 nCP ?

a) Les limites de la notion de pénétration

Dès l'entrée en vigueur de la révision, tous les actes d'ordre sexuel qui impliquent une pénétration du corps de la victime ou de l'auteur seront constitutifs de viol s'ils sont réalisés contre la volonté d'une personne ou en profitant de son état de sidération. Les autres actes d'ordre sexuel seront quant à eux réprimés par l'art. 189 nCP. La qualification pénale de ces différents actes d'ordre sexuel est d'une importance capitale en raison de l'échelle des peines respective des art. 189 et 190 nCP. En effet, en cas d'acte d'ordre sexuel impliquant une pénétration, la sanction sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus (art. 190 al. 1 nCP pour le viol simple), d'un à dix ans en cas d'usage de contrainte (art. 190 al. 2 nCP) et de deux à dix ans si l'auteur fait usage de cruauté (art. 190 al. 3 nCP)⁴¹. La peine envisagée par le législateur en cas d'acte d'ordre sexuel non pénétratif est beaucoup plus clément : il s'agira d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de trois ans au maximum dans le cas simple de l'art. 189 al. 1 nCP, puis, avec les mêmes motifs d'aggravation que dans le contexte du viol, d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté maximale de dix ans (189 al. 2 nCP), respectivement d'un an au moins (189 al. 3 nCP)⁴².

Les rapports anaux et vaginaux, tout comme les fellations imposées, sont manifestement visés par l'art. 190 al. 1 nCP⁴³. Si une stimulation digitale ou linguale de la vulve est accompagnée d'une quelconque forme de pénétration, l'art. 190 nCP sera également applicable (*infra* III. 9). En revanche, lorsque l'acte d'ordre sexuel n'implique pas de pénétration, comme en cas de masturbation du pénis, c'est l'art. 189 nCP qui devrait trouver application⁴⁴. Au-delà de ces cas facilement délimitables, il existe des situations ambiguës, en particulier s'agissant de la notion de pénétration du vagin.

Sous le droit actuellement en vigueur, le Tribunal fédéral a établi que l'acte sexuel proprement dit (*Beischlaf*) était accompli en cas d'« union naturelle des parties génitales de l'homme et de la femme », et en particulier dès que le membre de

41 FF 2023 1521.

42 *Ibidem*.

43 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 38 s.

44 *Ibidem*.

l'auteur pénètre le « vestibule vulvaire »⁴⁵ de la victime (*Scheidenvorhof*)⁴⁶, à savoir « l'espace situé dans la vulve, ouvrant sur le vagin, limité latéralement par la face interne des petites lèvres et des grandes lèvres, en avant par le clitoris et en arrière par la commissure postérieure des petites lèvres »⁴⁷. Cette partie de la vulve est située à l'extérieur du vagin⁴⁸. On note que la jurisprudence utilise ainsi déjà le terme « pénétrer » (*eindringen*) pour désigner l'introduction du pénis dans le vestibule vulvaire⁴⁹.

En application du nouveau droit, une pénétration du vestibule vulvaire de la victime au moyen du pénis, même sans pénétration du vagin, sera donc toujours englobée dans la notion d'« acte sexuel » de l'art. 190 nCP. Il s'agissait d'un viol sous l'ancien droit et tel sera également le cas après la révision. *Mutatis mutandis*, lorsque le vestibule vulvaire est pénétré avec les doigts, la langue ou un objet, l'acte d'ordre sexuel devrait également réaliser la typicité de l'art. 190 nCP. Dans ces cas, les stimulations digitales de l'organe sexuel féminin et les cunnilingus pourraient être qualifiés de viols. Malgré la jurisprudence précitée, le législateur soutient que le cunnilingus relèverait nécessairement du champ d'application de l'art. 189 nCP au vu du fait qu'il s'agit en principe d'une stimulation orale des organes génitaux « extérieurs » d'une personne de sexe féminin⁵⁰. À notre sens, les autorités de jugement devront en réalité réaliser un examen au cas par cas, pour déterminer si le vestibule vulvaire de la victime a été pénétré et pouvoir ainsi qualifier l'acte sous l'angle des art. 189 et 190 nCP.

Les explications anatomiques qui précèdent démontrent à quel point le législateur s'est focalisé sur la notion de pénétration, devenue la clé de voûte délimitant l'art. 190 de l'art. 189 nCP. Au vu de l'échelle des peines de ces deux infractions, le législateur considère manifestement qu'un acte d'ordre sexuel impliquant une pénétration est plus grave et plus dommageable qu'un autre type d'acte d'ordre sexuel. On sent ici que le qualificatif de « viol » semble devoir, aux yeux du législateur, être réservé à des actes qu'il considère comme particulièrement blâmables. Ce jugement de valeur prête le flanc à la critique dès lors qu'il n'existe à notre connaissance pas d'argument scientifique permettant d'affirmer qu'un acte impliquant une

45 Cette partie du corps est également désignée comme « l'entrée du vagin », le « vestibule du vagin » ou « le vestibule de la vulve » dans la jurisprudence du Tribunal fédéral ; cf. TF 6B_206/2015 c. 1.2. ; TF 6B_1271/2020 c. 1.1.2.

46 ATF 77 IV 169 c. 1 ; TF 6B_206/2015 c. 1.2. ; *Maier* (n. 6), BSK StGB II, Art. 190 N 13.

47 TF 6B_1271/2020 c. 1.1.2. ; TF 6B_206/2015 c. 1.2.

48 Dictionnaire médical de l'Académie de médecine, version 2023 : <https://www.academie-medicine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=1%5C%27artère%20du%20labyrinthe%20C2%A0%2Carrière%20du%20vestibule&page=2#:~:text=vestibule%20vulvaire%20l.m.&text=Région%20anatomique%20vulvaire%20limitée%20en,séparé%20par%20le%20sillon%20nymphoh> (consulté le 15.9.2023).

49 TF 6B_244/2017 c. 1.3.2. ; TF 6B_1273/2021 c. 4.4. ; TF 6B_780/2010 c. 5.2.1.

50 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 39.

pénétration engendrerait nécessairement une atteinte à l'intégrité sexuelle plus importante qu'un autre acte d'ordre sexuel. Dans ce sens, la réforme n'a pas réussi à entièrement corriger l'injustice ressentie par les victimes d'atteintes extrêmement importantes à leur intégrité sexuelle, qui continueront à échapper à la qualification de viol en l'absence de pénétration.

En outre, la nouvelle emporte le risque de traiter très différemment des comportements pourtant similaires, en fonction de l'anatomie de la victime. En effet, il semble qu'une stimulation digitale non consentie des organes génitaux externes puisse être qualifiée de viol si la victime est de sexe féminin et que son vestibule vulvaire est atteint, mais qu'une telle qualification sera dans tous les cas impossible si la victime est de sexe masculin. De même, un rapport bucco-génital imposé pourrait être traité différemment selon le sexe de la victime ; on peine toutefois à comprendre pour quelle raison une fellation réalisée ou subie contre la volonté devrait être sujette à une peine privative de liberté plus importante qu'une stimulation orale de la vulve réalisée dans les mêmes conditions. Bien qu'elle soit un progrès par rapport à l'ancien droit, l'incrimination différenciée des actes d'ordre sexuel en fonction de l'existence d'une pénétration ne nous apparaît par conséquent pas entièrement satisfaisante.

b) L'incrimination incertaine du *stealthing*

Le *stealthing* est une pratique qui consiste à retirer furtivement un préservatif ou à omettre sciemment d'en porter un à l'occasion de rapports sexuels consentis, à l'insu de la ou du partenaire, alors que la victime tenait à cette condition et que l'auteur était (du moins en apparence) d'accord⁵¹. Du point de vue de la victime, le *stealthing* se caractérise par la supposition erronée que le rapport sexuel se déroule (encore) de manière protégée⁵², ce qui la prive de la faculté de se défendre avant ou pendant l'atteinte.

En application du droit actuellement en vigueur, le Tribunal fédéral a reconnu que « le retrait du préservatif contre la volonté et à l'insu de la partenaire représente une rupture par rapport au rapport sexuel consenti jusque-là. Cela constitue un nouvel acte distinct (aliud). [...] Par conséquent, le *stealthing* réalise l'élément constitutif d'acte d'ordre sexuel [...] »⁵³. Toutefois, notre Haute Cour a estimé que l'art. 191 CP ne pouvait pas trouver application (*infra* III. 8. a), car la victime d'un acte de *stealthing* ne serait pas incapable de résistance au sens de cette disposition dans la mesure où elle dispose d'une possibilité théorique de se défendre⁵⁴. Quant aux art. 189 et 190 CP, ils sont également inapplicables car l'auteur n'utilise pas d'un

51 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 32.

52 ATF 148 IV 329 c. 5.3.2.

53 ATF 148 IV 329 c. 4.3 (traduction libre).

54 ATF 148 IV 329 c. 5.5; TF 6B_34/2020 c. 4.5.

moyen de contrainte. Ainsi, la seule disposition du Titre 5 qui peut réprimer le *stealthing* en l'état actuel du droit est la contravention prévue à l'art. 198 al. 2 CP⁵⁵, pour autant toutefois que la victime ait déposé une plainte pénale dans le délai légal.

Même s'il a nié que l'art. 191 CP soit applicable au *stealthing*, le Tribunal fédéral s'est prononcé contre la partie de la doctrine qui soutenait que le port du préservatif n'était qu'une simple modalité de l'acte d'ordre sexuel, dont le non-respect ne justifierait aucune sanction⁵⁶. Dans le cadre de la révision, le législateur a également fait état de son intention d'incriminer le *stealthing*, en exposant qu'il s'agissait d'un acte d'ordre sexuel imposé « contre la volonté » de la victime, sans toutefois préciser s'il s'agissait d'un acte d'ordre sexuel impliquant une pénétration au sens de l'art. 190 nCP ou au contraire d'un acte d'ordre sexuel non pénétratif au sens de l'art. 189 nCP⁵⁷. Anticipant la nouvelle, le Tribunal fédéral a déjà relevé cette ambiguïté, en exposant ce qui suit : « [le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États] ne dit encore rien sur la question de savoir si l'acte accompli contre la volonté de la victime se limite – en raison du caractère fondamentalement consenti du rapport sexuel – à la continuation du rapport sexuel sans préservatif contrairement à ce qui avait été convenu (dans ce cas, l'infraction d'atteinte sexuelle serait applicable), ou si l'acte constitutif de l'infraction comprend la pénétration (auquel cas il faudra reconnaître un viol) »⁵⁸.

Comme rappelé ci-dessus, la distinction a son importance non seulement en raison du caractère symbolique de la qualification de viol, mais également eu égard à l'échelle des peines respective des art. 189 et 190 nCP. Ainsi, si le Tribunal fédéral devait considérer que le *stealthing* a pour effet de rendre la pénétration non consentie en tant que telle, l'art. 190 al. 1 nCP devrait trouver application et une peine pécuniaire ne pourrait en aucun cas être infligée à l'auteur d'un tel acte, qui écoperait forcément d'une peine privative de liberté, le cas échéant avec sursis. Il s'agirait d'un changement de paradigme très important, dès lors que le *stealthing* ne serait plus passible d'une simple amende prévue à l'art. 198 al. 2 CP, mais constituerait un viol sujet à une peine privative de liberté allant jusqu'à cinq ans. En revanche, si le Tribunal fédéral devait estimer que le fait de retirer furtivement son préservatif réalise la typicité de l'art. 189 al. 1 nCP, ce comportement constituerait un délit passible d'une peine privative de liberté de trois ans ou d'une peine pécuniaire. À notre sens, le raisonnement du Tribunal fédéral, que nous soutenons,

55 Dans l'arrêt 6B_34/2020 c. 5, le Tribunal fédéral avait ainsi exclu l'art. 191 CP et renvoyé l'affaire au Tribunal cantonal zurichois pour qu'il se prononce sur l'applicabilité de l'art. 198 al. 2 CP. L'*Obergericht* a prononcé la condamnation du prévenu pour l'infraction de désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel dans son arrêt SB 220 319.

56 M. Meier/J. Hashemi, *Stealthing – Muss strafbar sein, was verwerflich ist?* FP 2020, 122 ; C. Göhlich, *Stealthing als Eingriff in die sexuelle Integrität?* PJA 2019, 527.

57 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 32.

58 ATF 148 IV 329 c. 5.4.2 (traduction libre).

impose l'application de l'art. 190 al. 1 nCP. En effet, notre Haute Cour, citant les sciences sociales, relève que l'absence de préservatif change si fortement l'intensité du rapport qu'il s'agit d'un nouvel acte, distinct de celui qui a été consenti⁵⁹. Or, ce nouvel acte d'ordre sexuel, contraire à la volonté de la victime, implique une pénétration, de sorte que le *stealth* devra nécessairement être réprimé comme viol, dans sa nouvelle version.

Quelle que soit l'incrimination qui sera finalement privilégiée par le Tribunal fédéral, la révision entraînera ainsi une répression beaucoup plus sévère de cette pratique, qui semble s'être répandue au cours des dernières années⁶⁰.

2. Comment définir l'élément constitutif objectif « contre la volonté d'une personne » ? Comment cette volonté doit-elle s'exprimer ?

Comme on l'a vu ci-dessus (*supra* II. 3), sous le droit actuel, le refus de la victime est un élément nécessaire mais non suffisant à la réalisation de la typicité de l'infraction de viol, qui suppose en outre l'usage d'un moyen de contrainte⁶¹. Le nouveau droit prévoit en revanche une variante de base, dans laquelle la seule méconnaissance de la volonté contraire de la victime⁶², même sans contrainte, suffit à qualifier un acte d'ordre sexuel de viol (art. 190 al. 1 nCP) ou d'atteinte sexuelle (art. 189 al. 1 nCP).

Le législateur n'a pas défini de manière abstraite ce qu'il fallait entendre par les termes « contre la volonté d'une personne ». Pour éclairer la notion, nous évoquerons brièvement les conclusions de la doctrine quant à la définition du consentement en matière sexuelle. La qualification juridique du consentement suppose d'abord de déterminer si ce dernier relève de la pensée ou de l'expression (par des paroles ou des actes)⁶³. En effet, certains juristes estiment que le consentement est un phénomène mental purement interne (doctrine de la *Willensrichtungstheorie*)⁶⁴,

59 ATF 148 IV 329 c. 4.2. Pour citer précisément l'arrêt : « *Es begründet eine gesonderte, neue Handlung* (« aliud ») ».

60 ATF 148 IV 329 c. 3.1.

61 Scheidegger (n. 7), N 312; Donatsch (n. 4), 533.

62 V. Jaquier/C. Montavon, Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle résistance ? 2^e partie, RPS 2023, 180.

63 Scheidegger (n. 7), N 65.

64 G. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2^e éd., Berlin/New York 1991, 245 relève : « *Da es bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung um die Änderung der Beziehung des Dispositionsbefugten zum Gut geht, kann es nur auf dasjenige ankommen, was diese Beziehung trägt, also auf den inneren Willen (bei der unmittelbaren Einwilligung) oder auf die Preisgabe der Situation, in der die Willkür des Betroffenen den Täter bindet (bei der mittelbaren Einwilligung); die Äußerung der Beziehung ist irrelevant* ».

alors que d'autres considèrent qu'il s'agit nécessairement d'un comportement, soit d'un fait perceptible de manière externe (doctrine de l'*Erklärungstheorie*)⁶⁵.

Les partisans de la *Willensrichtungstheorie* estiment que le droit à l'autodétermination de l'individu est respecté à condition qu'il souhaite intérieurement l'atteinte au bien juridique protégé, sans que l'expression de cette volonté dans le monde extérieur ne soit déterminante⁶⁶. Quant aux partisans de l'*Erklärungstheorie*, ils considèrent qu'une décision de l'ayant droit concernant sa sphère intime ne peut avoir d'effet sur l'illicéité du comportement de l'auteur que lorsqu'elle est exprimée ; ainsi, une pensée qui reste dans le for interne d'une personne n'est pas juridiquement pertinente⁶⁷. Le consentement ou le refus doit par conséquent forcément être perceptible pour avoir un effet juridique⁶⁸. C'est cette dernière théorie qui s'est imposée en droit pénal suisse⁶⁹.

Au vu de ce qui précède, le consentement sexuel peut être défini sous l'angle du droit pénal comme le fait de communiquer à autrui, par un comportement verbal ou non verbal, sa volonté d'accomplir une activité sexuelle spécifique⁷⁰. À l'inverse, on peut définir le refus en matière sexuelle comme le fait de communiquer à autrui, de manière tacite ou expresse, son absence de volonté d'accomplir une activité sexuelle spécifique.

Se pose désormais la question du mode d'expression requis pour que le refus soit efficace juridiquement. À cet égard, des études empiriques montrent que le consentement à des actes sexuels est principalement communiqué de manière non verbale⁷¹. Il s'agit donc d'identifier les comportements concrets qui doivent être considérés comme des signes de consentement, c'est-à-dire des expressions implicites de ce consentement. Il n'est cependant pas possible d'établir une liste générale de comportements qui équivaudraient à une acceptation (p. ex. acquiescer, sourire, se déshabiller, demander un préservatif, etc.), car la signification des comportements en cause dépend fortement du contexte dans lequel ils interviennent⁷². Ainsi,

65 G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4^e éd., Berne 2011, § 10 N 24 ; Scheidegger (n. 7), N 65.

66 A. Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht*, Francfort 1992, 135 s. ; Scheidegger (n. 7), N 74.

67 C. Roxin/L. Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tome I*, 5^e éd., Munich 2020, § 13 N 71.

68 Hurtado Pozo (n. 5), N 2974.

69 G. Stratenwerth (n. 65), § 10 N 24

70 Jaquier/Montavon (n. 62), 192 et les références citées ; cf. également art. 36 al. 2 de la Convention d'Istanbul (RS 0.311.35), qui mentionne que le consentement doit être « donné ».

71 S. A. Vannier/L. F. O'Sullivan, *Communicating Interest in Sex: Verbal and Nonverbal Initiation of Sexual Activity in Young Adults' Romantic Dating Relationships*, *Archives of Sexual Behavior*, 2011.

72 Scheidegger (n. 7), N 79.

une personne qui se dévêtit dans un vestiaire de sport ne consent pas à un quelconque acte d'ordre sexuel, alors qu'un tel comportement dans un contexte de séduction peut être l'expression non verbale d'un consentement.

Il n'est pas non plus possible de présenter une liste abstraite et exhaustive des comportements qui sont le signe d'une manifestation tacite d'un refus. Comme on l'a vu ci-dessus (*supra* II. 3), en application du droit en vigueur en 2023, les autorités judiciaires attendent de la victime qu'elle exprime son refus principalement par le biais d'une résistance physique⁷³. Le refus verbal de la victime n'est pas systématiquement considéré comme une preuve suffisante de son absence de consentement⁷⁴. La victime doit ainsi « performer » son refus, si possible de manière physique⁷⁵, pour que la qualification de viol soit envisageable.

Sous l'angle du nouveau droit, il appartiendra toujours à la victime de manifester son refus de manière suffisamment reconnaissable pour l'auteur. Selon le législateur, cette opposition pourra être exprimée de manière verbale ou non verbale⁷⁶. Ainsi, le refus de la victime sera valablement signifié en cas d'expression verbale, mais également lorsque cette dernière pleurera, se détournera ou secouera la tête⁷⁷. Ajoutons à cette liste le fait de repousser les mains que l'auteur aurait posées sur son corps, de serrer ses jambes, de se recroqueviller ou de protéger certaines parties de son corps avec ses mains ou ses bras. Il s'agit là d'attitudes corporellement actives, à l'instar d'un refus verbal explicite.

Il est intéressant de noter que les termes « contre la volonté » se retrouvent à l'art. 186 CP (violation de domicile). En application de cette disposition, le Tribunal fédéral considère qu'agit déjà contre la volonté de l'ayant droit celui qui s'introduit dans un espace clos sans avoir reçu pour cela une autorisation⁷⁸. La transposition de l'interprétation de ces termes à l'art. 190 al. 1 nCP impliquerait, de fait, que tout le débat sur la formulation de la nouvelle, entre « contre la volonté » et « sans le consentement » était en réalité sans portée pratique⁷⁹. La distinction de formulation pourrait cependant se révéler décisive lorsqu'il n'y a ni consentement ni re-

73 N. Scheidegger/A. Lavoyer/T. Stalder, Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, « Egoistisch, rücksichtslos, kaltherzig » – aber strafrechtlich nicht relevant?, *sui generis* 2020, 63.

74 Jaquier/Montavon/Iselin (n. 4), 19. Pour un exemple d'arrêt dans lequel le Tribunal fédéral admet que le refus verbal est suffisant : TF 6B_367/2021 c. 2.3.2.

75 Pour un exemple dans lequel le Tribunal fédéral nie la réalisation de l'infraction en raison d'une absence de résistance physique de la part de la victime : TF 6B_912/2009 c. 2.1.4.

76 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), p. 30.

77 *Ibidem*.

78 ATF 108 IV 33 c. 5c.

79 Cette position était notamment défendue par Coninx dans une interview donnée à la *Luzerner Zeitung* du 7 juin 2022 sous le titre « Eine symbolische Debatte ».

fus exprès, soit lorsqu'une partie ne dit mot et reste immobile ou presque⁸⁰. S'agit-il d'une forme de tolérance à l'acte entrepris ou d'un refus implicite (*infra* III. 4) ?

Il convient de retenir que le refus de la victime n'a pas de portée juridique sans manifestation extérieure et qu'il doit donc être communiqué à l'auteur, de façon expresse ou tacite (*infra* III. 7 pour le traitement des actes commis par surprise). Le fait que la victime doive forcément signifier son refus de manière active ne permet pas d'incriminer le comportement de l'auteur qui profite de son absence de réaction pour lui imposer un acte d'ordre sexuel non consenti, raison pour laquelle la mise à profit de l'état de sidération vient compléter la typicité de l'art. 190 nCP.

3. Comment définir l'élément constitutif objectif de « l'état de sidération » ? Comment s'exprime-t-il ?

Avec la révision du Titre 5 du CP, la notion juridique indéterminée d'état de sidération fera son entrée dans l'ordre législatif suisse. L'ajout de cette notion aux art. 189 al. 1 et 190 al. 1 nCP est le fruit d'un compromis entre le Conseil national et le Conseil des États, qui ne parvenaient pas à trouver d'accord entre la solution dite du refus (l'auteur agit « contre la volonté ») et celle du consentement (l'auteur agit « sans le consentement »)⁸¹. Dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences et dans l'optique de sortir d'une impasse législative, l'état de sidération a donc été ajouté à la typicité légale au mois de juin 2023 et adopté sans débat approfondi sur le sens à donner à ce terme⁸². La divergence linguistique avec les versions allemande et italienne de la loi, qui se réfèrent quant à elles à la notion d'état de choc⁸³ (*Schockzustand*, *stato di choc*), ajoute encore une ambiguïté⁸⁴.

Par l'introduction de cette notion, le législateur souhaitait éviter une lacune de punissabilité en incriminant le comportement de l'auteur qui, pour parvenir à ses

80 Comme le résume Pruin, la variante du refus « *impliziert bei unklarem bzw. nicht eindeutigen Verhalten (wie dem Nichtstun) so lange eine Zustimmung, bis es zu einer verbalen oder nonverbalen Ablehnung kommt* » ; cf. I. Pruin, « Nein heisst nein » und « Ja heisst ja » : Zur Einführung eines konsensorientierten Ansatzes im Sexualstrafrecht in der Schweiz und in Deutschland, RPS 2021, 156.

81 S. Hadorn, Gesetzgebung, FP 2023, 238.

82 BO 2023 CE 111 ss ; BO 2023 CN 986 ss.

83 Le choc, dans son sens figuré, est défini comme un « évènement malheureux qui porte atteinte à l'équilibre physique et moral » ou encore comme une « émotion violente causée par un fait inopiné », Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., 2023 : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C2097> (consulté le 13. 9. 2023).

84 La sidération est définie comme l'« arrêt brusque et complet, le plus souvent temporaire, d'une ou de plusieurs fonctions physiologiques ou psychiques », Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., 2023 : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9S1561> (consulté le 13. 9. 2023).

fins, profite de l'incapacité de la victime à exprimer son refus⁸⁵. Au vu de l'architecture et de la genèse de l'art. 190 al. 1 nCP, on peut partir du principe que la question de l'éventuel état de sidération de la victime ne se posera qu'à titre subsidiaire, soit lorsque cette dernière n'a pas pu exprimer un refus de manière verbale ou tacite.

La notion d'état de sidération est née de la vulgarisation dans le débat politique de différents événements neuropsychologiques décrits par la littérature scientifique, vulgarisation qui a conduit à une certaine confusion entre des phénomènes en réalité différents sous l'angle de leur cause physiologique et de leurs symptômes⁸⁶. Ainsi, le législateur utilise le terme d'état de sidération comme un synonyme de catalepsie, immobilité tonique, dissociation, *freezing*, pétrification ou thanatose⁸⁷. De manière très schématique, on peut rappeler qu'en réponse à un danger (réel ou subjectivement perçu), le cerveau déclenche une série de réactions neurophysiologiques dans le but de maximiser la survie, ce qui impacte la capacité de résistance de la personne concernée⁸⁸. Ainsi, lorsque la victime se fige, elle subit une perte temporaire de ses fonctions d'exécution, ce qui amoindrit sa capacité de réaction⁸⁹. Les formes actives de résistance sont particulièrement inhibées lorsque la victime connaît l'auteur⁹⁰.

Selon la Commission juridique du Conseil des États, la sidération survient lorsque la victime ne peut ni fuir ni combattre, de sorte que la seule solution est une forme de « coupure avec la réalité »⁹¹. Cet état se manifeste par une incapacité de bouger, de crier ou même de simplement réagir⁹². Ce genre de réactions étant largement décrites par les victimes d'agressions sexuelles, la littérature clinique (en psychologie) évoquait déjà, au milieu des années 1970, une « paralysie induite par le viol »⁹³. Il est aujourd'hui admis que cette réaction est déclenchée automatiquement par le cerveau face à un événement effrayant, de façon indépendante de la vo-

85 BO 2023 CE 111 ss ; BO 2023 CN 986 ss.

86 Jaquier/Montavon/Iselin (n. 4), 33 n. 206.

87 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 10), 24, 33.

88 Jaquier/Montavon/Iselin (n. 4), 31 s.

89 A. F. T. Arnsten, Stress signalling pathways that impair prefrontal cortex structure and function, *Nat Rev Neurosci* 2009, 410-422.

90 Y. Chen/S. E. Ullman, Women's reporting of sexual and physical assaults to police in the National Violence Against Women Survey, *Violence Against Women* 2010, 263 s. ; ég. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 4), 33. Comme le notent ces autrices, l'inhibition des formes de résistance active est particulièrement forte au sein de la population féminine en raison de la socialisation genrée qui ne leur inculque pas ce type de réaction.

91 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 10), 33.

92 Perrier Depeursinge/Boyer (n. 8), 9.

93 En anglais dans le texte : « rape-induced paralysis » ; cf. J. M. Heidt/B. P. Marx/J. P. Forsyth, Tonic immobility and childhood sexual abuse : a preliminary report evaluating the sequela of rape-induced paralysis, *Behaviour Research and Therapy*, Volume 43, Issue 9, September 2005, 1157-1171, sp. 1157 et les références citées en introduction ; cf. ég. E. B. Foa/B. Olasov Rothbaum, *Treating the trauma of rape*, New York 1998, 11.

lonté de la victime⁹⁴, et qu'elle n'est pas limitée au contexte d'infractions contre l'intégrité sexuelle⁹⁵.

Le phénomène de la sidération est spectral et ne fonctionne pas sur un mode *on/off*⁹⁶. En d'autres termes, l'incapacité de réagir peut être totale ou partielle, momentanée ou prolongée et se manifester non seulement par une incapacité à réagir (crier, bouger), mais également par une incapacité à ressentir⁹⁷. Illustrative, une étude suédoise de 2005 a établi qu'une forme de paralysie avait été ressentie par les victimes de viol sous une forme aiguë dans 48 % des cas et sous une forme atténuée dans 70 % des cas⁹⁸. Le questionnaire utilisé dans l'étude suédoise évoque notamment les symptômes suivants : sentiment de paralysie ; incapacité à bouger même sans entrave ; corps qui tremble de manière incontrôlée pendant l'événement ; incapacité de crier ou d'appeler à l'aide ; engourdissement/incapacité à ressentir la douleur ; sensation de froid⁹⁹. D'autres symptômes sont également recensés dans la littérature, comme la fermeture involontaire des paupières¹⁰⁰. La sidération est donc un phénomène qui affecte un très grand nombre de victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle, à différents degrés et de manières diverses.

La Commission des affaires juridiques du Conseil des États s'est montrée dans un premier temps réticente à l'introduction de la notion d'état de sidération, arguant qu'« il n'est pas possible de dire de manière fiable, c'est-à-dire attestée scientifiquement, à quel point l'atteinte portée à une personne doit être intense, avec ou sans contrainte au sens de la loi, pour que cette personne tombe en catalepsie, ni comment cette personne se comportera suite à cela »¹⁰¹. Cette manière d'appréhender la sidération, au travers du prisme de l'intensité du comportement de l'auteur, est inadéquate. En effet, la réaction de *freezing* peut survenir même en l'absence de violence ou de contrainte, la simple perception subjective d'un danger étant suffisante¹⁰², ce qui, précisément, fonde l'introduction d'une variante dans laquelle la contrainte n'est pas un élément constitutif objectif du viol. Ce qui est pertinent et ainsi pénalement répréhensible à cet égard n'est pas l'acte de l'auteur à l'origine de

94 Perrier Depeursinge/Boyer (n. 8), 8 s.

95 J. A. Gray, *The Psychology of Fear and Stress*, 2^e éd., Cambridge 1987.

96 Jaquier/Montavon/Iselin (n. 4), 34, qui parlent de continuum.

97 Pour une description précise de la réaction en cascade liée à un événement traumatisant, spécialement dans le contexte d'agressions sexuelles, cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 4), 31 ss.

98 A. Möller/H. P. Söndergaard/L. Helström, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica* 96/2017, 932-938.

99 Möller/Söndergaard/Helström (n. 98), 934.

100 M. Bovin/J. E. Ratchford/B. P. Marx, Peritraumatic dissociation and tonic immobility : Clinical findings, 54, in : U. F. Lanius/S. L. Paulsen/F. M. Corrigan (édit.), *Neurobiology and treatment of traumatic dissociation : Toward an embodied self*, New York 2014.

101 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 10), 34.

102 Jaquier/Montavon/Iselin (n. 4), 31.

la sidération, mais le fait qu'il perçoive l'état anormal de la victime et poursuive néanmoins l'activité sexuelle (*infra* III. 5).

Déterminer s'il y a viol supposera tout d'abord d'établir que la victime était en proie à un état de sidération (ou de choc selon les versions allemande et italienne). Dans un arrêt publié en juin 2023, le Tribunal fédéral a confirmé qu'une expertise sexologique était un moyen de preuve efficace pour établir la sidération de la victime¹⁰³. Les agressions sexuelles en question avaient toutefois été filmées, de sorte que les experts, psychothérapeutes spécialisés en sexologie, ont pu constater de manière directe les symptômes de cet état. Toutefois, comme nous l'avons exposé ci-dessus, l'état de choc ou de sidération n'est pas une condition médicale diagnosticable comme le serait la présence d'un virus. Il s'agit d'un spectre de réponses incontrôlées à une situation stressante qui affaiblissent, voire annihilent, les capacités de ressentir, de réagir et de se souvenir chez la victime. La question devrait dès lors porter, et c'était bien là l'intention du législateur¹⁰⁴, sur l'existence d'une condition chez la victime qui l'empêchait d'exprimer un refus. Vu le développement des connaissances dans ce domaine quant aux symptômes et réactions à identifier, les autorités pénales devraient selon nous rapidement être en mesure d'établir l'existence d'un tel état, en analysant les déclarations des parties. Le recours à un expert ne devrait pas être systématique. La plus grande difficulté résidera dans l'établissement de l'intention de l'auteur. Cela supposera donc de déterminer si l'auteur était conscient de l'état de la victime ou à tout le moins l'a envisagé, et qu'il a en outre accepté le fait d'avoir un rapport sexuel avec une personne qui ne pouvait pas exprimer de refus.

Ainsi, l'autorité de jugement devra également déterminer si l'auteur a « profité » de l'état de sidération de la victime. Ce terme étant également utilisé dans le même titre aux art. 188 et 191¹⁰⁵ à 193¹⁰⁶ CP, on peut s'inspirer de la jurisprudence rendue en application de ces dispositions pour son interprétation. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, la mise à profit suppose que l'auteur, de façon au moins consciente, ait utilisé la diminution de la victime pour obtenir un acte sexuel¹⁰⁷. Le dol éventuel suffit¹⁰⁸. Nous développons ci-après (*infra* III. 5) l'interprétation et les indices qui sont à même de fonder l'intention de l'auteur. Soulignons toutefois que le légis-

103 TF 6B_800/2022.

104 Par exemple : *Sommaruga*, BO 2023 CE 112 ; *Mazzone*, BO 2022 CE 395 et 2023 CE 112 ; *Baume-Schneider*, BO 2023 CE 114 et 2023 CN 989.

105 En effet, l'art. 191 CP incrimine l'auteur qui, « sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel ».

106 La typicité de l'art. 193 CP est la suivante : « Celui qui, profitant de la détresse où se trouve la victime ou d'un lien de dépendance fondé sur des rapports de travail ou d'un lien de dépendance de toute autre nature, aura déterminé celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel (...) ». Les art. 188 et 192 ont une teneur similaire.

107 ATF 148 IV 329 c. 3.2 ; ATF 133 IV 49 c. 7.2 ; ATF 119 IV 230 c. 3b.

108 TF 6B_200/2022 c. 1.3.1 ; TF 6B_504/2021 c. 1.3 ; *Stratenwerth/Bommer* (n. 17), § 8 N 41.

lateur incrimine déjà la mise à profit – il n’indique pas qu’il serait nécessaire que l’auteur ait voulu, à dessein, provoquer un tel état chez la victime. Il suffit, selon la définition du dol éventuel (art. 12 al. 2 phr. 2 CP) qu’il ait conscience de l’état dans lequel se trouve la victime et qu’il accepte l’éventualité d’en tirer profit pour obtenir un acte d’ordre sexuel.

4. La passivité de la victime est-elle l’expression d’un consentement implicite, d’un refus non verbal ou d’un état de sidération ?

Si un très grand nombre de victimes demeurent immobiles durant une agression sexuelle¹⁰⁹, la qualification de la passivité de la victime sous l’angle de l’art. 190 al. 1 nCP est délicate. En effet, l’absence de réaction, même momentanée, de la victime durant un acte sexuel peut aussi bien résulter d’un involontaire état de sidération, d’un mode d’expression non verbal d’un refus¹¹⁰ que d’une décision consciente de rester inactive durant un acte d’ordre sexuel consenti. Dans le dernier cas, il n’y a pas d’infraction alors que dans les deux premiers, les éléments constitutifs objectifs du viol sont réalisés – pourtant, du point de vue de l’auteur, il y a dans chaque situation une victime qui ne réagit pas, sans différence visible. Savoir ce que l’auteur a su et admis revêtira dès lors une importance cruciale (*infra* III. 5).

Selon une partie de la doctrine, la passivité de la victime doit être interprétée différemment selon le contexte dans lequel elle survient. Ainsi, la passivité de la victime pourrait être interprétée comme un consentement implicite dans les situations où l’exécution de l’acte d’ordre sexuel apparaît, dans le contexte des événements précédents, comme une continuation « normale » ou socialement usuelle¹¹¹. En revanche, lorsque l’auteur et la victime ne se connaissent pas ou lorsque les faits se déroulent dans un contexte qui ne laisse en principe pas de place aux interactions sexuelles, par exemple sur le lieu de travail ou lors de visites médicales, un comportement passif ne pourrait généralement pas être considéré comme un consentement implicite¹¹². Il faudrait également partir du principe que des contacts

109 G. Galliano/L. M. Noble/L. A. Travis/C. Puechl, Victims reactions during rape/sexual assault, A preliminary study of the immobility and its correlates, *Journal of Interpersonal Violence* 1993, 8 : 1, 110. Selon ces auteurs, entre 12 % et 50 % des victimes demeurent immobiles et n’opposent aucune forme de résistance active à l’auteur durant une agression sexuelle.

110 Dans ce sens, certains élus ont soutenu durant les débats entourant la révision que la sidération de la victime et, ainsi, le fait qu’elle ne réagisse pas aux sollicitations sexuelles de l’auteur pourrait être interprété comme l’expression non verbal de son refus, cf. BO 2023 CE 111.

111 K. Kummer, *Sexuelle Belästigung nach Art. 198 StGB*, Berne 2001, 78 s.

112 T. Hörnle, *Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung*, ZStW 2000, 374 s.

physiques à connotation sexuelle de la part de personnes inconnues ou peu connues ne sont généralement pas souhaités¹¹³.

Selon d'autres auteurs, la passivité ne peut pas constituer un signe de consentement, en particulier lorsqu'il en va d'actes sexuels intrusifs comme la pénétration, et ce indépendamment de la relation qui unit l'auteur et la victime¹¹⁴. Un langage corporel sans ambiguïté devrait être requis pour qu'un consentement soit effectif¹¹⁵, d'autant plus que le silence ou la passivité d'une victime peuvent avoir de nombreuses causes, comme la confusion, la peur ou l'indécision¹¹⁶. Dans le même sens, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a reconnu que le fait que la victime n'oppose pas de résistance, et qu'elle demeure donc passive, ne doit pas être un obstacle à la qualification pénale de viol¹¹⁷.

De notre point de vue, le fait d'interpréter la passivité de la victime comme un signe de consentement, de manière générale, ou même uniquement lorsque l'auteur et la victime ont une relation interpersonnelle préexistante, fût-elle de couple ou de séduction, ne peut pas refléter la volonté du législateur de moderniser le droit pénal en matière sexuelle. En effet, une telle interprétation de la passivité renforcerait l'idée d'un consentement général implicite à avoir des rapports sexuels dans le cadre d'une relation de couple ou de séduction, respectivement l'idée que les corps sont à libre disposition de manière générale. Un tel présupposé ne tiendrait pas compte de la réalité des agressions sexuelles, qui surviennent fréquemment dans le cadre de relations interpersonnelles préexistantes¹¹⁸, sans que la victime ne parvienne à exprimer son refus¹¹⁹, alors que c'est précisément cette situation qui a mené le législateur à incriminer l'auteur qui profite de l'état de sidération de la victime pour obtenir un acte d'ordre sexuel.

Ainsi, la passivité à elle seule n'est pas un signe de contentement, mais doit-elle pour autant être analysée comme un indice du refus de la personne concernée ou comme l'expression de son état de sidération ?

À notre sens, seuls les cas dans lesquels un comportement consentant (soit un accord verbal, soit des actes dénotant une volonté d'accomplir l'acte sexuel en question) alterne avec de la passivité permettent d'interpréter cette dernière comme

113 *Ibidem.*

114 *L. A. Remick*, *Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape*, *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 3, 1993, 1150.

115 *S. Schulhofer*, *Unwanted Sex, The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard 1998, 272 s.

116 *Ibidem.*

117 Avis relevé par la CourEDH dans l'arrêt déjà cité *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 162.

118 *Lieber* (n. 19), 41 s.

119 *Galliano/Noble/Travis/Puechl* (n. 109), 110.

un consentement excluant la punissabilité de l'auteur¹²⁰. En pareil cas, ce dernier peut alors légitimement considérer qu'il n'agit pas « contre la volonté de la victime ». Si cela n'est pas le cas, et pour que la systématique de l'art. 190 nCP conserve une certaine cohérence, nous pensons qu'il convient d'inclure le comportement d'une victime qui alterne entre des moments de manifestation tacite ou expresse de son refus et des moments de totale passivité dans la variante « contre la volonté ». Ainsi, c'est uniquement lorsque la victime est totalement passive durant toute la durée de l'acte qu'il conviendrait d'envisager l'état de sidération. Cette clé d'interprétation permettrait a priori de limiter les cas dans lesquels le refus et l'état de sidération se recouvrent, dans la mesure où toute manifestation active d'une volonté contraire serait incluse dans la première variante du viol.

Ainsi, la variante du refus engloberait les cas dans lesquels la victime exprime son désaccord de manière explicite, ceux dans lesquels son langage corporel actif démontre son refus, même si les manifestations de ce refus ne sont pas continues et que la victime se mure ensuite dans la passivité, et également les hypothèses dans lesquelles elle n'a pas le temps d'exprimer son refus (*infra* III 7) ou qu'elle n'est pas en mesure de le faire en raison de la tromperie de l'auteur (*infra* III 8). En revanche, il faudrait s'interroger sur l'état de sidération de la victime lorsqu'elle n'adopte aucun comportement actif démontrant son refus durant l'entièreté de l'acte et qu'elle reste ainsi simplement immobile.

La délimitation entre la variante du refus tacite et celle de l'état de sidération s'avérera particulièrement délicate lorsqu'une victime passive est en proie à des symptômes visibles incontrôlés, comme des tremblements ou la fermeture des paupières, qui pourraient être qualifiés de signes d'opposition tacite mais qui sont également la conséquence d'un état de sidération. Au vu du fait que les deux variantes sont incriminées par l'art. 190 al. 1 nCP, la distinction dans ces cas limites ne sera pas déterminante sous l'angle de la qualification de l'infraction ou de la peine.

Indépendamment de la classification que nous proposons ci-dessus, les autorités judiciaires devront dans tous les cas démontrer que l'auteur a agi intentionnellement, en outrepassant le refus de la victime ou en profitant de son état de sidération.

120 À cet égard, les faits retenus dans l'ATF 148 IV 234 c. 3.6 donnent un aperçu des difficultés qui attendent la pratique lorsque le comportement alterne entre des paroles/actes donnant l'impression d'un consentement et des paroles/actes exprimant également un refus. Dans cet arrêt, la victime a admis avoir (1) fait semblant d'apprécier l'acte, (2) répondu positivement lorsque l'auteur lui a demandé si elle aimait ce qu'il lui faisait et (3) demandé à ce dernier de porter un préservatif. Pourtant, il a été établi qu'elle avait souffert après l'acte de stress post-traumatique et qu'elle s'était donc très probablement trouvée en état de sidération pendant l'acte, incapable d'exprimer une volonté contraire.

5. Comment analyser l'intention de l'auteur ?

Tout comme l'infraction de viol dans sa version actuelle, l'art. 190 nCP n'envisage la punissabilité de l'auteur que sous l'angle de l'intention¹²¹, au moins au stade du dol éventuel. Dans la mesure où le viol n'est pas réprimé par négligence¹²², la croyance erronée de l'auteur que la victime consent aux actes sexuels est une erreur sur les éléments constitutifs de l'infraction qui doit conduire à l'acquittement¹²³, à condition bien sûr qu'elle soit jugée crédible. La doctrine souligne à cet égard que l'erreur sur le consentement est un argument de défense classique¹²⁴ en cas d'accusation de viol, de sorte qu'il appartient à la justice de déterminer dans chaque cas s'il s'agit d'une *Schutzbehauptung*¹²⁵ ou d'une réelle méprise justifiant d'exclure l'intention de l'auteur, même au stade du dol éventuel.

L'application de l'art. 190 al. 1 nCP sera uniquement possible si l'autorité de jugement acquiert la conviction que l'auteur a agi avec conscience et volonté, au moins au stade du dol éventuel, soit qu'il a su ou considéré comme possible et accepté de passer outre la volonté contraire de la victime¹²⁶. Pour qu'un refus puisse fonder la punissabilité de l'auteur, il doit ainsi avoir été perçu par ce dernier (*supra* III. 2). Dans ce sens, l'attention de la justice continuera de se porter sur le comportement de la victime, dans l'optique de déterminer si elle a exprimé son refus de manière suffisamment claire pour être comprise par l'auteur¹²⁷. De même, pour que l'état de sidération de la victime soit pris en compte par l'auto-

121 À l'instar de la majorité des États qui nous entourent. Une exception connue et notable est celle de la Suède, qui incrimine depuis le 1^{er} juillet 2018 le viol par négligence grave (Chapitre 6, § 1a du Code pénal suédois « *Brottsbalk* »). Cette disposition a donné lieu à un arrêt du 11 juillet 2019 de la Cour Suprême suédoise, « *Högsta Domstolen* », cas N° B 1200-19, dans lequel la Cour Suprême a condamné à huit mois d'emprisonnement un homme qui avait accepté le risque de commettre un acte d'ordre sexuel avec une personne qui n'y participait pas volontairement. En l'espèce, l'homme en question avait initié puis poursuivi un rapport sexuel avec une femme alors qu'ils dormaient ensemble dans le même lit en sous-vêtements, quand bien même la femme lui avait signifié initialement son refus d'avoir un rapport. La femme, restée passive durant l'acte (placée sur le ventre), n'a rien exprimé durant le rapport. La Cour a retenu que l'homme avait accepté de prendre le risque qu'elle n'y participe pas volontairement (§ 38-40). Le § 294 du Code pénal norvégien incrimine également le viol commis par négligence grave (« *grovt uaktksom voldtekt* »).

122 Ph. Maier, *Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen*, Zurich 1994, 332.

123 *Donatsch* (n. 4), 539; *Maier* (n. 122), 334.

124 *Scheidegger* (n. 7), N 421; pour un aperçu du droit canadien, qui circonscrit les cas de figure dans lesquels on doit accorder de la crédibilité à l'erreur sur le consentement invoquée par l'accusé, cf. *Jaquier/Montavon* (n. 62), 199 s.

125 *Maier* (n. 122), 333.

126 *Scheidegger* (n. 7), N 419; *Donatsch* (n. 4), 539.

127 *Jaquier/Montavon* (n. 62), 181.

rité pénale, il doit avoir été mis à profit par l'auteur, ce qui implique qu'il ait (1) au moins envisagé que la victime ne fût pas consentante, mais bien qu'elle fût involontairement passive et qu'il ait (2) admis la possibilité d'exploiter cette situation (*supra* III. 3).

Sous le prisme du droit actuel, le Tribunal fédéral a établi que l'élément constitutif subjectif de l'infraction de viol se déduit « d'une analyse des circonstances permettant de tirer, sur la base des éléments extérieurs, des déductions sur les dispositions intérieures de l'auteur »¹²⁸. Ainsi, l'intention est évidemment exclue si l'auteur, pris d'un doute, s'est assuré du consentement de son ou sa partenaire avant d'initier le rapport, respectivement de le poursuivre. À l'inverse, l'intention de l'auteur est facilement démontrable lorsqu'il est établi que la victime a résisté physiquement. En effet, si l'auteur a dû faire usage d'un moyen de contrainte pour obtenir un acte d'ordre sexuel, il ne peut selon nous pas plaider l'erreur sur le consentement¹²⁹. De même, si la victime se résigne en raison des moyens de contrainte utilisés dans un premier temps, l'auteur ne peut ignorer qu'elle ne consent pas réellement aux actes d'ordre sexuel entrepris¹³⁰.

Comme on l'a vu ci-dessus (*supra* II. 3), dès l'entrée en vigueur de la révision, il ne sera plus exigé de la victime qu'elle résiste – son refus pourra être communiqué de manière expresse ou simplement tacite¹³¹. En outre, l'auteur pourra également être condamné pour viol lorsqu'il profite de l'état de sidération de la victime pour imposer ou obtenir un acte d'ordre sexuel, sans qu'elle n'ait exprimé de refus, du moins de manière expresse. La nouvelle implique donc d'identifier les éléments qui permettront de retenir que l'auteur a agi intentionnellement dans les situations dans lesquelles il n'a pas fait usage de contrainte, respectivement lorsque la victime n'a pas résisté physiquement.

128 TF 6B_589/2021 c. 2.1.

129 Certains auteurs soutiennent toutefois que l'auteur n'est pas punissable lorsqu'il n'a pas « pris au sérieux » la résistance de la victime, à défaut d'une incrimination du viol par négligence ; cf. *Stratenwerth/Bommer* (n. 17), § 8 N 15. Une autre partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions, estime qu'une telle constellation n'est pas possible, dès lors que l'auteur ne peut pas réellement exclure la possibilité que la victime soit « sérieuse » dans son refus et qu'il agit donc avec intention, au moins au stade du dol éventuel ; cf. *Hörnle* (n. 112), 357.

130 *Scheidegger* (n. 7), N 425 ; dans ce sens également, TF 6B_367/2021 c. 2.3.3, dans lequel le Tribunal fédéral retient que l'auteur précédemment violent auquel la victime ne signifie son refus que de manière verbale, sans résister physiquement, ne peut ignorer qu'elle se soumet uniquement par « la peur ressentie en raison des réactions potentiellement violentes de l'intimé lorsqu'il était contrarié ».

131 Même en application de la loi actuellement en vigueur, une partie de la doctrine considère que la victime peut communiquer son refus de manière implicite, mais estime que la preuve du refus sera plus difficile à apporter ; cf. *Donatsch* (n. 4), 539.

À cet égard, le Tribunal fédéral a déjà établi que l'intention de l'auteur devait être admise lorsque la victime a donné « des signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissables pour lui, tels des pleurs, des demandes d'être laissée tranquille, le fait de se débattre, de refuser des tentatives d'amadouement ou d'essayer de fuir »¹³². Selon le Tribunal fédéral, la nature et la durée des rapports (par exemple sodomies, rapports sexuels commis à plusieurs et à multiples reprises) jouent également un rôle pour déterminer si l'auteur pouvait accepter l'éventualité que la victime était consentante¹³³. Ainsi, plus l'acte sexuel imposé est « inhabituel », moins il y a lieu de poser des exigences élevées quant à la connaissance par l'auteur de l'absence de consentement de la victime¹³⁴.

Le Tribunal fédéral se montre exigeant quand il s'agit d'établir l'intention de l'auteur auquel la victime a exprimé un refus verbal. Ainsi, notre Haute Cour a estimé que le prévenu qui a tenté à trois reprises d'entretenir des relations sexuelles avec son employée et qui s'est heurté à des refus verbaux catégoriques de cette dernière avant de finalement parvenir à la pénétrer vaginalement au cours de sa quatrième tentative n'avait pas agi intentionnellement¹³⁵. En effet, le Tribunal fédéral a validé le raisonnement du Tribunal cantonal jurassien, selon lequel la « passivité » et « l'obéissance apparente » de la serveuse face à son employeur durant leur quatrième échange avaient permis « à ce dernier de croire, finalement, à l'existence d'une relation sexuelle consentie. Il n'y avait dès lors pas intention, même par dol éventuel, de viol »¹³⁶.

Selon une étude réalisée à Genève, dans les cas où l'auteur a déjà entretenu des rapports sexuels consentis avec la victime par le passé, les procédures aboutissent plus fréquemment à un classement que lorsque les parties ne se connaissent pas¹³⁷. En effet, dans de tels cas, l'institution judiciaire a tendance à considérer que

132 ATF 148 IV 234 c. 3.4; TF 6B_968/2016 c. 2.1.2; TF 6B_774/2014 c. 3.3; TF 6B_575/2010 c. 1.3.2. On ne peut s'empêcher de relever que le Tribunal fédéral semble montrer bien de la compréhension à l'égard des difficultés de l'auteur à comprendre la personne avec laquelle, pourtant, il est en train d'avoir un rapport sexuel. Que dire en effet de cette exigence à l'égard de la victime de donner des signes « évidents » et « déchiffrables » de ce refus ? Un « non » n'est-il pas évident et aisément déchiffrable ? Le caractère univoque ou dénué d'ambiguïté au refus paraîtrait davantage pertinent.

133 TF 6B_774/2014 c. 3.3.

134 TF 6B_95/2015 c. 6.7; TF 6B_1149/2014 c. 5.11.

135 TF 6B_311/2011 c. 5.5 : selon le Tribunal fédéral, l'auteur pouvait ainsi légitimement supposer que le refus initial avait disparu et qu'un consentement l'avait remplacé. Selon Scheidegger (n. 7), N 423, cet arrêt perpétue indirectement un des mythes du viol selon lequel une « vraie » victime doit nécessairement se battre ou fuir. Dans le même sens, ce jugement fait écho au mythe du « consentement féminin déguisé en refus » ; cf. O. Pérona, Vergewaltigung: vom Gesetz zur Zivilgesellschaft und zurück, ZfRSoz 2019, 264.

136 TF 6B_311/2011 c. B.

137 Lieber (n. 19), 52.

l'auteur n'est pas en mesure d'identifier le refus de la victime¹³⁸. La jurisprudence semble ainsi avoir des exigences plus élevées dans l'intensité des indices à même de fonder l'intention de l'auteur lorsque les parties se connaissent – pourtant, c'est l'inverse qui devrait être vrai, dans la mesure où l'auteur devrait en pareil cas être mieux à même de déchiffrer les réelles dispositions de son ou de sa partenaire.

Lorsque la victime ne résiste ni physiquement ni verbalement aux sollicitations sexuelles de l'auteur, et qu'elle se mure dans la passivité, le Tribunal fédéral est encore plus exigeant dans l'examen de l'intention¹³⁹. Dans ce sens, notre Haute Cour a estimé dans un arrêt de mars 2021 que le fait que le prévenu n'ait « prêté aucune attention à la passivité de la recourante et semblait s'être préoccupé de son seul plaisir, qui plus est de manière fort inélégante » ne permettait pas encore de retenir « qu'il avait compris ou aurait dû comprendre quelles étaient les réelles dispositions internes de la recourante »¹⁴⁰. Il valide ainsi l'appréciation de l'instance précédente, selon laquelle il « se pouvait que la cause (de la passivité de la victime) résidât dans un état de terreur qui avait envahi la jeune femme, assorti d'un mécanisme de dissociation. Néanmoins, l'intimé n'avait aucune raison d'en être conscient, n'ayant objectivement rien fait pour susciter ledit état »¹⁴¹. De notre point de vue, l'erreur de ces développements réside dans le fait de chercher ce qui, dans le comportement de l'auteur, pourrait provoquer la sidération de la victime. Or, ce qui est déterminant est bien le fait que la victime ne réagisse pas, indépendamment de la cause de sa passivité. À notre sens, un auteur est en principe en mesure d'interpréter une passivité prolongée comme la manifestation d'une absence de consentement, de sorte que celui qui ne modifie pas son comportement agit avec intention au stade du dol éventuel. Dans ce sens, lorsque l'auteur ne pose aucune question à une victime totalement immobile durant plusieurs minutes, il faudrait partir du principe qu'il a accepté de passer outre son refus, respectivement d'exploiter son état de sidération pour parvenir à ses fins¹⁴².

De manière générale, l'autorité de jugement devra évaluer à quel point la passivité de la victime était visible et donc reconnaissable par l'auteur et ainsi à quel degré il a pu éprouver un doute sur la volonté de son ou sa partenaire d'entreprendre ou de poursuivre un acte d'ordre sexuel. Nous proposons quelques pistes : une victime passive et presque immobile pendant plusieurs minutes durant un rapport sexuel devrait éveiller un tel doute. En outre, lorsqu'est initié un rapport particu-

138 *Ibidem*. À cet égard, l'autrice mentionne la « représentation tenace qui veut que les hommes peineraient à comprendre ce que veulent les femmes » et l'« exonération d'attention des auteurs ». Elle relève que la justice traite régulièrement les prévenus de viol comme s'ils n'avaient « pas les clés pour comprendre comme s'exprime le désir d'autrui ».

139 ATF 148 IV 234.

140 TF 6B_894/2021 c. 2.4.5, n. p. à l'ATF 148 IV 234.

141 ATF 148 IV 234 c. 3.6.

142 *Scheidegger* (n. 7), N 430 ; *Schulhofer* (n. 115), 274 s.

lièrement intrusif ou qui sort de l'ordinaire des rapports sexuels qu'ont habituellement ces deux personnes¹⁴³, l'absence de réaction de la victime devrait être interprétée comme un indice concret d'un état de sidération. Enfin, dans une situation où deux personnes se rencontrent pour la première fois et sans consentement exprès, un acte sexuel entrepris soudainement sur une victime qui ne réagit pas devra, à notre avis, être considéré comme réalisé contre sa volonté au moins au stade du dol éventuel, l'auteur admettant fatalement, en pareille situation, qu'il agit potentiellement contre la volonté de sa victime (*infra* III. 7).

Pour que l'extension de punissabilité voulue par le législateur ne reste pas lettre morte, il apparaît nécessaire que les Tribunaux envisagent qu'une totale passivité de la victime est un signe fort et reconnaissable par l'auteur qu'il profite de son état de sidération, au moins au stade du dol éventuel. De même, les autorités judiciaires devront considérer que le refus exprimé verbalement ou implicitement par la victime est de nature à être compris par l'auteur, indépendamment de sa relation avec la victime.

6. Comment délimiter les champs d'application des dispositions pénales protégeant la libre détermination en matière sexuelle ?

Après avoir décrit les éléments constitutifs de l'art. 190 al. 1 nCP, il convient de délimiter son champ d'application des autres infractions contre l'intégrité sexuelle. Le droit pénal suisse distingue les atteintes à la libre détermination en matière sexuelle en fonction de la manière dont l'auteur parvient à ses fins. Actuellement, si l'auteur met sa victime hors d'état de résister (par exemple en la droguant) ou s'il use de contrainte, il se rend coupable de viol ou de contrainte sexuelle (art. 189 et 190 CP). Si l'auteur se borne à exploiter une incapacité totale de résistance ou de discernement préexistante¹⁴⁴, survenue sans son fait¹⁴⁵, il se rend coupable de violation de l'art. 191 CP (actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance). Pour finir, s'il exploite un lien de dépendance ou abuse d'une situation de détresse pour obtenir un consentement « altéré » à un acte

143 Nous nous basons sur l'arrêt 6B_1149/2014 c. 5.11, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré qu'en présence de rapports particuliers, il devait sembler relativement évident que la victime n'était pas consentante : « *Angesichts der besonderen Sexualpraktik (sexuelle Handlungen mit Oral- und Analverkehr durch mehrere Männer gleichzeitig an einem 17 Jahre alten Mädchen) sind an das Wissen um die fehlende Einwilligung zudem keine hohen Anforderungen zu stellen* ». Cf. également P. Schindelholz, L'établissement de l'élément constitutif subjectif en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, mémoire du 30 novembre 2022, 14.

144 ATF 133 IV 49 c. 4.

145 FF 1985 II 1094 : le fait que l'auteur ne mette pas sa victime hors d'état de résister justifie le cadre légal plus clément de l'art. 191 CP par rapport à 190 CP (absence de peine plancher d'un an).

sexuel¹⁴⁶, il se rend potentiellement coupable de violation de l'art. 193 CP, respectivement des art. 188 ou 192 CP, en fonction des circonstances du cas.

Pour remédier aux lacunes de punissabilité que ces différentes dispositions n'arrivaient pas à combler, le Parlement a introduit la punissabilité de l'auteur qui agit sans contrainte, mais contre la volonté de la victime ou en profitant de son état de sidération. Il n'a en revanche pas touché à la typicité des infractions prévues aux art. 191 et 193 CP, ce qui pose de nouvelles difficultés dans la délimitation des champs d'application de ces dispositions. En effet, l'auteur qui profite d'une victime en catalepsie se rend, semble-t-il, désormais coupable de violation de l'art. 190 al. 1 nCP. Or, la sidération peut rendre la victime totalement incapable de résistance, ce qui devrait entraîner l'application de l'art. 191 CP. Cependant, si la victime tombe dans un état de sidération à la suite de la contrainte exercée par l'auteur, c'est l'art. 190 al. 2 nCP qui devrait trouver application¹⁴⁷. Enfin, l'art. 193 CP s'est jusqu'ici bien souvent appliqué à des situations dans lesquelles la victime exprime dans un premier temps son refus, mais où l'auteur utilise un lien de dépendance ou une situation de détresse pour la faire céder¹⁴⁸. Or, la distinction entre ces différentes infractions est d'importance notamment car les sanctions envisagées sont loin d'être équivalentes.

a) La distinction entre les alinéas 1 et 2 de l'art. 190 nCP

Si l'état de sidération de la victime est une conséquence de l'usage d'un moyen de contrainte de l'auteur, c'est l'art. 190 al. 2 nCP qui trouvera application¹⁴⁹. Dans le cas de figure visé à l'art. 190 al. 1 nCP, le législateur semble considérer que l'auteur ne « fait pas exprès » de plonger sa victime en catalepsie, ou à tout le moins qu'elle s'y retrouve sans qu'il n'ait fait usage de violence, de menace ou de pressions d'ordre psychique.

Quid cependant lorsque l'auteur, constatant la passivité de la victime et suspectant une forme d'état de sidération, poursuit l'acte sexuel sans s'en émouvoir ?

146 Selon les termes du TF, « l'art. 193 CP est réservé aux cas où l'on discerne un consentement [...] altéré par une situation de détresse ou de dépendance dont l'auteur profite. [...] L'infraction doit permettre de réprimer celui qui profite de façon éhontée d'une situation de détresse ou de dépendance, dans un cas où la victime n'aurait manifestement pas consenti sans cette situation particulière » (TF 6B_457/2021 c. 2.1 ; TF 6B_236/2021 c. 1.2 ; TF 6B_1307/2020 c. 1.2).

147 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 35.

148 Par exemple : TF 6B_895/2020. Les faits à l'origine de cet arrêt concernaient un contremaître ayant exigé une fellation d'une employée camerounaise en situation financière précaire et qui était sous ses ordres. Après qu'elle eut maintes fois exprimé un refus, le contremaître a tiré la tête de la victime vers son sexe en lui disant « tu veux du travail, non ? », puis « tu as besoin de travail, non ? ». La victime s'est exécutée à deux reprises, et le contremaître n'a été condamné en deuxième instance que pour violation de l'art. 193 CP, ce que le Tribunal fédéral a confirmé.

149 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 35.

En principe, l'intention de l'auteur est réalisée lorsqu'elle est concomitante à la commission de l'infraction. En outre, « [s]i la conduite à juger s'est prolongée un certain temps, il suffit que l'intention naisse avant la consommation de l'infraction »¹⁵⁰. Pour désigner cette forme d'intention qui n'est pas présente à la base mais survient *en cours* ou *après* la réalisation de l'infraction, la doctrine parle de *dolus superveniens*, respectivement de *dolus subsequens*¹⁵¹. Ce dernier cas de figure exclut généralement la réalisation de l'intention, puisque celui qui ne fait qu'approuver une infraction déjà achevée ne saurait en être tenu pour responsable. Tel n'est en revanche pas le cas du *dolus superveniens*. Ainsi, celui qui, découvrant un ami en train de violer une personne qui se débat, maintient les mains de la victime au sol se rend coupable de viol en qualité de coauteur, même si son intention sur la réalisation de l'infraction ne survient qu'après le début de l'exécution de l'infraction. Il en accomplit en effet un élément constitutif objectif en participant à la contrainte¹⁵². *Mutatis mutandis*, on pourrait plaider pour un *dolus superveniens* sur l'infraction visée à l'art. 190 al. 2 nCP, lorsque l'auteur admet la possibilité d'avoir lui-même mis sa victime hors d'état de résister et d'en profiter pour continuer à commettre sur elle un acte d'ordre sexuel¹⁵³. En effet, le quatrième cas d'application de la contrainte, soit le fait de mettre sa victime hors d'état de résister d'une autre manière, s'applique lorsque, sans violence, menace ni pressions, par exemple en mettant du GHB dans son verre, l'auteur place sa victime dans l'incapacité de réagir. L'application de la clause générale de la mise hors d'état de résister pourrait également s'appliquer dans les cas où la victime tombe en état de sidération en raison du comportement sexuellement entreprenant de l'auteur. Tel ne semble cependant pas être la volonté du législateur, qui en pareille situation semble « favoriser » celui qui, sans acte de violence initial, constate seulement l'effet que son comportement a produit sur la victime et, ce nonobstant, poursuit son activité.

Ainsi, il faut retenir que le simple fait de profiter de la sidération d'une victime pour accomplir un acte d'ordre sexuel doit être réprimé sur la base de l'art. 190 al. 1 nCP, alors que le fait de provoquer un tel état de sidération en raison de l'uti-

150 Ph. Graven/B. Sträuli, L'infraction pénale punissable, 2^e éd., Berne 1995, 213 ss.

151 A. Donatsch/G. Godenzi/B. Tag, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 10^e éd., Zurich 2022, 118; Stratenwerth (n. 65), § 9 N 116.

152 Pour un exemple où la coaction a été retenue contre un auteur qui s'était borné à être sur les lieux et à filmer les actes de ses comparses, contribuant ainsi à la situation de contrainte: TF 6B_95/2015 c. 7.4.

153 Certes, le viol est une infraction formelle, consommée dès la pénétration du corps de la victime. Toutefois, l'auteur qui continue à accomplir sur sa victime un acte d'ordre sexuel poursuit la même infraction – ce n'est que s'il s'arrête immédiatement après le constat de la passivité de la victime que son comportement ne remplirait manifestement pas la typicité, puisqu'ainsi il démontrerait son absence de volonté sur un des éléments constitutifs objectifs de l'infraction.

lisation d'un moyen de contrainte comme la violence, la menace ou les pressions d'ordre psychique tombe sous le coup de l'art. 190 al. 2 nCP.

- b) La distinction entre l'état de sidération (art. 190 al. 1 nCP) et l'incapacité de résistance de la victime (191 CP)

Une personne est incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP lorsque l'état dans lequel elle se trouve l'empêche de s'opposer à des actes d'ordre sexuel¹⁵⁴. L'origine de cet état n'a pas d'importance – elle peut être physique ou psychique¹⁵⁵. Pour que l'art. 191 CP soit applicable, l'incapacité de résistance doit néanmoins être totale, même si elle n'est que passagère¹⁵⁶.

Pour distinguer les art. 189/190 CP de l'art. 191 CP, la jurisprudence souligne que l'incapacité de la victime n'est dans ce dernier cas pas le fait de l'auteur¹⁵⁷. Historiquement, le cadre légal de la peine menacée de l'art. 191 CP, réduit car dépourvu de plancher d'un an de privation de liberté, était ainsi justifié par le fait que l'auteur ne fasse « que » profiter d'une incapacité préexistante de la victime¹⁵⁸. Or, si l'état de sidération entraîne dans certains cas une incapacité totale de résistance de la victime (*supra* III. 3), l'origine de cet état est généralement liée au comportement de l'auteur, inattendu et/ou effrayant, de sorte que l'application de l'art. 191 CP serait exclue.

Selon la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, au vu de l'échelle des peines, l'art. 191 CP, qui prévoit une peine privative de liberté maximale de dix ans ou une peine pécuniaire, primerait le viol simple selon l'art. 190 al. 1 nCP (peine privative de liberté maximale de 5 ans)¹⁵⁹. L'argument ne convainc que partiellement car l'affirmation est incomplète ; le viol simple impose la peine privative de liberté alors que l'art. 191 CP permet de prononcer une peine pécuniaire. Il convient donc de bien délimiter les champs d'application.

154 N. Queloz/F. Illànez, in : A. Macaluso/L. Moreillon/N. Queloz (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017, Art. 191 N 10.

155 Maier (n. 6), BSK StGB II, Art. 191 N 6a ; Queloz/Illànez (n. 154), CR CP II, Art. 191 N 10.

156 ATF 133 IV 49 c. 7.2 ; Queloz/Illànez (n. 154), CR CP II, Art. 191 N 12. L'exigence de l'incapacité « total » n'implique toutefois pas que la personne soit complètement inconsciente ; il suffit qu'en raison de son état elle ne puisse « pas ou que faiblement s'opposer aux actes entrepris » (6B_164/2022 c. 2.1).

157 Selon les termes de la jurisprudence : « Bei der Schändung nutzt der Täter eine ohne sein Zutun bestehende Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit aus, während er bei den sexuellen Nötigungstatbeständen aktiv auf eine Beschränkung der Handlungsfreiheit des Opfers hinwirkt » ; TF 6B_803/2021 c. 7.1.2 ; TF 6B_197/2012 c. 3.4. Cf. également Donatsch (n. 4), 549. Plus nuancés sur la question des concours : Stratenwerth/Bommer (n. 17), § 8 N 11.

158 FF 1985 II 1094.

159 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 10), 36.

En premier lieu, rappelons que l'état de sidération n'implique pas toujours que la victime soit totalement incapable de résister, ce qui exclut le cas échéant l'application de l'art. 191 CP. Ainsi, si la victime ne subit qu'une incapacité de résister partielle, seul l'art. 190 al. 1 nCP sera applicable. Cela suppose que la distinction entre l'art. 190 al. 1 nCP et 191 CP devrait être opérée en fonction de l'intensité de l'incapacité de résistance de la victime, déterminée au cas par cas, et de ce qu'en a perçu (et admis) l'auteur (*supra* III. 5).

Lorsque l'état de sidération est ressenti de façon si aiguë qu'il empêche totalement la victime de se défendre (par exemple lorsque la victime, en plus de ressentir une incapacité à bouger et à ressentir la douleur, se dissocie de son corps), la distinction entre incapacité de résistance (191 CP) et état de sidération (190 al. 1 nCP) sera complexe. C'est d'ailleurs notamment en raison de la proximité entre ces deux notions que le Conseil fédéral avait proposé au législateur de ne pas tenir compte de la problématique de l'état de sidération dans le cadre de la révision des art. 189 et 190 CP, au motif qu'un tel état serait déjà constitutif d'une incapacité de résistance au sens de l'art. 191 CP¹⁶⁰, ce qui n'a en réalité jamais été confirmé par le Tribunal fédéral. En effet, et comme déjà signalé, l'art. 191 CP s'applique lorsque l'auteur n'a pas lui-même mis sa victime en incapacité de résister, ce qui ne sera de facto jamais réalisé en cas de sidération. À notre sens, l'état de sidération provoqué par l'auteur sans contrainte devra être appréhendé par l'art. 190 al. 1 nCP, en qualité de loi spéciale qui appréhende ce phénomène spécifique. Cela pourrait faire craindre que l'on favorise l'auteur qui, après l'avoir effrayée, profite d'une victime en état de sidération totale (sans moyen de contrainte, soit cinq ans maximum de PPL) vis-à-vis de celui qui, sans l'avoir provoqué, profite d'un tel état (dix ans maximum), soit un cas de figure assez théorique où une victime, en état de choc en raison d'un autre événement traumatisant (guerre, attentat, p. ex.) ne peut s'opposer à l'auteur. Cette situation semble voulue par le législateur, qui entendait précisément appréhender le phénomène de la sidération avec l'art. 190 al. 1 nCP.

Enfin, lors de la fixation de la peine, il pourra être tenu compte de l'importance de l'incapacité de la victime. En effet, plus la victime est paralysée, plus son état devrait être reconnaissable par l'auteur et plus le comportement de ce dernier sera blâmable.

c) La distinction entre l'art. 190 al. 1 nCP et l'art. 193 CP

L'infraction d'abus de détresse ou de dépendance est alternative au viol sans contrainte au sens de l'art. 190 al. 1 nCP. En effet, le législateur considère que l'art. 193 CP est d'un niveau d'illicéité équivalent au fait d'ignorer la volonté

160 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 10), 34.

contraire de la victime¹⁶¹, raison pour laquelle il a rehaussé la peine privative de liberté maximale de l'art. 193 nCP de trois à cinq ans, ce qui équivaut à la peine maximale prévue en cas de viol sans contrainte.

À teneur du nouveau droit, l'auteur qui outrepassera le refus exprimé par la victime se rendra donc coupable de viol. Si la victime change d'avis et exprime un réel consentement, il n'y aura pas d'infraction. En revanche, si son consentement est biaisé par un rapport de dépendance ou une situation de détresse, l'art. 193 CP trouvera application. En d'autres termes, quand bien même la victime aurait fini par céder et par donner une « forme de consentement », l'auteur qui aurait abusé de la situation de détresse ou d'un lien de dépendance restera punissable¹⁶². On discerne cependant une lacune de punissabilité, pour les cas dans lesquels la victime finit par céder mais où il n'est pas possible d'établir la présence d'un lien de détresse ou de dépendance d'une intensité telle que celle qui est requise par la disposition¹⁶³. Tel sera le cas pour l'auteur qui parvient à ses fins en insistant suffisamment longtemps pour que la victime cède pour être laissée en paix, ou lorsqu'il profite d'une – simple – asymétrie de pouvoirs, pas suffisamment qualifiée pour pouvoir être qualifiée de rapport de dépendance.

7. Comment incriminer les actes d'ordre sexuel commis par surprise ?

Sous le prisme du droit actuel, la surprise n'est pas un moyen de contrainte au sens des art. 189/190 CP¹⁶⁴, malgré ce que certains parlementaires avaient laissé entendre durant la précédente révision du Titre 5¹⁶⁵. Les actes d'ordre sexuel commis par surprise sont partiellement appréhendés par l'art. 191 CP, à des conditions

161 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 44.

162 TF 6B_457/2021 c. 2.1 ; TF 6B_236/2021 c. 1.2 ; TF 6B_1307/2020 c. 1.2.

163 On peut lire le commentaire bâlois qui exige une telle intensité que l'auteur semble confondre contrainte et abus de détresse : « *Es ist eine Zwangslage [sic] zu verlangen, die auch einen besonnen Menschen in der Lage des Betroffenen gefügig gemacht hätte. Die betroffene Person muss in der konkreten Situation die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten so eingeschätzt haben, dass ihr zur Abwendung der Zwangslage keine andere als die vom Täter aufgezeigte Möglichkeit blieb* », *Maier* (n. 6), BSK StGB II, Art. 193 N 13 et les références qu'il cite, mais qui ne semblent plus exactement pertinentes (*Donatsch* [n. 4], 553 qui ne semble pas ou plus poser une telle exigence, l'auteur du BSK citant la 10^e éd. ; *G. Jenny*, in : G. Jenny/M. Schubarth/P. Albrecht (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil*, vol. 4, *Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie*, Art. 187-200, Art. 213-220 StGB, Berne 1997, Art. 193 N 6, qui propose une analogie avec la contrainte (!) selon l'art. 181 CP, ce qui est à notre avis erroné ; en pareil cas, en effet, on appliquerait l'art. 189 ou 190 CP.

164 *Donatsch* (n. 4), 534 s. ; *Maier* (n. 6), BSK StGB II, Art. 189 N 21.

165 *Maier* (n. 122), 303.

très restrictives¹⁶⁶, et subsidiairement par l'art. 198 al. 2 CP¹⁶⁷, pour éviter une absence totale de punissabilité¹⁶⁸.

L'exploitation de la surprise de la victime pour lui imposer un acte d'ordre sexuel n'est pas appréhendée expressément par le nouveau Titre 5 du Code pénal. Un tel comportement serait manifestement tombé sous le coup de l'art. 190 nCP si la solution du consentement avait été retenue par le législateur, dès lors que tout acte d'ordre sexuel accompli sans le consentement d'une personne aurait réalisé les éléments constitutifs objectifs du viol sans contrainte¹⁶⁹.

Dans la mesure où c'est la solution du refus qui a été adoptée, l'appréhension des actes d'ordre sexuel commis par surprise est plus délicate. En effet, lorsque l'auteur agit par surprise, la victime n'a en principe pas le temps d'exprimer son refus avant que l'acte d'ordre sexuel n'ait été accompli. Afin de résoudre cette difficulté, une minorité au Conseil national avait proposé d'introduire un alinéa 1^{bis} à l'art. 190 CP, dont la teneur aurait été la suivante : « Agit contre la volonté d'une personne quiconque agit par surprise, trompe une personne sur la nature de l'acte ou profite de sa vulnérabilité due à un état de sidération, la peur, l'ivresse, l'intoxication, le sommeil, la maladie ou d'autres causes semblables »¹⁷⁰. Cette proposition a finalement été retirée, au motif que ces différentes situations, dont la surprise, seraient implicitement comprises dans la notion de refus¹⁷¹.

Il convient de suivre cette appréciation ; en effet, l'auteur qui doit faire usage de surprise sait très bien qu'il agit contre la volonté implicite de la victime, peu importe que celle-ci l'ait ou non manifestée. Rappelons que c'est ce que comprend l'auteur qui est déterminant à l'égard de sa punissabilité, et que c'est pour cette raison que la doctrine considère qu'un consentement doit être exprimé pour être juridiquement efficace (*supra* III 2). Dans ce sens, anticipant la nouvelle, le Tribunal fédéral a estimé que le fait que la victime ne soit pas en mesure d'exprimer son refus avant un acte inattendu et soudain ne devait pas empêcher l'application de l'art. 190

166 Soit lorsque la position du corps de la victime empêche celle-ci de discerner l'atteinte et permet à l'auteur d'abuser sexuellement d'elle « par surprise » (ATF 133 IV 49 c. 7.4, qui confirme l'arrêt dit « de la chaise gynécologique », soit l'ATF 103 IV 165. Plus récemment : TF 6B_866/2022 c. 4.2.4). Pour une critique de cette jurisprudence restrictive, *C. Perrier Depeursinge*, Comment sanctionner une atteinte à la libre détermination sexuelle commise par surprise ou avec tromperie ? Note sur l'ATF 148 IV 329, JdT 2023 IV 216.

167 Dans l'arrêt du TF 6B_630/2014, l'auteur qui, dans un parc aquatique, a introduit un doigt par surprise dans le sexe d'une femme et caressé les lèvres vaginales d'une autre femme a écopé d'une simple amende en application de l'art. 198 al. 2 CP.

168 La Convention d'Istanbul (RS 0.311.35) prévoit l'obligation pour chaque État partie de réprimer tout acte d'ordre sexuel accompli sans le consentement, mais ne précise pas de peine ou de qualification minimale, de sorte que l'application de l'art. 198 al. 2 CP permet en soi à la Suisse de remplir ses obligations internationales en matière de droit pénal sexuel.

169 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 28.

170 BO 2023 CN 992.

171 BO 2023 CN 986.

al. 1 nCP¹⁷². En effet, selon notre Haute Cour, il y a également non-respect de la volonté de la victime lorsque celle-ci n'a pas la possibilité d'exprimer à temps son refus en raison des circonstances. Le Tribunal fédéral a ainsi relevé que le projet de révision du droit pénal sexuel poursuivait notamment le but de rendre les agressions sexuelles commises par surprise réprimables par le truchement des art. 189 et/ou 190 CP¹⁷³. Le nouveau droit pénal permettra donc notamment d'appréhender le *stealththing*¹⁷⁴ sur la base d'une de ces deux infractions¹⁷⁵ (*supra* III. 1. b).

8. Comment incriminer les actes d'ordre sexuel obtenus au moyen d'une tromperie ?

Dans le cadre du droit pénal actuellement en vigueur, aucune norme spéciale ne sanctionne les comportements trompeurs en matière sexuelle¹⁷⁶. En effet, le recours à la tromperie n'est pas un moyen de contrainte au sens des art. 189 et 190 aCP¹⁷⁷. L'application de l'art. 191 CP est également exclue lorsque la victime conserve la possibilité physique de résister mais qu'elle est par exemple dans l'erreur quant au caractère sexuel et non médical de l'acte¹⁷⁸. La réalisation de l'infraction d'actes d'ordre sexuel sur personne incapable de résistance ou de discernement est uniquement envisageable dans un contexte très particulier de tromperie sur l'identité du partenaire sexuel¹⁷⁹. Sous l'angle du Titre 5 du Code pénal, les atteintes à l'intégrité sexuelle commises par tromperie restent donc généralement impunies.

Certaines tromperies dans le domaine sexuel sont sanctionnées par des normes protégeant d'autres biens juridiques. Ainsi, l'auteur qui ment sur sa séropositivité et transmet le VIH à son partenaire peut être condamné sur la base des art. 122 et 231 CP¹⁸⁰. De même, celui qui fait croire à une travailleuse du sexe qu'elle obtiendra une rémunération en échange d'un acte d'ordre sexuel commet une « escroquerie à la prostitution » et peut être réprimé par l'art. 146 CP¹⁸¹.

172 ATF 148 IV 329 c. 5.4.2.

173 ATF 148 IV 329 c. 5.4.2 ; *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 31.

174 ATF 148 IV 329 c. 5.4.2 ; *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 32.

175 Pour rappel, le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question, cf. ATF 148 IV 329 c. 5.4.2.

176 *Scheidegger* (n. 7), N 619.

177 *Donatsch* (n. 4), 534 s. ; *Maier* (n. 6), BSK StGB II, Art. 189 N 21.

178 Ainsi, le colo-proctologue qui a stimulé pendant trois à quatre minutes le clitoris d'une patiente pour « vérifier son réflexe clitorido-anal » a pu échapper à toute condamnation pénale ; TF 6B_33/2020 c. 2.3.

179 ATF 119 IV 230 c. 3.a, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que la victime fortement alcoolisée et somnolente qui avait cru par erreur que l'auteur était son époux était incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP.

180 ATF 125 IV 242 c. 2 ; ATF 134 IV 193 c. 8.1.

181 ATF 147 IV 73.

Au vu du caractère épars et incomplet de la répression de la tromperie en matière sexuelle, une partie de la doctrine plaide pour l'introduction d'une disposition spéciale en la matière. Toutefois, la détermination des catégories de tromperie dans le domaine sexuel qui justifient une répression pénale n'est pas évidente¹⁸². À cet égard, la doctrine distingue traditionnellement les erreurs sur les motifs (*Motivirrtum*) des erreurs liées au bien juridique protégé (*rechtsgutbezogener Irrtum*) et considère que seules ces dernières erreurs méritent une répression pénale¹⁸³.

Une des limites du consentement réside dans le fait qu'il peut être basé sur des « *information to which (people) have no right or which others have a legitimate privacy-based interest in protecting* »¹⁸⁴. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a encore relevé récemment qu'il n'est « à l'évidence pas du ressort de l'État de protéger pénalement toutes les conditions personnelles, individuellement posées, à un contact sexuel »¹⁸⁵. La doctrine décrit la tromperie s'agissant de ces conditions individuelles comme une erreur sur les motifs. Elle souligne que l'ordre juridique ne confère aucun droit à connaître des faits qui relèvent de la sphère intime d'une personne (casier judiciaire, état marital, revenu, religion, opinions politiques, sexe de naissance, état civil, virginité¹⁸⁶) ou des faits qui relèvent de ses projets d'avenir, telle que l'envie de fonder une famille ou de s'engager dans une relation de couple durable¹⁸⁷. Il n'existe aucun devoir de vérité de l'auteur en la matière et donc aucun droit de la victime à la vérité¹⁸⁸. Cela signifie que l'auteur peut, sans engager sa responsabilité pénale, mentir sur ces éléments pour obtenir un acte d'ordre sexuel, auquel son ou sa partenaire n'aurait pas consenti sans tromperie¹⁸⁹.

En principe, seules les erreurs qui impliquent une atteinte au bien juridique protégé sont pertinentes du point de vue du droit pénal¹⁹⁰, bien que la distinction avec l'erreur sur les motifs puisse s'avérer délicate en pratique. On entend ainsi limiter la répression de la tromperie aux erreurs, qui, selon une appréciation générale, sont raisonnablement causales pour la validité du consentement à un acte d'ordre

182 Scheidegger (n. 7), N 184, qui énumère différents critères qui permettraient de faire la distinction entre les tromperies pertinentes d'un point de vue pénal et celles qui doivent échapper à toute incrimination.

183 G. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, Francfort 1971, 17 ss.

184 A. Wertheimer, Consent to Sexual Relations, Cambridge 2003, 198.

185 ATF 148 IV 329 c. 4.2 (traduction libre).

186 A. Wissner, Das Phänomen « Stealthing », Aufruf zum Diskurs und Darstellung eines Stealthing-Vorfalles, KriPoZ 5/2021, 282.

187 T. Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 2015, 881.

188 Scheidegger (n. 7), N 179.

189 S. Green, Lies, Rape, and Statutory Rape, in : A. Sarat (édit.), Law and Lies : Deception and Truth-Telling in the American Legal System, Cambridge 2015, 197 s.

190 ATF 148 IV 329 c. 4.2.

sexuel. Les tromperies sur l'identité de l'auteur, sur l'intensité du contact sexuel¹⁹¹ et sur la nécessité médicale ou thérapeutique d'un acte portent atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime et sont dès lors pertinentes d'un point de vue pénal¹⁹².

La révision du Titre 5 du Code pénal n'a pas mené à la création d'une infraction spéciale pour réprimer ces différents types de tromperie. Toutefois, le législateur a fait le choix d'incriminer les tromperies concernant le caractère sexuel d'un acte dans un contexte médical par l'introduction de l'art. 193a nCP¹⁹³. Passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire, cette nouvelle infraction constitue clairement une *lex mitior* s'il s'agit de juger le comportement de l'auteur qui profite de la position du corps de la victime, ainsi incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP, pour lui faire subir un acte sexuel et non médical. En revanche, il s'agit d'une infraction plus sévère pour celui qui agit face à la victime, alors que celle-ci pourrait – théoriquement – se défendre (comportement aujourd'hui réprimé par la contravention prévue à l'art. 198 CP)¹⁹⁴.

La tromperie pour obtenir un acte d'ordre sexuel dans un contexte non médical n'est donc pas expressément mentionnée dans le nouveau droit pénal en matière sexuelle. Nous retiendrons, à l'instar de la surprise, que si l'auteur doit faire usage de tromperie pertinente d'un point de vue pénal pour parvenir à ses fins, il sait bien qu'il agit contre la volonté de la victime, de sorte que l'application de l'art. 190 al. 1 nCP est envisageable.

9. Y a-t-il concours réel en cas de pluralité d'actes de pénétration commis dans un court laps de temps ?

Sous l'empire du droit en vigueur en 2023, le Tribunal fédéral a établi qu'un concours réel entre le viol et la contrainte sexuelle était naturellement concevable si l'acte sexuel et les autres actes d'ordre sexuel avaient été commis à des moments différents¹⁹⁵. En outre, les actes « poursuivant un but de satisfaction sexuelle autonome », comme les rapports bucco-génitaux, les actes de pénétration anale ou la pénétration digitale du vagin¹⁹⁶, doivent être sanctionnés par l'art. 189 CP, en concours avec l'art. 190 CP, y compris lorsqu'ils sont dans un rapport temporel étroit avec l'acte sexuel proprement dit¹⁹⁷. En revanche, les actes d'ordre sexuel au sens de l'art. 189 CP qui sont commis en étroite liaison avec l'acte sexuel propre-

191 Par exemple sur le port d'un préservatif: ATF 148 IV 329 c. 4.2.

192 *Perrier Depeursinge/Boyer* (n. 8), 5.

193 FF 2023 1521.

194 Pour une critique de cette jurisprudence, cf. *Perrier Depeursinge* (n. 166), 216 ss.

195 ATF 122 IV 97 c. 2a.

196 TF 6B_995/2020 c. 2.4.3; ATF 122 IV 97 c. 2a; TF 6B_246/2016 c. 1.1.3.

197 TF 6B_729/2011 c. 1.2; TF 6S.463/2005 c. 2; ATF 122 IV 97 c. 2a.

ment dit, soit des préliminaires ou actes accessoires (caresses sur les seins, les jambes ou le sexe dénudé, par exemple), sont absorbés par le viol¹⁹⁸.

La transposition de cette jurisprudence au droit pénal révisé signifie que, lorsque plusieurs actes d'ordre sexuel impliquant une pénétration sont commis à la suite et qu'ils poursuivent tous un but de satisfaction sexuelle autonome, chacun de ces actes constitue une violation de l'art. 190 nCP¹⁹⁹. L'autorité de jugement devra ainsi retenir l'existence d'un concours réel. Dans ce sens, l'auteur qui pénètre vaginalement et analement une victime réalise deux viols en concours réel, de sorte que sa peine sera aggravée selon l'art. 49 CP. Il en va de même de l'auteur qui impose une fellation à une victime avant de la pénétrer analement ou vaginalement.

Par ailleurs, et comme avant la révision, si l'auteur commet un acte d'ordre sexuel au sens de l'art. 189 nCP avant ou après un acte qui relève de l'art. 190 nCP, et que l'acte d'ordre sexuel en question poursuit un but de satisfaction sexuelle autonome, il devra être également retenu en concours avec l'art. 190 nCP. Tel devrait selon nous être le cas lorsqu'une victime de sexe masculin se fait masturber le sexe avant de subir une pénétration. En revanche, lorsque les actes d'ordre sexuels préliminaires ou accessoires sans pénétration au sens de l'art. 189 nCP n'atteignent pas l'intensité requise pour constituer des actes d'ordre sexuel tendant vers une satisfaction sexuelle autonome, par exemple en cas de caresses de courte durée, ils continueront en principe à être absorbés par l'art. 190 nCP.

10. Comment le Tribunal fédéral interprétera-t-il la contrainte sous le nouveau droit ?

Comme exposé ci-dessus (*supra* III 6 a), l'art. 190 al. 2 nCP primera l'art. 190 al. 1 nCP au vu de l'élément constitutif objectif aggravant de l'usage de contrainte, qui justifie une peine privative de liberté plus élevée²⁰⁰. Ainsi, l'auteur qui, pour obtenir un acte d'ordre sexuel impliquant une pénétration, fait usage de menace, de violence, de pressions d'ordre psychique ou met sa victime hors d'état de résister d'une autre manière devra être condamné pour violation de l'art. 190 al. 2 nCP²⁰¹.

Avant la révision, le Tribunal fédéral a progressivement assoupli les critères pour retenir l'existence d'une contrainte d'une intensité suffisante au sens de l'art. 190 CP, en incluant dans cette notion des comportements moins violents que ceux que le législateur avait envisagés au moment de l'introduction de l'ancienne

198 TF 6B_995/2020 c. 2.4.1 ; ATF 99 IV 73 c. 2b.

199 À l'instar de ce que le TF a décidé dans l'arrêt 7B_15/2021 c. 6.3, où un concours réel a été admis pour plusieurs actes commis en l'espace de 6 à 7 minutes.

200 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 10), 36.

201 *Ibidem*.

disposition de viol²⁰². Afin d'éviter l'impunité de certains actes, le Tribunal fédéral a par exemple reconnu que le fait de maintenir la victime avec le poids de son corps était une forme de violence constitutive de contrainte²⁰³. De même, le TF a admis la contrainte d'une victime qui ne s'était opposée qu'oralement à l'acte sexuel, mais se trouvait dans une situation sans issue, seule dans un appartement avec deux hommes, « engourdie » par l'alcool et surprise dans son sommeil²⁰⁴.

En principe, la jurisprudence rendue sous l'ancien droit quant à l'existence d'un moyen de contrainte demeurera pleinement applicable après l'entrée en vigueur de la révision. Ainsi, les actes qui étaient qualifiés de viol sous l'ancien droit devront être réprimés sur la base de l'art. 190 al. 2 nCP. Toutefois, il est possible que les autorités de jugement se montrent plus sévères dans l'appréciation de l'existence d'une contrainte, que cela soit sous l'angle de la preuve ou de l'intensité requise, dès lors que cet élément constitutif objectif est désormais un facteur aggravant et non plus la condition *sine qua non* de la punissabilité de l'auteur. Le risque de sous-qualification d'un viol avec contrainte en viol sans contrainte a d'ailleurs conduit l'Assemblée fédérale à renoncer à réhausser la peine minimale en cas d'usage d'un moyen de contrainte, de peur qu'un tel durcissement ne pousse les autorités de jugement à appliquer l'art. 190 al. 1 nCP alors que les conditions de l'art. 190 al. 2 nCP sont réunies²⁰⁵.

Pour contrebalancer ce risque de sous-qualification, il faut souligner que le législateur poursuivait l'objectif d'incriminer les comportements nouvellement décrits à l'art. 190 al. 1 nCP, et en aucun cas de requalifier les actes commis avec contrainte au sens de l'art. 190 al. 2 nCP en viol sans contrainte, de sorte que, selon la volonté du législateur, la qualification des actes commis avec contrainte ne devrait pas être modifiée par l'entrée en vigueur de la révision.

IV. Conclusion

La révision du Titre 5 du Code pénal constitue un changement majeur de paradigme en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle. Elle permettra une incrimination plus large des atteintes à l'intégrité sexuelle, comme nous nous sommes employées à le démontrer. Toutefois, cette révision comporte également des risques et des lacunes.

Le premier risque engendré par la révision du Titre 5 du Code pénal a trait à la sécurité du droit. En effet, plusieurs notions juridiques indéterminées feront

202 Perrier Depeursinge/Boyer (n. 8), 29.

203 TF 6B_1498/2020 c. 2.2, n. p. à l'ATF 147 IV 505.

204 TF 6B_502/2017 c. 1.2-1.3.

205 BO 2023 CE 116.

leur entrée dans le Code pénal avec la révision législative. Il s'agit en particulier de la notion d'état de sidération, mais également de celle de refus dans un contexte sexuel. Un droit pénal sexuel clair « contribue à réduire les interstices dans lesquels des postures passivistes » peuvent se glisser²⁰⁶. La révision du Titre 5 n'est pas dénuée d'ambiguïté à cet égard, qu'il s'agisse de la portée des éléments constitutifs de l'art. 190 al. 1 nCP, de la qualification pénale des actes commis par tromperie ou surprise ou du rapport entre les différentes infractions qui protègent l'intégrité sexuelle. Cependant, toute révision législative crée naturellement une certaine insécurité juridique. Ainsi, l'adoption du moyen de contrainte des pressions d'ordre psychique avait en son temps conduit une partie de la doctrine à protester contre le caractère jugé trop indéterminé de cette notion, certains auteurs y voyant une violation de l'art. 1 CP²⁰⁷. La jurisprudence a toutefois rapidement circonscrit cette notion de manière conforme au principe de la légalité, ce qui sera à n'en pas douter également le cas en l'espèce, de sorte que le risque d'insécurité juridique peut être relativisé.

En deuxième lieu, il faut souligner le risque d'impunité qui subsistera après la révision s'agissant des actes d'ordre sexuels accomplis sans le consentement de la victime, mais sans qu'elle n'ait été en mesure d'exprimer son refus ou qu'elle soit tombée en état de sidération. La solution du consentement aurait fondé une obligation d'attention ou de diligence pour l'auteur, en le forçant à prêter un minimum d'attention aux réactions de son ou sa partenaire, et à se renseigner notamment dans les situations ambivalentes. La révision n'aura pas permis de mettre fin à la présomption de consentement sexuel de la victime et au fait qu'il appartient à cette dernière de marquer son refus, et non pas à l'auteur de s'assurer de son consentement. Cette lacune découle directement du choix du législateur de privilégier la solution du refus à celle du consentement et explique l'intensité des débats qui ont marqué la révision de l'infraction de viol au sein du Parlement et de la société civile. Ainsi, malgré la révision, l'attention de la justice continuera de se tourner principalement vers le comportement de la victime, afin de déterminer si cette dernière a exprimé son refus de manière suffisamment claire pour être comprise par l'auteur. Or, la capacité d'une personne à exprimer sa (non) volonté de prendre part à une activité sexuelle peut être altérée par sa situation personnelle ou par les rapports sociaux en présence. Les circonstances peuvent ainsi conduire la victime à se soumettre sans exprimer de refus, et ce même lorsque l'auteur ne fait pas usage d'un moyen de contrainte. Dans ce sens, la solution du refus ne permettra probablement pas d'incriminer l'ensemble des actes d'ordre sexuel accomplis sans consentement, malgré l'objectif que s'était fixé le législateur, ce que nous regrettons.

206 Jaquier/Montavon (n. 62), 207.

207 Pour un panorama des réactions de la doctrine à l'époque, cf. Maier (n. 122), 323.