
Stealthing : Quelle protection pénale ?

De la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle

CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE

Professeure de droit pénal, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, Université de Lausanne





MATHILDE BOYER

MLaw, doctorante, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, Université de Lausanne

Table des matières

I.	Introduction	518
II.	La classification pénale du stealthing	519
A.	Les réponses contradictoires de la jurisprudence.....	519
B.	Les infractions entrant en ligne de compte	520
1.	Le « stealthing » comme contrainte sexuelle ou comme viol (art. 189 et 190 CP).....	520
2.	Le « stealthing » comme exploitation de l'incapacité de résistance (art. 191 CP).....	521
3.	Le « stealthing » comme harcèlement (art. 198 CP)	525
III.	Conclusion : seul un oui devrait être un oui.....	526

Bibliographie

JUSTINE BARTON, L'appréciation de la crédibilité d'une victime présumée de violences sexuelles : Une analyse à l'aune des mythes sur le viol, PJA 2021, p. 1370 ss ; ALEXANDRA BRODSKY, "Rape-adjacent": imagining legal responses to nonconsensual condom removal, Columbia Journal of Gender and Law 2017, p. 187 ss ; BERNARD CORBOZ,  infractions en droit suisse, Volume I, Berne 2010 ; ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III.  iktte gegen den Einzelnen, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève  2018 ; MICHEL DUPUIS ET AL., Petit Commentaire Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017 (cite  CP) ; MOHAMAD EL-GHAZI, Die strafrechtliche Bewertung des sogenannten Stealthings, SJZ 115/2019, p. 675 ss ; CAROLA GÖHLICH, Stealthing als Eingriff in die sexuelle Integrität ?, PJA 2019, p. 522 ss ; LAURA JETZER, Stealthing : Strafrechtlich nicht fassbare Verletzung der von Art. 28 ZGB geschützten sexuellen Integrität ?, in : Eitel/Graham-Siegenthaler (édit.), Aspekte rechtlicher Nähebeziehungen : Liber amicorum für Regina E. Aebi-Müller, Zurich 2021, p. 177 ss ; ROSIE L. LATIMER ET AL., Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia, PLoS ONE 13(12), 2018 ; PHILIPP MAIER, in :

Niggli/Wiprächtiger, BSK Strafrecht II, 4^e éd., Bâle 2019, art. 189 à 191 ; MARKUS MEIER/JASMIN J. HASHEMI, *Stealthing* – Muss strafbar sein, was verwerflich ist ?, *Forumpoenale* 2/2020, p. 120 ; NICOLAS QUELOZ/FEDERICO ILLÁNEZ, in : Macaluso/Moreillon/Queloz, *CR Code pénal II*, Bâle 2017, art. 189 à 191 ; NORA SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, Berne 2018 ; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, Berne 2010.

I. Introduction

Entraide, procédure pénale, droit pénal économique, commission par omission, communauté de risques en montagne, délit de chauffard ou infractions informatiques : le dedicataire du présent ouvrage a écrit dans tous ces domaines. Il semble bien que tout l'intéresse, mais aujourd'hui peut-être davantage les thèmes qu'il n'aurait pas déjà commentés, interprétés, appliqués, plaidés, enseignés à l'Université ou encore traités sous forme de conférence. On sait qu'il aime être confronté à des questions pratiques autour de situations inédites. Après une conversation épique autour des limites du consentement dans le domaine des infractions contre l'intégrité sexuelle, nous proposons à notre ex-doyen, futur ancien collègue mais pour toujours ami quelques lignes sur le « *stealthing* », qui cristallise bien à notre sens toute l'importance de la révision du *Sexualstrafrecht*.

On parle de *stealthing* lorsqu'un homme, avant ou pendant une relation sexuelle consentie avec préservatif, retire cette protection à l'insu et sans l'accord de son ou sa partenaire¹. Celui qui ne fait ici qu'usage de ruse ou de tromperie achève le rapport sexuel à découvert. La victime ne réalise ainsi qu'elle a été dupée qu'une fois le rapport terminé – pour autant qu'elle s'en aperçoive².

Le phénomène a été mis en lumière par la chercheuse américaine ALEXANDRA BRODSKY, constatant la fréquence de ce comportement³. Outre l'exposition à d'éventuelles maladies sexuellement transmissibles ou le risque de grossesse, cette pratique est souvent ressentie par la victime comme une violation de son intimité et non uniquement de sa volonté, voire comme un viol⁴.

Dans un premier temps, nous exposerons l'état de la jurisprudence à l'égard du *stealthing*. Aucune infraction suisse n'incriminant actuellement expressément cette pratique⁵, nous examinerons ensuite dans quelle mesure elle peut

¹ EL-GHAZI, p. 674. Le terme vient de l'anglais « *stealth* » qui signifie « furtif ».

² MEIER/J. HASHEMI, p. 120 ; BRODSKY, p. 187 s.

³ BRODSKY, p. 184 et 190. En effet, une étude australienne de 2018 constate que, sur 6'322 patients fréquentant le Melbourne Sexual Health Centre, deux femmes sur cinq et près d'un homme sur trois en avaient déjà été victimes : LATIMER ET AL.

⁴ BRODSKY, p. 183.

⁵ OGer Basel-Landschaft no 460 19 68 du 06.06.2019, consid. 3.2.2.

être subsumée sous les dispositions existantes. En conclusion, nous pointerons une modification du droit pénal sexuel envisagée en 2021 et sur la manière à notre sens la plus adéquate de l'améliorer, afin notamment que le *stealthing* soit mieux appréhendé par le droit révisé.

II. La classification pénale du *stealthing*

A. Les réponses contradictoires de la jurisprudence

Au niveau fédéral, la jurisprudence ne s'est pas – encore – prononcée sur la qualification juridique d'une telle pratique⁶. Le Tribunal fédéral a néanmoins admis que la qualité de victime ne pouvait d'emblée être déniée à celui ou celle qui l'avait subie⁷.

Au niveau cantonal, en 2017, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné l'auteur d'un acte de *stealthing* pour viol selon l'art. 190 CP⁸. La même année, la Cour d'appel pénale du canton de Vaud a cependant requalifié ces faits d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP⁹, puisque « l'utilisation de la surprise ou de la ruse n'est pas considérée comme un moyen de contrainte »¹⁰.

La jurisprudence rendue outre-Sarine est plus clémentaire à l'égard de l'auteur de *stealthing*. En 2019, le Tribunal cantonal zurichois a confirmé l'acquittement (prononcé en première instance à regret¹¹) du prévenu qui avait retiré son préservatif en cours de rapport, en vertu du principe *nullem crimen sine lege*¹². Les juges zurichois ont considéré que la victime n'était pas complètement incapable de résistance, raison pour laquelle l'art. 191 CP serait inapplicable. Même son de cloche quelques mois plus tard devant le Tribunal canto-


⁶ Deux arrêts sont cependant attendus ; ils portent les numéros d'affaires 6B_34/2020 et 6B_265/2020.

⁷ TF 1B_278/2007 du 29.01.2008.

⁸ Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne PE15.012315 du 09.01.2017 (non publié).

⁹ CAPE VD no 197 du 28.08.2017.

¹⁰ CAPE VD no 197 du 28.08.2017, consid. 4.2.

¹¹ V. l'article de Tom Felber paru dans la NZZ le 14.02.2019 :  s heimliche Entfernen des Kondoms beim Sex ist laut dem Bezirksgericht Bülach keine Schändung », selon lequel le Président de tribunal a insisté sur le caractère regrettable de l'acquittement (« *Der Vorsitzende Marcus Müller betont bei der Urteilsöffnung das Wort 'leider'. Leider habe ein Freispruch erfolgen müssen* »).

¹² OGer ZH SB190282 du 28.11.2019 (non définitif), consid. 4 qui confirme l'arrêt rendu par le BezGer Bülach DG180057 du 13.02.2019 ; v. ég. MEIER/HASHEMI, p. 123 et 124 ; GÖHLICH, p. 527.

nal de Bâle-Campagne, au nom du même principe, et pour les mêmes raisons¹³. Selon les juges bâlois, la tromperie ne peut pas causer d'incapacité de résistance et, en outre, la victime était à tout moment en état de former sa volonté à l'égard du « contact sexuel » entrepris. En outre, suivant une partie de la doctrine¹⁴, l'arrêt soutient que les art. 189 à 191 CP ne protègent que le « si » de l'acte sexuel, non son « comment »¹⁵. L'usage du préservatif ne serait qu'une modalité de l'accomplissement d'un acte sexuel, de sorte que son absence ne porterait pas atteinte au bien juridiquement protégé par l'art. 191 CP.

B. Les infractions entrant en ligne de compte

Qu'en est-il donc en réalité ? Quelle(s) infraction(s) serai(en)t susceptible(s) de s'appliquer à celui qui, en usant de ruse, retire intentionnellement un préservatif pour commettre sur autrui, sans son consentement quant à l'absence de protection, l'acte sexuel ou un acte analogue ? A défaut de telle disposition dans le Code pénal, nous passerons en revue celles qui sont en vigueur et envisageables.

1. Le « stealthing » comme contrainte sexuelle ou comme viol (art. 189 et 190 CP)

Les art. 189 et 190 CP protègent le droit à la libre détermination en matière sexuelle et à l'intégrité sexuelle. Ces dispositions ont en commun l'élément constitutif objectif de la contrainte, sous la forme de menace, de violence, de l'exercice de pressions d'ordre psychique ou de mise hors d'état de résister¹⁶. Le Tribunal fédéral rappelle toujours que ces dispositions consacrent des infractions de violence qui supposent une « certaine intensité » en particulier à l'égard d'adultes capables d'opposer une résistance, de sorte que les art. 189 et 190 CP supposent à leur égard « en principe des actes d'agression physique »¹⁷. En l'absence d'une telle agression, les art. 189 et 190 CP demeurent applicables lorsque l'auteur met sa victime hors d'état de résister

¹³ OGer Basel-Landschaft no 460 19 68 du 06.06.2019, consid. 3.2.2.

¹⁴ GÖHLICH, p. 525.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ GÖHLICH, p. 526.

¹⁷ ATF 131 IV 167, consid. 3.1 ; ATF 126 IV 124 ; ATF 122 IV 97, consid. 2b ; TF 6B_326/2019 du 14.05.2019, consid. 3.2.1 et 3.3.1.

en lui administrant des drogues ou des somnifères¹⁸. L'auteur qui rend sa victime inconsciente n'a alors plus à exercer de menaces ou de violence¹⁹.

Ainsi, le fait de passer outre la volonté de son-sa partenaire, même par la tromperie ou la ruse, est insuffisant pour être constitutif de contrainte²⁰. Il n'y a pas là de menace, de violence ou de pression psychologique, ni de mise hors d'état de résister qui atteigne l'intensité requise. Un élément constitutif objectif faisant défaut à l'égard du comportement envisagé, le *stealthing* ne peut donc tomber sous le coup ni de la contrainte sexuelle (189 CP), ni du viol (190 CP).

Une partie de la doctrine ajoute à cet argument que la « victime » a donné son consentement à l'acte sexuel entrepris, ce qui exclurait de toute façon l'application de ces dispositions²¹. On peut cependant souligner d'une part que la victime n'a consenti au rapport sexuel qu'à la condition que son partenaire porte un préservatif, de sorte que le consentement à ce qui est effectivement commis fait défaut²². D'autre part, l'argument fait écho à celui du bien juridiquement protégé par ces dispositions, qui ne serait pas touché par un désaccord sur les modalités de l'accomplissement de l'acte sexuel. Nous nous pencherons sur cette question dans le cadre de l'application de l'art. 191 CP.

2. *Le « stealthing » comme exploitation de l'incapacité de résistance (art. 191 CP)*

L'art. 191 CP incrimine les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance. Le comportement typique de cette disposition consiste à abuser de l'incapacité de discernement ou de résistance dans laquelle se trouve (déjà) la victime pour commettre sur elle un acte sexuel en profitant du fait que celle-ci n'est pas en mesure de s'y opposer²³.

Comme déjà évoqué, seul un arrêt de la Cour d'appel pénale du canton de Vaud a condamné un auteur de « *stealthing* » pour violation de l'art. 191 CP²⁴.

¹⁸ ATF 122 IV 97, consid. 2b ; pour un exemple récent : TF 6B_92/2020 du 07.04.2020, consid. 1.3 (tentative de l'auteur de mettre sa victime en état d'incapacité de résistance au moyen d'une pastille de méthamphétamine glissée dans sa bière).

¹⁹ CR CP II-QUELOZ/ILLÁNEZ, art. 189 N 39 et les réf. cit.

²⁰ MEIER/HASHEMI, p. 122 ; EL-GHAZI, p. 677 s. ; GÖHLICH, p. 526 ; BSK StGB II-MAIER, Art. 189 N 10 ; SCHEIDEGGER, N 396.

²¹ GÖHLICH, p. 526.

²² SCHEIDEGGER, N 168.

²³ TF 6B_60/2015 du 25.01.2016, consid. 1.1.1 ; TF 6B_920/2009 du 18.02.2010, consid. 3.2 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 8 N 40 ; CR CP II-QUELOZ/ILLÁNEZ, art. 191 CP N 10 ; CORBOZ art. 191 N 4 ; PC CP, art. 191 N 10.

²⁴ CAPE VD no 197 du 28.08.2017.

La Cour d'appel a considéré en l'espèce que « si le prévenu n'a pas contraint la plaignante à l'acte sexuel en lui-même, il a en revanche sciemment profité de la situation pour lui imposer de fait un rapport sexuel non protégé et passer ainsi outre sa volonté »²⁵. Les juges ont estimé que l'auteur « savait qu'elle n'accepterait pas un tel acte et [...] qu'elle était incapable de se rendre compte qu'il ne portait plus de préservatif et qu'elle ne pourrait s'en apercevoir que le fait accompli »²⁶. Par conséquent, la Cour a considéré que l'auteur avait dupé la victime et l'avait ainsi privée de toute possibilité de résistance, comportement visé par l'art. 191 CP²⁷.

Cette jurisprudence vaudoise a été contestée en doctrine. En effet, la majorité des auteurs s'opposent à l'application de l'art. 191 CP au *stealthing*, exposant que, selon le principe *nullum crimen sine lege*, l'interprétation de cette disposition doit être stricte, ce qui exclut la création d'une infraction par analogie²⁸. En effet, la victime de l'erreur pourrait en pareil cas opposer une résistance (elle n'est donc pas intrinsèquement « incapable de [...] résistance »). Si elle ne résiste pas, c'est à cause de l'erreur²⁹ dans laquelle l'auteur volontairement a trompé la victime, qui la trompe sur un point essentiel. La question qui se pose est donc : comment interpréter le texte de l'art. 191 CP concernant l'incapacité de résistance de la victime ?

La lecture du message relatif à l'adoption de l'art. 191 CP semble indiquer que le législateur entendait protéger « les personnes psychologiquement ou physiquement incapables de se défendre contre des sollicitations d'ordre sexuel »³⁰. En outre, et pour différencier l'art. 191 CP de l'art. 189/190 CP, le Message précisait que l'art. 191 CP (et son cadre de peine réduit par rapport à l'art. 190 CP) supposait que « l'auteur profite de l'incapacité préexistante de sa victime à consentir ou à résister à l'acte, alors que dans le cas du viol, c'est l'auteur lui-même qui provoque cette incapacité contre la volonté de la victime »³¹. Ainsi, le Prince qui endort Blanche-Neige au moyen d'une pomme empoisonnée et commet sur elle l'acte sexuel se rend coupable de viol, alors que le Prince qui trouve Blanche-Neige endormie et agit de la même manière ne viole pas l'art. 191 CP. Si l'on s'en tient à l'interprétation historique, l'incapacité de la victime selon l'art. 191 CP suppose qu'elle se trouve (1) dans un état qui l'empêche d'avoir conscience de ce qui est en train de se dérouler et/ou de

²⁵ CAPE VD no 197 du 28.08.2017, consid. 4.3.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ SCHEIDEGGER, N 486 et 487 ; JETZER, p. 182 ; EL-GHAZI, p. 678 s.

²⁹ SCHEIDEGGER, N 488.

³⁰ Message du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille), FF 1985 II 1021, 1093.

³¹ FF 1985 II 1021, 1094.

former sa volonté à cet égard et (2), ce préalablement à l'acte de l'auteur et indépendamment des agissements de ce dernier.

S'agissant du premier point, relevons tout d'abord que, dans le cas du *stealth*, Blanche-Neige ne dort pas. L'inconscience n'est cependant pas une condition d'application de l'art. 191 CP. La jurisprudence a condamné en vertu de cette disposition les auteurs d'actes d'ordre sexuels commis sur une victime consciente mais par surprise. Par exemple, l'acte du gynécologue sur sa patiente installée dans une chaise d'examen gynécologique³². Le Tribunal fédéral semble toutefois insister sur le fait qu'en pareil cas, l'incapacité est physique (ou « corporelle ») et totale, même si celle-ci n'est que de courte durée³³. Elle est liée à l'impossibilité de percevoir visuellement ce que l'auteur est en train de faire. L'auteur profite de l'effet de surprise qu'il a créé. Si la victime peut résister mais est simplement trompée quant au caractère sexuel et non médical de l'acte, l'art. 191 CP ne s'applique pas selon notre Haute Cour³⁴. Ce que semble dire le TF, c'est que si la victime est corporellement incapable de résister (elle est surprise³⁵, inconsciente ou n'a pas le discernement), l'art. 191 CP s'applique. Si elle n'est « que » subjectivement incapable de résister (en théorie, elle pourrait, mais elle ne le fait pas parce qu'on la trompe), l'art. 191 CP ne s'applique pas³⁶. Cela étant exposé, nous ne voyons pas ce qui différencie l'incapacité de résister en raison de la surprise de la même incapacité en raison de la tromperie. Dans les deux cas, la victime pourrait résister, mais ne le fait pas indépendamment de sa volonté (elle n'en a pas le temps ou est victime d'une erreur sur les faits)³⁷. Dans les deux cas, l'auteur en profite, et il semble même d'autant plus coupable lorsqu'il agit astucieusement plutôt que seulement furtivement. Enfin, on ne voit pas, dans le texte de la loi, que l'incapacité de résister ne devrait concerner que le corps de la victime. La doctrine s'accorde à dire que la cause de l'incapacité est

³² ATF 103 IV 165 ; ATF 133 IV 49, consid. 7.3.

³³ ATF 133 IV 49, consid. 7.2 ; BSK StGB II-MAIER, Art. 191 N 6.

³⁴ V. TF 6B_33/2020 du 24.06.2020 (art. 191 CP écarté, notamment faute d'avoir prouvé l'intention du médecin qui avait stimulé pendant 4 à 5 minutes le clitoris de sa patiente) ; TF 6B_453/2007 du 19.02.2008, consid. 3.2 (qui différencie les actes commis lorsque la victime est sur le ventre, donc « corporellement » incapable de résister, et ceux commis lorsqu'elle est sur le dos, donc physiquement – mais théoriquement – capable de résister).

³⁵ V. les développements de l'arrêt TF 6S.448/2004 du 03.10.2005, consid. 1.2.4, 2.3.2 et 2.4 (cas d'un gynécologue qui raconte à une jeune fille qu'elle est prétendument atteinte de syphilis et qui justifie ainsi le fait qu'il devrait vérifier sa capacité à avoir un orgasme en la masturbant), dans lequel le TF admet l'incapacité de résistance en raison de la surprise, mais non en raison de la ruse de l'auteur.


³⁶ STRATENWETH/JENNY/BOMMER, § 8 N 37 ; DONATSCH, p. 546 ; CORBOZ, art. 191 N 4.

³⁷ *Contra* SCHEIDEGGER, N 488, qui se fonde encore sur le caractère physique, ou non, de l'incapacité de résister.

dénuée de pertinence³⁸. Le Message accompagnant la loi envisageait même explicitement que les victimes soient « *psychiquement* ou physiquement incaptes à se défendre »³⁹. La distinction effectuée par la jurisprudence entre incapacité « corporelle » et incapacité psychique ne semble se baser sur aucun motif pertinent. Une application conséquente de la jurisprudence relative à la surprise⁴⁰ ne s'oppose pas, à ce stade, à subsumer sous l'art. 191 CP le comportement de *stealthing*.

S'agissant du second élément évoqué ci-dessus, à savoir le fait que l'incapacité de résistance n'est pas imputable à l'auteur, l'art. 191 CP se montre mal ajusté. On rappelle que le cadre légèrement réduit de la peine se justifiait selon le Conseil fédéral parce que, précisément, l'auteur n'avait pas lui-même mis sa victime en incapacité de résister mais se contente de profiter d'une situation préexistante⁴¹. Dans le cas du *stealthing*, puisque c'est l'auteur qui trompe (et met ainsi la victime dans l'incapacité psychique de résister), on devrait plutôt se tourner vers l'application des art. 189/190 CP – or nous avons exclu l'application de ces dispositions puisque le législateur et la jurisprudence fédérale attendent un comportement d'une part agressif et d'autre part d'une certaine intensité⁴². Il paraît toutefois choquant d'exclure l'application de l'art. 191 CP au motif que l'auteur a lui-même mis sa victime en état d'incapacité de résister plutôt que, comme l'attend le texte de loi, de se contenter de profiter d'un état préexistant.

Dernière particularité en cas de *stealthing* : la victime a consenti à un acte d'ordre sexuel et y participe activement. Certains auteurs en déduisent que les biens juridiquement protégés par les art. 189 à 191 CP (intégrité sexuelle et libre détermination sexuelle⁴³) ne seraient pas touchés⁴⁴. Nous ne souscrivons absolument pas à cette approche. Le rapport sexuel non protégé n'est pas équivalent à un rapport consenti avec préservatif – ce qui est commis n'est plus couvert par le consentement de la victime⁴⁵. Cette dernière ne s'est donc pas librement déterminée sur l'acte. Crûment exposé, le rapport qui implique

³⁸ BSK StGB II-MAIER, Art. 191 N 6a ; CR CP II-QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 191 Cl  10 (ainsi que les références citées par ces auteurs).

³⁹ FF 1985 II 1021, 1093.

⁴⁰ ATF 133 IV 49, consid. 7 ; ATF 119 IV 230, consid. 3a (erreur sur l'identité du partenaire) ; ATF 103 IV 165.

⁴¹ FF 1985 II 1021, 1094.

⁴² ATF 131 IV 167, consid. 3.1 ; ATF 126 IV 124 ; ATF 122 IV 97, consid. 2b ; TF 6B 326/2019 du 14.05.2019, consid. 3.2.1 et 3.3.1.

⁴³ CR CP II-QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 189 N 5 et art. 191 CP N 2.

⁴⁴ MEIER/HASHEMI, p. 122 s. ; é.g. GÖHLICH, *passim* mais sp. p. 522 et 527, qui considère le préservatif comme une modalité (un « comment » de l'acte, non un « si »). Le port de cette protection ne serait requis par le-a partenaire que pour éviter une grossesse ou une maladie sexuellement transmissible.

⁴⁵ Dans le même sens, EL-GHAZI, p. 681.

un échange de fluides corporels est beaucoup plus intime et invasif qu'un acte sexuel réalisé sous protection⁴⁶. Le bien juridiquement protégé, à savoir la libre détermination en matière sexuelle, est bel et bien atteint par le *stealthing*.

En définitive, l'art. 191 CP semble applicable au *stealthing*, pour autant que la jurisprudence réforme son interprétation restrictive de l'incapacité de résistance et admette avec la doctrine que le motif de l'incapacité est sans pertinence (physique, psychologique, situationnel). Vu les arrêts parus dans ce domaine⁴⁷, on s'attend cependant à ce que le Tribunal fédéral rejette les recours déposés et confirme l'acquiescement des auteurs de *stealthing*⁴⁸. Quoi qu'il en soit, la disposition reste mal adaptée à l'acte de l'auteur.

3. Le « *stealthing* » comme harcèlement (art. 198 CP)

Dernière disposition envisageable, l'art. 198 CP qui réprime les « désagrèments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel ». Le comportement de harcèlement, prévu à l'al. 2 de cette disposition, consiste à importuner une personne par des attouchements d'ordre sexuel⁴⁹. Il s'agit, selon le Tribunal fédéral, de faits « comparables à [des atteintes au droit de disposer de soi-même] étant donné qu'ils confrontent la personne concernée contre son gré à la sexualité »⁵⁰.

Pour l'heure, aucun tribunal n'a appliqué cette disposition à un comportement de *stealthing*. La doctrine est à cet égard partagée. Certains estiment que cette disposition, dont les conditions sont peu exigeantes, pourrait incriminer ledit comportement⁵¹. Ces derniers arguent avec raison que la pénétration sans préservatif est un acte d'ordre sexuel, et qu'à défaut du consentement de la

⁴⁶ On peut imaginer la différence entre embrasser une personne avec une feuille de cellophane ou sans. Ou tourner des scènes de sexualité lesbienne en portant des coques de silicone moulées à l'entrejambe, ou non (v. lematin.ch du 9 octobre 2013 : « La vie d'Adèle' : les dessous des scènes de sexe »). Même si les protagonistes se touchent directement d'autres parties du corps, il y a une pudeur préservée par l'absence de contact direct entre deux parties intimes du corps.

⁴⁷ On pense en particulier à l'arrêt déjà signalé sous note 34 : TF 6B_3/2007 du 19.02.2008 qui n'incrimine que les actes commis lorsque la victime est sur le ventre, donc « corporellement » incapable de résister, à la différence de ceux commis certes en profitant de l'erreur de sa victime, mais lorsqu'elle est sur le dos, donc physiquement – mais théoriquement – capable de résister.

⁴⁸ Comme déjà signalé (note 6), les deux arrêts attendus portent les numéros 6B_34/2020 et 6B_265/2020.

⁴⁹ CR CP II-QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 198 CP N 4.

⁵⁰ ATF 137 IV 263, JdT 2012 IV 230, consid. 3.1.

⁵¹ EL-GHAZI, p. 681 ; SCHEIDEGGER, N 628 et 631.

victime, les conditions d'application de l'art. 198 al. 2 CP sont réunies⁵². Une seconde partie de la doctrine estime au contraire que l'art. 198 al. 2 CP n'est pas applicable au *stealthing*, le (seul) retrait du préservatif ne pouvant être considéré comme un acte d'ordre sexuel⁵³. Ces auteurs considèrent que le consentement a été donné sur les éléments pénalement pertinents (avoir ou non un rapport sexuel), de sorte que le fait de pénétrer à nouveau, mais à nu, la ou le partenaire après avoir retiré le préservatif ne porterait pas atteinte au bien juridiquement protégé⁵⁴. Comme évoqué ci-dessus, nous ne souscrivons pas à cette approche, qui fait du préservatif une simple modalité, alors qu'à notre sens, l'usage de l'objet change la nature même du rapport sexuel.

En définitive, l'art. 198 al. 2 CP est certainement applicable au *stealthing*, mais ne rend pas justice à l'impact de ce comportement sur la victime. Celle-ci n'est pas qu'« importunée » ; il ne s'agit pas d'un simple « attouchement » mais d'un acte sexuel non consenti qui dépasse largement ce que le législateur entendait viser à l'art. 198 CP. La disposition est de rang contraventionnel, ce qui est insuffisant également au regard de la gravité du comportement de l'auteur⁵⁵. Enfin, l'art. 198 CP suppose le dépôt d'une plainte. Or, les victimes dénoncent les infractions à caractère sexuel souvent bien après le délai de trois mois de l'art. 31 CP, voire pas du tout⁵⁶. La répression pénale du *stealthing* par le biais de cette infraction reste donc imparfaite.

III. Conclusion : seul un oui devrait être un oui

Le viol et la contrainte sexuelle sont inapplicables au *stealthing*, faute pour l'auteur d'avoir à faire usage d'un moyen de contrainte. L'art. 191 CP serait applicable, mais la jurisprudence semble l'exclure, puisqu'elle restreint, à tort selon nous, l'incapacité de résistance de la victime à une incapacité physique. En outre, la disposition ne devrait concerner que l'auteur qui se borne à profiter

⁵² EL-GHAZI, op. cit., p. 681. V. pour les conditions d'application de l'art. 198 CP : CR CP II-QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 198 CP N 17 ss.

⁵³ MEIER/HASHEMI, p. 123.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Dans le même sens, EL-GHAZI, p. 682 ; SCHEIDEGGER, N 632.

⁵⁶ Le Tribunal fédéral le reconnaît dans un arrêt TF 6B_257/2020 du 24.06.21, consid. 5.4.1 destiné à publication : dans ce domaine, il est fréquent que les victimes ne dénoncent pas le cas ou ne le fassent que tardivement : « *Als gerichtsnotorisch darf gelten, dass Opfer von Sexualdelikten aus verschiedenen Gründen, namentlich aus Angst und Scham, oftmals auf eine Anzeigeerstattung verzichten [...] Ausserdem befinden sich Betroffene nach einem traumatischen Erlebnis wie etwa einer Vergewaltigung nicht selten in einem Zustand des Schocks und der Erstarrung. In diesem Zustand kommt es zu Verdrängungs- resp. Verleugnungsbestrebungen, welche dazu führen, dass sich das Opfer (in einer ersten Phase) niemandem anvertraut* ».

d'une situation indépendante de ses actes, non d'une situation qu'il a lui-même créée. Quant à l'art. 198 al. 2 CP, il pourrait trouver application mais est inadapté, tant dans la faible gravité de la sanction qu'il prévoit qu'à l'égard de la nécessité d'une plainte. C'est pourquoi la majorité de la doctrine plaide plutôt en faveur de l'adoption d'une nouvelle disposition⁵⁷.

Sans conteste, le droit pénal sexuel suisse mérite un dépoussiérage. L'examen de la punissabilité du *stealth*ing démontre qu'il ne protège qu'imparfaitement la libre détermination en matière sexuelle⁵⁸. Comme l'exige la Convention d'Istanbul⁵⁹, en son article 36, il conviendrait d'ériger en infraction pénale les actes sexuels « non consentis ». Ainsi, à défaut de consentement (exprès ou tacite) portant sur l'acte considéré, l'acte sexuel entrepris serait une infraction. Autrement dit, le consentement serait une condition à même de lever la punissabilité de principe d'un acte d'ordre sexuel. On parle dans ce contexte de solution du consentement ou du « oui c'est oui ». Une telle solution ferait du *stealth*ing un comportement pénalement punissable, puisque le consentement à l'acte qui est entrepris fait défaut.

Entre le 1^{er} février et le 10 mai 2021, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a mis en consultation une proposition de révision. Est notamment envisagée l'adoption d'un nouvel art. 187a CP, qui érigerait en infraction l'acte sexuel commis « contre la volonté d'une personne ou par surprise ». Il n'y aurait donc pas de punissabilité de principe de l'acte sexuel. Tel serait uniquement le cas lorsque la victime exprimerait une volonté contraire (solution dite du « non, c'est non »). La solution proposée ne couvrirait cependant à notre sens pas (tous) les cas de *stealth*ing : il est tout à fait envisageable que, sans aucune déclaration de volonté dans un sens ni dans l'autre, un rapport sexuel initié avec préservatif soit mené à terme sans. L'auteur qui le retirerait furtivement pourrait alors plaider que la victime n'avait pas exprimé de volonté contraire.

Au cours de la consultation, de nombreuses voix se sont élevées en faveur du « oui c'est oui »⁶⁰. Le respect du droit international a été invoqué comme argument. Outre sa compatibilité avec la Convention d'Istanbul, le respect de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme impose cette

⁵⁷ MEIER/HASHEMI, p. 124 ; SCHEIDEGGER, N 486 et 579.

⁵⁸ Comme le relève BARTON (p. 1378 s.) : « En droit suisse, la conception de l'auto-détermination en matière sexuelle peut se résumer par l'adage 'qui ne dit mot consent' et renforce l'idée que les hommes peuvent disposer du corps des femmes en toute impunité ».

⁵⁹ Convention du 11 mai 2011 du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul ; RS 0.311.35)

⁶⁰ Rapport du 8 août 2021 sur les résultats de la consultation de la loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, Office fédéral de la justice, p. 7 et 13 ss.

solution⁶¹. En outre, la solution du consentement enjoindrait aux autorités pénales d'interroger l'auteur sur ce qui a pu lui faire comprendre que la victime était consentante et souhaitait un rapport, et cas échéant lequel – plutôt que de maintenir l'attention sur la victime, et sur la manière dont elle a, ou non, opposé un refus ou une résistance. A titre d'exemple, on ne s'interroge pas sur la réaction de la victime de vol – seule la soustraction compte, soit l'acte de l'auteur.

Enfin, la solution du « non c'est non » demeure basée sur une vision de la sexualité selon laquelle l'auteur propose et va jusqu'où il peut aller avant que la victime ne refuse. L'idée qui la sous-tend est qu'il y a un sujet qui veut et un objet qui tolère, jusqu'à un certain point. Une vision plus moderne de la sexualité, et plus en phase avec notre époque, consacrerait deux sujets qui veulent avoir un rapport sexuel, et qui sont responsables de s'inquiéter du consentement de leur partenaire, et de ce sur quoi ce consentement porte. Non seulement on appréhenderait correctement le *stealth*, mais également tous les autres comportements qui portent atteinte au bien juridique qu'est la libre détermination en matière sexuelle et que le droit pénal suisse entend protéger.

⁶¹ CourEDH, *M.C. c. Bulgarie* du 4.12.2003, § 166 ; CourEDH, *I.C. c. Roumanie* du 24.05.2016, § 52 : « Les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique ».