



Collection lausannoise
CEDIDAC

Camille Perrier Depeursinge / Nathalie Dongois
(éditrices)

Infractions contre l'intégrité sexuelle

Unil



Stämpfli Editions



Collection lausannoise
CEDIDAC

Infractions contre l'intégrité sexuelle

Édité par

Camille Perrier Depeursinge

Professeure à l'Université de Lausanne

Nathalie Dongois

Professeure à l'Université de Lausanne



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Berne

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2022
www.staempfliverlag.com

Print ISBN 978-3-7272-3554-2

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-2981-7

printed in
switzerland



Sommaire

Préface	V
Table des principales abréviations	IX
Infractions contre l'intégrité sexuelle	1
Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, MATHILDE BOYER	
Quelle répression pour les cyber-atteintes à l'intégrité sexuelle : <i>revenge porn</i>, (cyber)harcèlement, sextorsion, <i>grooming</i>	33
MIRIAM MAZOU, CHARLOTTE ISELIN	
Quelles sanctions (peines, mesures) et quelles alternatives/ compléments (justice restaurative et médiation) en cas d'infraction à l'intégrité sexuelle	61
Quelles sanctions (peines et mesures) en cas d'infraction à l'intégrité sexuelle SANDRINE OSOJNAK	
Addressing victims' needs after sexual violence	83
The possibilities Restorative Justice offers CLAUDIA CHRISTEN-SCHNEIDER	
Techniques d'auditions des victimes en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle	115
JULIE COURVOISIER	
L'audition d'un auteur présumé d'infraction contre l'intégrité sexuelle	133
NATHALIE DONGOIS, CHRISTOPHE SELLIE	
L'acte sexuel et la relation entre les protagonistes : interactions entre le psychiatre et le juriste	153
PHILIPPE DELACRAUSAZ, LAURENT MOREILLON	
Le rôle des expertises en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle	171
Expertises de crédibilité NATHALIE DONGOIS, EMILIE WOUTERS	

Infractions contre l'intégrité sexuelle

Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours

CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE

Professeure, Centre de droit pénal

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

MATHILDE BOYER

MLaw, Assistante Doctorante au Centre de droit pénal

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

Table des matières

I. Introduction	2
II. Les infractions contre l'intégrité sexuelle : de <i>lege lata</i>	3
A. Proposition de lecture systématique.....	3
B. Trois lacunes ?	4
1. Astuce, ruse ou simple tromperie	4
2. Insistance et abus de déséquilibre des forces.....	7
3. État de sidération	8
4. Constat intermédiaire.....	9
C. Trois difficultés.....	10
1. Appréhension du « oui, mais... » dans les art. 188, 192 et 193 CP	10
2. Distinction entre « contrainte » sous sa forme « violence structurelle » et « abus d'un rapport de dépendance ».....	12
3. Degré de contrainte requis – degré de résistance de la victime ?.....	14
III. Les apports de quelques jurisprudences de 2020-2021	16
A. ATF 146 IV 153	16
B. TF, 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021	18
C. TF, 6B_981/2019 du 12 novembre 2020	20
D. ATF 147 IV 409.....	21
E. TF, 6B_34/2020 et TF, 6B_265/2020 (attendus).....	22

IV. Les modifications législatives en cours ou à venir	24
A. Extension du viol (art. 190 CP) aux actes de pénétration	24
B. Proposition d'art. 187a CP : « atteinte sexuelle »	25
1. Infraction séparée : « atteinte sexuelle »	26
2. « No means no » vs. « yes means yes »	26
V. Conclusion	28
VI. Bibliographie	29
A. Littérature	29
B. Documentation officielle	31

I. Introduction

Le présent ouvrage s'intéresse aux infractions contre l'intégrité sexuelle de notre Code pénal, et en particulier à leur adéquation face, d'une part, aux nouvelles formes de violence sexuelle (notamment lorsqu'Internet est utilisé) et, d'autre part, à l'évolution des mœurs constatée ces trois à cinq dernières années. Plusieurs campagnes ont ainsi agité le monde politique suisse¹, qui ont donné lieu à de vifs débats autour du « droit pénal sexuel »² et à sa révision initiée en 2020³, encore en cours au début de 2022.

La présente contribution vise à examiner ce qu'il en est réellement, au-delà des polémiques que suscite le droit pénal suisse en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle. Nous commencerons par exposer la systématique des infractions pour mettre le doigt sur quelques lacunes et difficultés que la loi actuelle suscite. Dans une deuxième partie, nous aborderons quatre arrêts parus entre 2020 et 2021 qui donnent quelques pistes de réponse à certaines de ces difficultés. Enfin, en guise de conclusion, nous aborderons une partie de la révision en cours et le texte d'une disposition mise en consultation entre février et mai 2021, en proposant une solution alternative.

¹ Nous pensons ainsi aux campagnes lancées par *Amnesty International Schweiz* autour des violences sexuelles, qui appellent en particulier à une nouvelle définition du viol, au respect de l'autodétermination en matière sexuelle ainsi qu'à la nécessité de baser la punissabilité sur l'absence de consentement (<<https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/violence-sexuelle>>, consulté le 1^{er} février 2022).

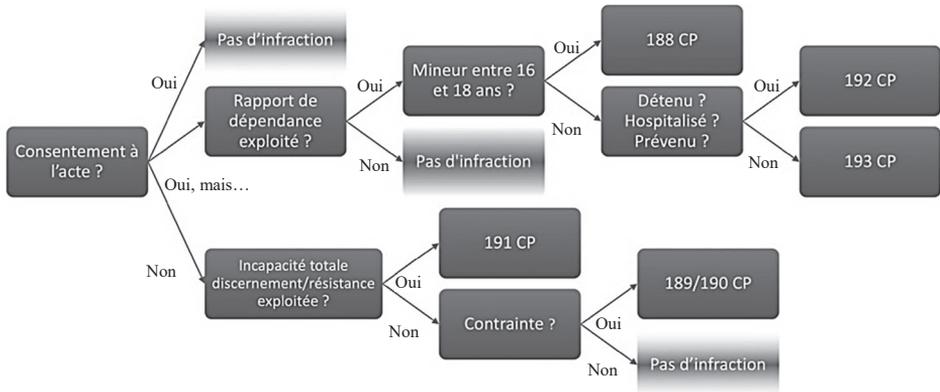
² Voir à cet égard le débat intervenu entre Me Camille Maulini et Me Loïc Parein, publié dans *Plaidoyer* 03/21, p. 6-9, sous le titre : « La loi actuelle favorise le maintien de stéréotypes de genre et le maintien du mythe sur le viol ».

³ En effet, le Conseil des Etats a décidé le 9 juin 2020 que la révision des infractions à caractère sexuel devait être traitée séparément de la révision globale du Code pénal (18.043 : Harmonisation des peines : v. BO 2020 E 433).

II. Les infractions contre l'intégrité sexuelle : de *lege lata*

A. Proposition de lecture systématique

Nous proposons ci-dessous une lecture systématique des infractions contre l'intégrité sexuelle prévues aux articles 188 à 193 CP, lecture évidemment simplifiée.



Le schéma proposé part du postulat qu'il faut commencer par s'interroger sur la présence du consentement à l'acte considéré. Dans l'affirmative, il n'y a aucune infraction, alors que dans la négative, l'infraction applicable dépend de la présence ou de l'absence d'un élément constitutif objectif supplémentaire : l'exercice de la contrainte (art. 189/190 CP) ou la seule exploitation d'une incapacité totale de discernement ou de résistance (art. 191 CP).

Lorsque l'on ne peut pas entièrement exclure la présence d'une forme de consentement, il y a une sorte de « oui mais » prévu par le législateur. En effet, selon les termes du Tribunal fédéral, les articles 188, 192 et 193 CP sont réservés aux cas où l'on « discerne un consentement » mais où celui-ci est « motivé par la situation de détresse ou de dépendance » de la victime⁴. Ce prétendu consentement est biaisé en pareille situation et l'auteur en profite, à l'instar du contrat lésionnaire visé par l'article 21 CO⁵. La victime est sous une forme d'emprise. Si elle est mineure entre 16 et 18 ans, l'article 188 CP entre en considération. Si ce n'est pas le cas, mais qu'il s'agit d'une personne hospitalisée,

⁴ V. par exemple les arrêts en français : TF, 6B_69/2018 du 11 juin 2018, consid. 5.1 ; TF, 6B_1175/2017 du 11 avril 2018, consid. 1.1, qui se réfèrent tous deux à l'ATF 131 IV 114 (en allemand).

⁵ Il s'agit en effet en pareil cas d'exploiter la faiblesse du lésé en lui imposant des prestations disproportionnées (v. CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, art. 21, N 12).

internée, détenue, arrêtée ou prévenue, l'article 192 CP s'appliquera. En dehors de ces catégories particulières de victimes, l'infraction envisageable est prévue à l'article 193 CP. Le cadre de la peine est identique pour ces trois infractions de rang délictuel (3 ans de privation de liberté au plus) et on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité de conserver trois différentes dispositions qui concernent un comportement très similaire⁶.

Précisons qu'il ne s'agit que d'une clé de lecture, actuelle, des articles 188 à 193 CP. Lorsque ces dispositions ont été révisées entièrement pour la dernière fois, soit en 1985, le Conseil fédéral écrivait à propos du viol : « *Encore faut-il que la violence ou la menace grave aient influé jusqu'à un certain point sur la capacité de résistance de la victime, sinon il faudrait admettre qu'il y a eu consentement* »⁷. En d'autres termes, on raisonnait à l'inverse, c'est-à-dire que lorsqu'il n'y avait pas eu de contrainte ou que celle-ci n'avait pas suffisamment influencé la capacité de discernement de la victime, on présumait la présence du consentement. Cette clé d'interprétation ne nous semble heureusement plus d'actualité.

B. Trois lacunes ?

La systématique proposée des articles 188 à 193 CP permet de distinguer quelques situations dans lesquelles le droit pénal suisse ne protège qu'imparfaitement la libre détermination en matière sexuelle.

1. *Astuce, ruse ou simple tromperie*

Un premier exemple de situation où la punissabilité fait défaut est celle où l'auteur se borne à tromper sa victime sur des éléments pourtant essentiels quant à sa formation de volonté ; dans les trois exemples ci-dessous, la tromperie portait soit sur l'identité de l'auteur, soit sur la nature de l'acte entrepris.

⁶ La similarité du comportement est également relevée chez BSK StGB II-MAIER, art. 188, N 22 et les réf. citées. La critique du caractère superflu de l'art. 188 remonte à 1997 déjà, cf. SK-JENNY, art. 188, N 1. Cependant, le législateur n'a pour l'heure pas souhaité abroger l'art. 188 CP, au motif que la situation particulière des mineurs justifierait un traitement différencié : CAJ-E, Rapport du 28 janvier 2021, p. 29.

⁷ CF, Message du 26 juin 1985. Modification adoptée le 21 juin 1991, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1992, RO 1992 1670.

Le 29 octobre 2021, la justice pénale française a condamné « Jack S. » pour « viol par surprise »⁸. L'homme, sexagénaire, avait séduit des dizaines de femmes sur Internet au moyen d'un faux profil et réussi à obtenir de certaines d'entre elles des relations sexuelles, yeux bandés et mains (volontairement) attachées. Ce n'est qu'après le rapport que les victimes, faisant tomber le bandeau, ont pu découvrir la supercherie. Présenté sur Internet comme un trentenaire de belle allure (sa photographie était celle d'un mannequin de *Marlboro* glanée en ligne), celui qui les avait ainsi dupées n'avait en effet rien de commun avec l'image présentée sur le site de rencontre.

L'ensemble des faits⁹ révèle un processus qui, en droit pénal suisse – mais dans les infractions protégeant le patrimoine – serait qualifié d'astucieux¹⁰. S'agissant des infractions protégeant l'intégrité sexuelle, en Suisse, aucune ne serait cependant applicable au comportement de Jack S. Celui qui trompe sa victime pour obtenir d'elle un consentement vicié à un acte sexuel n'est pas pénalement punissable.

Deux autres situations concernant des comportements survenus en Suisse démontrent le caractère lacunaire de notre droit pénal sexuel :

On citera en premier lieu les abus commis par des personnes travaillant dans le domaine médical et qui profitent de leur position pour assouvir un désir sexuel en prétendant agir de façon médicalement indiquée. Ainsi, un colo-proctologue a pu stimuler pendant 3 à 4 minutes le clitoris d'une patiente pour « vérifier un réflexe clitorido-anal », sans être condamné pénalement¹¹. De même, ce n'est pas en raison de sa ruse qu'un gynécologue a été condamné pour avoir menti à une jeune fille de 17 ans en lui disant qu'elle était prétendument atteinte de syphilis et justifié ainsi le fait qu'il devrait « vérifier sa capacité à avoir un orgasme ». Si le gynécologue en question a effectivement été condamné, c'est en application de l'article 191 CP et parce que la jeune fille, choquée, s'était reculée d'un bond. Cela a permis au Tribunal fédéral d'admettre que l'effet de

⁸ V. l'article du Monde du 29 octobre 2021, https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/10/29/accuse-de-viols-par-surprise-jack-s-a-ete-condamne-a-huit-ans-d-emprisonnement_6100363_3224.html (consulté le 31 janvier 2022).

⁹ https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/10/28/devant-la-cour-criminelle-de-l-herault-un-faux-playboy-des-femmes-dupees-et-des-questions-sur-l-extension-du-domaine-du-viol_6100159_3224.html (consulté le 31 janvier 2022).

¹⁰ Il s'y trouve en effet l'édifice de mensonges, la mise en scène, l'instauration d'un lien de confiance et la dissuasion par l'auteur de la dupe de vérifier la tromperie (v. sur l'élément de l'astuce, constitutif d'escroquerie : ATF 142 IV 153, consid. 2.2.2).

¹¹ Malgré l'avis d'un premier expert judiciaire, des expertises complémentaires (et privées) attestaient de l'indication médicale de la pratique. L'ensemble des faits dénoncés (mais évidemment non prouvés), en particulier la durée importante de la stimulation, nous donne cependant à penser que le geste n'était pas purement médical (TF, 6B_33/2020 du 24 juin 2020, spéc. consid. 2.3).

surprise avait mis la victime en état d'incapacité de résister¹². Si la victime ne s'était pas défendue parce qu'elle croyait à tort au caractère médical du geste, aucune disposition du Code pénal n'aurait trouvé application. L'astuce du médecin serait restée impunie. Selon le Tribunal fédéral en effet, lorsque la victime peut physiquement résister mais est simplement trompée quant au caractère sexuel et non médical de l'acte, l'article 191 CP ne s'applique pas¹³.

Enfin, dernier exemple de comportement pour l'heure probablement non punissable en Suisse est celui du « *stealth* », soit 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 partenaire¹⁴. L'auteur ne fait qu'usage de tromperie pour achever le rapport sexuel à découvert et la victime ne s'en aperçoit qu'une fois le rapport terminé¹⁵. Ainsi, il n'y a pas usage de la contrainte et les articles 189/190 CP sont inapplicables. Quant à savoir si l'article 191 CP pourrait sanctionner un tel comportement, le Tribunal fédéral devrait bientôt se prononcer¹⁶. La majorité de la doctrine considère cependant que ce comportement n'est pas constitutif d'une infraction, faute d'incapacité totale de discernement ou de résistance de la victime¹⁷.

Nous sommes plus nuancées sur ce point – à notre sens, l'article 191 CP peut également s'appliquer lorsque la victime est dans l'incapacité de résister, non uniquement physiquement, mais aussi lorsqu'elle n'est « que » trompée¹⁸. En effet, on ne voit pas ce qui différencie réellement la situation de l'auteur qui parvient à ses fins en utilisant un effet de surprise (situation punissable selon Tribunal fédéral¹⁹) de celle où l'auteur fait usage de ruse, de tromperie ou d'astuce. Il nous semble d'autant plus punissable en pareil cas et la victime est dans la même incapacité de former sa volonté et ainsi de résister à ce à quoi

¹² TF, 6S.448/2004 du 3 octobre 2005, consid. 1.2.4, 2.3.2 et 2.4.

¹³ V. TF, 6B_453/2007 du 19 février 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 seulement, puisqu'elle pense subir un traitement médical – capable de résister).

¹⁴ EL-GHAZI, p. 675. Le terme vient de l'anglais « *stealth* » qui signifie « furtif ».

¹⁵ MEIER/HASHEMI, p. 120 ; BRODSKY, p. 187 ss.

¹⁶ Deux arrêts sont en effet attendus depuis 2020 sur cette question, ils portent les numéros d'affaire TF, 6B_34/2020 et TF, 6B_265/2020.

¹⁷ SCHEIDEGEGGER, p. 248 ss, N 486 et 487 ; GÖHLICH, p. 526 ; JETZER, p. 182 ; EL-GHAZI, p. 678 s.

¹⁸ V. PERRIER DEPEURSINGE/BOYER.

¹⁹ V. ATF 133 IV 49, consid. 7 et les arrêts qui le confirment : « *die jeweilige Geschädigte [wurde] vom Angriff derart überrascht [...], dass sie sich nicht wehren konnte, bevor die Tat vollendet war* », TF, 6B_527/2008 du 6 décembre 2010, consid. 3.4. V. également TF, 6B_436/2010 du 6 décembre 2010, consid. 5.

elle n'a pas consenti²⁰. Soulignons cependant que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne semble pas souscrire à cette approche.

2. *Insistance et abus de déséquilibre des forces*

Une deuxième situation imparfaitement appréhendée par le droit pénal suisse est celle où la victime exprime un refus et où l'auteur peut néanmoins parvenir à ses fins, soit parce qu'il insiste suffisamment longtemps pour que la victime cède pour être laissée en paix, soit parce qu'il profite d'une relation particulière ou d'une asymétrie de pouvoirs²¹. Ces situations peuvent parfois être appréhendées par les articles 189/190 CP, lorsque l'insistance bascule dans la contrainte²², ou par l'article 193 CP lorsque l'abus de déséquilibre se transforme en abus de la détresse. Toutefois, comme nous le verrons, les contours de ces dispositions sont parfois flous et la doctrine ou la jurisprudence exige une certaine intensité dans l'abus²³ ou la contrainte²⁴, qui n'est pas toujours aisée à démontrer.

On peut citer en exemple celui d'une femme qui oppose un refus mais est néanmoins pénétrée par son partenaire, dont elle allègue qu'il a fait usage de violence. Dans un arrêt de 2010, le Tribunal fédéral a souligné que « [l]a simple exécution du rapport sexuel contre la volonté préalablement exprimée par la [victime], respectivement une légère violence, ne suffit pas à constituer l'infraction de viol en raison de l'état physique et psychique non altéré de la

²⁰ Dans le détail, lire PERRIER DEPEURSINGE/BOYER.

²¹ V. également les nombreux exemples cités par SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, p. 63 ss.

²² V. les exemples, qui relèvent plutôt de l'exception, relevés et détaillés par SCHEIDEGGER, p. 198 ss, N 376 ss.

²³ On peut lire le commentaire bâlois qui exige une telle intensité que les auteurs semblent 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* » BSK StGB II-MAIER, art. 193, N 13 et les références qu'il cite, mais qui ne semblent plus exactement pertinentes (DONATSCH, p. 553 qui ne semble pas ou plus poser une telle exigence [MAIER cite la 10^e éd.] ; SK-JENNY, 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).

²⁴ Comme l'a maintes fois rappelé le TF, les art. 189/190 CP sont des infractions de violence qui supposent « en principe des actes d'agression physique », de sorte que les pressions psychologiques doivent atteindre une certaine intensité pour réaliser l'élément constitutif de l'infraction (v. ATF 131 IV 167, consid. 3.1).

[victime] »²⁵. Une décision semblable a également été rendue en 2011, pour des faits assez similaires²⁶.

Citons également le cas d'une apprentie, qui, de guerre lasse, finit par avoir une relation sexuelle avec l'employé expérimenté qu'elle hébergeait à la suite d'une soirée d'entreprise, malgré un refus plusieurs fois exprimé et une tentative de s'éloigner²⁷. Précisons qu'elle avait été victime d'abus par le passé, ce dont l'employé était au courant. Le Tribunal cantonal a admis le recours contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public car il n'était pas possible d'exclure la présence de pressions psychiques ou d'abus de détresse sans procéder à une « appréciation globale des circonstances concrètes déterminantes ». On ignore la suite donnée à cette affaire, mais le refus initial d'entrer en matière démontre bien que le caractère pénal du comportement de l'employé n'est de loin pas évident.

De même, ce n'est qu'en deuxième instance que la justice pénale a condamné un voisin fonctionnant comme proche-aidant pour sa voisine atteinte de Parkinson, en raison des faits suivants : il lui avait fait des avances, qu'elle avait régulièrement refusées. Un jour cependant, une crise de maladie a complètement immobilisé la malade. Après avoir tenté en vain de joindre sa famille, elle s'est résolue à appeler le voisin au secours, qui a accepté de l'aider en échange d'un rapport sexuel. Malgré un refus, il est venu prêter assistance à sa voisine, puis a réitéré ses avances après l'avoir déposée sur son lit. Elle est restée immobile, sans réagir, pendant qu'il commettait sur elle l'acte sexuel²⁸. Acquitté en première instance, le voisin a été condamné devant l'instance d'appel cantonale pour violation de l'article 193 CP, condamnation confirmée par le Tribunal fédéral.

Dans tous ces cas, un refus a été exprimé de façon claire et la victime n'a pas changé d'avis avant ou pendant le rapport, mais l'auteur a fini par avoir avec elle une relation de nature sexuelle. Or ce n'est que dans le dernier de ces cas que l'auteur a définitivement été condamné.

3. *État de sidération*

Enfin, nous voyons une troisième lacune à l'égard d'une situation qui concerne un nombre considérable de victimes d'infractions à caractère sexuel : l'état de sidération, catalepsie ou immobilité tonique. Ces termes recouvrent une

²⁵ TF, 6B_912/2009 du 22 février 2010, consid. 2.14 (notre traduction).

²⁶ Il n'y avait toutefois pas de violence, même légère, alléguée : TF, 6B_311/2011, TF, 6B_380/2011 du 19 juillet 2011, consid. 5.4.1.

²⁷ TC/VD, PE 20.004113 du 6 mai 2020.

²⁸ TF, 6B_1076/2015 du 13 avril 2016.

réaction usuelle du cerveau humain face à un événement traumatisant. En effet, dans la littérature spécialisée anglo-saxonne, on décrit comme suit la séquence des réactions à une situation traumatisante : *arousal* (éveil), *flight or fight* (fuite ou combat), *freeze* (hypervigilance immobile) *and tonic immobility* (immobilité tonique)²⁹. Ces deux dernières réactions, qui surviennent souvent en présence de déséquilibre des forces (soit lorsque le combat ou la fuite sont voués à l'échec) induisent une sorte de déconnexion et se caractérisent par une incapacité de bouger, de crier, ou même de simplement réagir³⁰. De telles réactions ont souvent été décrites par les victimes d'agressions sexuelles, de sorte que la recherche en psychologie et psychiatrie parlait déjà, au milieu des années 1970, de « *rape-induced paralysis* » (paralysie induite par le viol) dans ce contexte³¹. Une étude suédoise a établi en 2005 la présence d'une telle paralysie, dans sa forme aiguë, dans 48 % des cas de viol et, dans une forme atténuée, dans 70 % des cas³². Il ne s'agit donc pas d'un phénomène exceptionnel, mais plutôt d'une réaction constatée si fréquemment qu'elle concerne au moins la moitié, si ce n'est les deux tiers, des victimes de viol.

En pareil cas, l'auteur n'a pas à faire usage de force ou de menace. La victime reste sans réaction, de sorte qu'il peut commettre sur elle un acte sexuel non consenti, parfois sans même s'en rendre compte. La contrainte ainsi que, parfois, l'intention font défaut et les articles 189 à 190 CP ne s'appliquent pas. En outre, à notre sens, l'article 191 CP est inapplicable, puisque l'incapacité de résistance de la victime prévue dans cette infraction doit être préalable aux actes de l'auteur et indépendante de ceux-ci – ce qui justifie précisément le cadre légal réduit de l'article 191 CP (pas de peine minimale) par rapport à l'article 190 CP (un minimum d'un an de privation de liberté)³³.

4. *Constat intermédiaire*

Les exemples précités démontrent qu'il reste vrai, en droit suisse, qu'il ne suffit pas d'opposer un refus ou de ne pas consentir à un acte d'ordre sexuel pour que son auteur en soit punissable. Si celui-ci fait usage de ruse, s'il ne fait

²⁹ V. KOZLOWSKA et al., p. 263–287 ; GRAY ; BRACHA et al., p. 448 s.

³⁰ V. KOZLOWSKA et al., p. 272.

³¹ HEIDT/MARX/FORSYTH, spéc. 1157 et les références citées en introduction ; v. ég. FOA/OLASOV ROTHBAUM, p. 11.

³² MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM, p. 935.

³³ Le Message qui accompagnait cette disposition précise en effet 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* », FF 1985 II 1021, 1094. V. également PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 552 s.

qu'insister ou profiter d'une relation déséquilibrée ou d'un état de sidération, le risque est élevé que son comportement passe entre les mailles du filet pénal.

On peut citer en exemple d'autre possibilité de réglementation le Code pénal belge, dont l'article 375 est libellé comme suit : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol. Il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte, menace, surprise ou ruse, ou a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime* ». Le Code pénal belge part ainsi du principe que l'acte non consenti est toujours punissable. Dans ce contexte, la contrainte ou l'exploitation d'une déficience ne sont que des exemples de moyens utilisés par l'auteur pour passer outre un refus. Lorsque le consentement fait défaut, et quelle que soit la manière dont l'auteur parvient à ses fins, ce dernier reste punissable. Toutes les situations que nous avons décrites ci-dessus seraient probablement appréhendées comme des infractions en Belgique, alors qu'elles ne le sont pas (ou qu'imparfaitement) en droit suisse.

S'il est certain que le législateur, en 1986, n'entendait pas appréhender ce type de comportements – il s'agit donc de « lacunes » improprement dites – nous pensons que les infractions contre l'intégrité sexuelle en Suisse méritent une révision dans le sens adopté en Belgique. La révision est en cours en Suisse, et il en sera question ci-dessous (chiffre IV).

C. Trois difficultés

Outre les défauts de punissabilité précités, le droit actuel n'est pas sans poser quelques difficultés d'application – nous en pointerons ci-dessous trois, qui se posent régulièrement en pratique. Certaines de ces questions trouveront quelques éléments de réponse dans l'analyse des jurisprudences récentes, sous lettre D.

1. Appréhension du « oui, mais... » dans les art. 188, 192 et 193 CP

Comme relevé ci-dessus, le Code envisage une situation intermédiaire entre le consentement et l'absence de ce dernier – soit la situation, selon les termes du Tribunal fédéral, « où l'on discerne un consentement [...] altéré par

une situation de détresse ou de dépendance dont l'auteur profite » et où il y a « une certaine entrave au libre arbitre »³⁴.

Outre la question de la distinction entre cette situation et celle qui est qualifiée de « violence structurelle », et donc de contrainte (ci-après, point 2), nous voyons une première difficulté à établir les limites inférieure et supérieure de cette infraction. Ainsi, celle qui a des relations sexuelles avec un subordonné au travail ne sera évidemment pas toujours punissable selon l'article 193 CP. De l'autre côté du spectre, celui qui exige un rapport sexuel en échange d'une promotion ou sous la menace d'un licenciement ne se rend-il coupable que de violation de l'article 193 CP (un délit), ou sa menace ne verse-t-elle pas dans les pressions psychologiques si intenses qu'il y aurait viol selon l'article 190 CP³⁵? La réponse dépend évidemment des circonstances concrètes et de l'ampleur du choix laissé à la victime, mais les critères sont difficiles à définir de façon abstraite³⁶.

Un exemple qui nous semble bien montrer la difficulté de cette disposition est celui d'un arrêt rendu en février 2021. Les faits à l'origine de cet arrêt concernaient un contremaître ayant exigé une fellation d'une 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'article 193 CP, ce que le Tribunal fédéral a confirmé³⁷. La première instance l'avait pourtant condamné pour violation de l'article 189 CP. La menace de ne plus obtenir de travail par la suite n'entre apparemment pas (ou pas encore ?) dans les pressions psychologiques à même de réaliser la contrainte. Comme le dit le Tribunal fédéral lui-même, « les limites ne sont pas toujours faciles à tracer »³⁸.

A ce stade, nous nous interrogeons sur le bien-fondé de la distinction entre un « non » et un « oui, mais ». Si une victime ne consent qu'en raison d'une situation de détresse ou de dépendance, il ne semble pas que son consentement soit « libre »³⁹. Pourtant, à l'égard d'autres infractions, le caractère libre du

³⁴ TF, 6B_236/2021 du 28 juillet 2021, consid. 1.2 ; TF, 6B_895/2020 du 4 février 2021, consid. 2.4.1 ; TF, 6B_204/2019 du 15 mai 2019, consid. 6.1 et les arrêts cités.

³⁵ La question est également posée par SCHEIDEGEGGER, N 352.

³⁶ Dans le même sens, DONATSCH, p. 554.

³⁷ TF, 6B_895/2020 du 4 février 2021.

³⁸ TF, 6B_236/2021 du 28 juillet 2021, consid. 1.2.

³⁹ Pour un exemple en lien avec un prétendu accord de s'adonner à la prostitution qui exclurait l'application de l'article 195 CP : ATF 129 IV 81, consid. 1.4. Le TF confirme qu'il n'y a pas de consentement libre si la liberté de décision est fortement diminuée par une détresse d'ordre économique. Un consentement qui serait vicié par ces circonstances n'est dès lors pas effectif et l'auteur reste punissable en application de l'art. 195 CP.

consentement est une condition de sa validité, sans laquelle il ne saurait exclure l'illicéité d'un comportement. Le législateur a toutefois voulu cette situation intermédiaire dans le cadre de l'article 193 CP. Mais au vu de ce qui précède, la jurisprudence peut-elle toujours réellement parler de « consentement » en pareil cas ? Nous en doutons.

2. *Distinction entre « contrainte » sous sa forme « violence structurelle » et « abus d'un rapport de dépendance »*

La plus grande difficulté rencontrée en pratique est celle liée à la distinction entre les articles 189/190 CP (crimes) et l'article 193 CP (délit), lorsqu'il y a une relation de dépendance préexistante (par exemple : beau-père et belle-fille ou thérapeute et patient).

En effet, le texte des articles 189/190 CP envisage différentes formes de contrainte : l'auteur met sa victime hors d'état de résistance, ou fait usage de force, de menaces ou de pressions d'ordre psychique⁴⁰. Or, la jurisprudence a étendu la notion de contrainte, et ainsi l'application des articles 189/190 CP, à ce qu'elle a décrit comme de la « violence structurelle », soit un cas d'application des pressions d'ordre psychique⁴¹. Selon le Tribunal fédéral, une telle situation existe en présence d'une « dépendance émotionnelle et sociale » telle que la victime est incapable de s'opposer à des atteintes de nature sexuelle⁴². En d'autres termes, la victime, sans franchement donner son consentement, ne montre en tous les cas pas clairement d'opposition, parce qu'elle est si dépendante de l'auteur que cela lui est impossible.

Difficile à ce stade de distinguer cet état de fait de celui qui est visé par l'article 193 CP⁴³ soit, pour rappel, le cas où l'on croit voir une forme de consentement, mais altéré notamment par une situation de dépendance dont l'auteur profite⁴⁴. Selon la jurisprudence, pour basculer dans la contrainte, il

⁴⁰ Le texte de loi envisage même d'autres formes de contrainte, avec l'ajout de l'adverbe « notamment ».

⁴¹ ATF 131 IV 107, consid. 2.4.

⁴² ATF 131 IV 107, consid. 2.2 ; TF, 6B_204/2019 du 15 mai 2019.

⁴³ Abus de la détresse, dont le texte est libellé comme suit : « *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 sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire* ».

⁴⁴ V. les références citées sous note 34 sur le sens à donner à l'art. 193 CP. Sur la critique quant à la difficulté de distinguer les deux situations, relevons que JENNY et MAIER l'ont très rapidement formulée : JENNY, 2000, p. 375 ss, et JENNY, 2002, p. 726 ss ; BSK StGB II (1^{re} éd.)-MAIER, Art 189 N 10 et 20. DONATSCH relève également la complexité

faut que la victime tente dans un premier temps de résister et que l'auteur, à la suite de cette résistance, remette une nouvelle forme de pression sur elle⁴⁵. On peut également lire dans la jurisprudence que l'auteur doit « instrumentaliser » la situation de dépendance, c'est-à-dire qu'il accule sa victime, la menace de lui retirer son affection ou l'épuise psychologiquement, par exemple⁴⁶.

Pour tenter de clarifier cette « actualisation de la pression », respectivement cette « instrumentalisation » de la dépendance, nous proposons l'interprétation suivante : Pour admettre qu'il y a contrainte, il ne suffit pas que l'auteur se borne à exploiter une situation préexistante qui apparaîtrait comme normale. L'auteur doit faire quelque chose en plus, soit (1) qu'il renforce la situation de dépendance (en isolant la victime, en faisant preuve d'une sévérité extrême, en installant un climat de peur qui dissuade toute forme résistance⁴⁷, ...), soit (2) qu'il la pervertisse (il met la victime dans un conflit de loyauté, pose l'acte sexuel comme une condition au bien-être familial, comme un acte « normal » dans la situation ou comme un geste d'affection indispensable, par exemple), le tout pour parvenir à satisfaire un désir sexuel.

La distinction reste néanmoins très complexe : quels actes suffisent pour admettre l'instrumentalisation ? Avec quelle intensité ? A quelle fréquence ? L'un des arrêts commentés ci-dessous donne quelques pistes (v. chiffre III A). On peut également s'inspirer de la jurisprudence résumée dans l'arrêt TF, 6B_204/2019 du 15 mai 2019, au considérant 6.1 (en français).

de la distinction, en indiquant qu'elle relèverait de l'intensité de la pression utilisée : DONATSCH, p. 554.

⁴⁵ « *Das bloss Ausnützen vorbestehender gesellschaftlicher oder privater Machtverhältnisse ist noch keine zurechenbare Nötigungshandlung. Erforderlich ist eine "tatsituative Zwangssituation". Es genügt allerdings, wenn das Opfer zunächst in dem ihm möglichen Rahmen Widerstand leistet und der Täter in der Folge den Zwang aktualisiert* » : ATF 133 IV 49, consid. 4 ; ATF 131 IV 107, consid. 2.4.

⁴⁶ ATF 131 IV 107, consid. 2.4, mais cet arrêt et ce considérant se réfèrent trop souvent à la réaction de la victime (la victime craint la sévérité ou se considère perdue sans son aide) pour établir l'existence d'une contrainte, ce qui nous semble faux. En effet, cela devrait être le comportement de l'auteur (et son intention à cet égard) qui est (sont) déterminant(s) pour que l'on puisse admettre la réalisation de l'élément constitutif de contrainte.

⁴⁷ V. l'arrêt sorti très récemment et qui donne un exemple de contrainte en lien avec la violence exercée plusieurs heures avant l'acte sexuel mais pas pendant celui-ci : TF, 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, consid. 2.3 et 2.4 en particulier. V. également le commentaire de MONOD.

3. Degré de contrainte requis – degré de résistance de la victime ?

Enfin, dernière difficulté fréquente en pratique, la détermination plus générale de l'intensité de la contrainte requise pour déclencher l'application des articles 189/190 CP. En effet, le TF soutient que ces dispositions « *ne protègent des atteintes à la libre détermination en matière sexuelle que pour autant que l'auteur surmonte ou déjoue la résistance que l'on pouvait raisonnablement attendre de la victime* »⁴⁸.

Quelques arrêts (pour certains déjà mentionnés) démontrent le caractère périlleux de l'exercice. Selon la jurisprudence, n'est ainsi pas de la contrainte :

- Pénétrer une personne en faisant un usage modéré de force physique, même si elle a préalablement exprimé un refus, mais n'a pas résisté physiquement⁴⁹ ;
- Passer outre un refus trois fois exprimé, même lorsque la victime supplie l'auteur de la laisser tranquille, si la victime ne repousse pas l'auteur physiquement, ne crie pas ni ne se débat⁵⁰ ;
- Prendre la nuque d'une employée en situation précaire, la diriger vers le sexe de l'auteur et de lui signifier qu'à défaut de lui prodiguer une fellation, elle n'obtiendra pas d'autres offres d'emploi, dès lors que la victime s'exécute⁵¹.

En revanche, est constitutif de contrainte :

- Avoir une violente dispute avec la victime, briser ses effets personnels, l'enfermer dans son appartement, puis avoir avec elle des rapports sexuels alors que la situation est apaisée et qu'elle ne s'y oppose que verbalement, sans la moindre résistance physique et même avec sa participation active⁵².
- Avoir des rapports sexuels avec une victime qui ne s'oppose qu'oralement, mais qui est dans une situation sans issue. Tel est le cas lorsque la victime est seule dans un appartement avec deux hommes, « engourdie » par l'alcool et surprise dans son sommeil⁵³.

⁴⁸ TF, 6B_1164/2020 du 10 juin 2021, consid. 3.1 ; ATF 133 IV 49, consid. 4.

⁴⁹ TF, 6B_912/2009 du 22 février 2010, consid. 2.1.4.

⁵⁰ TF, 6B_311/2011 du 19 juillet 2011, consid. 5.4.1.

⁵¹ TF, 6B_895/2020 du 4 février 2021.

⁵² TF, 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, consid. 2.3 et 2.4.

⁵³ TF, 6B_502/2017 du 16 avril 2018, consid. 1.2 et 1.3.

Ainsi, nous pouvons en tout cas souligner, avec SCHEIDEGGER, qu'outrepasser un refus de la victime ne peut être constitutif de contrainte qu'en présence de circonstances particulières supplémentaires⁵⁴.

Ce qui nous frappe en particulier est que, pour déterminer s'il y a contrainte, la jurisprudence ne se fonde pas seulement sur l'attitude de l'auteur, mais également sur la forme que prend la résistance de la victime – alors que le texte de loi n'y fait pas référence⁵⁵. Il est d'autant plus déroutant de constater que la question ne se pose jamais en ces termes lorsqu'est examiné ce même élément constitutif objectif dans le cadre de l'article 181 CP (contrainte). On s'y demande uniquement si l'acte de l'auteur est « *propre à impressionner une personne de sensibilité moyenne et à l'entraver de manière significative dans sa liberté de décision ou d'action* » (c'est nous qui soulignons)⁵⁶. La réaction de la victime est imaginée, dans l'abstrait, pour déterminer si cet élément est réalisé (quelle réaction aurait une personne raisonnable, ou de sensibilité moyenne, dotée d'une résistance psychologique plus ou moins normale, face à une situation identique ?⁵⁷). Si, dans le cas concret, la victime tente de résister (même oralement...) mais finit par céder, même partiellement, l'article 181 CP s'applique – précisément, l'infraction est consommée⁵⁸. Si la victime n'adopte pas le comportement voulu par l'auteur, celui-ci est condamné pour tentative de contrainte, et non purement et simplement acquitté⁵⁹. Il y a là deux poids et deux mesures, pour un élément constitutif pourtant furieusement semblable.

A notre sens, c'est uniquement le comportement de l'auteur qui devrait être examiné pour déterminer s'il était propre à réaliser la contrainte. L'attitude de la victime ne devrait avoir d'influence que dans la mesure où l'on peut y voir un consentement, qui viendrait alors guérir l'illicéité du comportement de l'auteur (c'est-à-dire par l'application de ce fait justificatif extra-légal qu'est le consentement du lésé)⁶⁰.

⁵⁴ SCHEIDEGGER, N 376.

⁵⁵ Également critique sur ce point : BOMMER, p. 556.

⁵⁶ ATF 141 IV 437, consid. 3.2.1.

⁵⁷ TF, 6S.46/2005 du 2 février 2006, consid. 7.3, non publié *in* ATF 132 IV 70.

⁵⁸ ATF 120 IV 17 ; TF, 6B_485/2009 du 26 août 2009, consid. 1.1.

⁵⁹ ATF 129 IV 262, consid. 2.7 ; ATF 106 IV 125, consid. 2b.

⁶⁰ Sur la question du consentement du lésé et de ses contours, lire PERRIER DEPEURSINGE/PITTET, p. 801 ss.

III. Les apports de quelques jurisprudences de 2020-2021

Nous nous contentons de citer ici quelques arrêts récents qui ont tenté de clarifier certaines des problématiques évoquées ci-dessus.

A. ATF 146 IV 153

Le premier arrêt a été rendu en avril 2020 et publié aux ATF 146 IV 153. Les faits à l'origine de cet arrêt concernent des abus sexuels commis par le compagnon de la mère d'un enfant sur ce dernier entre ses 8 et ses 10 ans. Cet arrêt permet au Tribunal fédéral de rappeler deux éléments déjà connus :

- L'article 187 CP (actes d'ordre sexuel avec des enfants) s'applique en concours idéal avec les articles 189 ss CP. Les biens juridiquement protégés ne sont en effet pas les mêmes ; alors que l'article 187 CP protège le développement sexuel non perturbé de l'enfant, les articles 189 ss CP protègent la libre détermination en matière sexuelle, bien dont un enfant de moins de 16 ans est également titulaire (consid. 3.5.2, avec référence à l'ATF 124 IV 154) ;
- L'article 191 CP (acte d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance) suppose que l'enfant ne soit pas capable de discernement par rapport à l'acte considéré (consid. 3.5.2, avec référence à l'ATF 120 IV 194). Le Tribunal fédéral s'est, une fois encore, refusé à fixer un âge limite à partir duquel l'enfant serait en mesure de comprendre le sens et la portée de relations sexuelles et de se déterminer en toute connaissance de cause. Le Tribunal fédéral rappelle qu'il a, une fois, considéré qu'un enfant de 7 ans était incapable de discernement et condamné l'auteur d'actes sexuels sur cet enfant pour violation des articles 187 et 191 CP⁶¹. La Haute Cour considère qu'une limite de quatre ans, proposée en doctrine, serait trop basse, et suggère de plutôt se baser sur les circonstances concrètes, et en particulier sur le fait, ou non, que l'enfant remette en question les actes sexuels ou les désigne comme « un jeu » (ATF 146 IV 153, consid. 3.5.3).

La problématique, et la raison pour laquelle l'arrêt est publié, peut être explicitée comme suit, à l'aide de trois situations :

- Celui qui commet un acte d'ordre sexuel sur un enfant de deux ans sera à l'évidence condamné pour violation des articles 187 et 191 CP ;

⁶¹ TF, 6B_1194/2015 du 3 juin 2016, consid. 1.3.2 : l'absence de discernement a pu être établie au vu du contenu des déclarations de l'enfant, et sans expertise.

- Celui qui utilise la force pour contraindre un enfant de 12 ans à avoir un rapport sexuel sera punissable pour violation des articles 187 et 189/190 CP ;
- Enfin, celui qui a des relations sexuelles librement consenties avec un partenaire de 15 ans sera punissable uniquement pour violation de l'article 187 CP, s'il est âgé de plus de trois ans que sa victime.

Que faire alors, comme dans les faits à l'origine de cet ATF, de la situation où l'enfant est âgé de plus de huit ans et où il « consent » aux actes sexuels « proposés » par son beau-père ? En effet, ni l'absence totale de discernement, ni la contrainte ne sont évidentes. Faut-il admettre uniquement l'application de l'article 187 CP, comme dans le troisième exemple ci-dessus ? Faut-il appliquer en sus l'article 193 CP (un délit) ? On sent le malaise du Tribunal fédéral : que faire de ce « consentement », prétendument donné par un enfant entre ses 8 et ses 10 ans ?

Le Tribunal fédéral admet dans le cas d'espèce que la victime était capable de discernement malgré une naïveté et une volonté « malléable et influençable ». Il reconnaît que la limite est floue, dans cette tranche d'âge, entre discernement et absence de discernement sur ces questions (consid. 3.5.4). Ensuite, le TF se livre au difficile exercice de distinction entre l'abus du lien de dépendance (art. 193 CP) et la contrainte sexuelle (art. 189 CP) ainsi qu'elle a été évoquée ci-dessus (chiffre II.C.2).

Dans cet arrêt, les juges fédéraux admettent une situation de « violence structurelle », en raison du fait que l'auteur avait, en sa qualité de référent de la victime (il est son beau-père), biaisé son développement et sa capacité de former sa volonté à l'égard d'actes sexuels. Il lui avait en effet présenté comme normal le fait de pratiquer des actes sexuels complets (coïts, fellations, usage de fouet, entre autres), tout en lui disant qu'il s'agissait de belles choses à vivre ensemble ou encore de petites faveurs à lui accorder. En présence d'un tel degré de manipulation de la formation de la volonté de l'enfant, l'auteur crée une situation à ce point sans issue qu'il réalise l'élément constitutif de la contrainte sexuelle (consid. 3.5.5).

En outre, l'absence d'opposition de l'enfant ne saurait être assimilée à un consentement, même biaisé, qui justifierait d'appliquer l'article 193 CP. Dans le cas d'espèce, l'enfant n'a pu s'opposer effectivement qu'en grandissant (soit après deux ans d'abus, à l'âge de 10 ans). Un éventuel « consentement » serait, en présence d'une telle manipulation, de toute manière sans portée (consid. 3.5.6). Enfin, lorsque l'auteur crée ce que le Tribunal fédéral appelle une « situation de secret », peu importe les moyens employés (qu'il l'impose par la menace ou par la ruse, en prétextant un jeu, en faisant craindre le ridicule à l'enfant ou son manque de crédibilité), il l'empêche de réaliser que ce qu'il subit n'est pas conforme à la normalité et ainsi de former correctement sa volonté à cet égard. Il s'agit également d'un (autre) moyen de contrainte (consid. 3.5.7).

L'arrêt a été fortement critiqué par BOMMER⁶². Il semble en effet contradictoire d'admettre une capacité de discernement quant à un acte d'ordre sexuel pour ensuite la nier dans le cas d'espèce, vu la situation dans laquelle l'auteur avait mis l'enfant. Bien que le Tribunal fédéral ne l'écrive pas ainsi, on peut suggérer de distinguer deux différentes facettes de la capacité de discernement. D'un côté, la capacité de discernement d'un enfant, en fonction de son développement, pour un acte d'ordre sexuel, face à un tiers « lambda ». D'un autre côté, ce même enfant peut, ou non, disposer de la capacité de former sa volonté et de s'opposer à l'auteur en question, compte tenu des circonstances mises en place par ce même auteur.

Enfin, l'arrêt est emblématique des actes supplémentaires requis de l'auteur pour réaliser, non uniquement l'exploitation d'un lien de dépendance, mais la création d'une situation de contrainte (voir ci-dessus, chiffre II.C.2, en fin de chapitre). L'auteur a en l'espèce à la fois renforcé le lien de dépendance en isolant l'enfant (par le secret, la honte, *etc.*) et perverti la relation qui devrait être une relation de confiance en lui faisant croire que des actes sexuels seraient normaux. A notre sens, l'application des articles 189/190 CP est justifiée.

B. TF, 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021

Un second arrêt illustre cette même distinction entre les champs d'application des articles 193 et 189/190 CP. Les faits concernent cette fois des relations sexuelles avec pour trame de fond une relation thérapeutique liant une psychiatre de plus de quarante ans et un patient âgé de 18-19 ans atteint du syndrome d'Asperger. L'arrêt est intéressant parce que les faits distinguent deux événements : dans une première phase, la psychiatre tombe amoureuse, se met à désirer son patient et à le harceler de messages. Elle s'infiltré dans la

⁶² BOMMER, p. 554 ss. Cet auteur suggère d'appliquer en pareil cas avant tout l'art. 187 CP ; c'est en effet précisément parce que le législateur considèrerait qu'un enfant de moins de 16 ans était incapable de former sa volonté à l'égard d'un acte sexuel que cette disposition a été adoptée. L'argument ne manque pas de pertinence, mais nous considérons que la réalité est différente. Les moins de seize ans, aujourd'hui, sont en principe capables de décider d'avoir des relations sexuelles à partir d'un certain âge et degré de maturité. Que le législateur considère qu'il faut réprimer l'acte de celui qui est de plus de trois ans leur aîné pour protéger leur développement sexuel nous semble correct. Si l'auteur, en plus, les contraint (189/190 CP), les prive de la faculté de décider (189/190 CP également) ou profite de leur jeune âge et donc de leur incapacité de décider (191 CP), il commet à notre sens une autre infraction qui doit être réprimée en sus. Enfin, l'art. 193 CP, dont BOMMER préconise également l'application dans l'affaire commentée, ne rend pas justice au comportement de l'auteur. Il suppose que la victime puisse donner une forme de consentement. Or, dans le cas d'espèce, l'auteur a, précisément, privé sa victime de la capacité de donner un consentement valable.

vie du jeune homme, s'y rend indispensable et diabolise sa mère. Quelques mois après la fin de la thérapie, le jeune homme propose à la psychiatre de lui prodiguer une fellation en espérant que cela la satisfera définitivement et ramènera ainsi leur relation à la normale (premier événement). Puis, lors d'un week-end où il est seul à la maison, la psychiatre se rend chez le jeune homme avec une bouteille de vin et pratique sur lui une deuxième fellation. Le jeune homme (alors âgé de 19 ans), « resté rigide » lors de cet événement, s'est révélé incapable de s'opposer à celle qui avait été sa thérapeute et qui avait encore sur lui un ascendant important (deuxième événement).

Pour le premier événement, la psychiatre a été condamnée pour abus de détresse au sens de l'article 193 CP, infraction qui suppose un lien de dépendance. Le TF saisit cette occasion pour rappeler les éléments à prendre en considération en présence d'une relation thérapeutique : « *la durée de la thérapie, l'état physique et psychique du patient, l'objet et la nature du traitement, les formes de traitement, le respect (ou son absence) d'une certaine distance par le thérapeute lors des entretiens* » (consid. 1.2 de l'arrêt résumé⁶³). En l'espèce, bien que la relation ait pris fin peu de temps auparavant, les juges ont admis la présence d'un tel lien en raison de la persistance des rapports entre la pédopsychiatre et le jeune homme, et du fait qu'elle ait fait en sorte d'être indispensable dans la vie de ce dernier (cadeaux, propositions de travail en commun, situation où elle s'est trouvée l'unique confidente d'une personne fragilisée par le syndrome d'Asperger).

Pour le second événement, la pédopsychiatre est condamnée pour contrainte sexuelle au sens de l'article 189 CP. Le contexte général est identique à celui du premier événement, mais le jeune homme ne montre pas le moindre consentement, au contraire. Il exprime un refus. Ses déclarations démontrent que la psychiatre a créé une situation dans laquelle le jeune homme n'avait plus la possibilité de s'opposer aux demandes sexuelles de l'agresseuse⁶⁴. Selon les termes du Tribunal fédéral, la psychiatre ne s'est « *pas seulement appuyée sur les fragilités de l'intimé et sur la relation de confiance construite avec son ancien patient, mais elle a agi à divers niveaux pour resserrer son emprise sur*

⁶³ Et les références aux ATF 131 IV 114, consid. 1 ; ATF 128 IV 106, consid. 3b ; ATF 124 IV 13, consid. 2c.

⁶⁴ Les déclarations sont citées dans l'arrêt : « *Quand je me suis rendu compte que je n'arriverais pas moralement à la repousser et que c'était trop dur, je n'arrivais pas à prendre le courage de m'opposer à elle, j'ai bu le verre de vin qu'elle m'avait servi. J'ai pensé que ça me détendrait assez pour que je me rende moins compte de ce qui était en train de se passer. J'essayais de me saouler moi-même. Ensuite elle m'a dit ou demandé d'aller vers le canapé. Je me suis laissé faire, je n'ai plus vraiment résisté à ce moment-là, je voulais juste que ça passe vite. Je suis resté rigide, je me suis concentré sur le plafond, je ne la regardais pas faire* ».

celui-ci et s'instiller comme personne totalement incontournable dans la vie du jeune homme » (consid. 2.3).

La distinction est particulièrement subtile ; la seule raison pour laquelle le premier événement ne relève pas de la contrainte sexuelle est lié au fait que l'on discerne – ou croit discerner – une forme de consentement par le fait que le jeune homme propose l'acte. Cela dit, s'il le fait c'est « pour qu'elle le laisse tranquille ». Encore une fois, peut-on réellement parler de consentement en pareil cas (*cf.* chiffre II.C.1 *in fine*) ? Pour d'autres exemples où un médecin biaise une relation thérapeutique pour assouvir des désirs sexuels, on peut renvoyer aux arrêts TF, 6B_785/2011 du 29 juin 2012 puis TF, 6B_97/2013 du 15 avril 2013 (qui concerne la même affaire).

C. TF, 6B_981/2019 du 12 novembre 2020

Le troisième arrêt commenté ici a trait à la difficulté liée à établir l'intensité de la contrainte exercée par l'auteur (v. II.C.3). Dans l'arrêt en question, l'auteur contraint une jeune femme à lui prodiguer des fellations, ou d'autres caresses à caractère sexuel, et à entretenir avec lui des rapports sexuels vaginaux, sans protection, sous la menace de voir diffuser les clichés d'elle dénudée qu'elle lui avait adressés. Il procède de la même manière avec une seconde jeune femme, qui cède également, avant de refuser de se plier à ses menaces.

Sans formellement prendre position sur la question, le Tribunal fédéral semble exclure qu'un tel comportement puisse être constitutif de « menace » au sens des articles 189/190 CP. Selon la majorité de la doctrine citée par le Tribunal fédéral, la menace devrait en principe concerner un préjudice corporel, non uniquement, par exemple, la résiliation d'un contrat de travail (consid. 2.2)⁶⁵. Ce nonobstant, le comportement de l'auteur est qualifié dans cet arrêt (comme dans un précédent⁶⁶) de pressions d'ordre psychique dont l'intensité suffit à réaliser l'élément constitutif de contrainte. L'auteur est donc condamné pour viol et contrainte sexuelle.

L'autre intérêt de cet arrêt concerne le seuil de la tentative. Celui-ci est franchi lorsque « *l'auteur accomplit l'acte qui, dans son esprit, constitue la démarche ultime et décisive vers la commission de l'infraction et après laquelle on ne revient normalement plus en arrière* »⁶⁷. En substance, pour atteindre ce seuil,

⁶⁵ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 8, n°9 ; TRECHSEL/BERTOSSA, art. 189 CP, n°4 ; DONATSCH, p. 533 ; PC CP-DUPUIS, art. 189, N 14.

⁶⁶ TF, 6B_1040/2013 du 10 août 2014.

⁶⁷ ATF 131 IV 100, consid. 7.2.1.

l'auteur est proche dans le temps et l'espace de la réalisation de l'infraction. Or, le Tribunal fédéral considère dans cet arrêt que ce seuil n'est pas atteint par l'envoi de messages menaçant de divulguer des photographies compromettantes, puisque l'acte sexuel exigé est « trop éloigné dans le temps et dans l'espace » (consid. 3.2 de l'arrêt commenté).

Ce dernier aspect de la décision nous semble erroné ; il passe à côté de la définition même de la tentative, qui est réalisée, selon la loi, si « l'exécution d'un crime ou d'un délit n'est pas poursuivie jusqu'à son terme » (art. 22 al. 1 CP). Le Tribunal fédéral, dans ses arrêts publiés sur la question, expose qu'il y a tentative lorsque l'auteur réunit les éléments constitutifs subjectifs (ECS) de l'infraction mais que les éléments constitutifs objectifs (ECO) font, *en tout ou en partie*, défaut⁶⁸. A notre avis, la question du seuil de la tentative (en termes de proximités spatiale et temporelle) se pose uniquement si les éléments constitutifs objectifs font entièrement défaut. Or ce n'est pas le cas dans les faits résumés ci-dessus. Notons tout d'abord que les ECS sont à l'évidence réalisés : l'auteur entend bien contraindre une jeune femme à avoir avec lui des rapports sexuels (il a obtenu ce résultat plusieurs fois par le passé et il l'écrit noir sur blanc dans ses messages). Mais surtout, en adressant les messages, il ne fait pas que s'approcher du seuil, il le franchit puisqu'il réalise effectivement l'un des ECO des infractions visées aux articles 189/190 CP, à savoir la contrainte. Encore une fois (v. ci-dessus chiffre II.C.3 *in fine*), la réaction de la victime n'est pas déterminante pour admettre la réalisation de cet ECO lorsqu'on examine si la contrainte au sens de l'article 181 CP est réalisée. Si l'auteur avait réclamé toute autre chose à la victime (qu'elle accepte de lui parler, par exemple), on aurait à l'évidence retenu la tentative – achevée – de contrainte. Pourquoi cette frilosité lorsque l'on parle de tentative de viol, dès lors que c'est un rapport sexuel qui est exigé par l'auteur des menaces ?

D. ATF 147 IV 409

Les faits à l'origine de l'ATF 147 IV 409 sont particulièrement sordides. L'auteur est d'abord poursuivi pour meurtre et c'est dans ce contexte que son ex-petite amie est entendue. Un peu plus d'une année après sa première audition, elle finit par dénoncer des actes de viol et de contrainte sexuelle subis alors qu'elle était en couple avec le prévenu. Or, la dernière instance cantonale a libéré ce dernier des chefs d'inculpation liés aux articles 189/190 CP, considérant que la plaignante n'était pas crédible (v. consid. 5) pour trois raisons : (1) elle a dénoncé les faits tardivement, (2) ses déclarations étaient à

⁶⁸ ATF 128 IV 18, consid. 3b ; ATF 122 IV 246, consid. 3a.

la fois très lacunaires et très détaillées, donnant l'impression d'un mensonge échafaudé et, enfin, (3) la plaignante avait déjà par le passé dénoncé un viol qui avait fait l'objet d'une ordonnance de classement.

Si l'arrêt est important, c'est parce qu'il apporte des éclairages bienvenus sur l'appréciation des moyens de preuve en présence de violences sexuelles⁶⁹. Fait relativement rare, le Tribunal fédéral admet en effet l'arbitraire dans l'établissement des faits par l'instance cantonale et lui renvoie l'affaire pour qu'elle examine les déclarations de la plaignante à l'aune des éléments suivants, qui doivent désormais être considérés comme faits notoires :

- Il est courant que les victimes d'agressions sexuelles aient besoin de plusieurs jours, mois ou années avant d'être en mesure de porter plainte ou même de parler des faits à un tiers de confiance. Il n'est pas rare que les victimes se retrouvent en état de choc ou de sidération, qui les empêche d'évoquer l'événement. Considérer pour cette raison que la victime ne serait pas crédible est arbitraire (consid. 5.4.1).
- Les expériences traumatiques peuvent entraîner des altérations de la mémoire. Il peut en résulter de potentielles incohérences, des lacunes ou au contraire une grande richesse de détails dans les déclarations. Le Tribunal fédéral renvoie à une série d'articles scientifiques qui étaient ces éléments et enjoint à l'autorité cantonale de s'y référer (consid. 5.4.2).

Enfin, élément bienvenu, le Tribunal souligne que l'on ne peut rien déduire quant à la crédibilité d'une victime du fait qu'elle ait déjà dénoncé un viol. Il ne s'agit en tout cas pas d'un élément permettant de douter de sa crédibilité (consid. 5.4.3).

On peut regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas saisi l'occasion de développer les implications de la réaction normale à un événement traumatique, et en particulier l'incapacité bien documentée de la victime à opposer toute forme de résistance (v. ci-dessus chiffre II.B.3). Toutefois, il faut saluer le développement de principes permettant d'apprécier les déclarations de victimes d'agressions sexuelles, si ce n'est correctement, au moins de façon plus adéquate qu'auparavant.

E. TF, 6B_34/2020 et TF, 6B_265/2020 (attendus)

On l'a évoqué ci-avant (chiffre II.B.1), le droit pénal suisse n'a pas, à tout le moins initialement, été conçu pour réprimer le comportement de l'auteur qui parvient à ses fins en faisant usage de ruse. Un exemple est donné par celui

⁶⁹ L'arrêt fait également l'objet d'un commentaire par BARTON, p. 1377 ss.

qui retire un préservatif en cours de rapport et à l'insu du ou de la partenaire (« *stealthing* »).

Au niveau cantonal, la Cour d'appel pénale du canton de Vaud a condamné en 2017 un auteur de *stealthing* pour acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'article 191 CP⁷⁰. Aucun recours n'a été déposé au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Les tribunaux cantonaux alémaniques qui se sont penchés sur des cas de *stealthing* ont pour leur part rejeté l'application de l'article 191 CP et acquitté leurs auteurs. En 2019, le Tribunal cantonal zurichois a confirmé l'acquittement (prononcé en première instance à regret⁷¹) du prévenu qui avait retiré son préservatif en cours de rapport, en vertu du principe *nullem crimen sine lege*⁷². Les juges zurichois ont considéré que la victime n'était pas complètement incapable de résistance, raison pour laquelle l'article 191 CP serait inapplicable. Le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne a rendu une décision similaire⁷³. 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. Enfin, suivant une partie de la doctrine⁷⁴, l'arrêt soutient que les articles 189 à 191 CP ne protègent que le « si » de l'acte sexuel, non son « comment »⁷⁵. 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'article 191 CP.

Contre ces deux arrêts, deux recours sont à notre connaissance encore pendants devant le Tribunal fédéral, et portent les numéros d'affaire TF, 6B_34/2020 et TF, 6B_265/2020. Il était prévu en 2021 qu'une audience publique trancherait sur la seconde, mais la crise sanitaire a repoussé la décision du TF – à notre connaissance elle n'a toujours pas été ré-agendée à l'heure où nous finissons de rédiger cette contribution.

⁷⁰ CAPE VD no 197 du 28 octobre 2017.

⁷¹ V. l'article de Tom FELBER paru dans la NZZ le 14.02.2019 : « *Das 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 Urteilseröffnung das Wort <leider>. Leider habe ein Freispruch erfolgen müssen* »).

⁷² OGer/ZH, SB190282 du 28 novembre 2019 (non définitif), consid. 4 qui confirme l'arrêt rendu par le BezGer Bülach DG180057 du 13 février 2019 ; v. ég. MEIER/HASHEMI, p. 123 et 124 ; GÖHLICH, p. 527 ; SCHEIDEGGER, N 486 et 487 ; JETZER, p. 182 ; EL-GHAZI, p. 678 s.

⁷³ OGer/BL n°460 19 68 du 6 juin 2019, consid. 3.2.2.

⁷⁴ GÖHLICH, p. 525.

⁷⁵ *Ibid.*

A notre sens, mais nous avons évoqué cette question dans le cadre d'une publication dédiée⁷⁶, l'article 191 CP pourrait très bien s'appliquer en pareil cas. En effet, la victime trompée par l'auteur n'est pas en mesure de former sa volonté sur le réel acte sexuel auquel elle participe. En ce sens, elle est incapable de résistance, à l'instar de la victime surprise par l'acte furtif de l'auteur⁷⁷. Enfin, nous considérons qu'un acte sexuel entrepris sans protection n'est pas identique à un acte sexuel consenti avec un préservatif ; le contact direct entre les parties intimes change la nature même du rapport⁷⁸. Le préservatif n'est donc pas qu'une modalité de l'acte⁷⁹. Il appartiendra au Tribunal fédéral de trancher.

IV. Les modifications législatives en cours ou à venir

On l'a relevé plusieurs fois, le droit pénal suisse ne semble pas entièrement à même d'appréhender correctement les comportements qui portent atteinte à la libre détermination en matière sexuelle. Ce constat a été posé il y a plusieurs années⁸⁰ et une révision législative est en cours. À l'heure où nous rédigeons cet article, il n'est pas possible de savoir ce que le Parlement décidera en 2022. On se contente donc ici de commenter deux des propositions qui ont été mises en consultation au début de 2021.

A. Extension du viol (art. 190 CP) aux actes de pénétration

La première révision, et la moins controversée, consacre une définition du viol qui englobe non seulement l'« acte sexuel » commis sur une victime de sexe féminin mais également, contrairement à ce qui prévaut jusqu'à aujourd'hui, tout « acte analogue qui implique une pénétration de son corps » et quel que soit le sexe de la victime⁸¹. A l'heure actuelle, la qualification

⁷⁶ V. PERRIER DEPEURSINGE/BOYER.

⁷⁷ ATF 103 IV 165 ; ATF 133 IV 49, consid. 7.3, qui admettent tous deux que l'art. 191 CP s'applique.

⁷⁸ Dans le même sens, EL-GHAZI, p. 681.

⁷⁹ *Contra* GÖHLICH, *passim* mais spéc. 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.

⁸⁰ V. par exemple, mais ce n'est pas la seule intervention parlementaire en ce sens, Motion de Mme la conseillère nationale RIELLE FEHLMANN, n°17.3992 « Définition du viol en droit suisse. La loi doit changer ! », du 30 novembre 2017.

⁸¹ V. CAJ-E, Rapport du 28 janvier 2021, p. 32 ss.

judiciaire d'un acte en qualité de « viol » au sens de l'article 190 CP est réservée à la pénétration pénéo-vaginale. Ainsi, la personne qui est pénétrée par un autre organe ou dans une autre partie du corps est victime d'une contrainte sexuelle au sens de l'article 189 CP.

Le législateur propose ainsi, à juste titre selon nous (et selon la quasi-unanimité des quelques 10'000 participants à la procédure de consultation⁸²), de rapatrier sous l'article 190 CP les comportements qui portent atteinte de façon grave à l'intégrité sexuelle et de désigner dans la loi de tels viols par leur nom. Ajoutons que la reconnaissance en tant que victime de viol est un enjeu essentiel pour les victimes. Le mot est en effet fortement chargé émotionnellement puisqu'il implique que l'acte commis est particulièrement grave, voire de gravité ultime, au sein des infractions contre l'intégrité sexuelle. Il faut donc saluer l'extension du « label » viol à toutes les pénétrations analogues à l'acte sexuel⁸³.

Il faudrait cependant adapter le texte afin que l'acte ne couvre pas uniquement la pénétration du corps de la victime (« acte analogue qui implique une pénétration de *son* corps ») mais également le fait de contraindre la victime à commettre une pénétration (une meilleure formulation serait « une pénétration *du* corps »). On se rappelle en effet du cas de la pédopsychiatre, qui contraint un jeune homme à subir une fellation⁸⁴. La victime est contrainte à pénétrer le corps de l'agresseuse, et le nouvel article 190 CP devrait également s'appliquer en pareil cas.

B. Proposition d'art. 187a CP : « atteinte sexuelle »

La deuxième proposition que nous entendons commenter vise, ou plutôt visait, à introduire un nouvel article 187a CP, intitulé « atteinte sexuelle » et qui serait libellé comme suit :

«¹Quiconque, contre la volonté d'une personne ou par surprise, commet sur elle ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. ²Est également puni quiconque, dans l'exercice d'une activité relevant du domaine de la santé, commet sur une personne ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel en profitant de son erreur quant au caractère de l'acte ».

⁸² CAJ-E, Rapport du 28 janvier 2021, p. 8. Seuls l'UDC et le canton de Schwyz s'y opposent (*idem*, p. 25).

⁸³ Dans le même sens, SCHEIDEGGER, N 656-657 et les références citées.

⁸⁴ TF, 6B_1307/2020 du 19 juillet 2021, commenté sous chiffre III.B.

Commençons par souligner que la majorité des participants à la procédure de consultation se sont opposés à cette disposition⁸⁵. Si le fait d’incriminer ces comportements recueillait une large approbation, de très nombreux participants ont cependant rejeté l’idée d’une disposition distincte et d’une solution qui impliquerait de n’incriminer ces comportements que si la victime exprime un refus (solution dite du « *no means no* »).

1. *Infraction séparée : « atteinte sexuelle »*

La création d’une sorte de viol de seconde catégorie est un choix malheureux. Comme déjà souligné, la qualification de viol est un enjeu important pour les victimes. En outre, et nous l’avons déjà relevé (chiffre II.B.3), de nombreuses victimes d’actes sexuels non consentis les subissent en état de sidération, soit sans réaction possible de leur part. En pareil cas, même sans contrainte, le vécu de la victime est semblable à un viol et les effets sont tout aussi dévastateurs⁸⁶. Faire une distinction dans la désignation de l’infraction entre ce qui est exercé avec contrainte et « mérite » le qualificatif de viol de ce qui ne l’a pas été et doit dès lors être qualifié d’« atteinte » est non seulement en décalage avec la réalité mais en outre particulièrement dommageable pour les victimes. Ajoutons enfin que le terme « atteinte » est mal choisi ; en français, il signifie également simplement « qui a été touché ». Pour qui a vécu un viol, cette non-reconnaissance et ce déclasserement des faits doivent absolument être évités.

Les échos de Berne semblent indiquer que la modification législative n’ira finalement pas dans le sens d’une infraction séparée, mais plutôt d’une intégration dans les articles 189 et 190 CP.

2. *« No means no » vs. « yes means yes »*

Le point le plus problématique de la réforme proposée réside à notre sens dans le choix de la solution du « non, c’est non », c’est-à-dire que ne seraient incriminés que les actes commis contre la volonté de la victime. Pourtant la Convention d’Istanbul⁸⁷, en son article 36, demande d’ériger en

⁸⁵ CAJ-E, Rapport du 28 janvier 2021, p. 9 et 13 ss.

⁸⁶ Une étude suédoise démontre que les victimes de viol subi en état de sidération ont plus de risques de développer des formes sévères de dépression et un syndrome de stress post-traumatique : MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM, p. 932-938.

⁸⁷ 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).

infraction pénale les actes sexuels « non consentis ». Cette solution dite « du consentement » ou du « oui c'est oui » implique qu'à défaut de consentement (expres 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.

La solution du « non c'est non » est inadéquate puisqu'elle suppose que la victime exprime d'une manière ou d'une autre un refus. Or, cela a été démontré dans le cadre de cette contribution : la victime peut se retrouver incapable de montrer une opposition, par exemple parce qu'elle est trompée, ivre, surprise, embarrassée par une situation soudainement sexualisée, sans même parler de l'état de sidération. Certes, le second alinéa tente d'appréhender une partie de cette problématique, en incriminant l'acte commis « par surprise » ou en profitant de l'erreur de la victime quant au caractère non médical de l'acte infligé. Mais l'auteur qui profite d'un phénomène de sidération (qui touche, au bas mot, la moitié des victimes de viol, v. II.B.3) ou celui qui fait usage de ruse hors du contexte médical ne seraient pas inquiétés par la nouvelle disposition. S'il ne fallait retenir qu'un argument contre la solution du « non c'est non », c'est celui qu'il est absurde d'attendre un refus ou une réaction d'une victime alors que l'on sait, aujourd'hui, qu'elle en est incapable dans une majorité des cas.

En faveur de la solution du « oui c'est oui », outre sa compatibilité avec la convention d'Istanbul et la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme⁸⁸, on relève qu'elle rend superflues toutes les variantes envisagées (surprise, ruse, erreur, *etc.*) et simplifie considérablement la rédaction de la norme, et son application. En outre, elle imposerait 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 quel type de rapport – plutôt que de maintenir l'attention sur la victime, et sur la manière dont elle a, ou non, opposé un refus ou une résistance⁸⁹. Par comparaison, on ne s'interroge pas sur la réaction de la victime de vol – seule la soustraction compte, soit l'acte de l'auteur. Enfin, par souci de cohérence et eu égard à l'importance du bien juridiquement protégé qu'est la libre détermination en matière sexuelle, il semble bien étrange d'ériger en délit le fait d'enregistrer une conversation

⁸⁸ 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* ».

⁸⁹ LE MAGUERESSE, p. 226 ; LIEBER/GRESEY/PEREZ-RODRIGO, p. 25-26 ; v. ég. BARTON, p. 1380 et s.

privée « sans le consentement » des participants (art. 179^{bis} CP), mais non la pénétration du corps d'autrui.

Les opposants à la solution du « oui c'est oui » craignent un « renversement du fardeau de la preuve »⁹⁰, à tort. En droit pénal, le fardeau de la preuve est et reste à l'accusation (corollaire de la présomption d'innocence, art. 10 al. 1 CPP). Cela n'empêche pas de demander au prévenu de rendre vraisemblable des éléments à même de le disculper⁹¹. A cela s'ajoute que la solution du « oui c'est oui » ne changerait pas fondamentalement la recherche des faits qui prévaut aujourd'hui. Le Tribunal fédéral l'a maintes fois souligné : les agressions sexuelles sont « des infractions de quatre-yeux » (*Vier-Augen-Delikte*) qui supposent, déjà, que l'on ne puisse se baser que sur des déclarations contradictoires des parties et qu'il faille en apprécier la crédibilité⁹². Prétendre que la solution du consentement rendrait la disposition inapplicable en pratique est, d'une part, faux et, d'autre part, dénué de pertinence. Le rôle du droit pénal est, à notre sens, de tracer une ligne rouge en interdisant sous menace de sanction pénale les comportements particulièrement dommageables, ce qui est manifestement le cas de rapports sexuels non consentis. Il ne viendrait à l'idée de personne de supprimer l'article 187 CP (actes d'ordre sexuel commis sur des enfants) sous prétexte que la recherche de preuve est compliquée et que son application suscite des difficultés.

Il nous semble donc que le législateur, dans le cadre de la révision en cours, ferait bien de s'inspirer de la solution choisie à l'étranger (par exemple en Belgique, dont l'article 375 du Code pénal a été cité *supra* sous chiffre II.B.4) et d'adopter une incrimination des actes sexuels commis sans le consentement de la victime.

V. Conclusion

Les infractions contre l'intégrité sexuelle que connaît le Code pénal suisse ont été conçues il y a presque 40 ans, de sorte qu'elles méritent une révision totale⁹³. Certes, la loi a été interprétée de façon dynamique par la

⁹⁰ CAJ-E, Rapport du 28 janvier 2021, p. 62.

⁹¹ Ainsi, sans exiger une preuve, il est admis que le prévenu qui entend se prévaloir du consentement du lésé doit en rendre l'existence vraisemblable, v. TF, 6B_390/2018 du 25 juillet 2018, consid. 5.1 ; TF, 6B_788/2015 du 13 mai 2016, consid. 3.1 ; TF, 6B_910/2013 du 20 janvier 2014, consid. 3.3 ; TF, 6B_869/2010 du 16 septembre 2011, consid. 4.5 ; Voir également PIQUEREZ, p. 702 ; PC CPP, art. 10 N 8.

⁹² ATF 143 IV 241, consid. 2.2.2, JdT 2017 IV 357 ; TF, 6B_698/2016 du 10 avril 2017 consid. 2.4.3.

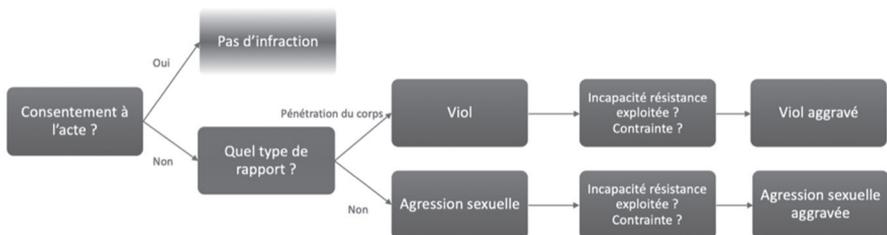
⁹³ é.g. SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, p. 72 ss.

jurisprudence pour tenir compte de la réalité des agressions sexuelles et en conséquence, pour élargir le champ d'application du droit pénal. Le Tribunal fédéral a ainsi étendu la notion de contrainte ou d'incapacité de résistance à des faits qui n'avaient pas été envisagés par le législateur en 1986 (p. ex. en cas de « violence structurelle » ou d'acte commis par surprise).

Ce faisant, la jurisprudence a rendu assez troubles les frontières entre ce qui est pénalement punissable et ce qui ne l'est pas d'une part (*cf.* la difficulté d'appréhender le « oui, mais » de l'art. 193 CP), et d'autre part entre les différents champs d'application des dispositions en vigueur (*cf.* articles 189/190 et 193 CP en présence d'un lien de dépendance).

Il est à notre sens temps de repenser à nouveau la totalité des dispositions supposées protéger la libre détermination en matière sexuelle et de fonder la punissabilité de l'auteur sur l'absence de consentement de la victime. A cet égard, et nous l'avons déjà souligné, un consentement vicié n'est pas un consentement opérant, de sorte qu'une disposition telle que l'article 193 CP ne serait plus nécessaire. Sans immédiatement ériger en crimes de tels actes, ils pourraient l'être sous forme qualifiée en présence de contrainte ou d'abus de l'incapacité de discernement ou de résistance.

Nous proposons donc une révision du droit pénal sexuel qui permette la clé de lecture suivante :



Cette solution ne serait certainement pas exempte de difficultés, mais elle aurait au moins le mérite de la cohérence.

VI. Bibliographie

A. Littérature

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 ; **Felix BOMMER**, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum materiellen Strafrecht im Jahr 2020, ZBJV 9/2021, p. 541 ss ; **Stephan BRACHA/Tyler RALSTON/Jennifer MATSUKAWA/Andrew WILLIAMS/Adam BRACHA**, Does 'Fight or Flight' Need Updating?, Psychosomatics 45:5,

September-October 2004, p. 448 ss ; **Alexandra BRODSKY**, “Rape-adjacent”: imagining legal responses to nonconsensual condom removal, *Columbia Journal of Gender and Law* 2017, p. 187 ss ; **Bernard CORBOZ**, *Les infractions en droit suisse*, Volume I, Berne 2010 ; **Andreas DONATSCH**, *Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen*, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018 ; **Michel DUPUIS et al.**, *Petit Commentaire Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : PC CP-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Mohamad EL-GHAZI**, Die strafrechtliche Bewertung des sogenannten Stealthings, *SJZ* 115/2019, p. 675 ss ; **Edna B. FOA/Barbara OLASOV ROTHBAUM**, Treating the trauma of rape, *New York* 1998 ; **Carola GÖHLICH**, Stealthing als Eingriff in die sexuelle Integrität?, *PJA* 2019, p. 522 ss ; **Jeffrey A. GRAY**, *The psychology of fear and stress*, 2^e éd., Cambridge 1989 ; **Jennifer M. HEIDT/Brian P. MARX/John 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, pp. 1157-1171 ; **Guido JENNY**, in Guido JENNY/Martin SCHUBARTH/Peter ALBRECHT (éds), *Schulthess Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht : Schweizerisches Strafgesetzbuch : Besonderer Teil/Bd. 4, Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie Art. 187-200, Art. 213-220 StGB*, Berne 1997 (cité : SK-JENNY, art. X, N Y) ; **Guido JENNY**, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, in *ZBJV* 139/2003 p. 375 ss (cité : JENNY, 2000) ; **Guido JENNY**, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002, *ZBJV* 140/2004 p. 726 ss. (cité : JENNY, 2002) ; **Laura JETZER**, Stealthing: Strafrechtlich nicht fassbare Verletzung der von Art. 28 ZGB geschützten sexuellen Integrität?, in *EITEL/GRAHAM-SIEGENTHALER* (éds), *Aspekte rechtlicher Nähebeziehungen : Liber amicorum für Regina E. Aebi-Müller*, Zurich 2021, p. 177 ss ; **Kasia KOZLOWSKA/Peter WALKER/Loyola MCLEAN/Pascal CARRIVE**, Fear and the defense cascade : Clinical implications and management, *Harvard Review of Psychiatry* 2015, 23(4), p. 263–287 ; **Catherine LE MAGUERESSE**, Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien, *APC* 2012 ; **Marylène LIEBER/Cécile GRESET/Stéphanie PEREZ-RODRIGO**, Le traitement pénal des violences sexuelles à Genève, Une étude exploratoire, Genève 2019 ; **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 ; **Markus J. MEIER/Jasmin HASHEMI**, Stealthing – Muss strafbar sein, was verwerflich ist?, *Forum-poenale* 2/2020, p. 120 ; **Philipp MAIER**, in *NIGGLI/WIPRÄCHTIGER*, *BSK Strafrecht II*, 4^e éd., Bâle 2019, art. 189 à 191 (cité : BSK StGB II-MAIER, art. X, N Y) ; **Anna MÖLLER/Hans Peter SÖNDERGAARD/Lotti HELSTRÖM**, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica* 96/2017, p. 932-938 ; **Marcel Alexander NIGGLI/Hans WIPRÄCHTIGER**, *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 1^{ère} édition, Bâle 2003 (cité : BSK StGB II (1^{re} éd)-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Hadrien MONOD**, Viol : la prise en compte du refus de consentir à des rapports sexuels, in <<https://www.crimen.ch/69/>>, 14 janvier 2022 ; **Laurent MOREILLON/Aude PAREIN-REYMOND**, *Petit commentaire CPP*, 2^e éd., Bâle 2016 (cité : PC CPP-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Camille PERRIER DEPEURSINGE/Mathilde BOYER**, Stealthing : Quelle protection pénale ? De la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle, in *Ouvrage collectif à paraître en 2022*, p. 517 ss ; **Camille PERRIER DEPEURSINGE/Marie PITTET**, Le consentement du lésé en droit pénal suisse : Conditions et validité dans le domaine médical, *AJP* 6/2021, p. 801 ss ; **Gérard PIQUEREZ**, *Traité de procédure pénale*, 2^e éd., Zurich 2006 ; **Nicolas QUELOZ/Federico ILLÀNEZ**, in *Alain MACALUSO/Laurent MOREILLON/Nicolas QUELOZ* (éds), *CR Code pénal II*, Bâle 2017, art. 189 à 191 ; **Nora SCHEIDEGGER**, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, Berne 2018 ; **Nora SCHEIDEGGER/Agota LAVOYER/Tamara STALDER**, Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, in : *sui-generis*2020, p. 57 ss ; **Günter STRATENWERTH/Guido JENNY/Felix**

BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Berne 2010 ; **Luc THEVENOZ/Franz WERRO (éds)**, Code des obligations I : art. 1-529, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Stefan TRECHSEL/Bernard BERTOSSA**, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3^e éd. 2018.

B. Documentation officielle

Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E), Rapport du 28 janvier 2021 portant sur l'«*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 (avant-projet) procédure de consultation n°18.043 (cité : CAJ-E, Rapport du 28 janvier 2021) ; **Conseil fédéral (CF)**, Message du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire, FF 1985 II 1021 ss (cité : CF, Message du 26 juin 1985).