



Collection lausannoise
CEDIDAC

Camille Perrier Depeursinge / Nathalie Dongois
(éditrices)

Infractions contre l'intégrité sexuelle

Unil



Stämpfli Editions

Le présent ouvrage est publié à la suite du Colloque organisé le 15 septembre 2021 à l'Université de Lausanne par le Centre de droit pénal, la Fondation pour la formation continue des juges suisses et le CEDIDAC et consacré aux infractions contre l'intégrité sexuelle.

La première partie s'intéresse aux contours des dispositions pénales et à leur capacité d'appréhender les cyber-atteintes à l'intégrité sexuelle, ainsi que les sanctions ou réponses possibles lorsque de telles infractions sont commises en faisant dialoguer justice pénale et justice restaurative.

Dans une deuxième partie, il tente d'éclairer les difficultés que posent la recherche de preuves d'abord et donne des réponses pratiques sur la manière d'interroger victimes et prévenus d'infractions contre l'intégrité sexuelle.

Enfin, dans une troisième partie, c'est l'interprétation de ces preuves et en particulier le rôle des expertises qui est abordé, eu égard à un éventuel trouble mental de l'auteur et à la crédibilité des déclarations des victimes.



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

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

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

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

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

Print ISBN 978-3-7272-3554-2

printed in
switzerland



Préface

Au cœur d'une révision initiée en 2018, les infractions contre l'intégrité sexuelle font l'objet de critiques et de débats animés, sur fond d'activisme féministe. Le « droit pénal sexuel suisse », comme il est désigné outre-Sarine, a été révisé pour la dernière fois entre 1976 et 1991, pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1992. La révolution sexuelle, initiée en Suisse dans les années 1970, n'est que partiellement parvenue à imprégner les travaux du législateur de l'époque. Ironiquement, la Suisse a à nouveau initié une révision après une nouvelle vague sociétale demandant des adaptations (#metoo) et sans que pour l'heure le législateur n'ait pris la mesure de l'ampleur de ses conséquences. L'intégrité et la libre détermination en matière sexuelle, biens juridiquement protégés par les infractions concernées, sont-elles correctement protégées par le droit pénal aujourd'hui ? La justice pénale est-elle à même de traiter les actes qui y portent atteinte, de juger les auteurs qui les commettent et de répondre aux victimes qui les subissent ?

Le présent ouvrage aborde ces problématiques de façon globale, en interrogeant d'abord les contours des dispositions pénales ainsi que les sanctions ou réponses possibles lorsque ces infractions sont commises. En outre, il tente d'éclairer les difficultés que posent la recherche de preuves d'abord, puis l'interprétation de ces preuves et en particulier le rôle des expertises dans le domaine des infractions contre l'intégrité sexuelle.

Ainsi, la contribution de Camille PERRIER DEPEURSINGE et de Mathilde BOYER propose un panorama des dispositions pénales en vigueur, de leurs lacunes et difficultés, puis présente quelques jurisprudences récentes. La contribution aborde également les modifications législatives mises en consultation début 2021 pour en faire la critique et proposer une alternative basée sur le consentement. Miriam MAZOU et Charlotte ISELIN analysent comment le droit pénal suisse appréhende les atteintes à l'intégrité sexuelle commises via Internet, en examinant en particulier les phénomènes de *revenge porn*, (cyber)harcèlement, sextorsion, et *grooming*. Sandrine OSOJNAK présente les sanctions envisageables en cas d'infractions contre l'intégrité sexuelle (peines et mesures) et expose les réponses données concrètement en pratique à de telles infractions. Dans la contribution de Claudia CHRISTEN-SCHNEIDER, on découvrira les apports de la justice restaurative dans ces cas, en particulier à l'égard des victimes. Bien encadrés et préparés, les processus de justice restaurative sont très bénéfiques aux victimes : ils améliorent leur bien-être et répondent à des besoins auxquels le système pénal semble incapable de répondre.

Dans une deuxième partie, la question de la récolte de preuves est abordée ; les infractions sexuelles étant le plus souvent commises en huis clos, l'interrogatoire des victimes et des auteurs d'infraction y tient un rôle central. Julie COURVOISIER commence par présenter les techniques d'audition des victimes d'agressions sexuelles, tant majeures que mineures. La contribution expose quels phénomènes peuvent perturber la recherche de la vérité et comment pallier ces difficultés. De leur côté, Nathalie DONGOIS et Christophe SELLIE abordent les techniques d'audition des prévenus d'infraction contre l'intégrité sexuelle, et en particulier les facteurs qui facilitent les déclarations et qui permettent d'analyser leur qualité.

Enfin, la dernière partie de l'ouvrage aborde la question du rôle des experts dans les affaires d'infractions contre l'intégrité sexuelle. Philippe DELACRAUSAZ et Laurent MOREILLON examinent l'impact d'un trouble mental chez l'auteur de l'infraction et de la dimension de la relation entre les protagonistes, avant d'en examiner la portée juridique. Enfin, Nathalie DONGOIS et Emilie WOUTERS présentent le rôle des expertises de crédibilité en cas d'infractions contre l'intégrité sexuelle, en insistant sur l'importance de la qualité de la première audition de la victime.

Les éditrices remercient chaleureusement non seulement les autrices et auteurs pour la qualité de leurs contributions, mais également les assistantes diplômées ayant travaillé sur l'ouvrage, soit Mme Mathilde BOYER, Mme Laura CES ainsi que Mme Anastasia LEU du CEDIDAC.

Lausanne, le 17 février 2022

Les éditrices
Camille Perrier Depeursinge
Nathalie Dongois

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	

Table des principales abréviations

ACEs	<i>Adverse Childhood Experiences</i>
AIM	<i>Assessment Intervention Moving on</i>
al.	alinéa
APT	Association de prévention de la torture
art.	article
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral suisse
BezGer	<i>Bezirksgericht</i>
BLV	Base législative vaudoise
BO	Bulletin officiel
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	<i>contre</i>
CAJ-E	Commission des affaires juridiques du Conseil des états
CAJ-N	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CAPE	Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois
CBCA	<i>Criteria-Based Content Analysis</i>
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHF	Franc(s) suisse(s)
CM	Comité des ministres
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CR	Commentaire romand
e.g.	<i>exempli gratia</i>
éd.	édition/éditeur
éds/eds	éditeurs/editors
EFRJ	<i>European Forum for Restorative Justice</i>
ég.	également
et al.	<i>et alii</i>

Table des principales abréviations

<i>etc.</i>	<i>et cætera</i>
EUR	Euro
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
ff.	<i>following pages</i>
HHS	<i>Health and Human Services</i>
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>in fine (i.f.)</i>	à la fin
ISP	Institut Suisse de Police
IVAWS	<i>International Violence Against Women Survey</i>
JdT	Journal des Tribunaux
JO/OJ	Journal officiel/ <i>Official Journal</i>
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007, RS 312.5
LEP	Loi fédérale sur l'exécution des condamnations pénales du 4 juillet 2016, RSV 340.01
let.	lettre
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1
LS	Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995, RSN 800.1
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
MR	<i>memory reconsolidation</i>
N	Numéro(s) de paragraphe
n.	note(s) de bas de page ou de fin
n°/no	numéro(s)
NCTIC	<i>National Center for Trauma-Informed Care</i>
ndlr	note de la rédaction
NICHD	<i>National Institute of Child Health and Human Development</i>
NICHD-R	<i>National Institute of Child Health and Human Development</i> (version révisée)
not.	notamment
NU/UN	Nations unies/ <i>United Nations</i>
OEP	Office d'exécution des peines
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
OGer/ZH	<i>Obergericht des Kantons Zürich</i>

X

ONU	Organisation des Nations unies
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	page(s)
p.ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
PC	Petit commentaire
PEACE	<i>Planing and Preparation, Engage and Explain, Account Clarification and Challenge, Closure, Evaluation</i>
PJA/AJP	Pratique Juridique Actuelle/ <i>Aktuelle juristische Praxis</i>
pp.	plusieurs pages
PPMin	Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009, RS 312.1
réf.	référence(s)
RJ	<i>Restaurative Justice</i>
RJC	<i>Restaurative Justice Conference</i>
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
s./ss	suivant/suivant(e)s
SAMHSA	<i>Substance Abuse and Mental Health Services Administration</i>
SK	<i>Schulthess Kommentar</i>
spéc.	spécifiquement
StGB	<i>Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 5. Oktober 2007</i> , RS 312.0
SVA	<i>Statement Validity Analysis</i>
TC/VD	Tribunal cantonal vaudois
TF	Tribunal fédéral suisse
UE/EU	Union européenne/ <i>European Union</i>
UK	<i>United Kingdom</i>
USA	<i>United States of America</i>
v./V.	voir
VAW	<i>Violence Against Women</i>
VD	Canton de Vaud
VOC	<i>Victim-Offender Conferencing</i>
Vol.	Volume
vs.	<i>versus</i>
ZBJV	<i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</i>
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907</i> , RS 210

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).

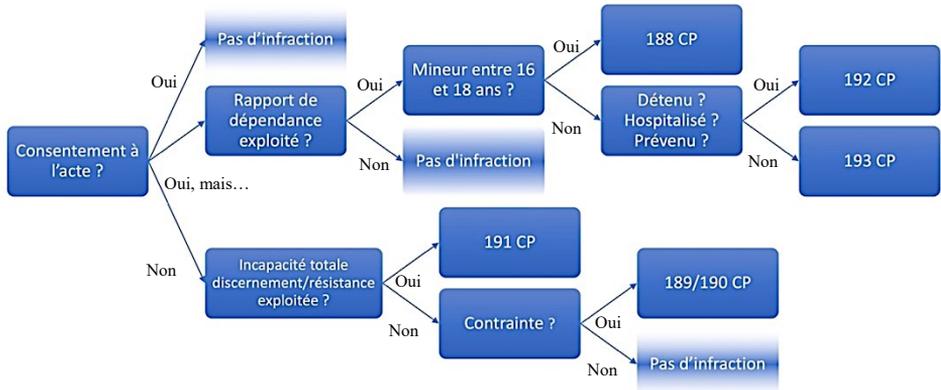
² Voir à cet égard le débat intervenu entre Me Camille Maulini et Me Loïc Parein, publié dans *Plaidoyer* 03/21, p. 6-9, sous le titre : « La loi actuelle favorise le maintien de stéréotypes de genre et le maintien du mythe sur le viol ».

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 I31 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).