

La Semaine Judiciaire
146^e année

SJ

N° 9 2024



La nouvelle teneur de l'art. 190
du Code pénal suisse entrée en vigueur le
1^{er} juillet 2024 : « *Non, c'est non* », l'adoption de
la solution du refus. Que faut-il en retenir ?



Simine SHEYBANI

Avocate

La réforme du droit pénal en matière sexuelle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024. Par sa révision du Titre 5 du Code pénal, l'Assemblée fédérale a redéfini l'infraction de viol (art. 190 nCP) et étendu significativement son champ d'application. L'extension des actes d'ordre sexuel susceptibles d'être qualifiés de viol, l'élément constitutif objectif de la contrainte comme composante de son aggravante et la désexualisation de la qualité de victime et d'auteur figurent au centre de cette réforme.

Le cœur du débat de la réforme du droit pénal en matière sexuelle portait sur la question du consentement lors de rapports sexuels. Si la majorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) préconisait la

trouve en état dit de sidération sans qu'il y ait eu contrainte ou qu'elle ait pu signifier son absence de volonté ou de consentement.

La *solution du refus* postulait qu'en règle générale les rapports sexuels ont lieu avec le consentement des personnes impliquées et ne constituent pas une atteinte, sauf si l'une d'elles manifeste son refus.

La *solution du refus* — plus claire, réaliste et optimiste que celle du consentement selon la majorité du CAJ-E — l'a finalement emporté².

L'infraction de viol au sens de l'art. 190 nCP est applicable sans égard au genre de la victime ni de l'auteur et ne se limite désormais plus à l'acte sexuel de type coït, soit à la pénétration pénovaginale. Tout acte analogue à l'acte sexuel qui implique une pénétration du corps, soit une pénétra-

« La nouvelle typicité de l'infraction de viol soulève des questions délicates »

solution dite du refus « *Non, c'est non* », une minorité soutenait celle du consentement « *Seul un oui est un oui* ».

La *solution du consentement* postulait qu'est punissable quiconque, sans le consentement exprès ou tacite d'une personne, commet sur elle ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel. Selon cette minorité, la *solution du consentement* remplissait les exigences de l'art. 36 de la Convention d'Istanbul¹ et couvrait les situations dans lesquelles la victime se

tion par n'importe quel orifice au moyen du pénis ou d'une autre partie du corps (doigt, main, langue) ou encore d'un objet, peut être constitutif de viol³. Tant l'acte de *faire subir* à une victime un acte d'ordre sexuel ou un viol que celui de le lui *faire commettre* sont visés par l'art. 190 nCP.

Avant la révision entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024, la typicité de l'art. 190 aCP supposait l'emploi d'un moyen de contrainte par l'auteur sur sa victime dans le but de la faire céder. La menace, les violences physiques ou encore les pressions psychiques constituaient notamment des moyens de contrainte⁴. La notion de « *pressions psychiques* » visait plus spécifiquement les cas où la victime se trouvait dans une situation sans espoir, sans pour autant que l'auteur ait

1 Art.36 Convention d'Istanbul (RO 2018 1119):
1. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale, lorsqu'ils sont commis intentionnellement: (a) la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet; (b) les autres actes à caractère sexuel non consentis sur autrui; (c) le fait de contraindre autrui à se livrer à des actes à caractère sexuel non consentis avec un tiers.
2. Le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes.
3. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les dispositions du par. 1 s'appliquent également à des actes commis contre les anciens ou actuels conjoints ou partenaires, conformément à leur droit interne.

2 Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, rapport du 17 février 2022, FF 2022 687, Chapitre N. 3.6.1.5., pp. 26 et suivantes; cf. également BO 2022 CE, pp. 387 et suivantes.

3 Le baiser lingual demeure visé par l'art. 189 nCP en ce qu'il ne consiste pas en un acte analogue à l'acte sexuel, quoique relevant d'une pénétration du corps.

4 ATF 148 IV 234, c.3.3.

recouru à la force physique ou à la violence, sans qu'il ne soit nécessaire que la victime ait été mise hors d'état de résister. Selon la jurisprudence, la pression psychique générée par l'auteur et son effet sur la victime devaient néanmoins atteindre une intensité particulière⁵. Ainsi, la jurisprudence relevait que «*l'infraction visée par l'art. 190 CP exige non seulement qu'une personne subisse l'acte sexuel alors qu'elle ne le veut pas, mais également qu'elle le subisse du fait d'une contrainte exercée par l'auteur. A défaut d'une telle contrainte, de l'intensité exigée par la loi et la jurisprudence, et même si la victime ne souhaitait pas entretenir une relation sexuelle, il n'y a pas viol*»⁶.

Depuis le 1^{er} juillet 2024, l'usage de la contrainte ne constitue plus un élément constitutif objectif de l'infraction de base (art. 190 al. 1 nCP) mais une version qualifiée (art. 190 al. 2 nCP). Cette modification majeure prévaut également s'agissant de l'atteinte et de la contrainte sexuelles (art. 189 nCP). L'abandon de cet élément constitutif des infractions de base vise également à englober les atteintes sexuelles commises par surprise et les cas dits de *stealth*⁷. L'argument principal en faveur de cette modification résidait dans le manque de concordance entre le texte de l'art. 190 al. 1 aCP et la commission des agressions sexuelles dans la réalité. Les partisans de la réforme mettaient en avant d'une part, que les victimes de viol ne résistent physiquement à une agression que dans de très rares cas et d'autre part, que la plupart des agresseurs n'ont pas besoin de recourir à la force pour parvenir à leurs fins, profitant de l'état de stress ou de choc de leur victime et de leur relation de confiance⁸.

L'art. 190 al. 1 nCP introduit enfin dans l'ordre juridique suisse la notion juridique indéterminée de l'«*état de sidération*»

comme expression de refus. L'introduction de l'«*état de sidération*» — adoptée en dernier recours (semble-t-il) en juin 2023⁹ — résulte d'un compromis entre la solution dite du refus et celle du consentement. Dans la solution du consentement, l'«*état de sidération*» était couvert dès lors que la victime ne peut exprimer son consentement. Dans la solution du refus, la question demeurait controversée. L'introduction de cette notion avait ainsi pour objectif de couvrir dans cette seconde solution les situations dans lesquelles le refus ne pourrait être exprimé¹⁰. Le sens à donner à cette notion demeure toutefois, en l'état, indéterminé: la CAJ-E l'assimile à la catalepsie, la thanatose, l'immobilité tonique ou encore à la dissociation¹¹, lorsque les versions allemande et italienne désignent un état de choc («*Schockzustand*» ; «*stato di choc*»). La question de l'éventuel «*état de sidération*» de la victime, et de son caractère indéterminé, ne devraient toutefois se poser qu'à titre subsidiaire, soit lorsque celle-ci n'a pas pu exprimer un refus de manière verbale ou tacite¹².

Au-delà de la nébuleuse terminologique, l'enjeu demeurera de déterminer la conscience de l'auteur de l'état de sa victime ou à tout le moins s'il a envisagé et accepté d'avoir un rapport sexuel avec une personne en «*état de sidération*». Le refus de la victime n'ayant pas de portée juridique sans manifestation extérieure, il devra être perçu par l'auteur pour fonder sa punissabilité. Le comportement de la victime sera pertinent pour déterminer si celle-ci a exprimé son refus de manière suffisamment claire pour être compris par l'auteur. Il en sera de même s'agissant de l'«*état de sidération*». L'autorité pénale devra déterminer si cet état (cas échéant une fois établi) a été mis à profit par l'auteur, soit s'il avait au moins envisagé que la victime n'était pas consentante mais passive contre sa volonté, et s'il

5 TF, 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, c. 2.2.1.

6 TF, 6B_1306/2017 du 17 mai 2018, c. 2.1.2.

7 Retrait furtif du préservatif par l'auteur ou omission délibérée d'en mettre un lors de rapports sexuels consentis, alors que sa victime tenait à cette condition et que l'auteur était d'accord (du moins en apparence).

8 Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, rapport du 17 février 2022, FF 2022 687, Chapitre N. 3.6.1.2., pp. 23 et suivantes.

9 BO 2023 CE, p. 441.

10 BO 2023 CE, pp. 441 et suivantes.

11 Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, rapport du 17 février 2022, FF 2022 687, Chapitre n° 3.6.1.6., p. 33.

12 PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, Révision du viol en droit suisse, Revue Pénale Suisse, RPS 142/2024, pp. 34 et suivantes.

avait admis la possibilité d'exploiter cette situation¹³.

En définitive, si une modernisation du droit pénal en matière sexuelle était nécessaire, la nouvelle typicité de l'infraction de viol soulève des questions délicates et possiblement difficiles (sinon périlleuses) à mettre en pratique.

En particulier, l'introduction de l'«*état de sidération*» dans notre ordre juridique appelle à la vigilance. La vulgarisation de cette notion juridique indéterminée, désormais alléguée régulièrement (à tort ou à raison) dans les affaires pénales dites de mœurs, et le poids que la pratique tend à lui donner sans autre examen médical strict, demeurent en l'état inquiétants pour la sécurité de notre ordre juridique. L'application de cette notion par nos tribunaux devra être circonscrite aux états scientifiquement et strictement déterminés par les médecins compétents dans ce domaine. Une étroite collaboration entre les autorités pénales et ces intervenants professionnels apparaît indispensable dans la navigation à vue qui attend la pratique.

Le peu, voire l'absence, de preuve matérielle propre aux procédures dites «*entre quatre yeux*» impose le maintien d'une exigence élevée de rigueur dans l'appréciation de ce qui est rapporté par chacun des protagonistes et des diagnostics posés subséquentement, cas échéant et pour partie, sur ces allégations.

Il est dès lors attendu de la pratique — et surtout de la médecine compétente — qu'elles apportent les précisions qui s'imposent à l'appréciation, puis à l'application (et applicabilité) de cette notion juridique indéterminée qu'est l'«*état de sidération*».

13 PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, Révision du viol en droit suisse, *Revue Pénale Suisse*, RPS 142/2024, pp. 34 et suivantes.