ATF 148 IV 234 | TF, 28.03.2022, 6B_894/2021*

En l'état actuel du droit, l'absence de consentement ne permet pas de retenir un viol ou une contrainte sexuelle. La victime doit donner des signes évidents et déchiffrables de son opposition, qui doivent être reconnaissables pour l'auteur.

Faits

Lors d'une soirée, un homme et une femme se rencontrent dans un bar à Genève. Après avoir discuté et bu quelques bières, il se rendent ensemble au domicile du premier. Face à l'aspect peu invitant de l'appartement, la femme a eu envie de repartir, mais ne l'a pas fait. Tous deux se sont retrouvés sur le lit. Une fellation et un rapport sexuel pénétratif ont lieu.

Le lendemain, la femme dépose plainte pénale contre l'homme, notamment pour contrainte sexuelle et viol. Elle affirme s'être laissée faire par peur que son partenaire ne devienne violent, à la suite de morsures douloureuses qu'il lui aurait infligées avant les actes d'ordre sexuel et malgré ses protestations. Aux dires du prévenu, il ne s'agissait que de suçons qui étaient intervenus au cours des actes d'ordre sexuel. La plaignante avait fait état de douleurs liées à ces morsures ou suçons (« ça fait mal, arrête », « aïe »), mais était restée pour le surplus passive, sans manifester verbalement un défaut de consentement avec des rapports intimes. Elle attribue cette passivité à un état de terreur assorti d'un mécanisme de dissociation, lié notamment à un viol subi à l'âge de 16 ans.

Le Tribunal correctionnel du canton de Genève condamne l'homme pour contrainte sexuelle et viol. Le condamné fait appel auprès de la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice genevoise, qui l'acquitte. La plaignante exerce un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral, qui doit déterminer si l'absence de consentement suffit pour retenir un viol ou une contrainte sexuelle.

Droit

La recourante reproche à la Cour de justice de ne pas avoir interprété les art. 189 (contrainte sexuelle) et 190 CP (viol) à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et de la Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai

2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul). En particulier, elle invoque l'art. 36 de la Convention d'Istanbul, selon lequel la pénétration et tout acte sexuel *non consentis* sont considérés comme des infractions pénales. La recourante soutient que l'interprétation des art. 189 et 190 CP devrait se faire à la lumière du principe « oui c'est oui ».

Néanmoins, le Tribunal fédéral rappelle que la Convention d'Istanbul oblige les Etats signataires, mais ne crée pas de droits subjectifs (1B_259/2021 du 19 août 2021 cons. 2.3), ce qui empêche la recourante de s'en prévaloir. La jurisprudence de la CourEDH, quant à elle, accorde une marge d'appréciation aux Etats s'agissant de la définition du viol et de la place que la contrainte y occupe.

En l'état actuel du droit suisse, le viol et la contrainte sexuelle supposent l'emploi d'un moyen de contrainte, notamment de l'usage de la violence, soit d'une force plus intense que ne l'exige l'accomplissement de l'acte dans les circonstances ordinaires de la vie. Lorsqu'il est question de pressions d'ordre psychique, il n'est pas nécessaire que la victime ait été mise hors d'état de résister (ATF 124 IV 154 cons. 3b), mais la pression doit atteindre une intensité particulière (ATF 131 IV 167 cons. 3.1). Le viol et la contrainte sexuelle étant des infractions intentionnelles, l'élément subjectif de la contrainte est réalisé lorsque l'auteur doit pouvoir comprendre du comportement de la victime qu'elle s'oppose à l'acte (pleurs, se débattre, tentative de fuite, refus notamment).

En l'espèce, les faits établis permettent de retenir que la recourante n'a ni opposé de résistance aux avances de l'intimé, ni n'a manifesté un refus de manière claire. Même si sa passivité devait avoir trouvé sa source dans un mécanisme de dissociation, l'intimé ne pouvait pas en être conscient, de sorte que la condition de l'intention n'est pas remplie. Quant à l'élément constitutif de la contrainte, il n'est pas réalisé. Ne pas tenir compte de cette carence pour interpréter les art. 189 et 190 CP à la lumière du principe « oui c'est oui » constituerait une violation du principe de la légalité (art. 1 CP). Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

Juridiquement, il est à notre avis correct de retenir qu'en l'état actuel du droit, il n'y a pas eu de viol. Ce n'est toutefois pas l'application de la loi *de lege lata* qui pose ici problème, mais la définition légale du viol elle-même. Après les faits, la recourante a souffert d'un syndrome de stress post-traumatique compatible avec une agression sexuelle et attesté par les rapports de l'Unité interdisciplinaire de médecine et de prévention de la violence (UIMPV). Ses symptômes étaient nombreux et variés: *flashbacks* sensoriels, cauchemars, hyperphagie, pleurs, hypersensibilité, troubles de la concentration, peur et méfiance généralisée envers les hommes ayant les mêmes caractéristiques que l'intimé notamment. La Cour de justice a relevé qu'elle était parue sincère dans sa détresse, et qu'il était « tout à fait possible qu'elle n'eut pas souhaité entretenir de relations intimes avec l'intimé » (cons. 2.4.5). Cependant, cette absence de consentement n'est pas suffisante pour retenir un viol dans sa définition juridique actuelle dès lors qu'elle n'a pas été clairement exprimée.

Début juin 2022, dans le cadre de l'actuel projet de révision du droit pénal relatif aux infractions sexuelles, la majorité du Conseil des Etats s'est prononcée en faveur du critère du refus (« non c'est non »). À noter que selon le projet, la notion de contrainte devrait être abandonnée dans l'infraction de base et figurer dans une forme qualifiée de l'acte (gradation des infractions).

Dans le cas d'espèce, l'analyse de la contrainte ne serait donc plus nécessaire. Resterait celle du refus non verbal: la simple passivité pourrait-elle être interprétée comme telle? C'est peu probable. Le projet de révision donne quelques exemples de refus non verbal: pleurs, se détourner, secouer la tête. Ainsi, seule la solution du « oui c'est oui », ou du consentement positif, permettrait réellement de couvrir les cas où la victime d'un viol n'est pas à même d'exprimer son refus, notamment pour cause de tétanie dissociative.

Pour un résumé détaillé et critique de l'arrêt, nous renvoyons nos lectrices et nos lecteurs à la contribution rédigée par la Prof. Camille Perrier Depeursinge et Laura Ces, *in* : En l'état actuel du droit suisse, le viol suppose une contrainte et la solution du consentement « oui c'est oui » nécessite un changement législatif, arrêt du TF 6B_894/2021 du 28 mars 2022, crimen.ch, mai 2022.

Proposition de citation : Camille de Salis, Inapplicabilité du principe « oui c'est oui » en l'état actuel du droit pénal

suisse, in: https://lawinside.ch/1209/