En l’état actuel du droit suisse, le viol suppose la contrainte et la solution du consentement « oui c’est oui » nécessite un changement législatif

Arrêt TF 6B_894/2021 (f) du 28 mars 2022* (ATF 148 IV 234)

Par Camille Perrier Depeursinge/Laura Ces, le 25 mai 2022

> Le Tribunal fédéral confirme l’acquittement pour viol et contrainte sexuelle d’un auteur ayant eu un rapport sexuel oral et vaginal avec une personne qui alléguait n’y avoir jamais consenti, au motif que ni la contrainte, ni l’intention n’ont pu être considérées comme établies.

I. En fait

Par jugement de première instance du 2 septembre 2020, le tribunal de première instance genevois condamne l’intimé à trois ans de privation de liberté pour viol et contrainte sexuelle. Le 31 mai 2021, la Chambre pénale d’appel et de révision genevoise (CPAR) l’acquitte au motif que ni l’exercice d’une forme de contrainte, ni l’intention de réaliser un viol ne sont établis (AARP/170/2021). La recourante dépose un recours devant le Tribunal fédéral contre cette décision. Elle conteste d’une part l’établissement des faits et, d’autre part, le refus d’appliquer à ceux-ci l’art. 190 CP en invoquant 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 ; RS 0.311.35) et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme, lesquelles imposent, selon elle, une interprétation du droit suisse conforme à la solution du consentement (« seul un oui est un oui »).

II. En droit

a. Quant à l’appréciation arbitraire des faits

La CPAR, dans son arrêt du 31 mai 2021, retient que la recourante a fait la connaissance de l’intimé dans un bar à Genève où ils ont échangé des baisers. L’intimé a offert un verre à la recourante qu’elle lui a plus tard confié afin de se rendre aux toilettes. L’état de fait retient, malgré les troubles de mémoire évoqués par la recourante plus tard dans la procédure, que l’intimé n’a pas versé de GHB dans la boisson. Les parties ont quitté les lieux ensemble et sont parties dans la même direction. Selon l’instance cantonale, rien n’indique que l’intimé a suivi la recourante. Au contraire, il est admis qu’elle s’est rendue volontairement et consciemment chez l’intimé pour y fumer une cigarette (c. 2.4.2).

Une fois arrivées dans l’appartement, les parties ont entretenu un rapport sexuel. Leurs déclarations s’opposant quant au fait de savoir si l’acte a été imposé à la recourante ou non, la Cour cantonale est amenée à apprécier et à confronter les faits allégués par toutes deux.

Selon les juges cantonaux, les déclarations de la recourante ne sont que de crédibilité moyenne, principalement en raison du fait qu'elle n'a pas évoqué de troubles de mémoire lors de sa première audition devant la police, mais l'a fait plus tard (quelques heures déjà après cette audition, en s'adressant à un ami, le témoin C, puis tout au long de la procédure). D'autres éléments relevés entachent sa crédibilité (notamment des variations dans son discours). Toutefois, la cour cantonale admet que la recourante parait sincère dans sa détresse, qu'elle souffre de stress post-traumatique, qu'elle a directement mentionné avoir été victime de viol au chauffeur de taxi qui l'a ramenée après avoir quitté précipitamment le domicile de l'intimé et qu'elle présentait des morsures constatées et documentées par des médecins légistes. Quant aux déclarations de l'intimé, elles ont également été considérées comme de crédibilité moyenne. Les juges cantonaux ont relevé que l'intimé n'a pas eu l'attitude d'une personne ayant conscience d'avoir commis un viol (pas de dissimulation de preuves, déclarations spontanées potentiellement incriminantes). En revanche, en cours de procédure, l'intimé a allégué une attitude entreprenante de la recourante qui paraissait peu probable (c. 2.4.3).

Le déroulement des faits finalement retenu est le suivant : la recourante, une fois arrivée chez l'intimé, a d'abord eu envie de repartir, mais ne l'a pas fait alors que cela eût été possible. Les parties se sont retrouvées dans le lit, totalement ou partiellement dénudées. Sur demande de la recourante, l'intimé est allé chercher un préservatif, qu'elle a essayé d'enfiler, sans succès. L'intimé s'est ensuite positionné à califourchon sur le torse de la recourante puis lui a présenté ses parties génitales, pour qu'elle lui prodigue une fellation. Si la Cour cantonale admet que, sous le poids de l'intimé, la recourante ne pouvait que difficilement résister, elle retient toutefois que cette dernière n'a pas manifesté son désaccord. La recourante s'est brièvement exécutée, avant que l'intimé se munisse d'un autre préservatif, qu'elle a cette fois déroulé sur le membre de l'intimé. Il l'a ensuite pénétrée vaginalement. Elle est restée passive jusqu'à ce qu'il éjacule – étant précisé qu'elle a acquiescé lorsqu'il lui a demandé si elle « aimait ça ». Sans qu'il soit possible de savoir quand exactement, l'intimé a mordu la recourante, ce qui a laissé des lésions sur son corps constatées par des médecins légistes. Bien qu'elle se soit plainte de la douleur provoquée par lesdites morsures, elle n'a pas manifesté de défaut de consentement à des rapports intimes (c. 2.4.4).

La Cour cantonale admet qu'il est possible que la recourante n'ait pas souhaité entretenir des rapports intimes avec l'intimé. Plusieurs éléments du dossier rendent également envisageable qu'elle ait été rapidement prise d'un sentiment de terreur. Toutefois, rien ne permet de retenir que l'intimé a consciemment fait naître l'état de terreur, ni même compris que la recourante n'était pas ou plus consentante (c. 2.4.5). Malgré les critiques soulevées par la recourante, le TF conclut à l'absence d'arbitraire tant dans l'appréciation du degré de crédibilité des déclarations que dans l'établissement des faits (c. 2.5).

b. Quant à la nécessité d'interpréter le droit suisse de façon conforme à la convention d'Istanbul

Notre Haute Cour analyse ensuite la compatibilité de l'interprétation faite par la Cour

cantonale des art. 189 et 190 CP avec la jurisprudence de la CourEDH (art. 3 et 8 CEDH), ainsi qu'avec l'art. 36 de la Convention d'Istanbul (c. 3). Selon la jurisprudence de la CourEDH, les États ont une obligation positive de poursuivre et de réprimer de manière effective « tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique » (CourEDH, *M.C c. Bulgarie* du 4.12.2003, par. 166). Une telle obligation découle également de l'art. 36 de la Convention d'Istanbul, son par. 2 précisant que « le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes » (c. 3.1 et 3.2).

Le TF commence par souligner que l'application des art. 189 et 190 CP suppose que l'élément constitutif de la contrainte soit établi. Il rappelle ensuite le contenu de la jurisprudence qui admet une interprétation de plus en plus large de cet élément requis dans le texte de la loi. Ainsi, selon les circonstances, peuvent déjà être constitutifs de contrainte un effort inhabituel de l'auteur (ATF 87 IV 66, c. 1) ou un déploiement de force relativement faible, tel que le fait de maintenir la victime avec le poids de son corps, de la renverser à terre ou de la mettre hors d'état de résister en créant le sentiment d'une situation sans espoir, propre à la faire céder (TF 6B_367/2021 du 14.12.2021, c. 2.2.1, résumé sur crimen.ch/69). En outre, ces deux infractions sont des infractions intentionnelles, ce qui implique que l'auteur sache ou accepte l'éventualité que la victime n'est pas consentante (TF 6B_367/2021 du 14.12.2021, c. 2.2.2). Pour l'admettre, la jurisprudence examine si l'opposition de la victime ressort de signes évidents et reconnaissables par l'auteur (TF 6B_1285/2018 du 11.2.2019, c. 2.2).

Quant à l'argument soulevé par la recourante, selon lequel la Convention d'Istanbul imposerait une interprétation des art. 189 et 190 CP qui permettrait une condamnation en l'absence de consentement déjà (c. 3.7), notre Haute Cour le rejette pour les trois motifs suivants :

Premièrement, le TF souligne que la Convention d'Istanbul oblige les États parties, mais ne crée pas de droits subjectifs, empêchant ainsi la recourante de s'en prévaloir. Il rappelle au passage que le Conseil fédéral soutient que les art. 189 et 190 CP satisfont aux exigences de l'art. 36 de ladite Convention (FF 2017 163, spéc. 216) sans prendre lui-même position sur cette question. Notre Haute Cour fait état de l'avancement de la modification législative en cours, et ne se prononce pas non plus sur sa compatibilité avec le droit international (c. 3.7.1).

Deuxièmement, le TF relève que la CourEDH n'examine que si, dans le cadre des affaires qui lui sont soumises, « les faits dénoncés par les requérants sont couverts par le cadre législatif de protection des droits des victimes sexuelles ». Elle n'a pas vocation à déterminer si ledit cadre est, de manière générale, suffisant dans l'État impliqué (CourEDH, *M.C. c. Bulgarie* du 4.12.2003 ; *M.N. c. Bulgarie* du 27.11.2012 ; *G.U. c. Turquie* du 18.10.2016 ; *J.L. c. Italie* du 27.5.2021). En outre, la CourEDH n'a pas relevé, dans ces affaires, de violation de l'obligation découlant des art. 3 et 8 CEDH, bien que les États concernés n'aient pas codifié le principe du consentement (« oui, c'est oui ») (c. 3.7).

Troisièmement, une interprétation des art. 189 et 190 CP qui incriminerait l'acte sexuel sans consentement et sans contrainte constituerait une violation du principe de la légalité (art. 1 CP). Quand bien même la jurisprudence pose des exigences de plus en plus faibles en la matière, la contrainte reste un élément constitutif objectif des infractions de contrainte sexuelle et de viol. Seul le législateur est ainsi compétent pour supprimer l'élément constitutif de la contrainte (c. 3.8).

Au vu de ce qui précède, le TF rejette le recours (c. 4 s.).

III. Commentaire

L'arrêt est particulièrement intéressant à de nombreux égards : il souligne les difficultés d'appréciation des faits en pareilles circonstances, rappelle le contenu mais surtout la direction prise par la jurisprudence ces dernières années et, enfin, met en lumière la nécessité de revoir le droit pénal suisse relatif aux infractions contre l'intégrité sexuelle.

Quant aux faits d'abord, cet arrêt souligne une fois encore la difficulté à établir ce qu'il s'est passé lorsque les déclarations des parties, diamétralement opposées, sont les seules preuves disponibles. Surtout, l'arrêt démontre que, quand bien même on disposerait d'une trame du déroulement des faits, chacune des parties peut les avoir vécus de manière complètement différente.

Il est établi que la victime a, à tout le moins vécu une expérience « négative pour elle » (c. 2.4.3, on apprécie la litote) – il y a au dossier un rapport médical qui atteste un syndrome de stress post-traumatique et des symptômes compatibles avec une agression sexuelle. Quant à l'auteur, deux passages nous ont particulièrement frappées : premièrement, la cour cantonale puis le Tribunal fédéral reconnaissent « que l'intimé n'avait prêté aucune attention à la passivité de la recourante et semblait s'être préoccupé de son seul plaisir » (c. 2.4.5). Deuxièmement, au considérant 3.6, reprenant l'arrêt cantonal qui se penche sur l'élément subjectif du viol dans le cas d'espèce, le TF écrit : « il se pouvait que la cause de cette passivité résidât dans un état de terreur qui avait envahi la jeune femme, assorti d'un mécanisme de dissociation. Néanmoins, l'intimé n'avait aucune raison d'en être conscient, n'ayant objectivement rien fait pour susciter ledit état ».

Le résultat auquel le Tribunal fédéral parvient nous semble juridiquement correct. Il nous heurte cependant, puisqu'il démontre qu'aujourd'hui il est concevable qu'une personne ne se préoccupe pas de la manière dont son partenaire perçoit l'acte sexuel entrepris. Dans le cas d'espèce, la recourante a allègué avoir subi un viol et souffre des conséquences psychologiques dramatiques d'un acte qu'elle a perçu comme tel. Il n'y a toutefois pas de viol au sens du droit suisse – parce que l'intimé n'avait aucune raison d'être conscient de ce qu'il infligeait, ni aucune raison de s'en préoccuper. Il nous semble donc qu'il est grand temps que le législateur donne aux auteurs de tels actes de bonnes raisons de s'inquiéter du consentement de leurs partenaires.

Si le Tribunal fédéral renonce à se prononcer sur la conformité de la formulation découlant du

projet proposé par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États avec la Convention d'Istanbul, à notre sens il y a lieu de répondre à pareille question par la négative. En effet, la Convention d'Istanbul incite les États parties à réprimer tout acte à caractère sexuel non consenti (art. 36 par. 1 let. a). Ainsi, si l'acte sexuel entrepris est non consensuel, il est constitutif d'une infraction – seul le consentement (exprimé de manière expresse ou tacite) permettant de lever la punissabilité de l'acte (v. Camille Perrier Depeursinge/Mathilde Boyer, Infractions contre l'intégrité sexuelle – Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours, Lausanne 2022 ; Camille Montavon/Hadrien Monod, La révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol : quelle place pour le consentement ?, PJA 6/2022 à paraître). C'est également dans ce sens que va la jurisprudence de la CourEDH qui, déjà en 2003, relevait que « [c]onformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que 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 » (CourEDH *M.C. c. Bulgarie* du 4.12.2003, par. 166).

Ainsi, à notre sens, seule une définition qui ne fait pas peser sur la victime l'obligation d'exprimer son refus mais qui impose un consentement explicite exprimé par toutes les parties est admissible.

Proposition de citation : Camille Perrier Depeursinge/Laura Ces, En l'état actuel du droit suisse, le viol suppose la contrainte et la solution du consentement « oui c'est oui » nécessite un changement législatif, in : https://www.crimen.ch/108/ du 25 mai 2022