Le *stealth* n'est pas punissable en tant qu'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de résistance (art. 191 CP)

Arrêt TF 6B_265/2020 (d) du 11 mai 2022* (ATF 148 IV 329)

Par Alexandre Guisan, le 12 juillet 2022

Bien qu'il porte atteinte à l'autodétermination en matière sexuelle, le *stealth* (soit le fait de retirer son préservatif à l'insu de son ou sa partenaire durant un rapport sexuel) ne constitue pas un acte d'ordre sexuel commis sur une personne « incapable de résistance » au sens de l'art. 191 CP. En l'état actuel du droit suisse, il doit être examiné sous l'angle de l'art. 198 CP (désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel).

I. En fait

Le Ministère public de Winterthur/Unterland reproche à A de s'être rendu coupable d'infraction à l'art. 191 CP en ayant, lors d'un rapport sexuel consenti, retiré son préservatif sans que sa partenaire ne puisse s'en rendre compte, pour ensuite poursuivre l'acte (*stealth*). La partenaire avait auparavant expressément exigé que le rapport sexuel soit protégé.

Le Tribunal d'arrondissement de Bülach acquitte A des faits qui lui étaient reprochés, verdict confirmé en appel par le Tribunal cantonal de Zurich.

Contre ce dernier arrêt, le Ministère public recourt au Tribunal fédéral (TF) et demande la condamnation de A.

II. En droit

Dans son arrêt d'acquiescement, le Tribunal cantonal s'est fondé sur une double motivation. Il a d'abord retenu que l'emploi ou non d'un préservatif lors d'un rapport sexuel consenti n'entraînait qu'une différence dans le degré d'intimité du rapport, mais ne touchait pas au bien juridique protégé par l'art. 191 CP, soit l'intégrité et l'autodétermination en matière sexuelle. Il a ensuite considéré que le principe de la légalité ne permettait pas de condamner A, la partie plaignante n'étant pas incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP (c. 2.2).

Après avoir rappelé que le comportement désigné par le terme *stealth* – de l'anglais *stealth* : furtif, ruse – avait pris de l'ampleur ces dernières années et était l'objet d'intenses discussions scientifiques (c. 3.1), le TF reprend les deux étapes du raisonnement cantonal (c. 3.3).

Dans une première étape, notre Haute Cour examine si le comportement reproché à A constitue un acte d'ordre sexuel au sens de l'art. 191 CP et porte atteinte au bien juridique protégé par cette disposition (c. 4).

Le TF retient que, pour les personnes ayant des rapports sexuels, l'emploi d'un préservatif se conçoit souvent comme une condition essentielle pour consentir à l'acte. Le préservatif sert d'abord – mais pas seulement – de moyen de contraception et de protection contre les maladies sexuellement transmissibles (MST). Sous cet aspect, le comportement reproché au prévenu peut être appréhendé par d'autres dispositions (art. 122 s. et 231 CP). L'art. 191 CP ne protège pas la santé en elle-même, mais l'intégrité sexuelle et l'autodétermination en matière sexuelle, en tant qu'expression du droit de la personnalité, qui comprend deux facettes : la liberté (positive) de vivre sa vie sexuelle comme on le souhaite et la liberté (négative) de ne pas être soumis au désir sexuel d'autrui. C'est surtout cette dernière dimension qui est protégée par le droit pénal sexuel, à savoir la protection contre des actes sexuels non désirés (c. 4.1).

La protection pénale de l'autodétermination sexuelle ne s'étend toutefois pas à toutes les conditions personnelles et individuelles qui peuvent être posées à un rapport sexuel (par ex. promesse de mariage rompue, mensonge sur le fait de prendre la pilule contraceptive ou fausses déclarations sur son statut relationnel ou sa religion). La condition doit porter sur des caractéristiques essentielles du rapport sexuel, qui doivent elles-mêmes se rapporter au droit à l'intégrité sexuelle de son titulaire (c. 4.2). Dans cette perspective, la condition sous laquelle la partie plaignante a consenti à l'acte sexuel – soit l'emploi d'un préservatif – est essentielle au regard du bien juridique protégé par l'art. 191 CP. Les analyses empiriques et les recherches en sciences sociales montrent que l'utilisation ou non du préservatif entraîne une différence considérable dans l'intensité du rapport sexuel, ne serait-ce qu'au travers du contact physique avec le sperme du partenaire. Le préservatif est donc important pour limiter une intimité qui serait autrement perçue comme trop grande (c. 4.2).

En interprétant la notion d'acte d'ordre sexuel à l'aune des conceptions actuelles (« *objektivzeitgemäss* »), le TF arrive à la conclusion (intermédiaire) que le *stealth* porte atteinte à l'autonomie et l'intégrité en matière sexuelle. En l'espèce, la victime avait refusé un rapport non protégé, de façon expresse ou à tout le moins reconnaissable selon les circonstances. En ignorant la condition dont elle avait fait dépendre son consentement, A l'a privée de la possibilité de décider du rapport sexuel de façon libre et responsable. En outre, une pénétration non protégée ne peut être réduite à une simple modalité de l'acte. Le fait de retirer son préservatif contre la volonté et à l'insu de sa partenaire rompt le caractère jusqu'alors consensuel du rapport sexuel. Ce moment marque le début d'un nouvel acte d'ordre sexuel, distinct du premier (« *aliud* »), qui – contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal cantonal – lèse le bien juridique protégé par l'art. 191 CP (c. 4.3).

Dans une seconde étape, le TF relève que le comportement réprimé par l'art. 191 CP – passible d'une peine privative de liberté de dix ans au plus – ne dépend pas seulement de l'existence d'un acte portant atteinte à l'autodétermination sexuelle. Reste en effet à examiner si la partie plaignante était *incapable de résistance* au sens où l'entend cette

disposition (c. 5). Sur ce point, l'arrêt retient les éléments suivants.

Tout d'abord, le TF rappelle les obligations déduites des art. 3 et 8 CEDH et de l'art. 36 de la Convention d'Istanbul, qui imposent aux États de punir tout acte sexuel non consensuel. Il rappelle également que ces engagements internationaux s'adressent avant tout aux législateurs des États parties (cf. TF 6B_894/2021 du 28.3.2022*, c. 3.1, 3.7.1 et 3.8, *in* <https://www.crimen.ch/108/>). Ils peuvent certes influencer l'interprétation du droit positif par les autorités judiciaires, mais ne sauraient toutefois aller jusqu'à combler des « lacunes de punissabilité » (« *Strafbarkeitslücken* ») par une interprétation extensive des lois pénales existantes, dans une matière qui est régie par le principe de la légalité (art. 1 CP ; *nullum crimen, nulla poena sine lege*). Les éléments constitutifs de l'infraction doivent en principe être interprétés strictement. Si la jurisprudence se doit de tenir compte de l'évolution des circonstances (sociétales, économiques, techniques, etc.) dans son interprétation de la loi, c'est en revanche au législateur qu'il appartient d'adapter le droit pénal matériel aux nouvelles conceptions en vigueur (c. 5.1).

Le TF consacre ensuite de longs développements à la révision en cours du droit pénal relatif aux infractions sexuelles (c. 5.2, 5.4.1 et 5.4.2), dont le but est de moderniser les art. 189 ss CP et de mieux protéger l'autodétermination et l'intégrité en matière sexuelle. Dans ce cadre, il est notamment prévu de rendre le *stealthing* punissable (cf. art. 189 al. 1 ou 190 al. 1 P-CP), précisément en ce qu'il porte atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Cette nouvelle réglementation montre que les infractions actuellement prévues aux art. 189 ss CP ne protègent pas entièrement le bien juridique tel qu'il est compris aujourd'hui.

C'est particulièrement vrai pour l'infraction d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), qui exige une atteinte qualifiée à l'autodétermination en matière sexuelle : la victime doit se trouver dans un état de faiblesse – durable ou passager – préexistant, que l'auteur connaît et exploite. Cette incapacité à se défendre doit se rapporter à une circonstance extérieure à l'acte sexuel lui-même (âge, maladie mentale, perte de connaissance, sommeil, intoxication sévère), ce qui n'est pas le cas lorsque la victime se trompe quant à la nature (sexuelle) de l'acte ou que, confrontée à une attaque soudaine, elle ne peut réagir à temps en raison du seul effet de surprise (c. 5.2). Or le *stealthing* se caractérise par le fait que le partenaire se trompe sur le caractère protégé (de la suite) du rapport sexuel. Il ressort de l'analyse de la casuistique relative à l'art. 191 CP que, dans des situations comparables, un état de faiblesse de nature cognitive, psychique ou physique n'a pas été retenu par le TF et que l'élément constitutif de l'incapacité de résistance faisait donc défaut (c. 5.3). Il ne doit pas en aller autrement en espèce, de sorte que l'acquiescement de A du chef d'infraction à l'art. 191 CP est confirmé (c. 5.5).

Finalement, le TF relève que le comportement reproché au prévenu pourrait être qualifié de désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP), qui punit de l'amende celui qui aura importuné une personne par des attouchements d'ordre sexuel, et qui constitue une disposition générale ou subsidiaire lorsque, comme en l'espèce, l'élément de contrainte ou d'abus fait défaut. La cause est dès lors renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il examine ce point (c. 6.1).

Partant, le TF admet partiellement le recours du Ministère public (c. 7).

III. Commentaire

L'arrêt résumé ici, extrêmement dense, s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt 6B_894/2021 du 28.3.2021, rendu quelques semaines plus tôt en matière de contrainte sexuelle (art. 189 CP) et de viol (art. 190 CP), et également destiné à la publication (résumé et commenté *in* <https://www.crimen.ch/108/>). Dans un cas comme dans l'autre, le TF s'en tient à une interprétation stricte de la loi, guidée par le principe de la légalité (art. 1 CP), et confirme les acquittements prononcés au niveau cantonal, renvoyant pour le surplus à la révision du droit pénal en matière sexuelle.

Sur un plan méthodologique, ce raisonnement revient à faire prévaloir les éléments d'interprétation littéral – la victime n'est pas à proprement parler « incapable de résistance » (cf. art. 191 CP) – et historique – la révision en cours démontre que le droit actuel est désuet – sur l'élément téléologique – une interprétation selon le bien juridique protégé permet de constater que le *stealthing* porte effectivement atteinte à l'autodétermination sexuelle. Bien que le TF ne le dise pas expressément, la mise en balance de ces divers éléments met en évidence une lacune (proprement dite) de la loi, lacune que l'art. 1 CP interdit de combler en défaveur du prévenu (interdiction de l'analogie *in malam partem* ; cf. ATF 137 IV 99 c. 1.2). En conséquence, le TF n'a d'autre choix que de confirmer l'acquiescement de A du chef de violation de l'art. 191 CP.

Une telle solution, qui était prévisible – encore plus depuis l'arrêt du mois de mars mentionné ci-dessus –, n'était toutefois de loin pas la seule envisageable (récemment : CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE/MATHILDE BOYER, *Stealthing* : Quelle protection pénale ? in C. Perrier Depeursinge et al. (éds), *Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022, p. 517 ss, spéc. 521 ss). Elle ne fait que souligner la nécessité de réviser le droit pénal en matière sexuelle sur ce point également, puisqu'en l'état, l'auteur de *stealthing* n'est passible que d'une amende pour désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP), et encore, seulement si la victime décide de porter plainte.

Au sujet de cette révision, le TF se laisse aller à quelques réflexions sur le projet actuellement débattu aux Chambres fédérales, relevant par exemple que, même avec la solution dite du « Non, c'est non » (qui a récemment eu les faveurs du Conseil des États), le refus de la victime n'a pas à intervenir lors de l'atteinte elle-même, mais peut aussi être déduit d'une manifestation de volonté préalable ou des circonstances, lorsque la victime n'a pas le temps d'exprimer sa volonté car l'auteur agit par surprise ou – comme dans le cas du *stealthing* – lorsqu'elle ne se rend pas compte de la réalisation de l'infraction sur le moment (c. 5.4.2).

Proposition de citation : Alexandre GUIBAN, *Le stealthing n'est pas punissable en tant qu'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de résistance (art. 191 CP)*, in : <https://www.crimen.ch/121/> du 12 juillet 2022