

NICOLAS QUELOZ

Une «diversité culturelle» appelée à disparaître?

**Le viol d'une personne de sexe féminin (art. 190 CPS)
comme *lex specialis* de la contrainte sexuelle (art. 189 CPS)**

**Texte paru dans: QUELOZ N., NIGGLI M., RIEDO C. (Eds.),
Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur
de José Hurtado Pozo, Schulthess, Genève/Zurich, 2012**

Sommaire

I.	Introduction	442
II.	Inceste, viol, adultère : une triade prohibitive fondatrice des sociétés humaines	442
III.	Emancipation de la femme et évolution de la notion de viol en droit pénal	443
IV.	Incriminations contemporaines du viol et «diversité culturelle» helvétique	448
A.	Une seule norme pénale	448
1.	Avec une seule notion d'agression ou de violence sexuelle	448
2.	Avec une seule notion de viol	449
3.	Avec le viol comme cas aggravé de contrainte sexuelle	450
B.	Deux normes pénales et une notion générale du viol	451
C.	Deux normes pénales et une notion étroite du viol	452
V.	Cette «diversité culturelle» est-elle encore adéquate?	454
VI.	Conclusion	458
	Bibliographie	459

«Tous les animaux sont égaux, mais certains le sont plus que d'autres... »

GEORGE ORWELL, *La Ferme des animaux* (1947)

Notre Faculté a connu de grands crocodiles, quelque férociraptor, des loups et des agneaux, mais elle n'a pour l'heure connu qu'un seul et majestueux condor des Andes... NICOLAS QUELOZ, *Notre Faculté* (2012)

I. Introduction

C'est bien connu : le sexe mène le monde¹. C'est pourquoi il est fort normal que les infractions sexuelles aient toujours retenu l'attention des scientifiques, qu'ils soient paléoanthropologues² ou pénalistes³.

L'objectif de notre contribution en l'honneur de JOSÉ HURTADO POZO est précisément de rappeler le sens fondamental de l'incrimination du viol d'une personne de sexe féminin et de nous interroger sur la validité du maintien de cette incrimination, comme *lex specialis* de la contrainte sexuelle en droit pénal suisse.

Ces réflexions nous amèneront à un voyage aussi interdisciplinaire qu'interculturel, puisqu'elles nous obligeront à quelques détours anthropologiques, sociologiques, criminologiques et de droit comparé.

II. Inceste, viol, adultère : une triade prohibitive fondatrice des sociétés humaines

Dans leur étude de l'évolution de la sexualité et, par conséquent, de l'espèce humaine, PICQ ET BRENOT soulignent qu'il existe des «tabous universels», en particulier «le viol, l'inceste, la pédophilie»⁴.

¹ COLETTE CHILAND, *Le sexe mène le monde*, Paris 1999.

² Cf. notamment PICQ PASCAL, BRENOT PHILIPPE, *Le sexe, l'homme et l'évolution*, Paris 2009.

³ Cf. notamment HURTADO POZO JOSÉ, *Moral, sexualidad y derecho penal*, *Anuario de derecho penal*, 1999/2000, 25-35 ; *Delitos sexuales y derechos de la mujer*, in *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima 2000, 21-74 ; *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, in *Droit pénal Partie spéciale*, Genève/Zurich 2009, 823-968.

⁴ PICQ/BRENOT, p. 197.

«E. Morgan note qu'à la différence des animaux, parmi lesquels il est très exceptionnel que le mâle agresse la femelle lors de la copulation, les hominidés appartiennent «à la petite minorité des espèces animales chez qui le viol est possible, et à la minorité encore plus petite de celles chez qui il se produit occasionnellement».»⁵

Le viol est ainsi un comportement caractéristique de l'espèce humaine, à l'exception rare de «quelques possibles prémices primates»⁶. Et il est d'autant plus un acte humain qu'il transgresse un interdit très fort – ou tabou – qui ne peut être prescrit et communiqué que par le langage qui est, lui, proprement humain.

«... avant d'être très récemment admise comme la blessure intime d'une personne autonome agressée par une autre – ce qui suppose la reconnaissance de leur commune qualité de sujets de droits –, la violence sexuelle a longtemps été assimilée, en Occident, à la profération d'un blasphème contre un ordre institué par Dieu, déshonorant autant l'individu atteint (une femme ou un enfant, jamais un homme) que son tuteur (père ou mari), chef de famille. Dans cette configuration hétéronome et inégalitaire, soutenant une conception patrimoniale de la femme (épouse ou fille) – bien d'établissement et d'échanges sociaux par excellence –, l'*inceste*, le *viol* (particulièrement celui de la jeune fille vierge) et l'*adultère* ont constitué les figures récurrentes de l'incrimination sexuelle. Cette triade prohibitive fut sans doute instaurée dès l'origine des sociétés humaines.»⁷

III. Emancipation de la femme et évolution de la notion de viol en droit pénal

«Le «violence des femmes» est ... un acte de «tigre affamé», un geste de «bouc puant»...» GEORGES VIGARELLO, Histoire du viol (1998, 19-20)

Dans l'histoire des sociétés humaines, le viol est «assurément l'un des premiers comportements humains, si ce n'est le premier»⁸.

Toutefois, le viol n'a pas eu toujours la même représentation ni signification sociales. Il a d'abord représenté, comme mentionné ci-dessus, une atteinte à l'ordre divin, puis à l'ordre social, à l'organisation patriarcale de la famille, au rapport patrimonial liant la femme et la fille au chef de famille. Ce n'est que très récemment, à la fin du 20^{ème} siècle,

⁵ LAMEYRE, pp. 80-81, qui cite Morgan E., Les cicatrices de l'évolution, Paris 1999.

⁶ PICQ/BRENOT, p. 213.

⁷ LAMEYRE, pp. 92-93.

⁸ PICQ/BRENOT, p. 213.

que le viol a pris le sens d'une atteinte à la personne humaine, comme sujet individuel touché dans sa liberté d'auto-détermination, dans son intimité, dans sa dignité.

«Le viol d'une fille impubère est jugé plus condamnable que celui d'une femme adulte par les traités de matière criminelle d'Ancien Régime ... Ferrière transpose en formule quasi mathématique ... dans son *Dictionnaire de droit* en 1749 : «Moins la fille est âgée, plus celui qui l'a forcée est criminel.» La responsabilité de l'agresseur est ici d'autant plus lourde que la violence sur la fille impubère blesse un bien secret, une pudeur peu commentée mais toujours soulignée, une «chasteté» particulière que la défloration pourrait ruiner...», la virginité dont «l'existence est la condition du mariage. Son atteinte publique compromet l'honneur, le rang, jusqu'à la vie, une «déflorée» devenant invinciblement une fille «perdue»...»⁹

Cependant, «les dossiers pour viol au tribunal criminel de la fin du XVIIIe siècle ne dépassent guère 1% de l'ensemble des procès» et concernent essentiellement des cas de viols sur des enfants.¹⁰

Force est de constater «que le viol de la femme adulte ne sera pleinement admis que dans le dernier quart du XXe siècle».¹¹

Cette évolution de la notion de viol a suivi la lente émancipation de la femme. En Suisse, par exemple, les dates politiques et juridiques de «l'émancipation féminine» sont en effet les suivantes¹² :

- 1971 : reconnaissance du droit de vote sur le plan fédéral ;
- 1988 : révision du droit de la famille et reconnaissance de l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage, le mari n'étant plus juridiquement, dès cette date, le «chef de l'union conjugale» ;
- 1989 : abrogation de l'art. 214 CPS et décriminalisation de l'adultère ;
- 1992 : première reconnaissance de la contrainte sexuelle et du viol entre époux dans le code pénal suisse, mais seulement sur plainte de la femme violentée (art. 189 al. 2 et 190 al. 2 CPS) ;
- 1996 : loi fédérale sur l'égalité ;
- 2002 : abrogation des normes pénales relatives à «l'avortement», remplacées par celles qui ont trait à «l'interruption de grossesse», en particulier avec l'instauration

⁹ VIGARELLO, p. 20.

¹⁰ *Ibidem*, p. 122.

¹¹ LAMEYRE, pp. 96-97.

¹² Sont mentionnées ici les dates d'entrée en vigueur des différentes lois.

du «régime des délais» en matière d'interruption non punissable de la grossesse (art. 119 al. 2 CPS) ;

- 2000 : admission du divorce par consentement mutuel ou sur requête commune ;
- 2004 : abrogation de l'obligation de déposer plainte en matière de contrainte sexuelle (art. 189 al. 2 CPS) et de viol entre époux (art. 190 al. 2 CPS), qui se poursuivent désormais d'office. Ceci met fin à une conception à la fois patriarcale et patrimoniale des relations sexuelles dans le couple.

On peut d'ailleurs constater une trace de cette évolution dans les statistiques de condamnations pénales (voir Tableau 1 ci-dessous). Au cours de la décennie 2000 à 2009, les auteurs condamnés pour viol en Suisse ont représenté 0,5% de tous les condamnés pour crimes et délits et 10% des condamnés pour infractions contre l'intégrité sexuelle. Un demi siècle plus tôt, entre 1950 et 1959, cette part des violeurs parmi l'ensemble des condamnés pour crimes et délits était de 0,2% et ils représentaient moins de 2% des condamnés pour infractions contre l'intégrité sexuelle. Le viol demeurait fortement caché, très souvent réalisé dans la sphère domestique.

D'un point de vue culturel, le crime – et notamment le viol – est d'abord un comportement incriminé, puis, selon les conditions plus ou moins favorables de son renvoi (visibilisation, plainte ou dénonciation, confiance ou méfiance à l'égard de la justice), il pourra devenir un comportement judiciairisé, c'est-à-dire objet d'un traitement pénal (par la police, le ministère public, les tribunaux, etc.). En ce qui concerne le processus de renvoi, il est notoire que «le report de la violence sexuelle à la police reste rare»¹³ : selon les sondages de victimisation, le taux de dénonciation par des femmes de violences sexuelles (donc pas seulement de viols) dont elles avaient été victimes était de 9,5% dans le sondage suisse de 1998-2000 et de 6,1% selon les résultats suisses du sondage international 2004. Les raisons majeures invoquées pour ne pas dénoncer l'acte subi étaient le sentiment de honte de la victime, la peur de l'agresseur et la crainte que le dévoilement du cas aboutisse à une humiliation supplémentaire.

«Le viol reste le seul crime dont l'auteur se sent innocent et la victime honteuse...»¹⁴.

¹³ SIMONIN, p. 58.

¹⁴ CHESNAIS, p. 172.

Tableau 1 : Condamnations pour infractions au Code pénal
Comparaison des années 1950-59 et 2000-09 ¹⁵

CPS	Années Condamnations en Suisse	2000	2005	2009	TOTAL 10 ans
A	Pour TOUS les crimes et délits	21'051	28'236	29'651	257'019 = 100%
B	Infractions contre l'intégrité sexuelle	857	1'499	1'224	11'776 = 4.6% de A
187	Actes d'ordre sexuel avec des enfants	361	413	383	3'803 = 1.5% de A = 32.3% de B
189	Contrainte sexuelle	147	160	160	1'406 = 0.55% de A = 11.9% de B
190	Viol	102	109	124	1'173 = 0.45% de A = 10.0% de B
213	Inceste (<i>infraction contre la famille</i>)	4	1	3	Tot. 43 = 0.01% de A
Ancien CPS	Années Condamnations en Suisse	1950	1955	1959	TOTAL 10 ans
A	Pour TOUS les crimes et délits	19'453	19'295	21'547	198'477 = 100%
B	Infractions contre l'intégrité sexuelle	1'873	2'191	2'681	21'846 = 11.0% de A
187	Viol	30	33	30	346 = 0.17% de A = 1.6% de B
188	Attentat à la pudeur avec violence	22	22	50	339 = 0.17% de A = 1.5% de B
191	Attentat à la pudeur des enfants	1'223	1'526	1'762	14'623 = 7.4% de A = 66.9% de B
213	Inceste (<i>infraction contre la famille</i>)	19	18	27	Tot. 195 = 0.1% de A

¹⁵ Source : Office fédéral de la statistique.

Dans ce contexte, l'augmentation du nombre de cas de viol ayant abouti à une condamnation pénale (illustrée en un demi siècle en Suisse dans le Tableau 1) peut s'expliquer notamment par l'effet d'un double mouvement, historique et culturel :

- d'abord, celui de la poursuite du processus de «civilisation des mœurs» analysé par NORBERT ELIAS¹⁶, par lequel nos sociétés ont progressivement accordé toujours plus d'intérêt à la protection de la personne individuelle plutôt qu'à celle de l'ordre collectif institué. Ceci a amené à une nouvelle définition de l'intégrité de la personne humaine, dont la révision du Titre 5 CPS est une très bonne illustration : intitulé «Infractions contre les mœurs» jusqu'à la révision de 1991, il est devenu «Infractions contre l'intégrité sexuelle» en 1992¹⁷ ; composé de plusieurs facettes, ce bien juridique «intégrité sexuelle» concerne, pour les actes graves de contrainte sexuelle (art. 189 CPS) et de viol (art. 190 CPS), les atteintes à la liberté et à l'honneur sexuels et vise tout particulièrement la protection de la liberté d'autodétermination de la personne humaine en matière sexuelle, à savoir sa liberté de choix d'avoir ou de ne pas avoir de relations sexuelles et avec la personne partenaire qui lui convient.
- Ensuite, le mouvement de «séculaire féminisation des mœurs décrite par H. Lagrange»¹⁸, a mené à la progressive émancipation de la femme (notamment politique, civile, professionnelle, sexuelle), à la reconnaissance de l'égalité entre homme et femme et aussi, par conséquent, à une redéfinition des crimes sexuels, du blasphème contre l'ordre divin à l'atteinte à l'intégrité sexuelle intime.

À cela s'ajoute, dès l'adoption le 10.12.1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme par l'Assemblée générale des Nations Unies, la référence toujours plus forte à la «dignité humaine», comme principe moral, valeur sociale et bien juridique essentiels.

«N'étant plus cette offense faite à Dieu ou à la puissance paternelle mais confrontant définitivement deux sujets, la violence sexuelle ne pourra être réparée – à moins que l'irréparable ne demeure – qu'à l'occasion du procès pénal...»¹⁹

¹⁶ NORBERT ELIAS, *La civilisation des mœurs*, Paris 1974.

¹⁷ Révision introduite par la LF du 21.06.1991, entrée en vigueur le 1.10.1992 (RO 1992 1670 ; FF 1985 II 1021).

¹⁸ HUGUES LAGRANGE, *La pacification des mœurs et ses limites*, Esprit no 248, déc. 1998, cité par LAMEYRE, p. 98.

¹⁹ LAMEYRE, p. 100.

IV. Incriminations contemporaines du viol et «diversité culturelle» helvétique

«Le crapaud n'est pas un violeur, mais sa position inquiète»
Maxime africaine

Il est très instructif de porter un regard de droit comparé pour examiner comment les actes de violence sexuelle sont incriminés dans les sociétés contemporaines et, en particulier, pour savoir si le viol fait l'objet d'une norme pénale distincte des autres actes de contrainte ou d'agression sexuelle. Ceci nous amène à constater (au moins) trois situations légales :

- celle des Etats qui ne connaissent qu'une seule norme pénale et : soit une seule notion générale d'agression ou de violence sexuelle, comme le Canada ou l'Italie ; soit une seule notion générale du viol, comme par exemple la Roumanie ; soit qui considèrent le viol comme un cas aggravé de contrainte sexuelle, comme par exemple l'Allemagne ;
- la situation majoritaire des Etats qui ont édicté deux normes pénales (relatives aux agressions sexuelles et au viol), mais qui ne connaissent qu'une seule notion générale du viol, comme par exemple l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, le Liechtenstein, le Pérou ou encore une majorité des Etats-Unis d'Amérique ;
- et la situation spécifique, assez archaïque et isolée de la Suisse, qui connaît deux normes pénales (relatives à la contrainte sexuelle et au viol) et une notion étroite du viol comme étant la contrainte d'une personne «de sexe féminin» à subir «l'acte sexuel».

A. Une seule norme pénale

1. Avec une seule notion d'agression ou de violence sexuelle

Au Canada, l'infraction de viol a été abolie en 1982. Depuis lors, le code criminel canadien ne prévoit qu'une seule norme pénale, l'art. 271, qui réprime tout acte d'*agression sexuelle*, qui est une infraction de voies de fait à caractère sexuel. L'accent est donc porté sur la dimension violente de l'acte et inclut toute forme de relation sexuelle ou d'attouchement sexuel non consentis. Trois catégories d'agression sexuelle sont distinguées²⁰ :

²⁰ L'Encyclopédie canadienne, 2012

- les agressions sexuelles simples, passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de 10 ans ;
- les agressions sexuelles armées ou avec menaces de violence, passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de 14 ans ;
- et les agressions sexuelles graves, à la suite desquelles la victime est blessée ou défigurée, passibles de l'emprisonnement à perpétuité.

Depuis 1996, le code pénal italien incrimine à l'art. 609bis, tout acte de «*violenza sessuale*»²¹. Ces actes comprennent :

- à la fois tous les actes de pénétration sexuelle contrainte («*violenza carnale*» et «*congiunzione carnale*», soit la pénétration anale, orale ou vaginale) ;
- et tous les autres actes sexuels contraints qui ne constituent pas une pénétration («*atti di libidine violenti*»).

Les actes de violence sexuelle peuvent être commis par quiconque (homme ou femme) et la victime peut être toute personne (de sexe masculin ou féminin).

2. Avec une seule notion de viol

Le code pénal roumain, par exemple, au chapitre des infractions contre la vie sexuelle, ne comprend qu'une norme générale relative au viol, l'art. 197 «*violul*». Cette disposition sanctionne l'auteur (homme ou femme) d'un acte sexuel de toute nature, avec une personne du même sexe ou d'un autre sexe, réalisé par la contrainte ou en profitant de l'incapacité de s'exprimer ou de résister de la victime. La peine menace de base est l'emprisonnement de 3 à 10 ans mais, selon les diverses circonstances aggravantes, peut aller jusqu'à un maximum de 25 ans²².

(<http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/fr/agression-sexuelle>).

²¹ Art. 609bis CP italien : «Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. (...)»

²² Codul penal, La Zi, Editura Beck, Bucuresti 2009. Le CP roumain date de 1968 et la dernière modification de l'art. 197 «*violul*» date de 2001. Dans la décision III/2005, la Haute Cour de Cassation et de Justice de Roumanie a précisé le sens de la notion d'«acte sexuel de toute nature», obligatoire pour les instances ordinaires: «Par acte sexuel de toute nature ... dans l'infraction de viol prévue a l'art. 197 CP, on comprend toute modalité d'obtenir une satisfaction sexuelle en utilisant l'organe sexuel ou en agissant sur l'organe sexuel, entre personnes de même sexe ou d'autre sexe, réalisée par la contrainte ou en profitant de l'impossibilité de la personne de se défendre ou d'exprimer sa volonté.»

3. Avec le viol comme cas aggravé de contrainte sexuelle

En Allemagne, la contrainte sexuelle et le viol sont deux infractions distinctes, mais qui sont définies dans une même disposition pénale, le § 177 StGB.

Le chiffre (1) du § 177 StGB définit d'abord la contrainte sexuelle («*sexuelle Nötigung*»). Elle peut être le fait de quiconque (homme ou femme) contraint la victime (toute personne, féminine ou masculine) à commettre ou à subir des actes d'ordre sexuel («*sexuelle Handlungen*») en usant de violence, de menace d'un danger immédiat pour la vie ou l'intégrité corporelle, ou en tirant parti d'une situation où la victime est livrée sans défense au comportement de l'auteur. La contrainte sexuelle est passible d'une peine privative de liberté d'un an au moins.²³

Quant au viol («*Vergewaltigung*»), il constitue un cas aggravé de contrainte sexuelle et est incriminé au chiffre (2) du § 177 StGB, dont il est le cas particulièrement grave numéro 1. Il s'agit des situations où l'auteur (toute personne humaine) fait subir à la victime (idem) l'acte sexuel au sens strict («*den Beischlaf*») ou des actes semblables («*ähnliche sexuelle Handlungen*») et qui sont particulièrement humiliants, notamment lorsqu'ils sont liés à une pénétration dans le corps («*Vergewaltigung*»). La peine menace est alors une peine privative de liberté de deux ans au moins.²⁴

Ainsi par exemple, en droit allemand, l'acte contraint de fellation ou de sodomie fait partie de la notion pénale de viol («*Vergewaltigung*»), comme contrainte sexuelle aggravée (§ 177 (2) StGB), alors qu'en droit suisse, ces actes relèvent exclusivement de l'art. 189 CPS (contrainte sexuelle) et non du viol, même lorsque la victime est une personne de sexe féminin.

²³ § 177 deutsches StGB: Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung

«(1) Wer eine andere Person

1. mit Gewalt,
2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder
3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist,

nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.»

²⁴ § 177 deutsches StGB: Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung

«(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (*Vergewaltigung*), oder
2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.»

B. Deux normes pénales et une notion générale du viol

Aujourd'hui, on trouve généralement dans la majorité des droits pénaux nationaux deux dispositions pénales, sanctionnant l'agression sexuelle d'une part et le viol d'autre part. L'incrimination du viol y est large ou étendue, aussi bien quant aux personnes, les auteurs et les victimes pouvant être aussi bien des hommes que des femmes, que quant aux actes prohibés, qui englobent toute pénétration corporelle contrainte à connotation sexuelle.

Ainsi par exemple :

- le code pénal autrichien, au chapitre des infractions contre l'autodétermination et l'intégrité sexuelles, incrimine en tout premier lieu le viol («*Vergewaltigung*»), § 201 StGB, qui sanctionne le comportement de quiconque fait subir à une personne l'acte sexuel au sens strict («*den Beischlaf*») ou des actes assimilés à l'acte sexuel («*eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung*») ; le viol (non aggravé) est passible d'une peine privative de liberté de 6 mois à 10 ans²⁵. Quant à la contrainte sexuelle, § 202 StGB («*geschlechtliche Nötigung*»), elle constitue un cas atténué de viol, comprenant tout acte sexuel contraint autre que ceux qui sont prévus au § 201 StGB et elle est passible d'une peine privative de liberté de 6 mois à 5 ans (sauf circonstance aggravante)²⁶.
- Le code pénal du Pérou (de 1991, révisé en 2006) comprend la même systématique, avec en premier lieu l'incrimination du viol (Art. 170 «*Violación sexual*»), infraction grave contre la liberté sexuelle, puis en second lieu l'incrimination des actes contre la pudeur (Art. 176 «*Actos contra el pudor*»), par lesquels l'auteur n'a pas l'intention de contraindre la victime à une pénétration charnelle. Et la définition du viol y est à la fois large et très exemplifiée, puisqu'elle vise toute contrainte d'une personne à une pénétration corporelle, par voie vaginale, anale ou bucale, ou à une introduction de parties du corps ou d'objets dans l'une des deux premières voies mentionnées ci-dessus.²⁷

²⁵ § 201 österreichisches StGB: Vergewaltigung

«(1) Wer eine Person mit Gewalt, durch Entziehung der persönlichen Freiheit oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 89) zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu bestrafen.»

²⁶ § 202 österreichisches StGB: Geschlechtliche Nötigung

«(1) Wer außer den Fällen des § 201 eine Person mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zur Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.»

²⁷ Art. 170 CP péruvien : Violación sexual

- Quant aux codes pénaux de la France (depuis 1994)²⁸ et de l'Espagne (depuis 1996)²⁹, ils incriminent d'abord les agressions sexuelles autres que le viol. Puis ils sanctionnent le viol – comme agression sexuelle aggravée – qui est défini, dans le code français, comme «Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise»³⁰ et, dans le code espagnol³¹, de la même manière large et illustrée que celle qui figure dans le code pénal péruvien.

C. Deux normes pénales et une notion étroite du viol

Du point de vue des diverses constellations juridiques résumées ci-dessus, le code pénal suisse se singularise par la définition spécifique et étroite qu'il maintient du viol.

Dans la partie spéciale – au Titre 5, Infractions contre l'intégrité sexuelle (révisé en 1991)³² –, qui protège d'abord le développement des mineurs³³, le CPS incrimine ensuite les atteintes à la liberté et à l'honneur sexuels, qui sanctionnent deux types de contrainte sexuelle :

«El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.»

Art. 176 CP péruvien : Actos contra el pudor

«El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.»

²⁸ Art. 222-22 CP français : «Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise.» Art. 222-27 : «Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.»

²⁹ Art. 178 CP espagnol : «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.»

³⁰ Art. 222-23 CP français : «Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.»

³¹ Art. 179 CP espagnol : «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.»

³² cf. Note 17 ci-dessus.

³³ Protection absolue des mineurs de 16 ans (âge de la majorité sexuelle en droit pénal suisse) contre tout acte d'ordre sexuel (art. 187 CPS) et protection relative des mineurs de plus de 16 ans et de moins de 18 ans (art. 188 CPS) dans les cas où l'auteur a profité d'un rapport de dépendance.

- l'art. 189 CPS, «*Contrainte sexuelle*», énoncé de fait légal principal, incrimine le comportement de quiconque (homme ou femme) contraint autrui (homme ou femme) à subir (aussi à accomplir³⁴) un acte d'ordre sexuel qui ne constitue pas l'acte sexuel au sens de l'art. 190 CPS³⁵ ;
- l'art. 190 CPS, «*Viol*», représente ensuite un cas particulier de contrainte sexuelle, ou une *lex specialis* de l'art. 189 CPS³⁶, puisqu'il sanctionne le fait de contraindre «une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel»³⁷. Le viol représente même un cas aggravé de contrainte sexuelle, le seuil minimal de la peine menace de l'art. 190 CPS étant une peine privative de liberté de 1 an, alors que la peine menace minimale de l'art. 189 CPS est une peine pécuniaire³⁸.

Ainsi, en droit pénal suisse, le viol ne peut être commis que par l'acte sexuel au sens strict, à savoir de pénétration du pénis (et pas d'un autre membre ni d'un objet) dans le vagin³⁹ et la victime d'un viol ne peut être qu'une personne de sexe féminin, quel que soit son âge, son état civil⁴⁰ ou sa profession⁴¹. HURTADO rappelle qu'une «femme qui abuse d'un homme sera réprimée par l'art. 189, pour contrainte sexuelle»⁴². En ce qui concerne l'auteur d'un viol, il ne peut s'agir que d'un homme s'il a agi seul (puisque'il faut la réalisation de l'acte sexuel au sens étroit) ; en présence de deux auteurs au moins, une femme peut être sanctionnée comme coauteure d'un viol⁴³ si elle a contribué à contraindre une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel d'un homme, objectivement

³⁴ ATF 127 IV 198.

³⁵ Art. 189 al. 1 CPS : «Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.»

³⁶ Hurtado, 2009, § 2957.

³⁷ Art. 190 al. 1 CPS : «Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.»

³⁸ Le Tribunal fédéral a toutefois précisé (ATF 132 IV 120) que contraindre une personne à une fellation (189 CPS) est une infraction aussi grave que le viol et ne doit donc pas mener à une peine de départ plus faible que celle qui est prévue à l'art. 190 al. 1 CPS.

³⁹ «La notion d'acte sexuel en tant «qu'union naturelle des parties génitales de l'homme et de la femme» (ATF 77 IV 69/JdT 1953 IV 66) a ... très peu évolué...» (HURTADO, 2009, § 2776).

⁴⁰ L'exigence d'une plainte pour la poursuite de la contrainte sexuelle et du viol entre époux ou entre personnes faisant ménage commun a été abolie depuis le 1.04.2004 (LF du 3.10.2003).

⁴¹ Par exemple, «Une prostituée est non moins en droit que toute autre personne de refuser un rapport sexuel ou une pratique sexuelle déterminée. La gravité de l'acte commis par celui qui la contraint à s'y soumettre ne s'en trouve en rien diminuée» (TF 6B_287/2009).

⁴² HURTADO, 2009, § 2962. De même, le «viol homosexuel ... ne peut être réprimé par l'art. 190» CPS (§ 2967).

⁴³ cf. ATF 125 IV 134.

en ayant aussi la maîtrise de la réalisation de l'infraction et, subjectivement, en ayant agi avec la pleine intention («*animus auctoris*») de contrainte au viol.

En raison de ces particularités et dans cet ouvrage intitulé «*Droit pénal et diversités culturelles*», nous pouvons parler de «diversité culturelle» helvétique au sujet de la définition étroite et singulière que le droit pénal suisse continue de donner à la notion de viol. Sur ce point, le CPS est aujourd'hui très isolé, au point que l'on peut parler d'un «*Sonderfall Schweiz*» puisque même la Principauté du Liechtenstein a des normes pénales différentes de la Suisse, avec une notion large du viol et des normes presque point par point identiques à celles du StGB autrichien⁴⁴.

V. Cette «diversité culturelle» est-elle encore adéquate?

La question que nous nous posons maintenant est de savoir si cette «diversité culturelle» helvétique est un particularisme opportun (comparativement aux autres droits pénaux) ou, au contraire, si elle constitue un archaïsme inadéquat et, par définition, dépassé ?

Mentionnons d'abord que la doctrine suisse ne se prononce pas sur cette question précise de l'opportunité ou de l'inopportunité d'une protection spéciale des personnes «de sexe féminin» en matière de contrainte sexuelle.

Pour HURTADO, d'une part l'art. 190 CPS «protège la liberté de décision de la femme quant à la pratique de l'acte sexuel et du choix de son partenaire»⁴⁵ et, d'autre part, en «raison du caractère particulier de l'atteinte subie par la victime, le minimum de la peine applicable à l'auteur est sensiblement plus sévère qu'en cas de contrainte sexuelle»⁴⁶ (de l'art. 189 CPS).

STRATENWERTH/JENNY/BOMMER se placent quant à eux du point de vue de la contrainte sexuelle (art. 189 CPS) : «Die Nötigung zu anderen sexuellen Handlungen als zum Beischlaf kann für das Opfer einen ähnlich schweren Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre bedeuten, gehe es dabei um Praktiken wie die Fellatio oder auch um eine homosexuelle Vergewaltigung»⁴⁷. Et ces auteurs expliquent ainsi la différence de seuil minimal de la peine menace : «Da die sexuelle Nötigung allerdings auch in leichteren Verfehlungen

⁴⁴ En effet, les § 200 (Vergewaltigung) et 201 (Sexuelle Nötigung) StGB du Liechtenstein ne diffèrent des § 201 (Vergewaltigung) et 202 (Geschlechtliche Nötigung) StGB de l'Autriche que par l'usage du qualificatif de «sexuelle Nötigung oder Handlung» (StGB du Liechtenstein) au lieu de «geschlechtliche Nötigung oder Handlung» (StGB de l'Autriche).

⁴⁵ HURTADO, 2009, § 2961.

⁴⁶ *Ibidem*, § 2984.

⁴⁷ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 8, N. 25.

bestehen kann, lautet der Strafrahmen des Grundtatbestandes hier (auch) auf ... Geldstrafe»⁴⁸.

L'examen des peines concrètement infligées – en cas de contrainte sexuelle et en cas de viol – permet d'ailleurs d'aboutir à des constats très intéressants :

- le Tableau 2 ci-dessous nous renseigne sur la durée (en jours) des peines qui ont été prononcées en Suisse au cours de la décennie 2000 à 2009. On y constate que la durée médiane⁴⁹ de condamnation pour meurtre a été de 2'009 jours, soit 67 mois ou un peu plus de 5 ans et demi de privation de liberté ; la durée médiane de condamnation pour viol a été de 913 jours, soit 30,4 mois ou un peu plus de 2 ans et demi (peine privative de liberté) ; pour la contrainte sexuelle, cette durée médiane des condamnations a été de 548 jours ou 18,3 mois ou 1 an et demi (peine privative de liberté et peine pécuniaire) ; enfin en cas de brigandage (vol aggravé par la violence ou la contrainte contre une personne), la durée médiane des condamnations a été de 457 jours ou 15,2 mois ou 1 an et un quart (peine privative de liberté et peine pécuniaire). Pour notre comparaison entre la contrainte sexuelle (art. 189 CPS) et le viol (art. 190 CPS), nous en tirons l'enseignement que le viol est effectivement puni plus sévèrement que la contrainte sexuelle par la justice pénale suisse, la durée médiane des peines infligées en cas de viol étant supérieure d'une année (comme si la différence de un an relative au seuil légal minimal des peines fixées aux art. 189 et 190 CPS était strictement appliquée et «reportée» par les magistrats dans leurs condamnations⁵⁰).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ La valeur médiane est celle qui partage une population (ici le nombre total de jugements) en deux parties égales : 50% en dessous et 50% en dessus de cette valeur. Elle est plus stable et fiable que la valeur moyenne, laquelle est influencée par les valeurs extrêmes (très petites et très grandes).

⁵⁰ Malgré la jurisprudence du Tribunal fédéral, déjà mentionnée ci-dessus (ATF 132 IV 120), selon laquelle il y a des actes de contrainte sexuelle qui sont aussi graves que le viol et qui ne doivent donc pas mener à une peine de départ plus faible.

Tableau 2 : Peines prononcées à titre de condamnation
Années 2000-09 ⁵¹

Infractions	Nombre total de jugements	Durée médiane des peines infligées (en jours)	Durée moyenne des peines infligées (en jours)
- Meurtre art. 111 CPS	632	2'009	2'284
- Viol art. 190 CPS	1'033	913	1'179
- Contrainte sexuelle art. 189 CPS	1'195	548	876
- Brigandage art. 140 CPS	3'508	457	712

- Dans son étude comparant la punitivité du public et celle des juges, KUNH a démontré que le violeur est le type de délinquant⁵² qui est systématiquement puni le plus sévèrement par les deux groupes (professionnels et non professionnels) ; en outre, la punitivité du public à l'égard du violeur a fortement augmenté entre 2000 et 2007.
- Enfin, dans l'avant-projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines⁵³, il n'y a pas du tout de proposition d'uniformiser la peine menace des art. 189 et 190 CPS. Si la peine prévue à l'art. 190 al. 1 CPS resterait inchangée, en revanche celle de l'art. 189 al. 1 CPS serait modifiée quant à son seuil minimal, qui est actuellement une peine pécuniaire⁵⁴ et qui deviendrait une peine privative de liberté⁵⁵. L'écart relatif à la peine minimale réprimant la contrainte sexuelle et le viol serait ainsi maintenu dans

⁵¹ Source : Office fédéral de la statistique. NB: le Tableau 2 ne comprend que des jugements avec une seule infraction condamnée.

⁵² Comparativement, dans cette étude, au chauffard de la route, au cambrioleur multirécidiviste et au fondé de pouvoir d'une banque qui a détourné à son profit une grosse somme d'argent.

⁵³ Le 8.09.2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de LF sur l'harmonisation des peines dans le CP, le CP militaire et le droit pénal accessoire.

⁵⁴ La durée de la peine pécuniaire est de 1 à 360 jours-amende (art. 34 CPS).

⁵⁵ Aujourd'hui le minimum de la peine privative de liberté ne doit en principe pas être inférieur à 6 mois (art. 40 CPS), mais il pourrait devenir de 3 jours au moins si le projet de «révision de la révision» du droit des sanctions pénales du 30.06.2010 est accepté.

la loi, bien que la jurisprudence du Tribunal fédéral tente de le réduire⁵⁶, ce qui est regrettable.

Pour notre part, nous estimons qu'il ne se justifie plus aujourd'hui, dans un pays comme la Suisse, de maintenir une norme spéciale d'incrimination du viol au sens étroit de l'art. 190 CPS. La distinction faite actuellement entre les art. 189 et 190 CPS et, par conséquent, le traitement pénal différent entre, par exemple, le viol d'un homme et celui d'une femme, dénotent à notre avis une perspective passéiste et paternaliste, soit comme empreinte de la conception patriarcale et patrimoniale du viol, soit comme protection spéciale du «sexe faible». Une telle perspective est aujourd'hui contraire aux principes fondamentaux de non discrimination (art. 8 al. 2 Cst. féd.) et d'égalité de l'homme et de la femme devant la loi et la justice (art. 8 al. 3 Cst. féd.). Ainsi, une seule norme pénale incriminant toute contrainte sexuelle (à savoir l'acte sexuel et les autres actes d'ordre sexuel contraints, passible d'une peine privative de liberté de 1 à 10 ans) serait selon nous suffisante : elle protégerait autant la liberté d'auto-détermination sexuelle de la femme que celle de l'homme et laisserait aux magistrats pénaux un pouvoir d'appréciation dans la fixation de la peine concrète, selon les circonstances et la gravité du crime commis et les éléments d'individualisation pénale⁵⁷.

Par cette proposition, nous ne cherchons pas du tout à faire du «négationnisme» ou à nier qu'il existe encore bel et bien des crimes, notamment sexuels, commis par des hommes et qui visent spécifiquement des femmes⁵⁸, car nous savons :

- que c'était certainement le cas de cet homme, jugé en Suisse pour avoir commis deux viols, une contrainte sexuelle consommée et trois tentatives de contrainte sexuelle, portant ainsi atteinte «de manière grave et répétée, à la liberté et à l'intégrité sexuelles» de cinq prostituées et qui «n'a guère manifesté de regrets de ses actes, qu'il a au contraire fortement minimisés»⁵⁹ ;

⁵⁶ ATF 132 IV 120 déjà mentionné ci-dessus.

⁵⁷ Selon notre proposition, l'art. 190 CPS serait abrogé et l'art. 189 al. 1 CPS serait révisé ainsi : «Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à *commettre ou à subir l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel*, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.»

⁵⁸ Ces crimes réalisés par des hommes contre des femmes sont appelés «fémicides» ou «féminicides», avec surtout le meurtre d'une femme parce qu'elle est une femme, mais aussi tous les actes de violence (physique, psychique et sexuelle) dont les femmes sont la cible pour des motifs de genre. DIANA RUSSELL, écrivain sud-africain, est l'initiatrice de la notion et de la lutte contre ce phénomène : cf. notamment RUSSEL DIANA et HARMES ROBERTA (Eds.), *Femicide in Global Perspective*, New York 2001.

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral (6B_287/2009) du 18.05.2010 (cons. 1.4). Que dire d'ailleurs de la décision des juges vaudois, qui l'avaient condamné à une peine privative de liberté de 36 mois, dont 18 mois

- et que c'est évidemment le cas, dans de nombreux endroits du monde, des crimes contre l'humanité⁶⁰ et des crimes de guerre⁶¹ dans lesquels les auteurs ont à dessein violé des personnes de sexe féminin.

VI. Conclusion

Dans cette contribution en l'honneur de JOSÉ HURTADO POZO, nous avons brièvement rappelé, d'abord que la prohibition du viol fait partie des interdits essentiels des sociétés humaines, ensuite que la conception du viol a évolué au regard des valeurs fondamentales auxquelles cet acte porte outrage. L'émancipation de l'individu, et de la femme en particulier, en fait aujourd'hui une offense à l'intimité profonde de la personne humaine (et non plus à l'ordre divin ou à l'ordre social). Cette évolution récente se reflète dans les différentes façons d'incriminer le viol dans les droits pénaux contemporains. Le droit espagnol, très longtemps marqué par le carcan religieux, est un exemple marquant d'un changement radical (survenu en 1996 pour la conception du viol). Le droit pénal suisse en revanche a très peu évolué quant à la notion de viol, le changement le plus notable concernant surtout la reconnaissance (en 2004) que le viol entre époux est un viol à part entière.

Ce regard de droit comparé nous a conduit à mettre en lumière cette «diversité culturelle» helvétique, à savoir une conception très étroite du viol, uniquement comme contrainte d'une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel au sens strict.

À notre avis, une telle conception est aujourd'hui aussi limitée qu'inadaptée aux comportements et aux déviances sexuels (dans la société suisse en particulier). Nous proposons par conséquent de renoncer à cette notion restrictive en ne maintenant dans le droit suisse qu'une norme pénale réprimant tous les actes de *contrainte sexuelle* (à savoir les actes de pénétration sexuelle, de toute nature et contre toute personne humaine, et les autres actes sexuels contraints qui ne constituent pas une pénétration). Pour assurer cette égalité (de l'homme et de la femme), il s'agira ensuite de veiller à ce que la poursuite pénale soit exempte de discriminations car, comme le rappelle JOSÉ HURTADO lui-même : «Si como

avec sursis, parce qu'ils ont retenu à la décharge de l'auteur qu'il avait «agi dans le cadre de relations vénales avec des prostituées...» ?

⁶⁰ Art. 264a al. 1 lit. g CPS : viol d'une «personne de sexe féminin» «dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique» contre une population civile (passible d'une peine privative de liberté de 5 ans au moins).

⁶¹ Art. 264e al. 1 lit. b CPS : viol d'une «personne de sexe féminin protégée par le droit international humanitaire» «dans le contexte d'un conflit armé» (passible d'une peine privative de liberté de 3 ans au moins).

clase de sexo, en particular como persona, el sistema penal prevé que la mujer debe ser tratada según el principio de la igualdad, en la práctica y, en especial, en el proceso penal la mujer como víctima (por ejemplo de delitos sexuales) es objeto de un trato individual discriminatorio»⁶².

Bibliographie

- CHESNAIS JEAN-CLAUDE, Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours, Paris 1989
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal Partie spéciale, Genève/Zurich 2009
- HURTADO POZO JOSÉ, Moral, sexualidad y derecho penal, Anuario de derecho penal, 1999/2000, 25-35
- KUHN ANDRÉ, L'évolution de la punitivité du public par rapport à celle des juges, in RIKLIN FRANZ/MEZ BETTINA, Strafe muss sein... Wie viel Strafe braucht der Mensch ? Il faut des peines... mais jusqu'à quel point l'être humain en a-t-il besoin ? Staempfli, Bern 2011, 21-34
- LAMEYRE XAVIER, La criminalité sexuelle, Paris 2000
- PICQ PASCAL, BRENOT PHILIPPE, Le sexe, l'homme et l'évolution, Ed. Odile Jacob, Paris 2009
- SIMONIN MATHIEU, Les facteurs de dénonciation aux autorités : l'exemple de la violence envers les femmes, in Capus Nadjia et al. (Eds.), Öffentlich – Privat. Neue Aufgabenteilung in der Kriminalitätskontrolle ? Public – Privé. Vers un nouveau partage du contrôle de la criminalité? Chur/Zürich 2006, 53-71
- STRATENWERTH GÜNTHER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, BT I, Staempfli, Bern 7. Aufl. 2010
- VIGARELLO GEORGES, Histoire du viol (XVIe-XXe siècle), Ed. du Seuil, Paris 1998

⁶² HURTADO, 1999/2000, 35.