

AU CŒUR DE NOS NUITS JURIDIQUES... QUAND LA LITTÉRATURE SE FAIT L'ÉCHO DES VICTIMES

Analyse juridico-littéraire des attentes des victimes de viol dans le droit pénal suisse

Billet juridico-littéraire/2

Camille LOUTSCH, Université de Neuchâtel, Décembre 2024

PLAN

INTRODUCTION : ADIEU, DONC !	1
1. CONTEXTE ANALYTIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE.....	3
2. LA VICTIME DE VIOL : ARRÊT SUR IMAGE DE QUELQUES ÉLÉMENTS DE DROIT PÉNAL SUISSE	6
3. DEUX PERSONNAGES, ÉCLAIREURS DE NOTRE DROIT.....	19
4. ANALYSE CRITIQUE DE LA RÉPONSE JURIDIQUE SOUS LE PRISME DE LA LITTÉRATURE : UN MAL NÉCESSAIRE ?	43
CONCLUSION : L'ART EST UN CHEMIN DE VÉRITÉ	56
BIBLIOGRAPHIE	57

INTRODUCTION : ADIEU, DONC !*

C'est ici un texte de bonne foi, Lecteur. Mes défauts s'y liront au vif autant que mes imperfections et ma forme naïve. Ainsi, Lecteur de ce billet juridico-littéraire : il n'est pas raison que tu gaspilles ton loisir en un texte si inutile et si vain. Adieu, donc¹.

Le billet juridico-littéraire : Plagier MONTAIGNE pour entrer dans ce deuxième billet juridico-littéraire pourrait friser l'hypocrisie, tant nous nous efforçons, à l'Université de

* La rédaction d'un billet juridico-littéraire est, avant tout, un chemin de quelques mois, au cours desquels l'on fait des rencontres aussi enrichissantes qu'engagées et passionnantes. Je remercie donc ici tout particulièrement la Dr. Iur. Ophélie COLOMB (Université de Bordeaux) pour le partage de sa thèse dont les analyses sur *Thérèse Desqueyroux* m'ont particulièrement nourrie, la Prof. Véronique JACQUIER-ÉRARD (Universités de Neuchâtel et de Lausanne) pour nos échanges et ses conseils, la Dr. Iur. Camille MONTAVON (Universités de Neuchâtel et Genève) pour les aspects entre droit pénal et morale qui m'ont fascinée lors de son cours de *Philosophie du droit*, la Prof. Camille PERRIER-DEPEURSINGE (Université de Lausanne) pour la transmission de ses articles sur la justice restaurative. Et enfin, *last but surtout not least*, tous mes chaleureux remerciements vont au Prof. André KUHN (Universités de Neuchâtel, Lausanne et Genève) non seulement pour son article, mais aussi et surtout pour son enseignement passionné et la présence confiante, lumineuse et infaillible qu'il sait toujours me témoigner.

¹ Librement repris de MONTAIGNE, *Au lecteur*, p. 1

Neuchâtel et ailleurs, de redonner aux études « Droit & Littérature » leurs lettres de noblesse. Mais, nul doute pourtant qu'il nous faut avertir notre lecteur² : quel est le but de l'étude littéraire d'une thématique juridique ? Se montrer exhaustif et révolutionner la science juridique ? Donner une vérité unique, droite, exempte de doutes ? Certes non ! Que le lecteur prenne notre boutade montaignienne au sérieux et se détourne de ce texte si telles sont ses attentes !

Un billet juridico-littéraire offre une vision singulière, subjective et atypique (entièrement ChatGPT-free... !) d'une situation juridique. Il présente le contexte juridique de manière complète, puis, dans un deuxième temps, il laisse la fiction insuffler le doute, se poser sur l'épaule du juriste, l'obliger doucement à lever son regard et à réfléchir. Réfléchir... Un billet est une secousse, un cri et parfois une question qui restera sans réponse. En vérité, le billet s'approche de ce que l'on pourrait appeler la *conscience*. Il vient titiller, mais repartira comme il est venu, sans bruit, tapi dans l'ombre de la réflexion personnelle.

Plan de l'étude : Ce texte propose d'analyser, dans une perspective juridique, les attentes des victimes de viol dans un procès pénal suisse au travers de deux œuvres littéraires. Notre analyse comprendra quatre parties. La première d'entre elles nous présentera les clés méthodologiques et analytiques utilisées dans cette recherche, la seconde nous fera accoster au port exclusivement juridique, en tentant de synthétiser sur une dizaine de pages, d'une part l'art. 190 CP³ sous l'angle de la dernière révision du droit pénal sexuel du 1^{er} juillet 2024 et d'autre part, la définition et le statut de victime d'infractions sexuelles en procédure pénale, en prérequis des éléments qui vont suivre. Puis, nous confronterons et approfondirons ces éléments juridiques via une longue escale littéraire qui nous fera analyser deux textes, que nous détaillerons dans la partie 1.3 de ce travail. Et, enfin, de ces réflexions juridico-littéraires, nous nous interrogerons sur la pertinence de la justice pénale actuelle et sur les avantages et désavantages de l'introduction d'autres formes de justices – telle celle de la justice restaurative – dans le contexte des victimes d'infractions sexuelles.

² Le masculin désigne ici – sauf mention contraire – indifféremment les hommes et les femmes.

³ Code pénal suisse du 21 décembre 2937 (= CP ; RS 311.0)

1. CONTEXTE ANALYTIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE

1.1. Délimitation du champ d'analyse juridique

Afin de ne pas tomber dans le vénéneux piège d'un « terrorisme scientifique »⁴ dans lequel on oublierait de définir son objet de recherche, nous ferons ici quelques délimitations de ce qui sera juridiquement étudiée dans ce billet.

Objet de recherche et délimitations : Comme évoqué ci-dessus, la présente étude vise à analyser la réception de la victime de viol dans la procédure pénale suisse. Aux fins de cette recherche, nous avons ainsi dû nous limiter à deux champs juridiques : (i) les éléments constitutifs du viol selon l'art. 190 CP dans la perspective de la révision du 1^{er} juillet 2024 et (ii) la dimension normative suisse de la notion de *victime* et des prétentions et devoirs qui en découlent dans une *perspective procédurale pénale*, en nous focalisant sur quelques aspects choisis des droits et devoirs de la victime dès l'ouverture d'une procédure *pénale*, ce qui exclut ainsi les aspects civils de la protection contre les violences (comme, par exemple, les art. 28bss CC⁵). Ces notions juridiques seront étudiées dans la partie 2 de ce travail.

Études de victimologie : Un aspect fera donc défaut à cette étude, à savoir les importantes perspectives des études sociologiques et psychologiques de la victimologie. Nous les évoquerons, bien évidemment, en soutien aux apports littéraires, mais nous sommes conscient que celles-ci devraient faire l'objet d'une étude approfondie. Ce choix est dû au modèle binaire du billet juridico-littéraire, à savoir le droit d'un côté et la littérature de l'autre.

1.2. Le mouvement « Droit & Littérature » : terreau de notre analyse

Un courant récent aux buts multiples⁶ : Le mouvement *Droit et Littérature* est un courant d'études relativement récent qui est apparu aux États-Unis au début du XX^e siècle⁷, puis

⁴ KUHN *Terrorisme*, p. 23.

⁵ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (= CC ; RS 210).

⁶ Pour un aperçu historique du mouvement Droit & Littérature : LOUTSCH, p. 3ss.

⁷ MITTICA, p. 7.

qui s'est largement concrétisé dès les années 1970⁸ sous le terme de *Law and Literature*⁹¹⁰. Il vise à « renouveler le *discours* politique et juridique, non seulement grâce à la redécouverte des classiques de la littérature mais aussi grâce à une recherche attentive à la réalité sociale humaine »¹¹. Pour reprendre l'expression de l'un des pères de ce mouvement, la fiction littéraire devient ainsi « un catalogue des personnages de la vie. Et le juriste doit connaître la nature humaine »¹².

Le Droit dans la littérature : Il existe plusieurs sous-catégories du mouvement *Droit & Littérature*. Dans ce billet, nous ancrerons nos réflexions dans la perspective du *Droit dans la Littérature*, qui étudie « la manière dont la littérature traite des questions de justice et de pouvoir sous-jacentes à l'ordre juridique »¹³.

Les buts de l'analyse de la littérature dans le champ juridique peuvent se classer en plusieurs catégories selon leurs origines. Nous proposons la catégorisation ci-dessous, mais d'autres sont, bien évidemment, possibles :

3 Buts énoncés par John WIGMORE ¹⁴	1 But énoncé par Martha NUSSBAUM ¹⁵	4 Buts Varias ¹⁶
Saisir la représentation que le citoyen se fait du droit	Développer l'empathie du juriste et le phénomène de catharsis	Mettre le lecteur dans la position de juger ce que la justice officielle ne peut pas/plus faire
Montrer un catalogue de la nature humaine		Donner aux hommes de lois la possibilité de prolonger leurs réflexions juridiques et éthiques
Faire prendre conscience au juriste de la nécessaire évolution de la loi		Lutter contre la réification de l'être humain
		Moyens de preuve dans certains tribunaux d'opinion

Figure 1 : "Apports de la littérature au droit"

⁸ SÉGUR, p. 112.

⁹ MITTICA, p. 7.

¹⁰ Sur les dernières manières pour les chercheurs d'étudier le mouvement « Droit & Littérature », voir la contribution de STERN. De même, une nouvelle encyclopédie « Droit & Littérature » très prometteuse sera disponible dès le 7 janvier 2025 : R. Spoo / L. L. Milberg (édit.), *Elgar Concise Encyclopedia of Law and Literature*, Cheltenham 2025 (à paraître).

¹¹ MITTICA, p. 7.

¹² WIGMORE, p. 26ss (traduction de SÉGUR, p. 112).

¹³ OST, p. 3.

¹⁴ SIMONIN, p. 48ss.

¹⁵ BARON 2016, p. 374ss.

¹⁶ LOUTSCH, p. 20ss.

C'est en gardant à l'esprit ces différents buts que nous allons étudier nos textes ; nous y reviendrons en fin de travail.

1.3. Méthodologie littéraire de notre recherche

Choix des quatre textes : Jean-Paul SARTRE disait que « Ne pas choisir, c'est encore choisir »... La littérature est un vaste monde dans lequel les frontières n'ont pas de sens. Choisir une œuvre parmi toutes les merveilles que la littérature nous offre est ardu, mais nous avons dû sélectionner, dans ce travail, deux œuvres qui étaient chacune le symbole d'une forme de victimisation. Nous avons obéi à deux critères principaux, à savoir : *i) le critère fictionnel* : Chacun des textes devait être une fiction et non pas un témoignage, raison pour laquelle nous n'avons pas pu conserver quelques titres sublimes, dont *Le consentement* de Vanessa SPRINGORA. Puis, *ii) le critère thématique de la victime de viol* : chacune des œuvres devait revêtir une forme de victimisation différente dans le contexte du viol uniquement.

Après ce prélude méthodologique, il est temps de dévoiler enfin les deux personnages retenus, issus des deux textes fictionnels suivants :

- le personnage de Thérèse dans le roman *Thérèse Desqueyroux* de François MAURIAC (1927)
- le personnage de Mila dans le roman *Les choses humaines* de Karine TUIL (2019).

Chacun de ces textes permettra la mise en lumière d'une facette des notions de *viol* ou de *victime*. Après en avoir donné les définitions juridiques (*infra 2.1 et 2.2*), nous verrons comment la fiction peut nous aider à les compléter ou à les comprendre (*infra 3 et 4*).

Grille d'analyse : Chaque texte étudié dans la partie 2 de ce travail obéira à la même grille d'analyse qui se décompose en trois points : (§1) résumé de l'œuvre ; (§2) sélections de passages pertinents pour le cas d'espèce ; (§3) critique et portée juridique du texte. Lecteur, il est temps maintenant de quitter ces rivages méthodologiques pour gagner les passionnantes terres juridiques de ce travail...

2. LA VICTIME DE VIOLENT : ARRÊT SUR IMAGE DE QUELQUES ÉLÉMÉNTS DE DROIT PÉNAL SUISSE

Ici, le lecteur non-juriste s'étonnera, peut-être, de trouver dans les lignes qui suivront des définitions du *viol*, de la *victime* qui varient, non seulement selon les temps, mais aussi selon les textes. *Verba volant, scripta non (sic !) manent*, c'est bien connu...

2.1. La notion de *viol* en droit pénal suisse

Le principal bien juridique protégé¹⁷ : Il y a trente-deux ans, le Titre V du CP réprimant, entre autres infractions, le viol s'intitulait *infractions contre les mœurs*. Mais, depuis 1992, on lui a préféré la dénomination *infractions contre l'intégrité sexuelle*¹⁸. Ces quelques mots illustrent le changement de paradigme¹⁹ qui vise, de plus en plus, à affranchir le droit de la morale²⁰. Alors que le viol n'était d'abord, en 1942, envisageable qu'hors mariage, il est devenu criminalisable au sein du couple (mais uniquement sur plainte jusqu'en 2004)²¹. Puis, il faudra attendre le mois de juillet 2024 pour que l'art. 190 CP réprimant le viol soit aussi élargi aux hommes sexuellement abusés²² lors d'une grande révision du droit pénal sexuel qui a fait couler beaucoup d'encre²³. Nous aurons l'occasion, au cours de ce texte, de revenir sur les avantages et désavantages de cette révision.

Le bien juridique protégé du Titre 5 (infractions contre l'intégrité sexuelle) est donc, non pas la morale, mais bien l'*autodétermination en matière sexuelle*²⁴, c'est-à-dire : « la capacité de se développer sur le plan sexuel de manière libre et indépendante, ainsi que de créer des relations de manière indépendante et responsable, sans contrainte »²⁵. Le Titre 5 CP

¹⁷ Note pour nos lecteurs moins rompus aux termes juridiques : le *bien juridique protégé* (*Rechtsgut*, en allemand) est un terme sous lequel on regroupe un certain nombre d'infractions qui menacent ce bien en question. Par exemple, le vol, la soustraction sont rangés, dans le Code pénal, sous le bien juridique du *patrimoine*. Pour une vision critique de la notion de bien juridique, voir : KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 25.

¹⁸ MONTAVON/MONOD, p. 613.

¹⁹ Pour plus d'information et pour un exemple parlant - à savoir la répression de la pornographie et de la prostitution - voir l'article passionnant : MONTAVON *Morale*.

²⁰ Pour l'anecdote, le classement de la bibliothèque de droit de l'Université de Neuchâtel continue de classer les ouvrages traitant de l'intégrité sexuelle sous la cote « 89.9. Infractions contre la famille et la moralité publique » !

²¹ PC-CP, art. 190 CP n°3.

²² CORBOZ, art 190 CP, n° 5. Arrêt TF, 6B_912/2009 du 22 février 2010 : Cette jurisprudence a acquitté le prévenu ayant exercé, sans consentement, un acte sexuel avec pénétration contre un autre homme, au motif que la victime était de sexe masculin. Le viol d'un homme par une femme était alors réprimé par la contrainte de l'art. 189 aCP (PC-CP, art. 189 CP n°31). On notera également qu'un viol ne pouvait pas être commis sur une personne travestie et qu'il fallait, alors, retenir le délit impossible (PC-CP, art. 190 CP n° 17).

²³ Voir notamment : MONTAVON/MONOD ; SCHEIDECKER/LAVOYER/STALDER ; PERRIER DEPEURSINGE/BOYER ; WIPRÄCHTIGER; BOMMER *Anmerkungen* ; PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL ; PERRIER DEPEURSINGE/BOYER *Stealthing* ; BOMMER *Vergewaltigung*.

²⁴ Pour une analyse de cette autodétermination en matière sexuelle, voir : SCHEIDECKER, p. 3ss.

²⁵ Notre traduction de : BSK StGB-MAIER, Art. 190 n° 1 (« geht es um die Möglichkeit, sich sexuell frei und unabhängig zu entfalten und Beziehungen selbstständig und eigenverantwortlich ohne Zwang zu gestalten »).

comprend quinze infractions, dont les deux infractions qui vont nous intéresser dans le cadre de ce travail, à savoir *l'atteinte et contrainte sexuelles* (art. 189 CP) et le *viol* (art. 190 CP).

Qu'était un viol avant le 1^{er} juillet 2024 ? : L'ancienne définition du viol (art. 190 aCP) était virulement critiquée. Alors que certains la considéraient comme « passiste et paternaliste, soit comme empreinte de la conception patriarcale et patrimoniale du viol, soit comme la protection du 'sexe faible' »²⁶, d'autres écrivaient qu'« avec un regard ajusté au 21^e siècle, l'art. 190 CP reflète tout au plus une approche patriarcale, hétérocentrée du viol et, dans le prolongement, une conception moralisatrice et réductrice de la sexualité, que rien ne justifie de conserver »²⁷. Ces termes forts sont à la hauteur des débats parlementaires, doctrinaux²⁸ et sociaux qui se sont succédés durant la phase de la très (trop ?) récente révision du droit pénal sexuel²⁹.

En effet, avant le 1^{er} juillet 2024, la norme pénale de base du viol était ainsi écrite :

Art. 190 al.1 aCP – Éléments constitutifs
¹ 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.

Figure 2 : Texte de l'art. 190 aCP (avant 01.07.2024)

Les éléments constitutifs suivants devaient donc être remplis³⁰ : du côté des éléments constitutifs objectifs³¹, il fallait (i) une *victime de sexe féminin*, (ii) un *auteur de sexe masculin*, (iii) un *moyen de contrainte*, (iv) un *acte sexuel* et (v) un *lien de causalité* entre le moyen de contrainte et l'acte sexuel. *L'intention* – dont le dol éventuel suffisait, ce qui signifie que l'auteur devait « vouloir ou accepter que la femme n'était pas consentante et qu'elle

²⁶ QUELOZ *Diversité*, p. 456.

²⁷ MONTAVON/MONOD, p. 616.

²⁸ Voir aussi : SCHNEUWLY.

²⁹ Nous nous concentrerons ici sur la révision de la norme pénale du viol, mais la révision du 1^{er} juillet 2024 a aussi entraîné des modifications d'autres infractions et notamment aussi l'ajout de l'art. 197a CP *Transmission indue d'un contenu non public à caractère sexuel* (pour plus de détails sur ce nouvel article, voir : KRUMM / GAMBINO).

³⁰ Pour les lecteurs non-juristes de ce texte, il convient ici de préciser que le droit pénal respecte le principe de légalité que l'on connaît sous l'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », soit « pas de crime, pas de peine sans loi » (que l'on retrouve à l'art. 1 CP). Pour qu'une personne puisse ainsi être inculpée d'une certaine infraction, elle doit remplir certains éléments constitutifs objectifs (« qui décrivent ce qui caractérise l'acte réprimé, [ceux-ci] sont dit *objectifs*, car ils ont trait aux faits ; ils sont matériels » KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 29) et subjectifs (« pour que l'auteur soit punissable, il faut encore qu'il ait été conscient de ce qu'il a fait » KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 29).

³¹ PC-CP, art. 190 CP n° 6.

s'[était] soumise sous l'effet de la contrainte »³² – constituait le seul élément constitutif subjectif³³.

Il faut retenir trois principaux éléments de cette définition : tout d'abord, comme nous l'avions déjà annoncé, la victime ne pouvait être qu'une *femme*. Ensuite, il fallait que l'homme (seul auteur possible³⁴) exerce un *moyen de contrainte* sur sa victime qui pouvait être entre autres, selon la loi, la *menace*, la *violence*, des *pressions d'ordre psychique*, la *mise de la victime hors d'état de résister*. La notion de contrainte devait être comprise de la même manière qu'à l'art. 181 CP qui réprime l'infraction de *contrainte* au Titre 4 des *Crimes ou délits contre la liberté*³⁵. Toutefois, une intensité plus importante était exigée au vu de la gravité de la peine infligeable³⁶. On peut s'étonner que, selon la doctrine, la résiliation du contrat de travail ou la révélation de faits qui touchent l'honneur de la personne ne constituaient pas des *menaces* selon 189ss CP³⁷... En ce qui concerne la *violence*, elle devait être analysée au cas par cas, « le degré de résistance varia[nt] d'une personne à l'autre »³⁸. Mais, « si la violence [était] de moindre importance, elle [devait être] considérée comme insuffisante si la victime avait la possibilité d'opposer la résistance ou de s'enfuir sans prendre de risque »³⁹. Le moyen de contrainte s'accompagnait ainsi, selon la jurisprudence, du *degré de résistance* que la victime devait exercer⁴⁰. Le prérequis que la doctrine rappelait aussi à propos des pressions d'ordre psychique était que « tant la contrainte sexuelle (189 CP) que le viol (190 CP) sont des infractions de violence qui supposent généralement une agression physique [mais que] (...) la notion de *pressions d'ordre psychique* vis[ait] l'auteur qui, sans avoir recours à la force physique, place la victime dans une situation sans espoir »⁴¹. Le dernier moyen de contrainte consistait en

³² PC-CP, art. 190 CP n° 19.

³³ PC-CP, art. 190 CP n° 7.

³⁴ Auparavant, une femme pouvait être *auteur médiat* de viol, mais dans la configuration très particulière où elle « s'associe pleinement et en toute connaissance de cause à la décision de l'auteur direct de violer la victime, encourageant en outre celui-ci par son comportement durant le viol (ATF 125 I 134 consid. 3) » (PC-CP, art. 190 CP n° 12). Voir aussi : GODENZI, *Handkommentar – StGB*, Art. 190, n° 2.

³⁵ QUELOZ/ILLANEZ CR-CP II, Art. 189, n° 20.

³⁶ PC-CP, art. 189 CP n° 11.

³⁷ QUELOZ/ILLANEZ CR-CP II, Art. 189, n° 26 ; PC-CP, art. 189 CP n° 14.

³⁸ QUELOZ/ILLANEZ CR-CP II, Art. 189, n° 29.

³⁹ QUELOZ/ILLANEZ CR-CP II, Art. 189, n° 30.

⁴⁰ À noter aussi cet aspect piquant relevé par la doctrine que : « alors même que la résistance de la victime ne ressort guère des exigences posées par le texte légal, elle est interprétée par la jurisprudence comme un critère pour déterminer la réalisation de la condition de contrainte » (JACQUIER / MONTAVON / ISELIN, p. 29). Cette remarque prend tout son sens après la lecture du paragraphe suivant concernant l'absence textuelle du terme *consentement* dans le texte de l'art. 190 aCP.

⁴¹ QUELOZ/ILLANEZ CR-CP II, Art. 189, n° 31.

*la mise de la victime hors d'état de résister*⁴². Celle-ci devait se comprendre de manière très étroite également, à savoir « les cas où l'auteur administre des substances (psychotropes, somnifères, médicaments, etc.) ou utilise des procédés (p. ex. l'hypnose) avec la finalité de rendre la victime inconsciente »⁴³. Troisième et dernier point à retenir de cette définition du viol était *l'acte sexuel* qui visait uniquement⁴⁴ la pénétration vaginale par l'homme, à savoir « l'union naturelle des parties génitales d'un homme et d'une femme »⁴⁵. « Tout acte analogue à l'acte sexuel ou tout autre acte d'ordre sexuel [devait être] considéré comme une contrainte sexuelle »⁴⁶, les rapports homosexuels étant, *de facto*, donc exclus⁴⁷.

Le consentement, l'élément qui brille dans son absence : Au vu des éléments mentionnés ci-dessous, il apparaît certain qu'une révision s'imposait⁴⁸. En effet, si l'on enlève quelques secondes ses lunettes de juriste appliquant scrupuleusement *de lege lata*, un élément, qui bat son plein dans chaque discours médiatique, mais qui, ici, brillait par son absence est la notion de *consentement*. En effet, jusqu'ici, « l'absence de consentement n'est pas un élément suffisant permettant de retenir la réalisation du viol ou de la contrainte sexuelle »⁴⁹. Nous nuancerons toutefois cette affirmation en précisant que, de manière générale en droit pénal, le consentement est un *fait justificatif extra-légal*⁵⁰, c'est-à-dire que « si l'auteur agit avec le consentement du lésé, c'est-à-dire du détenteur du bien juridique protégé »⁵¹, l'atteinte n'est pas illicite⁵². Mais – et c'est ce que les critiques

⁴² Message du 26 juin 1984 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire, FF 1985 1086 : On notera au passage que ce n'est qu'en 1985 que l'on a décidé de mettre sur un pied d'égalité l'élément constitutif de la violence, de la menace grave et de la mise hors d'état de résister. Auparavant, ceux-ci étaient séparés en deux alinéas, la mise hors d'état de résister étant un « viol qualifié », alors que la violence et la menace grave constituaient « un viol simple ».

⁴³ QUELOZ / ILLANEZ CR-CP II, Art. 189, n° 39.

⁴⁴ Ceci s'explique historiquement. En effet, la disposition a été « élaborée en considération du risque de grossesse inhérent au coût hétérosexuel et de ses conséquences socio-économiques hors mariages » (JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 17).

⁴⁵ QUELOZ / ILLANEZ CR-CP II, Art. 190, n° 17.

⁴⁶ PC-CP, art. 190 CP n°15.

⁴⁷ CORBOZ, art 190 CP, n° 5.

⁴⁸ Notons aussi que certains comportements, tel le stealthing, n'étaient pas sanctionnés ni par le viol, ni par la contrainte, « faute pour l'auteur d'avoir à faire usage d'un moyen de contrainte » (PERRIER DEPEURSINGE/BOYER *Stealthing*. Voir aussi : GÖHLICH qui précise les contours de la répression du stealthing par les infractions contre l'intégrité physique. Aujourd'hui, il n'apparaît pas clairement si le stealthing sera compris ou non dans la nouvelle définition de l'art. 190 CP (PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 29ss.)

⁴⁹ MAZOU / BURGENER, p. 340. Il s'agit d'un commentaire de l'arrêt ATF 148 IV 234. Voir aussi, dans le même sens, à ce sujet les commentaires de : DE SALIS et PERRIER DEPEURSINGE / CES. Pour un autre exemple où même si le TF a reconnu le fait que le prévenu avait agi contre la volonté de la victime, le moyen de contrainte faisait de défaut, voir l'arrêt TF, 6B_912/2009, consid. 2.2.3.

⁵⁰ Il existe deux types de faits justificatifs qui rendent l'atteinte lisible : les faits justificatifs légaux – qui sont écrits dans la loi (art. 14 à 17 CP) – et ceux qui sont extra-légaux, soit non écrits (KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 108). Le consentement du lésé fait partie de ceux-ci (KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 123).

⁵¹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 123.

⁵² Il faut toutefois que le consentement respecte 5 conditions cumulatives, à savoir : (i) le lésé doit être capable de discernement, (ii) le consentement doit être donné avant que l'acte ne soit commis et il doit être révocable à tout moment, (iii) le consentement peut être donné sous conditions et il faut respecter celles-ci, (iv), le consentement ne peut pas être donné au-delà d'une certaine degré, c'est-

de l'ancienne définition du viol mettaient en évidence – la loi ne mentionne pas expressément la notion de *consentement* dans la définition du viol dans l'art. 190 CP ; ceci est aussi le cas d'autres infractions⁵³, telles celles du vol (art. 139 CP), de l'extorsion (156 CP). D'autres délits pourtant en font expressément mention, tels ceux des art. 179^{bis}, 179^{ter}, 179^{quater}, 179^{decies}, 320 ch.2 et 321 ch.2 CP⁵⁴. Toutefois la jurisprudence soutenait qu'il fallait « que la victime ne soit pas consentante et que l'auteur le sache ou qu'il accepte cette éventualité »⁵⁵. On le constate donc ici : sans être expressément mentionné, le consentement planait – à haute altitude toutefois... – sur l'art. 190 aCP. Mais quoi qu'il en fût, le non-consentement à lui seul ne suffisait pas, puisque l'élément constitutif de la contrainte⁵⁶ était toujours exigé en parallèle. Comme rappelé ci-dessus, cet élément de la contrainte devait s'accompagner d'une résistance de la victime, résistance qui devait être manifeste (p. ex : pleurs, le fait de se débattre, tentative de fuite, etc.) et ainsi « le simple refus d'un rapport sexuel apparai[ssait] dénué de poids tant qu'il n'[était] pas performé »⁵⁷. Plusieurs auteurs soulignaient ainsi deux aspects, d'une part l'inadéquation de ces manquements face aux exigences du droit international⁵⁸, et d'autre part, le fait que le consentement devait être compris comme la pierre angulaire du droit à l'autodétermination en matière sexuelle (celui-ci étant violé en l'absence du consentement et il s'agit alors non pas d'« ein legitimes Entfalten der eigenen Sexualität, sondern [eine] Usurpation »⁵⁹).

Le processus de révision du droit pénal sexuel avec un consentement en Yin et Yang :

Il serait trop long ici de revenir sur les détails – pourtant piquants – du processus de révision du droit pénal sexuel⁶⁰ (nous ne citerons donc pas les prémisses propulsées par

à-dire qu'on ne peut pas consentir à des lésions corporelles graves et (v) le consentement doit impérativement être donné par l'intéressé lui-même (KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 124-125).

⁵³ Voir les exemples dans : KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 123.

⁵⁴ Et depuis la révision du droit pénal sexuel, le consentement est aussi un fait justificatif légal de l'art. 197a CP.

⁵⁵ ATF 119 IV 309, consid. 7b. Pour d'autres références et un argument révoquant l'idée que le critère du consentement est totalement absent de l'ancienne définition du viol, voir : PAREIN *Réforme*.

⁵⁶ Sur les critiques formulées à l'égard de l'élément constitutif objectif de la contrainte, voir les passionnantes développements de : JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 19ss

⁵⁷ JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 38. Les auteurs soulignent toutefois, jurisprudence à l'appui, que la jurisprudence tendait à évoluer et à reconnaître le poids des éléments verbaux (TF, 6B_367/2021).

⁵⁸ Voir notamment : JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 26 et 36. Pour un avis différent, voir : PAREIN *Réforme*.

⁵⁹ SCHEIDECKER/LAVOYER/STALDER, §3.

⁶⁰ Mais un panorama de ceux-ci est dressé par : JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 9ss.

Amnesty International⁶¹, les débats houleux des parlementaires⁶², les tribunes publiques signées par plusieurs professeurs de droit pénal⁶³, se répondant mutuellement, ni les brûlantes prises de positions des uns et des autres durant la phase de consultation – petit pavé de 841 pages⁶⁴...).

Plusieurs projets tentaient ainsi d'intégrer la notion de consentement dans le texte légal. Deux visions se sont alors opposées quant à cette intégration du consentement, puis sont finalement portées au vote des Chambres⁶⁵ : *Non, c'est non* et *Oui, c'est oui*. Alors que le *Non, c'est non* « entend réprimer le comportement de l'auteur (...) lorsque celui-ci agit 'contre la volonté' de la victime, ce par quoi il faut comprendre en méconnaissance du refus signifié de la victime »⁶⁶, le *Oui, c'est oui* « incrimine le même comportement, mais lorsque l'auteur agit 'sans le consentement' de la victime (...), il n'est pas attendu de la victime, dans cette (...) variante, qu'elle manifeste une volonté contraire [,l'] auteur doit s'assurer du consentement de cette dernière, sans lequel il y a par défaut, illicéité de l'acte »⁶⁷.

Il faut donc bien comprendre de ceci que la première version, à savoir *Non, c'est non*, presuppose que toute atteinte à l'intégrité sexuelle est *licite*, sauf consentement opposé. Alors que la deuxième proposition *Oui, c'est oui* propose la vision contraire du consentement, à savoir que toute atteinte à l'intégrité sexuelle est *illicite*, sauf consentement donné.

Et finalement la nouvelle définition du viol : Après des mois d'attente, les Chambres se décidèrent enfin pour la version *Non, c'est non* du consentement, c'est-à-dire que l'atteinte à l'intégrité sexuelle est licite, à moins qu'un non-consentement ait été signifié.

⁶¹ AMNESTY, Campagne Droits des femmes du 4 mars 2019, *Mettre un terme aux violences sexuelles*, disponible sous : <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/docs/2019/mettre-terme-aux-violences-sexuelles> (consulté le 7 décembre 2024).

⁶² Voir les débats autour de l'objet n° 18.043, disponible sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180043> (consulté le 12 décembre 2024).

⁶³ TAGESANZEIGE, *Übergriffe angemessen bestrafen*, Tribune publique, disponible sous : <https://www.tagesanzeiger.ch/uebergriffe-angemessen-bestrafen-298641745546> (consulté le 12 décembre 2024).

⁶⁴ Consultation relative à la Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1/doc_5/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-4-cons_1-doc_5-fr-pdf-a.pdf (consulté le 12 décembre 2024). Mais un rapport vient résumer ceci : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), *Rapport sur les résultats de la consultation relative à la Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle*, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-4-cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf (consulté le 12 décembre 2024).

⁶⁵ Objet n° 18.043, *Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions* : voir les délibérations disponibles sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180043> (consulté le 12 décembre 2024).

⁶⁶ MONTAVON/MONOD, p. 614.

⁶⁷ MONTAVON/MONOD, p. 615 et 616.

Sans plus attendre, regardons la nouvelle version de l'art. 190 al.1 et 2 CP :

Art. 190 al.1 et al.2 CP – Éléments constitutifs
¹ Quiconque, contre la volonté d'une personne, commet sur elle ou lui fait commettre l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration du corps ou profite à cette fin d'un état de sidération d'une personne, est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus.
² Quiconque, notamment en usant de menace ou de violence à l'égard d'une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, la constraint à commettre ou à subir l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration du corps, est puni d'une peine privative de liberté d'un à dix ans.

Figure 3 : Texte de l'art. 190 CP (dès le 01.07.2024)

Trois changements notoires sont à retenir⁶⁸ dans cette nouvelle définition du viol :

- (i) L'auteur et la victime ne sont plus définis par leur genre : toute personne, indépendamment de son sexe, pourra être victime ou auteur de viol.
- (ii) Abandon de l'élément constitutif objectif du moyen de contrainte
- (iii) Extension de l'acte sexuel compris dans la définition du viol, à savoir toute forme de pénétration du corps.

Ainsi, pour comprendre et synthétiser le « avant » et « après » révision, nous pouvons dresser le schéma suivant :

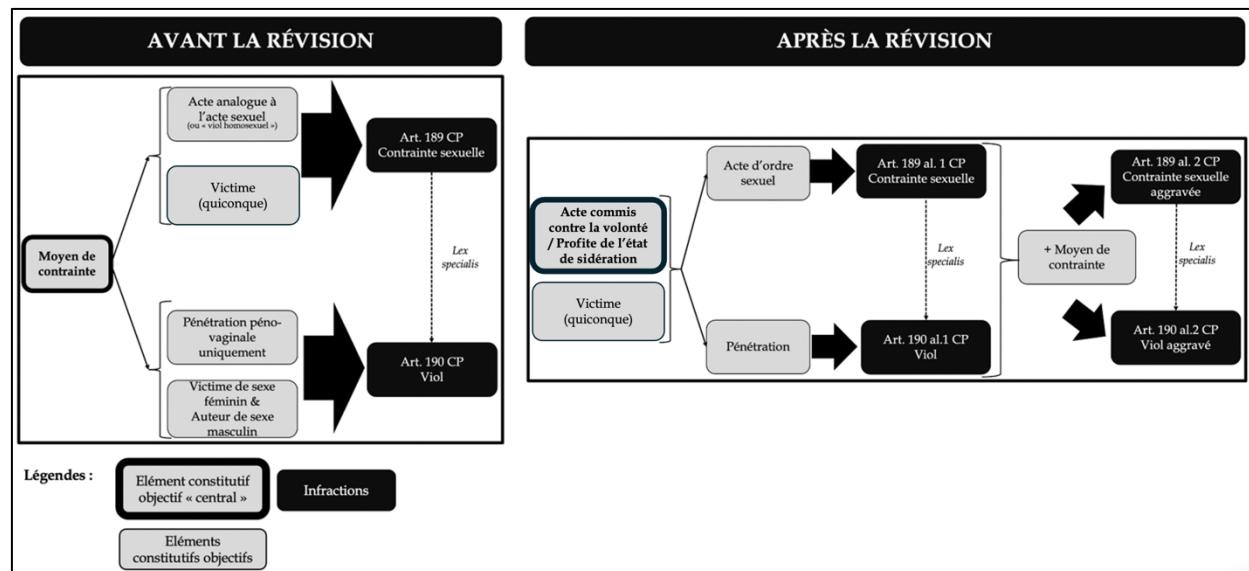


Figure 4 : Éléments constitutifs objectifs de la contrainte sexuelle et du viol avant et après la révision⁶⁹

⁶⁸ PERRIER DEPEURSINGE/ ARNAL, p. 22.

⁶⁹ Pour une meilleure vue d'ensemble de toute la systématique des infractions en matière d'intégrité sexuelle, voir la présentation en ligne de PERRIER DEPEURSINGE *Présentation*, slide 20.

Ce schéma illustre le renversement de perception des infractions sexuelles depuis le 1^{er} juillet 2024 : alors que le *moyen de contrainte* était l'élément central et commun aux infractions des art. 189 et 190 CP, il est abandonné dans la révision et remplacé par l'introduction du consentement qu'il faut opposer pour être victime d'une infraction sexuelle sans pénétration (on parle alors de *contrainte sexuelle* selon l'art. 189 CP) ou avec pénétration (on parle alors de *viol* selon l'art. 190 CP). Le moyen de contrainte reste, toutefois, une forme qualifiée – soit plus grave – sanctionnée aux al.2 des art. 189 et 190 CP. On s'étonnera toutefois du fait que le texte ne contient pas l'introduction explicite du terme même de *consentement* (mais la formulation ambiguë de « contre la volonté »), alors même que plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur d'une telle configuration...⁷⁰

Bien entendu, l'intention reste toujours l'élément constitutif, mais il doit porter sur le fait d'agir contre la volonté *ou* en profitant de l'état de sidération⁷¹.

Quelle peine pour le viol et la contrainte sexuelle ? : La peine-menace de *l'atteinte et contrainte sexuelle* de l'art 189 al.1 CP est d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, tandis que la peine menace du *viol* de l'art. 190 al. CP est d'une peine privative de cinq ans au plus.

Pour les deux infractions, l'usage de la menace (par des violences physiques ou des pressions psychiques) constitue, comme précisé ci-dessus, une forme qualifiée de l'acte (art. 189 al.2 CP et 190 al.2 CP) et sont réprimées plus sévèrement (peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire pour la première et peine privative de liberté d'un à dix ans pour la deuxième). De même, si l'auteur agit, dans la menace, avec cruauté ou fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux⁷², la peine sera d'un an au moins⁷³ pour l'atteinte et la contrainte sexuelle (art. 189 al.3 CP) et de trois ans au moins pour le viol (art. 190 al.3 CP).

⁷⁰ Voir, par exemple, la proposition de révision donnée par la Prof. Camille PERRIER-DEPEURSINGE et Mathilde BOYER in : PERRIER-DEPEURSINGE/BOYER *Infractions*, p. 29. Pour une vision contraire, voir l'argumentaire de PAREIN in : PAREIN/MAULINI, p. 6ss.

⁷¹ BOMMER *Vergewaltigung*, p. 83.

⁷² Voir, par exemple l'ATF 119 IV 224 où « l'auteur serre le cou de la victime avec une telle violence que celle-ci en vient à craindre pour sa vie » (consid. 3).

⁷³ Le message du Conseil Fédéral justifie le durcissement de la peine-plancher d'un an pour le viol, en raison du fait que les « victimes souffrent lourdement et longuement, parfois une vie entière, des conséquences physiques et psychologiques de la violence sexuelle qu'elles ont subie » (Message du 25 avril 2018 relatif à l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifiés, FF 2018 2936).

À retenir de la partie juridique 2.1 : Alors que la désexualisation de la victime et de l'auteur a été saluée⁷⁴ par l'ensemble de la doctrine, car elle a permis de « protéger tout individu contre toute forme de pénétration non désirée et (...) a le mérite d'inclure chaque être humain, indépendamment de son identité ou de son expression de genre »⁷⁵, l'introduction du consentement au travers de la formulation – « contre sa volonté » ou ayant profité « d'un état de sidération » fait l'objet de nombreuses interrogations⁷⁶. Nous reviendrons sur quelques-unes d'entre elles grâce au personnage de *Thérèse* et proposerons certaines pistes d'interprétations grâce à l'analyse juridico-littéraire de la partie 3 de ce travail.

2.2. Les notions suisses de *victime* selon le CPP⁷⁷ et la LAVI⁷⁸

Nous l'avons vu : Le droit pénal, jusqu'à très récemment, ne concevait pas une victime *masculine* de viol. Ce qui est piquant à relever, c'est que même l'instrument international de la Convention d'Istanbul⁷⁹ qui vise à « protéger les femmes contre toutes les formes de violence, et (...) prévenir, poursuivre et éliminer la violence à l'égard des femmes et la violence domestique » (art. 1 lit. a Convention d'Istanbul) conçoit dans sa définition de *victime* (art. 3 lit. e Convention d'Istanbul qui renvoie aux lit. a et b) les *hommes* comme possibles victimes de violences⁸⁰... C'est ainsi que même un instrument international qui met l'accent sur les violences faites aux *femmes* ne met pas artificiellement – alors même que les statistiques montrent que les femmes sont davantage victimes de violences que les hommes⁸¹ – une frontière de plomb entre les deux genres.

Maintenant que nous avons fait le tour d'horizon de ce qu'est une victime de viol en droit pénal matériel, nous allons rapidement définir la victime selon le CPP et selon la

⁷⁴ Pour un approfondissement des caractéristiques de la violence sexuelle des femmes envers les hommes, voir notamment JACQUIER /VUILLE, p. 127ss (pour les violences conjugales) et 142ss (pour les violences sexuelles).

⁷⁵ MONTAVON/MONOD, p. 616.

⁷⁶ Voir notamment : PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 31ss.

⁷⁷ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (= CPP ; RS 312.0)

⁷⁸ Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (= LAVI ; RS 312.5)

⁷⁹ 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).

⁸⁰ BALZARETTI, p. 168.

⁸¹ Voir : OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), *Statistiques sur les violences sexualisées en fonction du genre*, mars 2024 : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/police/violence-sexualisee.assetdetail.30887857.html> (consulté le 12 décembre 2024).

LAVI. Que notre lecteur se rassure : promis, ici, la procédure pénale ne définira pas la victime selon son genre ! Toutefois, il faut se rendre compte – et la figure ci-dessous veut l'illustrer – que *victime* n'est pas le seul statut qui sera affublé à la victime de viol... Bien au contraire, elle se verra tantôt appelée *personne appelée à donner des renseignements, partie plaignante, voire sans statut*.

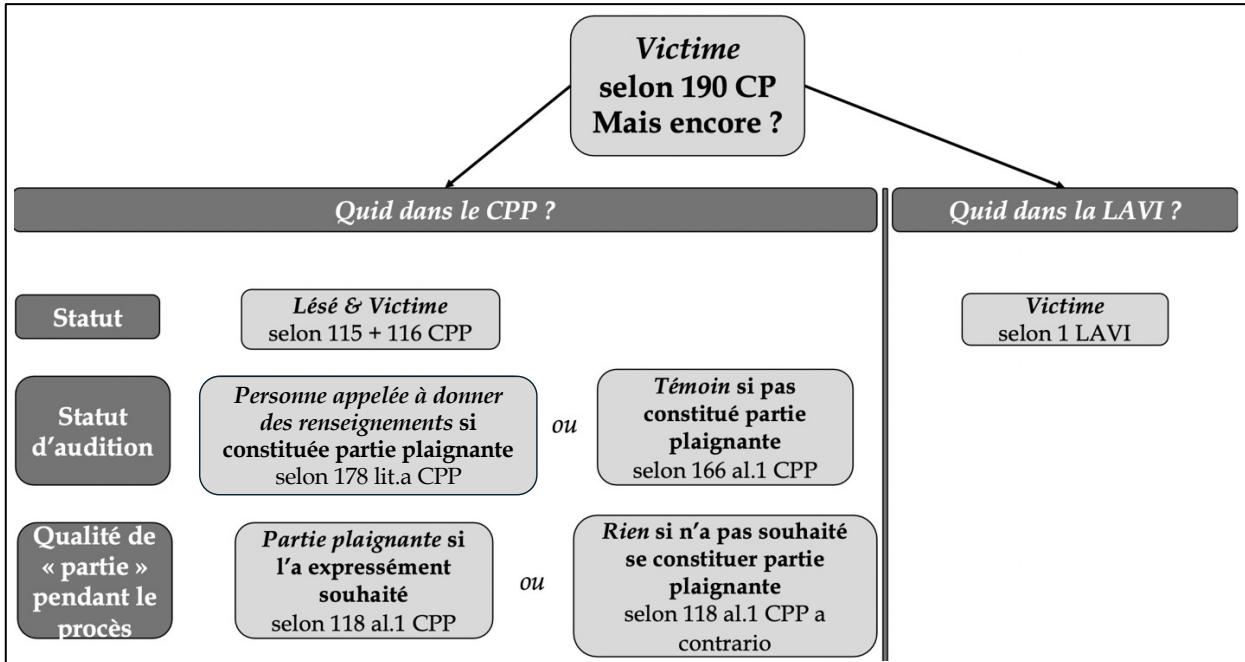


Figure 5 : Victime de viol... Oui, mais encore ? Illustration de la pluralité terminologique en procédure pénale

Le but de ce billet n'est certes pas de proposer un traité procédural de la réception de la victime de viol par la justice pénale, mais de rendre notre lecteur attentif au langage pluriel et technique du monde juridique.

La place de la victime de viol dans le CPP : L'art. 115 CPP définit par *lésé* « toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction ». Puis, l'art. 116 CPP prolonge l'art. 115 CPP en définissant une victime comme « le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle ». « Ainsi donc, si toute victime est aussi un lésé, tout lésé n'a pas forcément le statut de victime »⁸². Nous l'avons vu : la victime de contrainte sexuelle ou de viol a subi une atteinte (et non pas une simple menace)⁸³ à son intégrité sexuelle, il est donc

⁸² Message du 7 février 2006 de l'Office fédéral de la Justice (OFJ) relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1149.

⁸³ SCHEIDECKER, SHK, Art. 116 CCP, n° 2.

incontestable⁸⁴ que ce critère est rempli. Ensuite, l'atteinte doit revêtir une certaine importance⁸⁵, mais aux premiers stades de la procédure, on se fondera sur les allégations de « celui qui se prétend victime »⁸⁶.

La distinction entre *lésé* et *victime* n'est pas une coquetterie procédurale destinée à enquiquiner étudiants et praticiens mais, elle revêt une importance fondamentale dans le sens qu'elle offre aux *victimes* des droits et protections supplémentaires que le *lésé* n'a pas. Ceux-ci sont, de manière non exhaustive⁸⁷, mentionnés à l'art. 117 al.1 CPP. On notera notamment le « droit à la protection de la personnalité » (lit.a), « le droit de se faire accompagner par une personne de confiance (lit.b), le droit à des mesures de refuser de témoigner (lit.d)⁸⁸, le droit à l'information (lit.e).

La victime d'infractions à caractère sexuel dispose de droits de protection supplémentaires qui sont, entre autres, mentionnés à l'art. 153 CPP (et, de manière diffuse, aux art. 68 al.4, 169 al.4 et 335 al.4 CPP).

Une victime peut décider de se porter *partie plaignante* selon l'art. 118 CPP. Dans ce cas, elle « déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil ». Elle peut, soit engager uniquement une action pénale et son rôle se limitera ainsi à « soutenir ainsi l'accusation »⁸⁹ (et jouit alors de droits de participation renforcés (107ss CPP)⁹⁰ et devient partie à la procédure selon l'art. 104 al.1 lit. b CPP) ou alors déposer une action civile par adhésion à la procédure pénale (art. 122ss CPP). Notons au passage qu'il ne faudrait toutefois pas idéaliser l'outil de l'action civile, certains auteurs n'hésitant pas à la qualifier de « no man's land procédural »⁹¹...

⁸⁴ SCHEIDECKER, SHK – Opferhilfercht, Art. 116 CPP, n° 5.

⁸⁵ PC-CPP, art. 116 CPP n° 10.

⁸⁶ PC-CPP, art. 116 CPP n° 10.

⁸⁷ PC-CPP, art. 117 CPP n° 2.

⁸⁸ Comme le note LIEBER (LIEBER, SK-StPO, Art.117 CPP, n° 2), cette formulation est trompeuse, car toute victime n'a pas un droit à ne pas témoigner, mais uniquement si son témoignage la met en cause ou met en cause un proche. Une nuance à ce principe réside à l'art. 169 al.4 CPP qui permet à la victime d'infraction à l'intégrité sexuelle de refuser de répondre aux questions ayant trait à sa sphère intime (nous reviendrons, *infra* 3, sur ce point).

⁸⁹ PC-CPP, art. 118 CPP n° 7.

⁹⁰ Praxis StPO, Art. 116, n° 2.

⁹¹ Sur les limites de l'action civile au pénal, voir l'article de PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS. À noter que depuis le 1^{er} janvier 2024 – seulement ! – lorsque la procédure pénale revêt la forme de l'ordonnance pénale (art. 352ss CPP), le Ministère public peut se prononcer aussi sur les prétentions civiles (art. 353 al.2 CPP) si elles sont reconnues par l'auteur ou si aucune administration supplémentaire de preuve n'est nécessaire et que la valeur litigieuse n'excède pas les 30'000,-. Et, à présent, il est aussi possible pour la victime de former opposition à l'ordonnance pénale selon l'art. 354 al.1 a^{bis} CPP (Message du 15 octobre 2019 concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États « Adaptation du code de procédure pénale », FF 2019 6351).

Comme il ressort du schéma ci-dessus (*supra figure 5*), la victime qui ne se constitue pas *partie plaignante* n'a donc pas de place dans le processus pénal⁹²...

Nous ne pourrons pas mentionner, dans ce travail, tous les éléments auxquels la victime se voit confrontée durant la procédure pénale, mais nous reviendrons dans la troisième partie de cette étude, sur certains d'entre eux – grâce au personnage de Mila dans *Les choses humaines* (*infra 3.2*) – notamment l'audition (soit en tant que *témoin* ou en tant que *personne appelée à donner des renseignements*, selon les art. 166 et 178 CPP) et l'expertise médicale auxquelles la victime peut être soumise. Ces points feront donc l'objet d'un regard particulier dans l'analyse juridico-littéraire qui suivra.

La place de la victime de viol dans la LAVI : L'art. 124 Cst⁹³ oblige la Confédération et les cantons à prévoir pour les victimes « une aide et une juste indemnité si elles connaissent des difficultés matérielles en raison de l'infractions » et c'est précisément à cet objectif que tente de répondre la LAVI⁹⁴. Pour une fois, notre lecteur pourra reposer son esprit de ce casse-tête terminologique pénal... La définition de la victime, selon l'art. 116 CPP, correspond à la définition de la victime selon l'art. 1 LAVI⁹⁵ ! Pour rappel, il faut donc qu'il y ait une infraction pénale, une atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une certaine gravité et enfin un rapport de causalité directe. Notons au passage (car cela ne fait aucun doute pour le viol, mais pourrait être pertinent pour les contraintes sexuelles) que *l'atteinte* exigée dans la LAVI, n'a pas forcément besoin d'être objective – comme exigé dans le CPP –, car la LAVI tient davantage compte de l'impact subjectif de l'atteinte pour la personne⁹⁶ : « Entscheidend ist, ob die Beeinträchtigung des Geschädigten in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität das legitime Bedürfnis begründet, die Hilfesangebote und die Schutzrechte des Opferhilfegesetzes – ganz oder zumindest teliweise – in Anspruch zu nehmen »⁹⁷. Et, finalement, contrairement à la procédure pénale, la victime LAVI reste une *victime*, même si l'auteur

⁹² KUHN *Victime*, p. 49. À noter toutefois que, depuis la révision du CPP au 1^{er} janvier 2024, la victime, même si elle n'est pas partie plaignante, peut se voir remettre gratuitement – sauf renonciation expresse – la notification du jugement (Art. 117 al. 1 lit.g CPP ; voir aussi : FF 2019 6381).

⁹³ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) (ci-après : Cst.)

⁹⁴ SHODER, St-Galler BV, Art. 124 n° 3.

⁹⁵ JEANNERET / KUHN, p. 216.

⁹⁶ ZEHNTER, SHK – Opferhilferecht, Art. 1, n° 7.

⁹⁷ ATF 125 II 265, consid. 4.

n'a pas été découvert ou s'il est jugé non coupable, par exemple en raison d'irresponsabilité ou d'erreur⁹⁸ (art. 1 al. 3 LAVI). Un aspect important – et sur lequel nous reviendrons dans ce travail – réside dans le fait que la victime LAVI n'a pas besoin d'engager une poursuite pénale pour que le statut de victime LAVI lui soit accordé. La doctrine⁹⁹ et la jurisprudence¹⁰⁰ l'avaient déjà toutes deux confirmé, mais un récent projet de révision de la LAVI arrête tout débat à ce sujet, en prévoyant d'ajouter expressément un quatrième alinéa à l'art. 1 LAVI, formulé comme suit : « Le droit à l'aide aux victimes existe en outre que la victime ait dénoncé pénalement l'infraction ou non »^{101,102}. Mais si la poursuite pénale n'est pas exigée pour obtenir le statut de victime LAVI, le degré de preuve que la victime devra amener pour obtenir des prestations LAVI risque de s'en voir entaché, ceci a été dernièrement confirmé par la jurisprudence¹⁰³.

En effet, il existe différentes aides LAVI, mais qui ne sont pas accordées à toutes les *victimes* LAVI :

- L'aide immédiate (qui comprend, entre autres, l'hébergement d'urgence, 21 jours de dépannages financiers, 4h de consultation auprès d'un avocat, etc.¹⁰⁴). Pour obtenir celle-ci, la victime doit rendre son statut de victime « vraisemblable »¹⁰⁵.
- L'aide à plus long terme (ce qui signifie « toute aide supplémentaire qui dépasse l'aide immédiate et qui est fournie jusqu'à ce que l'état de santé soit stabilisé (...) et jusqu'à ce que les autres conséquences de l'infraction soient dans la mesure du possible surmontées ou compensées (art. 13 al.2 LAVI) »¹⁰⁶. Pour celle-ci, « l'instance compétente (...) doit arriver à la conviction que la vraisemblance de l'existence d'une infraction est plus importante que son inexistence »¹⁰⁷.
- Indemnisation et réparation morale : pour obtenir une telle prestation (outre le critère de subsidiarité de l'aide LAVI, art. 4 LAVI), il faut démontrer une *vraisemblance*

⁹⁸ ZEHNTER, SHK – Opferhilferecht, Art. 1, n° 4.

⁹⁹ CSOL-LAVI, p. 10 ; ZEHNTER, SHK – Opferhilferecht, Art. 1, n° 14.

¹⁰⁰ TF, 1A_170/2001 du 18 février 2002, consid. 3.1 ; ATF 144 II 406, consid. 3.1.

¹⁰¹ Avant-projet du Conseil fédéral du 9 octobre au sujet de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, disponible sous : <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/89929.pdf> (consulté le 12 décembre 2024).

¹⁰² On notera toutefois (art. 11 al.3 LAVI) que les centres LAVI peuvent, si l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une victime mineure est menacée dénoncer eux-mêmes le cas aux autorités pénales... (KUHN *Victime*, p. 41).

¹⁰³ ATF 144 II 406, consid. 3.1. Voir à ce propos le commentaire de : SIEVERT.

¹⁰⁴ CSOL-LAVI, p. 22.

¹⁰⁵ ZEHNTER, SHK – Opferhilferecht, Art. 1, n° 43.

¹⁰⁶ CSOL-LAVI, p. 23.

¹⁰⁷ CSOL-LAVI, p. 14. Voir aussi : ZEHNTER, SHK – Opferhilferecht, Art. 1, n° 43.

prépondérante¹⁰⁸ – au sens du droit des assurances sociales¹⁰⁹. Notre Haute Cour estime ainsi qu'il n'est pas exclu que l'appréciation de la *vraisemblance prépondérante* en l'absence de procédure pénale puisse « avoir pour conséquence de soumettre la victime, dont les prétentions sont en premier lieu examinées dans le cadre de la procédure pénale, à des exigences plus strictes en matière de preuve, que celles auxquelles est soumis le demandeur renonçant à la participation ou à l'ouverture d'une procédure pénale »¹¹⁰.

À retenir de la partie juridique 2.2 : Ce qu'il faut ainsi retenir de ces quelques lignes sur la victime, c'est tout d'abord la pluralité terminologique qui accompagne la notion de *victime* dans une procédure pénale (CPP) ou administrative (LAVI). Et deuxièmement, que tout statut s'accompagne de droits. Dans la partie suivante, grâce au personnage de Mila dans *Les choses humaines*, nous nous interrogerons sur quelques aspects qui accompagnent le statut de *victime* pour finalement comprendre ce que les victimes, dans le langage commun, attendent derrière l'apparent écran de fumée terminologique de la procédure judiciaire (*infra* 4).

3. DEUX PERSONNAGES, ÉCLAIREURS DE NOTRE DROIT

Deux textes, deux victimes... Alina WOLSKI, chercheuse en Droit & Littérature, écrivait que le nœud central de toute recherche juridico-littéraire est le développement d'un « Common Language »¹¹¹ entre le juriste et le littéraire. Nous espérons avoir réussi, dans les pages juridiques précédentes, à traduire en langage juridique les notions de *viol* et de *victime*.

Mais, à présent, c'est le paradigme inverse que nous allons tenter de déchiffrer ensemble. Nous allons étudier, à partir de deux œuvres, comment la littérature peut donner un sens – certes subjectif – aux différentes notions juridiques que nous avons mises en évidence dans la partie 2 de ce travail.

C'est ainsi que grâce à Thérèse dans *Thérèse Desqueyroux*, nous allons nous interroger sur les notions de consentement et d'état de sidération (présentées *supra* 2.1) dans les

¹⁰⁸ ATF 144 II 406, consid. 3.2 (voir pour la définition : ATF 140 III 610, consid. 4.1) et CSOL-LAVI, p. 14.

¹⁰⁹ ATF 144 II 406, consid. 3.1.

¹¹⁰ ATF 144 II 406, consid. 3.1.

¹¹¹ WOLSKI, p.2.

infractions de viol. Puis, en compagnie de Mila du roman *Les choses humaines*, nous traversons quelques écueils procéduraux (mentionnés *supra* 2.2) auxquelles elle a été confrontée pour nous interroger quant à l'impact de ceux-ci sur les victimes.

Poursuivons à présent avec ce diptyque juridico-littéraire !

3.1. La notion de consentement et de l'état de sidération : *Thérèse Desqueyroux* chez François MAURIAC (1927)

§1 Résumé de l'œuvre : « Thérèse, beaucoup diront que tu n'existes pas. Mais, je sais que tu existes, moi qui, depuis des années, t'épie et souvent t'arrête au passage, te démasque (...). Dans un salon de campagne, tu m'apparus sous les traits d'une jeune femme hagarde qu'irritaient les soins de ses vieilles parentes, d'un époux naïf : *Mais qu'a-t-elle donc ?* disaient-ils. *Pourtant nous la comblons de tout* »¹¹².

C'est par cette apostrophe que François MAURIAC commence le récit de Thérèse, une criminelle que la Justice – sur la base d'un faux témoignage – vient de relaxer.

Thérèse n'existe pas et pourtant elle existe. Elle est le fantôme de plusieurs heures, plusieurs jours, plusieurs mois que MAURIAC a passés dans les prétoires¹¹³. Il les connaît, il sait ce qui se trame dans les couloirs de la Justice. C'est l'histoire d'une femme qui, par respect des codes sociaux, par respect de la bienséance, se marie – comme une « somnambule »¹¹⁴ – avec Bernard, un homme respectable, un homme qu'elle apprécie sans l'aimer. Peu à peu atrophiée par les contraintes familiales, par ce qui l'entoure, elle devient une criminelle et décide de modifier le dosage des médicaments de son époux... Elle est jugée pour tentative d'homicide, puis bénéficie d'un non-lieu grâce au faux témoignage de son mari, sauvé de justesse de la mort. Le récit que MAURIAC nous retrace est celui d'une femme qui, à la sortie de son procès, rentre chez elle, préparant intérieurement sa confession, pour finalement, se révéler incapable de la dire face à son mari. Il n'aurait pas compris. On suit, alors, peu à peu la déchéance et le dessèchement de la vie de Thérèse, incomprise dans sa famille. Elle dira : « J'ai été créée à l'image de ce pays aride et où rien n'est vivant »¹¹⁵. Avec un regard d'autant plus contemporain, la

¹¹² MAURIAC *Thérèse*, p. 21.

¹¹³ COLOMB, p. 393.

¹¹⁴ MAURIAC *Thérèse*, p. 49.

¹¹⁵ MAURIAC *Thérèse*, p. 106.

lecture de ce texte nous laisse l'impression que Thérèse a, certes, commis un crime, mais qu'elle est surtout victime des agissements des siens, dont ceux son mari. Un procès manqué où il siégerait sur le banc des accusés.

§2 Sélections de quelques passages pertinents :

Thérèse est dans la calèche qui la ramène chez elle.

Extrait n° 1¹¹⁶

Le destin, à toutes les étapes peut encore surgir, la délivrer ; Thérèse cède à cette imagination qui l'eût possédée, la veille du jugement, si l'inculpation avait été maintenue : l'attente du tremblement de terre (...)

Elle avait vécu, jusqu'à ce soir, d'être traquée ; maintenant que la voilà sauve, elle mesure son épuisement. Joues creuses, pommettes, lèvres aspirées, et ce large front, magnifique, composent une figure de condamnée – oui, bien que les hommes ne l'aient pas reconnue coupable – condamnée à la solitude éternelle (...). Libre... que souhaiter de plus ?

Suite de la scène. Elle se souvient de la nuit de noces avec Bernard, son époux.

Extrait n° 2¹¹⁷

Thérèse, songeant à la nuit qui vient ensuite, murmure : « Ce fut horrible... » puis se reprend : « Mais, non... pas si horrible... » Durant ce voyage aux lacs italiens, a-t-elle beaucoup souffert ? Non, non (...). N'importe qui sait proférer des paroles menteuses ; les mensonges du corps exigent une autre science. Mimer le désir, la joie, la fatigue bienheureuse, cela n'est pas donné à tous. Thérèse sut plier son corps à ces feintes et elle y goûtait un plaisir amer. Ce monde inconnu de sensations où un homme la forçait à pénétrer, son imagination l'aidait à concevoir qu'il y aurait eu là, pour elle aussi peut-être un bonheur possible – mais quel bonheur ? Comme devant un paysage enseveli sous la pluie, nous nous représentons ce qu'il eût été dans le soleil, ainsi Thérèse découvrait la volupté. Bernard (...) était enfermé dans son plaisir comme ces jeunes porcs charmants qu'il est drôle de regarder à travers la grille, lorsqu'ils reniflent de bonheur dans une auge (« c'était moi l'auge » songe Thérèse). Il avait leur air pressé, affairé, sérieux ; il était méthodique. « Vous croyez vraiment que cela est sage ? » risquait parfois Thérèse, stupéfaite. Il riait, la rassurait. Où avait-il appris à classer tout ce qui touche à la chair – à distinguer les caresses de l'honnête homme de celles du sadique ? Jamais une hésitation.

Suite de la scène de Thérèse dans la calèche. Elle se rappelle la conduite de Bernard lors de leur voyage de noce.

Extrait n° 3¹¹⁸

Un soir, à Paris où sur le chemin du retour, ils s'arrêtèrent, Bernard quitta ostensiblement un music-hall dont le spectacle l'avait choqué : « Dire que les étrangers voient ça ! Quelle honte ! Et c'est là-dessus qu'on nous juge... »

¹¹⁶ MAURIAC *Thérèse*, p. 31-33. Les soulignements en gras sont de nous.

¹¹⁷ MAURIAC *Thérèse*, p. 50-51. Les soulignements en gras sont de nous.

¹¹⁸ MAURIAC *Thérèse*, p. 52-53. Les soulignements en gras sont de nous.

Thérèse admirait que cet homme pudique fût le même dont il faudrait subir, dans moins d'une heure, les patientes inventions de l'ombre.

« Pauvre Bernard – non pire qu'un autre ! Mais le désir transforme l'être qui nous rapproche en un monstre qui ne lui ressemble pas. Rien ne nous sépare plus de notre complice que son délire : j'ai toujours vu Bernard s'enfoncer dans le plaisir, - et moi, je faisais la morte, comme si ce fou, cet épileptique, au moindre geste eût risqué de m'étrangler. Le plus souvent, au bord de sa dernière joie, il découvrait soudain la solitude ; le morne acharnement s'interrompait. Bernard revenait sur ses pas et me trouvait comme sur une plage où j'eusse été rejetée, les dents serrées, froide. »

§3 Critiques et portée juridique du texte¹¹⁹ : On rapporte que François MAURIAC aurait dit à Jean AMROUCHE : « Thérèse Desqueyroux, c'est moi désespéré »¹²⁰. Étrange proposition que nous faisons ici au lecteur : étudier le crime qu'une criminelle a subi... Si le terme de « violence » n'est prononcé nulle part dans ce texte, si le mot « viol » n'y apparaît pas non plus, nous ne pouvons, pourtant, regarder Thérèse – cette criminelle acquittée par un non-lieu aux yeux de la loi – sans avoir mauvaise conscience. On sait qu'elle est une victime, victime, entre autres, « d'une sexualité non consentie et violente de la part de son mari »¹²¹. On le sait, mais on ne le dit pas. Et, au fond, elle ne l'est pas. Juridiquement, elle ne le sera jamais dans son existence. La loi, celle qui a jugé Thérèse « n'est plus qu'une illusion »¹²² et la justice, qui la rend, devient, comme le dirait aussi André GIDE, « précaire et douteuse »¹²³.

MAURIAC s'est inspiré d'une histoire vraie, à savoir celle du procès d'Henriette CANABY¹²⁴, pour façonner le personnage de Thérèse. MAURIAC est chamboulé par la conduite du procès et trouve honteuse la façon dont le juge mène l'interrogatoire de Mme Canaby, à charge seulement¹²⁵. Au lendemain de l'acquittement de celle-ci, il lui écrit – dans son journal intime – ces quelques mots révélateurs¹²⁶ : « Aussi coupable que vous dussiez être, de quel droit vos frères vous torturaient-ils ? Ces fonctionnaires irréligieux, qui nient dans leur philosophie de fumoir la liberté humaine, affectent-ils

¹¹⁹ Nous avons délibérément fait le choix d'étudier ce texte dans une perspective juridique contemporaine (et suisse), uniquement et non pas en le replaçant dans le contexte juridique de l'époque. MAURIAC, avec presque un siècle d'avance, avait réussi à soulever des comportements allant au-delà du droit positif de son époque, ce qui donne au texte un dynamisme particulièrement contemporain.

¹²⁰ SÉAILLES, p. 68.

¹²¹ COLOMB, p. 599.

¹²² COLOMB, p. 507.

¹²³ COLOMB, p. 507.

¹²⁴ GONTHIER.

¹²⁵ COLOMB, p. 394.

¹²⁶ COLOMB, p. 394.

donc d'y croire lorsqu'ils ont vêtu leur corps chétif et inélégant sous les somptuosités des robes rouges, fourrées d'hermine ? »¹²⁷.

Si nous étions les jurés, à cette cour d'assises, à l'époque de MAURIAC, celui-ci jetterait sur nous un regard de citoyen déçu : malgré « un des principes du droit pénal, la matérialité de l'acte criminel, [MAURIAC] (...) dénonce la constitution qui omet l'investigation de causes plus profondes en retenant seulement des éléments insignifiants »¹²⁸... Ces « éléments insignifiants » sont, en vérité, les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'un acte. Ils ne vont ni plus, ni moins constituer la vérité judiciaire¹²⁹, celle que les dossiers pénaux retiendront et qui jugeront l'auteur.

Hier, Thérèse était victime d'un crime qui n'existe pas – le viol conjugal. Nous l'avons déjà évoqué, mais la répression de celui-ci dès 1992, n'a de loin pas été évidente (voir *supra* 2.1)¹³⁰. En effet, il s'éloignait du *viol stéréotypé* – acéré, selon certains auteurs, par la culture du viol¹³¹ –, soit l'attaque d'une jeune femme « par un agresseur inconnu, armé et dangereux, comprenant un élément de surprise ou suggérant un piège »¹³². Nous ne résistons pas ici à faire état de quelques lignes du Message du Conseil fédéral, en 1985 qui réfutait pour cause de preuves, notamment, ce type de viol : « Les autorités de poursuite pénale seraient contraintes de procéder à des investigations pénibles et de s'immiscer au plus profond de la vie intime des intéressés, ce qui ne saurait en aucun cas contribuer à permettre aux unions concernées de subsister. Lorsque cette disposition serait appliquée, on ne pourrait pas en écarter le risque que l'épouse en abuse pour fonder son action en séparation de corps ou en divorce »¹³³. Et nous de rajouter qu'on ne verrait vraiment pas quelle raison pourrait bien pousser la femme en une action en divorce... !!!

¹²⁷ MAURIAC *Écrits, Extraits des quatre carnets du journal inédit (1904-1910)*, mardi 29 mai 1906, p. 18, cité par COLOMB, p. 394.

¹²⁸ COLOMB, p. 509.

¹²⁹ On pourrait donner cette définition-ci de la vérité judiciaire : « Écoutant les prétentions des parties, au besoin, les rapports d'expertises, le juge produit ensuite un discours exposant une vérité de synthèse, car reprenant les éléments des parties en présence, afin d'exposer une vérité judiciaire consensuelle, mais qui n'en resterait pas moins, pour autant, fictive » FRAMBÉRY-IACOBONE, p. 75.

¹³⁰ PC-CP, art. 190 CP n° 3. Pour une analyse approfondie de la reconnaissance juridique du viol conjugal en Suisse, nous recommandons la lecture suivante : BROWN/DELESSERT/ROCCA I ESCODA.

¹³¹ « Pratiques, mythes, conventions et faits culturels qui banalisent, dénaturent ou favorisent les violences sexuelles dans notre société » (ZACCOUR, p. 76).

¹³² JACQUIER/VUILLE, p. 281, note en page de page n° 440.

¹³³ Message du 26 juin 1985 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille), FF 1985 1088. Ici, il serait passionnant de procéder à une analyse du message sous l'angle *Law as narrative*, telle que proposée, dans une perspective top down (DI DONATO, p. 19ss), par la Prof. Flora DI DONATO – que je remercie beaucoup, car elle m'a fait découvrir les richesses d'une analyse *Law as narrative* !

Mais, aujourd’hui que serait Thérèse ? Avec notre nouvelle définition du viol, parvenons-nous à redorer le blason de la Justice ? Nous nous proposons d'étudier ici, grâce à son récit, les notions que la récente révision du droit pénal sexuel a élevées en éléments constitutifs de l'art. 190 CP, à savoir l'acte commis « contre la volonté de la victime » ou en profitant de son « état de sidération » et « l'intention » d'agir contre la volonté ou en profitant de l'état de sidération.

Reprendons les extraits de texte n° 2 et 3 – dans lesquels Thérèse se remémore les scènes d'intimité conjugale partagée avec son époux – on peut y noter les expressions suivantes du côté de Thérèse : « **plier** son corps à ces feintes », « ce monde inconnu de sensations où un homme **la forçait** à pénétrer », « c'était moi l'auge », « **stupéfaite** », « **subir** », « je **faisais la morte**, comme si ce fou (...), au moindre geste eût risquer de m'étrangler », « comme sur une plage où j'eusse été rejetée, les **dents serrées, froide** ». Pour qualifier Bernard, MAURIAC utilise un autre champ lexical : « **enfermé** dans son plaisir », « ces jeunes **porcs** charmants (...) lorsqu'ils reniflent de bonheur dans une auge », « **sadique** », « le désir transforme l'être (...) en un **monstre qui ne lui ressemble pas** », « **s'enfoncer dans le plaisir** », « ce **fou, cet épileptique** ».

- i. *Acte commis « contre sa volonté »* : Si de manière instinctive, on a envie d'affirmer que Thérèse n'a jamais voulu ces actes sexuels, qu'ils ont été commis « contre sa volonté », les mots de Mauriac décrivant le comportement de Thérèse sont ceux de la passivité (elle « **subit** », « **fait la morte** », « **plie son corps** », « **froide** »,...). Le législateur suisse « n'a pas défini de manière abstraite ce qu'il fallait entendre par les termes 'contre la volonté d'une personne' »¹³⁴, il faut donc avoir recours à la doctrine pour interpréter cette expression à la lumière du consentement en droit pénal. La doctrine majoritaire retient la doctrine de *l'Erklärungstheorie*¹³⁵, à savoir le fait que le consentement doit toujours être extériorisé pour avoir un effet juridique¹³⁶. Le consentement peut donc se définir comme « le fait de

¹³⁴ PERRIER DEPEURSINGE/ ARNAL, p. 31.

¹³⁵ Qu'il faut opposer à la *Willensrichtungstheorie* qui préconise que « le consentement est un phénomène purement interne » (PERRIER DEPEURSINGE/ ARNAL, p. 31). La différence entre la *Willensrichtungstheorie* et la *Erklärungstheorie* est expliquée de manière synthétique par : SCHEIDECKER, p. 38 : « Kurz : Ist « faktisch einwilligen » etwas, das man denkt, oder etwas, das man tut? ».

¹³⁶ PERRIER DEPEURSINGE/ ARNAL, p.32.

communiquer à autrui, par un comportement verbal ou non verbal, sa volonté d'accomplir une activité sexuelle spécifique. À l'inverse, on peut définir le refus en matière sexuelle comme le fait de communiquer à autrui, de manière tacite ou expresse, son absence de volonté d'accomplir une activité sexuelle spécifique »¹³⁷. Ainsi, si l'on revient au texte de MAURIAC, il faudrait que Thérèse eût « exprimé son refus de manière suffisamment reconnaissable »¹³⁸ pour Bernard, que ce soit de manière verbale ou non (dans cette dernière hypothèse, il faudrait qu'elle ait pleuré, qu'elle se soit détournée, qu'elle ait repoussé Bernard, qu'elle se soit recroquevillée ou du moins qu'elle ait protégé certaines parties de son corps avec ses mains ou ses bras¹³⁹). Or, le texte de MAURIAC – comme nous l'avons déjà souligné – fait intervenir le champ lexical de la passivité. Il écrit cette phrase sublime « N'importe qui sait proférer des paroles menteuses ; les mensonges du corps exigent une autre science ». Et pourtant, Thérèse « sut plier son corps à ces feintes »... sans toutefois en découvrir « la volupté ».

Ce premier volet de la définition légale du viol ne pourrait donc pas trouver application dans le cas de Thérèse, celle-ci n'ayant pas manifesté son refus explicitement.

ii. *Ou profitant d'un « état de sidération »* : Il convient maintenant de se demander si l'élément constitutif de l'état de sidération voulu par le législateur pourrait être retenu à l'égard de Bernard, de manière subsidiaire¹⁴⁰.

Il faut d'abord de préciser que l'état de sidération est « une notion juridique indéterminée »¹⁴¹. Pour nos lecteurs moins avertis en sciences juridiques, cela signifie en termes clairs que nous n'avons aucune idée de la manière dont on doit appréhender cette notion face à un tribunal ! Le législateur, dans l'empressement de trouver un compromis entre les deux Chambres¹⁴² qui balançaient entre le *oui*, *c'est oui* et le *non*, *c'est non*, a décidé d'ajouter l'état de sidération aux éléments

¹³⁷ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p.32.

¹³⁸ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p.33.

¹³⁹ Cette liste exemplative de comportements types de refus est tirée de : PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 33.

¹⁴⁰ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 35.

¹⁴¹ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 34.

¹⁴² Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions (BO 2023 CE 111) ; Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions (BO 2023 CN 986).

constitutifs de l'infraction (des art. 189 et 190 CP)¹⁴³. Et, une confusion amenant une autre confusion, les traductions allemande et italienne de l'état de sidération ont été « *Schockzustand* » et « *stato di choc* ».

Le danger que certains auteurs avaient prédit s'est avéré : quand les notions théoriques – telle celle de l'état de sidération – viennent valser dans les débats politiques, elles risquent de « perd[re] de leur scientificité »¹⁴⁴. Nous ne rentrerons pas ici dans le détail des réactions neuropsychologiques que les victimes opposent à leur agresseur¹⁴⁵, mais il faut savoir que l'état de sidération pourrait, scientifiquement, correspondre à trois comportements¹⁴⁶, à savoir *l'immobilité tonique*¹⁴⁷, le *blockage* (ou *freezing*)¹⁴⁸ ou la *dissociation*¹⁴⁹. Alors que le Conseil des États évaluait la sidération comme une « coupure avec la réalité »¹⁵⁰, un auteur (qui peine également à trouver la formulation du législateur heureuse), estime qu'il ne faudrait retenir que l'immobilité tonique¹⁵¹. D'autres auteurs, tentant de faire une moyenne entre les différents comportements neurobiologiques, parviennent à la conclusion que l'état de sidération « indui[t] une sorte de déconnexion et se caractéris[e] par une incapacité de bouger, de crier ou même de simplement réagir »¹⁵².

Revenons à Thérèse... Peut-on affirmer qu'elle était dans cet état de sidération ? Reprenons les mots de MAURIAC : « Thérèse sut plier son corps à ces feintes », « J'ai toujours vu Bernard s'enfoncer dans le plaisir – et moi je faisais la morte, comme si ce fou, cet épileptique eût risqué de m'étrangler ».

L'état que subit Thérèse est celui d'une poupée, une poupée consciente d'être contrainte – sans force physique, ni particulièrement psychique qui nous permettrait de retenir la forme aggravée de l'infraction, soit l'art. 190 al.2 CP – elle

¹⁴³ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 34.

¹⁴⁴ JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 30.

¹⁴⁵ Nous renvoyons le lecteur à la contribution de JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 31ss.

¹⁴⁶ Voir à ce propos la présentation de JACQUIER ERARD.

¹⁴⁷ État continuum « dans [le]quelle la personne est incapable de bouger ou de parler, son corps rigide, mais néanmoins malléable » JACQUIER/MONTAVON/ISELIN, p. 34).

¹⁴⁸ Ce qui signifie, « dass Opfer während eines sexuellen Übergriffes häufig erstarrten und in diesem Zustand zu direkten, ablehnenden Willensäußerungen teilweise nicht mehr in der Lage sind » (SCHLEIFER, p. 52).

¹⁴⁹ « La dissociation psychique peut être définie comme la rupture de l'unité psychique, c'est-à-dire la désunion de fonctions normalement intégrées que sont la conscience, la mémoire, l'identité ou la perception de l'environnement ». (KÉDIA, p. 488.)

¹⁵⁰ 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, p. 33.

¹⁵¹ SCHLEIFER, p. 63.

¹⁵² PERRIER DEPEURSINGE/BOYER *Infractions*, p. 9.

agit, sans agir, elle s'adonne, sans se donner. Si les qualificatifs de « froide », « stupéfaite » pourraient nous donner des indices quant à la qualification du viol, encore faudrait-il qu'un autre élément lié à l'état de sidération, mais dont nous n'avons pas encore parlé soit examiné ici, à savoir l'intention d'agir en profitant de l'état de sidération.

iii. *L'intention d'agir contre la volonté ou en profitant de l'état de sidération* : L'état de sidération ou non de la victime n'est pas l'élément qui va être pertinent d'un point de vue pénal... C'est l'intention de l'auteur - *in casu* de Bernard - qui doit « percev[oir] l'état anormal de la victime et poursuivre néanmoins l'activité sexuelle »¹⁵³... MAURIAC exprime l'état de Bernard par ces mots : « enfermé dans son plaisir », « ces jeunes porcs charmants (...) lorsqu'ils reniflent de bonheur dans une auge », « s'enfoncer dans le plaisir », « ce fou, cet épileptique ». On comprend, à la lecture de Mauriac et à la perception de Thérèse - car il s'agit dans ce récit d'un discours, tant direct, tantôt indirect libre - que Bernard n'a pas sciemment, avec « conscience » et « volonté » (art. 12 al.2 CP), comme le voudrait le droit pénal, ignoré les sentiments de son épouse. Thérèse, elle-même parvient au constat que « le désir transforme l'être (...) en un monstre qui ne lui ressemble pas ». Bernard ne sait pas, ne comprend pas, il est bestial, instinctif, fou, mais surtout « enfermé dans son plaisir ». Sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral avait déclaré au sujet du prévenu qui avait ignoré la passivité de sa partenaire que le fait qu'il n'ait « prêté aucune attention à la passivité de la recourante et semblait s'être préoccupé de son seul plaisir, qui plus est de manière fort inélégante (...) [ne signifiait pas] qu'il avait compris ou aurait dû comprendre quelles étaient les réelles dispositions internes de la recourante »¹⁵⁴. Peut-on avancer, aujourd'hui que l'intention sur la passivité, comme certains auteurs le souhaitent¹⁵⁵ (tout en

¹⁵³ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 37, confirmé par : SCHLEIFER, p. 63 et par BOMMER *Vergewaltigung*, p. 83. Notons que le législateur a choisi d'incriminer « déjà la mise à profit - il n'indique pas qu'il serait nécessaire que l'auteur ait voulu à dessein, provoquer un tel état chez la victime. Il suffit selon la définition du dol éventuel (12 al.2 phr.2 CP) qu'il ait conscience de l'état dans lequel se trouve la victime et qu'il accepte de l'éventualité d'en tirer profit pour obtenir un acte d'ordre sexuel ». PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 38. Pour une vision différente : BOMMER *Vergewaltigung*, p. 85.

¹⁵⁴ TF, 6B_894/2021, consid. 2.4.5., cité par PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 44.

¹⁵⁵ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL, p. 45.

étant prudents sur cette interprétation¹⁵⁶), sera davantage reconnue grâce à l'accent mis sur l'état de sidération ?

À notre sens, une manière de considérer l'intention de Bernard réside dans ces deux expressions : « enfermé dans son plaisir » et « s'enfoncer dans le plaisir ». Ces deux termes évoquent la solitude agressive de Bernard. Il est seul dans son plaisir et ne peut pas percevoir ce que Thérèse pourrait ou non ressentir. Il la considère comme une « auge », un objet sur lequel, il peut, en tout quiétude, s'ébattre. Le Tribunal fédéral avait aussi été confronté à cette configuration lors de laquelle l'auteur considérait sa partenaire « wie eine leblose Puppe »¹⁵⁷.

Selon nous, afin de respecter l'*Erklärungstheorie*, l'intention du profit de l'état de sidération ne devrait considérer celle-ci comme portant sur un processus neurobiologique interne (dont, nous l'avons vu ci-dessus, les contours sont flous), mais comme l'expression (ou plus précisément la non-expression) du consentement que devrait percevoir l'auteur. C'est-à-dire que, considéré dans la perspective de l'auteur, l'état de sidération reviendrait à savoir si l'auteur *voit* dans la victime passive une *poupée sans vie* sur laquelle il pourrait s'adonner. Ce serait donc sous le critère objectif et extérieur de la *réification perçue ou non par l'auteur* (voire de la possession de sa victime) que l'élément constitutif subjectif de l'intention pourrait être appréhendé. Si l'on reprend l'exemple de Bernard « enfermé dans son plaisir », on constate qu'il serait difficile de prouver que Bernard a *conscience et volonté* de l'état de sidération de Thérèse, sait-il même ce qu'est un état de sidération ? Certes non. Par contre, il sait quand il s'enferme dans son plaisir, qu'il réifie son épouse, qu'il la considère comme une *poupée sans vie*, durant la passivité de celle-ci.

Cette piste permettrait de ne pas mener le crime que subit Thérèse directement à la case impunité. En effet, si un tribunal considérait que l'expression du refus de Thérèse n'était pas explicite, puis venait à nier l'état de sidération, alors la volonté du législateur d'être plus punitif en matière d'infraction sexuelle ne serait pas atteinte, car le juge serait obligé de prononcer un acquittement. Reste à savoir – et

¹⁵⁶ PERRIER DEPEURSINGE *Présentation*, slide 21.

¹⁵⁷ ATF 147 IV 409, consid. B.b.

la jurisprudence nous le dira - si cette approche est possible par l'interprétation ou si un changement législatif du terme « état de sidération » est nécessaire.

Quel regard MAURIAC poserait sur nous aujourd'hui ? A-t-on dépassé le stade de cette justice « précaire et douteuse »¹⁵⁸ qu'il craignait ? Nous l'avons vu : cette révision du droit pénal sexuel, avec l'introduction de *l'état de sidération* risque d'augmenter l'insécurité juridique. Et celle-ci expose à de grands risques et notamment à celui d'acquitter l'auteur, car *in dubio pro reo* - cette garantie fondamentale de la procédure pénale, dernière chance de ne pas condamner un innocent, reflet de la présomption d'innocence ancrée aux art. 6 §2 CEDH, 14 §2 Pacte ONU II et 32 al.1 Cst et 10 al.1 CPP¹⁵⁹ - veut que « le doute doit profiter à l'accusé »¹⁶⁰. Le risque de ne pas s'être suffisamment arrêté sur la terminologie du consentement, sur les mots fondant les éléments constitutifs de l'infraction de viol, est d'obliger le juge à acquitter s'il a des doutes.

Une réponse qui, de manière plaisante, est souvent prêtée aux juristes, car caractéristique de ceux-ci, est le fameux « Ça dépend ». Mais, si cette réponse-type du juriste peut être amusante dans certains cas et faire rire de bon cœur face aux sombres abysses juridiques du Code des obligations (au hasard... !), elle serait nettement moins drôle si face à une victime violée venant nous consulter, nous devions lui répondre : « Un viol, dites-vous ? Ça dépend ce que l'on entend par là... ». Nous ne voudrions pas être dans la peau de l'avocat à ce moment-là...

En attendant les prochains arrêts de jurisprudence qui éclaireront cet état de sidération¹⁶¹, nous concluons ce chapitre avec ce constat de MICHEL, « Mauriac, en écrivain et d'abord

¹⁵⁸ COLOMB, p. 507.

¹⁵⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 91.

¹⁶⁰ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 93. Notons toutefois, l'article de GETH - dont l'auteur reconnaît lui-même le titre un peu provocateur (*Strafe auf Verdacht*) - il mérite ici notre attention, car il met en perspective certaines failles de ce *in dubio pro reo* dans la pratique judiciaire.

¹⁶¹ Car, actuellement, les jurisprudences publiées (tant fédérales que cantonales) jugent les faits à l'aune de l'ancien droit, celui-ci étant plus favorable au prévenu (p.ex : Tribunal Cantonal de Neuchâtel, ARMP.2024.112 du 27 septembre 2024, consid. 4.2.a : cette jurisprudence est toutefois prudente dans l'appréciation de la *lex mitior*, car elle précise que le nouveau droit « paraît donc - abstraitemment - moins favorable au prévenu ». La Cour de Justice du canton de Genève est plus catégorique en affirmant qu'il s'agit bien d'une *lex mitior* : Cour de Justice, Chambre pénale de recours du canton de Genève, P/5524/2024, ACP/713/2024 du 4 octobre 2024, consid. 2.4). Toutefois, l'état de sidération - sans référence juridique - a déjà été rencontré dans la jurisprudence, notamment dans un arrêt assez particulier lors duquel des vidéos étaient disponibles (TF, 6B_800/2022 du 16 août 2023). Il a fallu faire intervenir des experts sexologues pour identifier l'état de sidération chez certaines victimes (consid. 2.5.1, 5.4.1, 7.4.1 et 11.4.1). Voir aussi à ce propos le commentaire de ARNAL, notamment le §21.

en écrivain, a mis la justice de son temps à l'épreuve de la critique, et n'est-ce pas l'une des vertus de la littérature que de subvertir les catégories juridiques, d'inquiéter la conscience des juristes et leur rappeler que la justice, pour pouvoir être rendue, a besoin de la parole et en appelle aussi au récit ? »¹⁶².

3.2. Les épreuves d'une victime durant la procédure pénale : Mila chez Karine TUIL

§1 Résumé de l'œuvre : Un mot pourrait résumer ce roman dont on ne ressort pas indemne. Il s'agit du terme *humain*. Il figure d'ailleurs déjà dans le titre du livre *Les choses humaines. Humain*, car on ressort de cette histoire avec l'impression que la vérité est inconnue, qu'on n'arrivera qu'à l'approcher, sans jamais parvenir à la saisir.

C'est l'histoire de deux jeunes gens, Mila et Alexandre. Alexandre est le fils d'un célèbre présentateur de la télévision, Jean, et d'une autrice, Claire. La vie a séparé Jean et Claire : celle-ci vit désormais chez son nouveau compagnon, Adam, le père de Mila. Mila et Alexandre sont, malgré eux, obligés de se rencontrer afin de donner corps à cette nouvelle famille recomposée que Claire et Adam tentent de former. En somme, Mila et Alexandre étaient des « personnes qui n'avaient rien en commun, se connaissaient à peine, ne s'aimaient pas et ne s'aimeraient sans doute jamais, appelées à cohabiter parce que deux adultes tyrannisés par ce qu'ils appelaient avec gravité 'leur amour' l'avaient imposé. [Alexandre] chercha à s'éclipser, prétextant une soirée sans imaginer que sa mère lui suggérerait d'inviter Mila »¹⁶³.

Du jeu au drame... Alexandre fait un pari avec ses anciens amis d'Henri IV à cette soirée, celui de « séduire une fille présente à la soirée et revenir, avant 2 heures du matin, avec l'un de ses dessous »¹⁶⁴. Il a gagné à ce jeu... Et a ramené les dessous de Mila avant 2 heures du matin. Le lendemain, la police pénètre dans l'appartement d'Alexandre, lui ordonne de le suivre. Mila a dénoncé Alexandre pour viol.

Le roman suit toutes les étapes de la procédure, dès les premières auditions jusqu'au procès où on jugera Alexandre. On ne saura jamais la vérité. Lui prétend ne pas avoir compris, ne pas avoir vu qu'elle n'était pas consentante. Elle affirme le contraire.

¹⁶² MICHEL, p. 219.

¹⁶³ TUIL, p. 115.

¹⁶⁴ TUIL, p. 131.

§2 Sélections de quelques passages pertinents :

On est durant la phase du procès, plusieurs témoins et experts expriment leurs constations.

Extrait n° 1¹⁶⁵

Les faits paraissent simples, ils ne le sont pas, c'est ce qu'affirmait la directrice d'enquête qui était de garde ce soir-là et avait réalisé la première audition de la victime. « Mila Wizman s'est présentée à 8h32 du matin, accompagnée de sa mère, au commissariat du XVIII^e arrondissement. La jeune femme était en larmes à son arrivée. Elle a déclaré que le fils de la compagne de son père l'avait violée derrière une benne à ordures, dans un local à poubelles. Elle paraissait extrêmement choquée ». Sur la base de ses déclarations, elle avait demandé à la victime d'aller à l'hôpital pour procéder à des expertises gynécologiques (...). Quelques jours plus tard, les analyses ADN confirmaient qu'il y avait bien eu un rapport sexuel. Les experts étaient divisés sur la nature contraignante ou non du rapport (...).

Les jurés n'avaient pas de questions, Maître Rozenberg se leva pour l'interroger :

- Madame Vallet quand vous avez vu Mlle Wizman, diriez-vous que vous avez eu une personne apeurée devant vous ?
- Oui, terrorisée, même. Elle pleurait, elle était en état de choc.
- (...) L'attitude de Mlle Wizman était-elle celle d'une victime de viol ?
- Oui. Elle était extrêmement choquée et émue et pleurait sans discontinuer.
- D'après-vous, elle mentait ou elle était sincère ?
- Rien ne nous permettait de douter de la sincérité de Mlle Wizman.

(...)

La présidente demande à Alexandre Farel de se lever. Elle lui annonça qu'ils allaient maintenant s'intéresser à lui afin de le connaître sous tous les angles, et évoquer sa vie familiale, professionnelle, intime pour le juger le mieux possible.

Suite du procès. Audition de Mila.

Extrait n° 2¹⁶⁶

Le lendemain matin, la présidente annonça qu'elle allait procéder à l'audition de Mila Wilzman. La jeune femme s'avança à la barre en tremblant :

- J'y arriverai pas.
- Qu'est-ce que vous attendez de ce procès ?
- Qu'on reconnaissse le mal qu'il m'a fait.
- Vous avez un petit ami ?
- Non
- (...) Est-ce que vous avez une idée de l'heure qu'il était quand Alexandre Farel vous a proposé de le suivre ?
- Environ 23 heures ou minuit, je ne sais plus.
- Combien de temps s'est-il passé ?
- Je ne sais plus, quarante minutes, peut-être plus ou moins.
- La police a dit qu'il y avait des choses qui n'allaient pas. Vous avez affirmé que vous n'aviez pas pris de drogue alors que les analyses toxicologiques ont prouvé l'inverse.

¹⁶⁵ TUIL, p. 215-217. Les soulignements en gras sont de nous.

¹⁶⁶ TUIL, p. 225-228. Les soulignements en gras sont de nous.

- J'avais peur qu'on dise que j'avais fumé, que je n'avais pas ma tête, je cherchais pas d'histoires, j'avais peur qu'on dise que j'étais pas dans un état normal, des choses comme ça.
- Et pour la drogue ?
- Je ne voulais pas de problème avec la police.
- Vous en avez déjà eu ?
- Non. Jamais.
- Personne ne fume dans votre famille ?
- Non (...)
- Est-ce que l'on boit dans votre famille ?
- Non.
- Pendant le trajet, M. Farel essaye de vous embrasser, vous enlacer ?
- Oui. Il met sa main sur mon épaule.
- (...) Vous vous laissez faire ?
- Pas vraiment.
- C'est-à-dire ?
- J'envoie balader sa main mais il insiste.
- Et vous ne dites rien ?
- Il a retiré sa main à ce moment-là (...)
- Et après ?
- Elle pleure.
- Il vous a demandé de lui faire une fellation, c'est ça ?
- Il m'a prise par le cou et a plaqué ma tête contre son sexe.
- Elle se contorsionne à la barre, frotte ses mains contre son jean dans un tic nerveux – au bord de l'effondrement.
- Vous étiez d'accord ou pas ? Passive ou active ?
- J'étais pas d'accord !
- Vous lui avez exprimé que vous n'étiez pas d'accord par la parole, un geste ? (...) Vous vous êtes laissé faire ?
- J'étais terrifiée ! Il avait un regard de fou, j'ai eu très peur.
- Vous avez crié ? (...) Vous n'avez pas dit non ? (...) Vous avez dit non à ce moment-là ?
- J'avais peur, j'arrivais plus à parler (...)
- (...) Vous aviez manifesté le désir de partir ?
- Je ne sais plus, je m'en souviens pas, j'avais peur.
- (...) Elle essuya des larmes qui coulaient sur ses joues.
- Ce ne sont que des questions, mademoiselle.

On est toujours durant la phase du procès, plusieurs témoins et experts expriment leurs constatations.

Extrait n° 3¹⁶⁷

La psychologue qui avait examiné Mila six mois après les faits à la demande du juge d'instruction fut appelée à la barre. Elle expliqua que Mila Wizman présentait un profil clinique normal et exempt de pathologies médicales

¹⁶⁷ TUIL, p. 240-243. Les soulignements en gras sont de nous.

susceptibles d'altérer son jugement : « (...) Elle a parfois du mal à exprimer et à extérioriser ses sentiments, ce qui explique l'effondrement psychologique réactionnel aux faits dont elle a été victime. Durant les faits, elle semblait avoir présenté un état de sidération qui ne lui a pas permis de se défendre (...). »

Elle raconta que Mila Wizman avait eu une enfance heureuse (...). « Mila est très proche de son père mais elle va mal depuis que ses parents ont divorcé. Elle dit qu'elle aimait bien la nouvelle compagne du père, même si elle lui en voulait d'avoir brisé leur famille. Sa mère, Valérie Berdah, âgée d'une quarantaine d'années, vit à Brooklyn (...). Ensemble, ils ont eu un petit garçon. La fille cadette vit avec eux. (...) Mila s'est bien insérée à l'école (...)

L'examen de la personnalité de Mila ne révèle pas d'anomalies mentales ou psychologiques. Elle présente un degré d'intelligence normal. (...) Mila Wizman est crédible. Le retentissement post-trauma qu'elle présente correspond à celui qui est observé habituellement chez les victimes de viol.

Audition d'Alexandre

Extrait n° 4¹⁶⁸

- À ce moment-là, vous voyez bien qu'elle est terrifiée.
- Non, sinon, j'aurais arrêté. Elle se laissait faire et j'avais même l'impression qu'elle prenait du plaisir à cela.
- Elle se laissait faire parce qu'elle était sidérée, peut-être ? C'est ce qu'elle a dit.
- Non.
- Sur quels éléments vous basez-vous pour dire cela ?
- Je suis un peu gêné de dire ça.
- Dites-le...
- Son sexe était trempé, elle a joui.

Il y eut des cris de protestation dans la salle, Mila Wizman cachait son visage inondé de larmes entre ses mains.

En marge du procès, Mila s'exprime sur un blog. Elle a diffusé un texte dans lequel elle s'adresse directement à Alexandre.

Extrait n° 5¹⁶⁹

« Sur ce qui s'est passé là-bas, tu dis que nous n'avons pas vécu la même histoire, mais au fond de toi, tu le sais, tu m'as violée. Toi, tu dis partout que j'étais consentante, que nous avions trop bu, ton père a parlé de 'vingt minutes d'action', il a même utilisé cette expression : on est dans la zone grise. Mais c'est quoi cette zone grise, puisque je n'ai jamais été consentante ? (...)

Pendant tout le temps qu'a duré cette épreuve, j'étais tétanisée par la peur. S'il ne s'était rien passé, pourquoi est-ce que j'aurais été porter plainte ? Est-ce que tu sais ce que c'est que d'aller dans un commissariat au milieu de dizaines de personnes qui attendent et d'entendre, quand vient enfin ton tour, ces questions horribles 'Vous étiez habillée comment ? Vous aviez envie d'avoir un rapport ? Et, la pire : vous avez joui ?' Pourquoi est-ce que j'aurais accepté, après cela, de me rendre à l'hôpital, en larmes, pour subir tous ces examens terribles ? Tu ne sais pas ce que ça fait d'être nue devant des inconnus, d'écartier les jambes... Imagine-toi cinq minutes... Mets-toi à ma place, pour une fois ! On m'a introduit plusieurs cotons-tiges dans le vagin, on m'a donné des médicaments, un

¹⁶⁸ TUIL, p. 258-259. Les soulignements en gras sont de nous.

¹⁶⁹ TUIL, p. 283-285. Les soulignements en gras sont de nous.

traitement préventif du VIH, on a introduit des embouts dans mon sexe pour voir à l'intérieur **en commentant à chaque fois comme si j'étais une zone d'expérimentation** et on m'a donné une pilule du lendemain (...). Ma mère est venue me chercher. Je pleurais et je ne pouvais même pas marcher, j'avais l'impression d'avoir un poids en fer à la place du sexe, ça pesait des tonnes, il n'y avait plus que ça. Je me disais que plus jamais un homme ne s'approcherait de moi (...). Après plusieurs heures, j'ai enfin eu le droit de me doucher. (...) Tout le monde (...) [m'a] dit que je devais essayer de retrouver une vie normale. Mais moi, je ne sais pas ce que c'est une vie normale. Une vie normale, c'est une vie sans violence, je ne sais plus ce que c'est. **Mais, il y a pire que la violence, en fait, c'est ton mépris et celui de ton père.** C'est **votre indifférence** à ma souffrance (...) Tu as détruit ma vie et je veux **avoir une chance de me reconstruire.** Mais pour cela, **je voudrais qu'aujourd'hui, tu reconnaises le mal que tu m'as fait.** »

§3 Critiques et portée juridique du texte : « C'est relativement rare que des personnes se disent *Tiens, je ne sais pas quoi faire cet après-midi, je vais dénoncer la personne avec qui j'ai eu une relation sexuelle consentante samedi passé pour viol, je vais me faire X auditions par le Ministère public pour raconter tout ce qui s'est passé* »¹⁷⁰ affirme la Prof. Camille Perrier-Depeursinge. Si l'une des craintes – médiatisée en tout cas – était que la révision du viol ne provoque davantage de fausses dénonciations¹⁷¹, ces quelques extraits témoignant de la violence d'un parcours judiciaire pénal, tel que peut le vivre une victime, viennent annihiler tout débat. Dans les lignes qui vont suivre, nous reviendrons sur quelques extraits de textes pour les confronter aux aspects juridiques¹⁷².

i. *Le huis clos et la présence de la victime aux débats :* « La jeune femme s'avança à la barre en tremblant », « Il y eut des cris de protestation dans la salle, Mila Wizman cachait son visage inondé de larmes entre ses mains »... Une scène tragique, ainsi pourrions-nous définir l'espace judiciaire qui accueille les débats. Une croyance populaire réside dans le fait qu'un huis clos est toujours exigible. Même si tel est souvent le cas (car le huis clos découle de la protection de la personnalité de la victime, selon l'art. 117 CPP¹⁷³), ce droit n'est absolument pas garanti (art. 70 al. 1

¹⁷⁰ Entretien avec la Prof. Camille PERRIER-DEPEURSINGE : GOLK #10, *Camille Perrier Depeursinge nous parle de justice restaurative*, décembre 2022, disponible sur : <https://youtu.be/jYzh2kYc6cQ?si=Ouh5kHFqbtjYA-oZ&t=2966> (consulté le 12 décembre 2024).

¹⁷¹ Rappel, le viol est une infraction poursuivie d'office, un dépôt de plainte n'est donc pas nécessaire pour que le Ministère public ouvre une instruction. Le fait, toutefois, que la révision du droit pénal entraînera éventuellement plus de condamnations semble fondé (Interventions du Prof. André KUHN et de la Procureure Manon SIMEONI, *C'est oui ou c'est non*, Débat organisé par SOROPTIMIST et L'ASSOCIATION DES ÉTUDIANT-ES EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL (ANED), Université de Neuchâtel, 9 décembre 2024).

¹⁷² Il convient, ici, de préciser que l'extrait de texte qui vous est proposé relève du droit français qui, dans le cas des assises, procède à la réadmission de toutes les preuves, contrairement au droit suisse. Mais, nous l'analyserons ici dans la perspective du droit suisse.

¹⁷³ PC-CPP, art. 70 CPP n° 7.

lit.a CPP) et un huis clos partiel seulement peut être ordonné (dans ce cas, la presse est aussi présente dans la salle)¹⁷⁴. Le principe de publicité prévaut, dans tous les cas, dans la justice régissant les adultes¹⁷⁵, c'est « même l'un des fondamentaux de la procédure de type accusatoire »¹⁷⁶. On notera que sous l'empire d'une précédente version de la LAVI, ce droit devait obligatoirement être ordonné si la victime l'exigeait (art. 5 al. 3 in fine aLAVI), mais la jurisprudence avait tempéré cette affirmation en argumentant que qu'il ne s'agissait pas d'un droit absolu¹⁷⁷.

Dans l'extrait n° 5, Mila fait état du parcours humiliant, du regard pesant et jugeant qui est posé sur elle. Une question qui peut se poser est la suivante : Mila aurait-elle pu être absente à son procès ? Faudrait-on le souhaiter à Mila ? D'autres personnages en littérature ont été absents de leur procès – nous pensons ici à un passage de l'ouvrage *Le témoin* de Joy SORMAN dans lequel la plaignante décide de ne pas se présenter à son procès, cette absence se métamorphosant tragiquement en argument de défense en faveur de l'accusé par l'avocat de ce dernier¹⁷⁸. En droit suisse, si la victime se constitue partie plaignante, ceci peut être accordé, mais ce sera à la direction de la procédure (sous-entendu le juge) de décider (art. 338 al.1 CPP). À nouveau, la partie plaignante peut se voir retirer le droit qu'on lui fait miroiter...

ii. *L'audition de la victime* : L'extrait n° 2 nous montre combien le monde judiciaire est sourd au monologue gestuel de Mila ? N'a-t-elle pas dit « Je n'y arriverais pas » ? Ne s'est-elle pas contorsionnée « à la barre, frott[é] ses mains contre son jean dans un tic nerveux – au bord de l'effondrement » ? Dans l'extrait n° 4 qui apporte la prétendue preuve du consentement de Mila « elle a joui », ne voit-on pas Mila se cacher « son visage inondé de larmes entre ses mains » ? Qui les voit ? Qui les

¹⁷⁴ Pour une vue d'ensemble de ce que peut donner la composition d'une telle salle, voici un exemple au Palais de Justice de Genève, disponible sous : <https://youtu.be/9ofNKvHERkg?si=jndcpXRmSk0KQYsD&t=272> (consulté le 12 décembre 2024).

¹⁷⁵ Pour les mineurs, le huis-clos est la règle (art. 14 PPMIn). « La portée du principe du huis clos est conséquente puisque celui-ci permet l'exclusion du prévenu lui-même, de ses représentants légaux et de la personne de confiance aux débats lorsque des intérêts publics ou privés le justifient (art. 35 al.2 PPMIn). » (PC-DPMIn, art. 14 PPMIn n° 51)

¹⁷⁶ PC-CPP, Remarques préliminaires aux art. 69ss CPP n° 1.

¹⁷⁷ PC-CPP, art. 70 CPP n° 7.

¹⁷⁸ SORMAN, p. 252. Je remercie ici chaleureusement Me Yan WOJCIK (Université de Neuchâtel) de m'avoir fait connaître cette lecture.

regarde ? Qui lui répond ? Qui fait attention à cela ? On se demande obstinément si elle était consentant au jour X du mois Y de l'année Z, mais personne ne se soucie si elle est consentante de répondre à ces questions lors de cette audience. « Ce ne sont que des questions, mademoiselle » lui répond la juge alors qu'elle essuie les larmes qui coulent sur ses joues. Dans l'ancien droit, on examinait la résistance de la victime aux larmes, aux pleurs, aux gestes qu'elle avait pu faire pour extérioriser son refus de l'acte. Quel poids ont les larmes, les pleurs, les gestes de Mila dans cette audience ? Les considère-t-on ? Non, la justice est impassible à ces gestes, mais juge si l'auteur soupçonné de l'infraction y était sensible lors de l'acte...

Nous l'avions précisé (*infra* 2.2), la victime peut avoir, soit le statut d'audition de *témoin* (166 al.1 CPP), soit celui de *personne appelée à donner des renseignements* si elle s'est constituée *partie plaignante* (178 lit.a CPP). De manière quelque peu trompeuse – car ceci n'est pas possible pour toutes les victimes, mais uniquement pour celles d'infractions à l'intégrité sexuelle – l'art. 117 lit.d avec un renvoi à l'art. 169 al. 4 CPP prévoit que la victime a le « droit de refuser de témoigner ». Ceci est partiellement vrai, car elle a le droit de « refuser de répondre à des questions qui ont trait à sa sphère intime » (art. 169 al.4 CPP). Reprenons l'audition de Mila : « Vous avez un petit ami ? », « La police a dit qu'il y avait des choses qui n'allait pas. Vous avez affirmé que vous n'aviez pas pris de drogue alors que les analyses toxicologiques ont prouvé le contraire », « Personne ne fume dans votre famille ? », « Est-ce que l'on boit dans votre famille ? »... Ces questions n'ont pas trait à sa sphère intime, elle doit donc y répondre (163 CPP et 180 al. 2 CPP). Maintenant, notre lecteur se demande peut-être, comme nous, pourquoi on pose toutes ces questions ? En quoi le fait de savoir si l'auteur a agi ou non, le jour J à telle heure, contre le consentement de la victime exige-t-il de poser des questions d'ordre familial ? Ceci est vrai pour l'audition de la victime, mais aussi pour celle de l'auteur (extrait 1) « ils allaient maintenant s'intéresser à lui afin de le connaître sous tous les angles, et évoquer sa vie familiale, professionnelle, intime pour le juger *le mieux possible* ».

Pour juger ou non d'un consentement « le *mieux possible* », il faut donc décortiquer, traquer, farfouiller, renverser, remuer, tordre, scruter, examiner, disséquer la vie de l'auteur et de la victime ? Et le huis clos, on le rappelle, n'est pas obligatoirement ordonné ? Que va-t-on juger ? Un couple ? Une situation ? Ou un acte ? Que dira-t-on de la victime ? Que dira-t-on de l'auteur ? Alors que certains préfèrent mener une vie intime paisible en charentaises, d'autres sont des abonnés du sexshop... Est-ce un crime de mener des vies différentes, va-t-on être moins cru (du côté de l'auteur ou de la victime) parce que notre intimité n'est pas conforme à la bienséance ? Non... mais ce sera un élément de preuve qui va être ajouté dossier « pièce n° 122 »... Pour rappel (voir *supra* 2.1), dans le Code pénal de 1942, les infractions de viol étaient classées « Infractions contre la morale »... Il faut espérer que la morale qui, selon certaines théories (moralisme juridique)¹⁷⁹ pourrait justifier la criminalisation – alors même qu'elle est, selon ceux-ci, « like a line that divides land and sea, a coastline of irregularities and indentations »¹⁸⁰ – ne deviendra pas, aujourd'hui, un critère pour juger du consentement de l'art. 190 CP¹⁸¹ !

Si la victime peut renoncer à répondre aux questions liées à la sphère intime, il reste néanmoins incontestable qu'une audition est un moyen de preuve nécessaire. Et, pour prouver l'absence de consentement, la déclaration de la victime va s'avérer fondamentale¹⁸², car il est fort à parier que la déclaration du prévenu ira dans le sens inverse... Comme nous l'avons vu, hormis l'art. 153 CPP qui peut permettre à la victime d'être entendue par une personne de même sexe et l'art. 153 al.2 CPP qui lui permet d'être accompagnée par une personne de confiance, les méthodes d'interrogatoires ne sont pas encadrées pour « questionner ces victimes majeures, en particulier lorsqu'elles ont subi des agressions sexuelles »¹⁸³. Il existe quelques formations continues, mais « dans la pratique, la plupart des

¹⁷⁹ Théorie du moralisme juridique. Pour un aperçu, voir : VAN DE KERCHOVE, p. 449ss.

¹⁸⁰ DEVLIN, p. 148.

¹⁸¹ Dans un récent arrêt genevois (mais sous l'empire de l'ancien droit), la Cour de Justice a, heureusement, débouté le Ministère public, en précisant que « le caractère extra-conjugal d'une relation n'est pas un indice d'une absence de consentement de l'un des partenaires » (Cour de Justice, Chambre pénale de recours, décision P/4878/2024, ACPR/800/2024 du 31 octobre 2024, consid. 3.4).

¹⁸² COURVOISIER, p. 115.

¹⁸³ COURVOISIER, p. 121.

enquêteurs auditionnent les victimes (...) selon leur bon sens »¹⁸⁴. Mais, lors d'une audition, les « histoires [devraient] être racontées et comprises de la façon la plus authentique possible et en occasionnant le moins de souffrance possible »¹⁸⁵, il conviendrait donc que des professionnels s'interrogent sur les mécanismes légaux manquants¹⁸⁶ pour donner à ces interrogatoires l'impression de ne pas être un moment de torture, tel que le vit Mila...

Nous venons de le voir : le témoignage de la victime (*personne appelée à donner des renseignements* si celle-ci s'est constituée *partie plaignante*, sinon *témoin*) est obligatoire, sauf pour les questions liées à la sphère intime, avec la réserve que c'est un moyen de preuve fondamental. Mais, l'hypocrise de la procédure pénale va encore plus loin... si la victime peut refuser de répondre à des questions liées à sa sphère intime, elle ne peut par contre pas refuser de se soumettre à un examen physique de sa personne (art. 251 al.4 CPP) : « celui qui n'a pas le statut de prévenu ne peut subir un examen de sa personne ou une intervention portant atteinte à son intégrité corporelle contre sa volonté que si les atteintes à son intégrité corporelle ne lui causent pas de douleurs particulières ni ne nuisent à sa santé et qu'il s'agit d'une mesure indispensable pour élucider une infraction au sens des art. (...) 190 CP ». Or, il est incontestable que « cet examen à caractère médical prononcé (...) est clairement intrusif car il porte atteinte à l'intégrité corporelle »¹⁸⁷ et il ne peut pas être effectué par le médecin-gynécologue traitant de la victime, celui-ci n'étant pas formé aux examens forensiques¹⁸⁸.

Quand on lit l'extrait n° 5 « Tu ne sais pas ce que ça fait d'être nue devant des inconnus (...) On m'a introduit des embouts dans mon sexe pour voir à l'intérieur en commentant à chaque fois comme si j'étais une zone d'expérimentation », les mots parlent d'eux-mêmes, il n'y pas besoin d'en ajouter davantage... Et pourtant la Justice est convaincue de faire son devoir en exigeant cet examen...

¹⁸⁴ COURVOISIER, p. 122.

¹⁸⁵ CAPUS/JACQUIER ERARD, §7.

¹⁸⁶ CAPUS/JACQUIER ERARD, §7. Pour un aperçu des aspects psychologiques importants qu'il faudrait pouvoir inclure dans la pratique judiciaire, voir : SCHNEIDER/BANSE/NIEHAUS.

¹⁸⁷ CPP- Commentaire praticiens, Art. 251 - Art. 252, n° 585. Selon JOSITSCH/SCHMID, le seul examen qui permette de combiner l'art. 251 al.4 CPP avec un pseudo respect de l'art. 169 al.4 CPP, est celui de l'examen psychiatrique, puisque celui-ci comporte des dépositions (Praxis StPO Art. 251 CPP, n° 11).

¹⁸⁸ Intervention de la Procureure Géraldine KIPFER, Webinaire modéré par la Prof. Anne-Sylvie DUPONT, *Ja oder nein ? Rund um die Vergewaltigung*, Société suisse des juristes (SSJ), 11 décembre 2024.

Notons au passage qu'un projet de révision de la LAVI, dont le communiqué de presse s'intitule « Améliorer l'assistance médico-légale pour les victimes de violence »¹⁸⁹ prévoit que chaque canton pourra *offrir* de telles prestations – toujours sans que le gynécologue traitant soit la personne de référence... – afin de permettre une meilleure conservation des preuves en vue d'un éventuel procès... Quand on sait que ce type de preuve est « un parmi d'autre » et est rarement décisif quant à l'avancée de l'enquête¹⁹⁰, un goût amer nous vient à la lecture du communiqué de presse...

iii. *La crédibilité et l'expertise de la crédibilité* : Il peut aussi arriver que l'on aille plus loin que l'audition et que l'on veuille traquer la crédibilité de la victime, notamment mineure, au prisme d'une « expertise de crédibilité ». Quand Mila nous dit dans le deuxième extrait : « J'avais peur qu'on dise que j'avais fumé, que je n'avais pas ma tête, je cherchais pas d'histoire, j'avais peur qu'on dise que j'étais pas dans un état normal, des choses comme ça », le lecteur a d'emblée envie de la rassurer en lui disant qu'on la croit, que même si elle avait un peu bu, même si les analyses toxicologiques sont positives, cet état ne lui sera pas reproché. Cet instinct de lecteur doit être freiné par la réalité judiciaire.

Aux termes de l'art. 182 CPP, le « ministère public et les tribunaux ont recours à un ou plusieurs experts lorsqu'ils ne disposent pas des connaissances et des capacités nécessaires pour constater ou juger un état de fait ». « Ainsi, le recours à l'expertise est-il – en principe – facultatif et laisse un large pouvoir d'appréciation à l'autorité pénale, qui détermine dans quelle mesure son appréciation des faits exige ou non des compétences qu'elle n'a pas »¹⁹¹. Ainsi, dans le beau pays de la théorie – pays qui est tout aussi, si ce n'est plus truffé de douces fictions et d'imaginaires tenaces que le pays de l'écriture romanesque –

¹⁸⁹ Communiqué de presse du Conseil fédéral, Améliorer l'assistance médico-légale pour les victimes de violence, disponible sous : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mn.msg-id-102711.html> (consulté le 14 décembre 2024).

¹⁹⁰ COURVOISIER, p. 125 ; Voir aussi : Intervention de la Procureur Manon SIMEONI, *C'est oui ou c'est non*, Débat organisé par SOROPTIMIST et L'ASSOCIATION DES ÉTUDIANT-ES EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL (ANED), Université de Neuchâtel, 9 décembre 2024 ; Interview de la Prof. Camille PERRIER DEPEURSINGE à la RTS, disponible sous : [https://www.rts.ch/play/tv/-?urn=urn:rts:video:15216026&startTime=1051](https://www.rts.ch/play/tv/-/video/-?urn=urn:rts:video:15216026&startTime=1051) (consulté le 12 décembre 2024).

¹⁹¹ DONGOIS/WOUTERS, p. 172.

l'expertise devrait être utilisée quand le juge ne dispose pas des connaissances nécessaires pour apprécier tel ou tel fait. Or, comme l'écrit Me Loïc PAREIN, le risque est, de manière générale pour toute expertise, que cela ne devienne un réflexe « presque pavlovien »¹⁹² pour les autorités pénales alors même que les expertises de crédibilité devraient rester exceptionnelles¹⁹³. En effet, celles-ci ont pour objectif « d'apprécier au mieux le caractère crédible de certaines déclarations »¹⁹⁴, des victimes notamment (jamais de l'auteur !¹⁹⁵). Nous ne reviendrons pas ici sur les différentes modalités de cette expertise – le Tribunal fédéral ayant non seulement décrété sur la base de quels critères les autorités pénales sont en droit d'y avoir recours, mais aussi quelle méthodologie, relevant pourtant de l'art médical, les experts se devaient de suivre¹⁹⁶, mais il est à noter qu'elles sont relativement répandues chez les victimes mineures¹⁹⁷.

Dans notre texte (extrait n° 2), on retrouve des expressions prononcées par l'experte psychiatre, telles que « Mila Wizman présentait un profil clinique normal », « l'examen de la personnalité de Mila ne révèle pas d'anomalies mentales ou psychologiques », « Mila Wizman est crédible » et son comportement « correspond à celui qui est observé habituellement chez les victimes de viol ». Dans l'extrait n°3 (témoignage de la directrice de l'enquête, cette fois-ci), on demande à la policière d'abord « L'attitude de Mlle Wizman était-elle celle d'une victime de viol ? », puis « D'après-vous, elle mentait ou elle était sincère ? »....

Ces questions nous laissent songeur. Existe-t-il un petit guide des *bonnes* victimes ? Nous doutons que chaque membre du personnel des autorités pénales prenne le temps de se documenter sur tous les aspects fins et nuancés des études de psychologie liées aux réactions des victimes de viol et il est à craindre que de telles questions, a fortiori quand elles sont posées à une policière et non pas à un psychiatre, n'amènent à des visions stéréotypées, issues de la culture populaire,

¹⁹² PAREIN *Expertise*, p. 213.

¹⁹³ DONGOIS/WOUTERS, p. 174.

¹⁹⁴ DONGOIS/WOUTERS, p. 173.

¹⁹⁵ En effet, ceci entrerait en contradiction avec le fait que l'auteur, selon les règles de la procédure pénale, a « le droit de ne pas s'auto-incriminer, de se taire, voire de mentir » DONGOIS/WOUTERS, p. 173, note de bas de page n° 7.

¹⁹⁶ DONGOIS/WOUTERS, p. 173.

¹⁹⁷ DONGOIS/WOUTERS, p. 175. Dans un arrêt TF, 6B_1247/2021 du 16 novembre 2024, le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'une expertise de crédibilité démontre que « les déclarations de la victime sont globalement crédibles, cela ne signifie pas encore que les faits se sont déroulés de la manière décrite » (consid. 2.4). Pour un commentaire de cet arrêt, voir MONOD.

des réactions de victimes de viol. De ce point de vue, il pourrait sembler heureux de recourir aux expertises de crédibilité faites par des professionnels, mais cet outil ne devrait pas limiter les autorités pénales à ne vouloir obtenir qu'une réponse binaire, c'est-à-dire : oui, elle est crédible / non, elle n'est pas crédible. Car, même une personne non-crédible peut dire la vérité. Dans le cas qui nous occupe, celui de Mila, il faut préciser que Mila avait été témoin, dans son enfance, d'une attaque terroriste et donc qu'elle pourrait être en proie à davantage d'anxiété. Est-ce que cela va affaiblir son témoignage, car la cohérence de son récit - troublé par un passé traumatisque lourd - pourrait en être affectée et par conséquent paraître moins crédible ? DONGOIS /WOUTERS précisent : « Il est important de noter que la notion de crédibilité n'a rien à voir avec la notion de vérité. La notion de crédibilité consiste à s'intéresser à la qualité du discours, la notion de vérité consiste à savoir ce qui s'est réellement passé »¹⁹⁸ ! Une expertise est un moyen de preuve. Selon notre Code de procédure pénale, l'« administration [des preuves] a, de par la loi, pour but d'établir la vérité (art. 139 al.1 CPP »¹⁹⁹, mais l'expertise n'est qu'un moyen parmi pour autres d'établir la vérité.

Or, de la crédibilité à la certitude de la vérité, il n'y a qu'un pas... que nous ne souhaiterions pas voir franchi par les tribunaux. Un arrêt récent du Tribunal cantonal neuchâtelois pourrait nous autoriser, cependant, un brin d'optimisme : celui-ci considère que, même si les déclarations de la victime sont, à première vue, tout aussi crédibles que celles de l'éventuel auteur (donc *ex-aequo*, sans instruction), cela n'est pas une raison pour classer l'affaire, même si l'instruction aboutissait, *in fine*, à un classement²⁰⁰.

Les études de victimologie mettent fréquemment en évidence la notion de *seconde victimisation*, à savoir que « la victime est blessée une première fois par l'acte criminel et une seconde fois par les réactions d'autrui, en particulier les autorités de justice pénale qui échouent à répondre à leur besoin »²⁰¹. L'extrait n° 5, cri du cœur de la part de Mila,

¹⁹⁸ DONGOIS /WOUTERS, p. 185.

¹⁹⁹ VUILLE/PAREIN, p. 228.

²⁰⁰ Tribunal cantonal de Neuchâtel, ARMP.2024.112 du 25 novembre 2024.

²⁰¹ WEMMERS, p. 143.

témoigne de la violence des réponses judiciaires à sa souffrance. Une deuxième douleur, censée cicatriser sa première blessure, s'ajoute à la première. Si l'agression était un traumatisme, l'expérience du tribunal – la justice des hommes – en devient un autre : « Est-ce que tu sais ce que c'est que d'aller dans un commissariat au milieu de dizaines de personnes qui attendent et d'entendre, quand vient enfin ton tour, ces questions horribles 'Vous étiez habillée comment ? Vous aviez envie d'avoir un rapport ? Et, la pire : vous avez joui ?' Pourquoi est-ce que j'aurais accepté, après cela, de me rendre à l'hôpital, en larmes, pour subir tous ces examens terribles ? Tu ne sais pas ce que ça fait d'être nue devant des inconnus... comme si j'étais une zone d'expérimentation ».

Matraquée, observée, examinée... On épie patiemment les réactions de Mila, elle doit correspondre à *une réaction typique*. Et si elle ne réagit pas comme les autres victimes, on va la mettre sous les projecteurs d'une expérimentation de sa crédibilité. Tout le monde la regarde, la juge : policier, médecin, psychiatre, public, juge, juré, procureur... Elle devient cette « zone d'expérimentation » et on note, dans son cahier de laborantin justicier : « elle a joui »... Elle peut pleurer, se cramponner à la barre. Cela, on ne le verra pas : non, on se concentre sur une seule chose : comment cette chose a réagi face à cet homme ? Peu à peu, elle devient chose. Nous l'avions évoqué ci-dessus avec Bernard, considérant Thérèse comme sa chose, et avions conclu que la réification de la victime pourrait être une manière d'appréhender l'intention de profit de l'état de sidération. Mais, avions-nous imaginé, à ce moment-là, que la justice des hommes réduirait, une seconde fois, la victime à cela ?²⁰²

Charles BAUDELAIRE se comparait à l'Albatros, lui le poète que personne ne comprenait :

L'Albatros - Charles BAUDELAIRE (1861)

Souvent, pour s'amuser, les hommes d'équipage
 Prennent des albatros, vastes oiseaux des mers,
 Qui suivent, indolents compagnons de voyage,
 Le navire glissant sur les gouffres amers.

 A peine les ont-ils déposés sur les planches,

²⁰² Les procureurs sont sensibles et souvent conscients de la seconde victimisation, lourd fardeau procédural des victimes. Cependant, ils n'ont pas assez de moyens légaux pour la contrer : Intervention de la Procureure Géraldine KIPFER, Webinaire modéré par la Prof. Anne-Sylvie DUPONT, *Ja oder nein ? Rund um die Vergewaltigung*, Société suisse des juristes (SSJ), 11 décembre 2024.

Que ces rois de l'azur, maladroits et honteux,
LaisSENT piteusement leurs grandes ailes blanches
Comme des avirons traîner à côté d'eux.

Ce voyageur ailé, comme il est gauche et veule !
Lui, naguère si beau, qu'il est (...) laid !
(...)

Mila aussi devient cet albatros, cet oiseau « maladroit et honteux », « gauche et veule » que tout le monde regarde. On l'observe sous tous ses angles : avant, il était beau et, maintenant, on mesure sa peine, devenu « laid ».

Peut-on être fier d'une Justice qui, sur le navire de la procédure pénale, fait des victimes d'« indolents compagnons de voyage » ? Du moins, a-t-on conscience du poids que nos 180 pages du Code de procédure pénale font peser sur les acteurs d'une infraction, tant du côté de l'auteur que de la victime ?

4. ANALYSE CRITIQUE DE LA RÉPONSE JURIDIQUE SOUS LE PRISME DE LA LITTÉRATURE : LA JUSTICE, UN MAL NÉCESSAIRE ?

Pour reprendre la si juste expression du Prof. Sylvain MARCHAND, le droit n'est pas toujours « une réalité très sympathique. Le juriste qui l'ignore est un stratège en chambre, un médecin qui a peur du sang »²⁰³. Dans la troisième partie de ce travail, nous avons souhaité révéler quelques zones d'ombres de ce droit « pas très sympathique », tant de la révision du droit pénal sexuel que dans certains éléments de procédure pénale que doivent traverser les victimes. L'analyse juridique via le prisme littéraire des romans de MAURIAC et de TUIL nous a fait rejoindre deux des trois buts wigmoriens²⁰⁴ de l'analyse juridico-littéraire (*supra figure 1*), à savoir celui de *la représentation du droit par l'homme commun*²⁰⁵ – soit la vision du droit faite par la société civile²⁰⁶ – et celui de *la littérature comme catalogue de la nature humaine*²⁰⁷ – soit la possibilité offerte au juriste de fréquenter

²⁰³ MARCHAND, *avant-propos*.

²⁰⁴ LOUTSCH, p. 15ss.

²⁰⁵ BARON 2016, p. 373.

²⁰⁶ SÉGUR, p. 114.

²⁰⁷ SIMONIN, p. 49

les personnages de littérature pour en comprendre la complexité humaine et, qui sait, peut-être d'en retirer certaines qualités humaines ?²⁰⁸.

La partie qui suivra tend à rejoindre le troisième but - wigmorien toujours - de l'analyse juridico-littéraire, à savoir *la prise de conscience par le juriste de la nécessaire évolution de la loi*, c'est-à-dire le fait de considérer la littérature comme un outil d'évolution de la loi²⁰⁹. « La critique est aisée, mais l'art est difficile » écrivait Philippe NERICIAULT. Nous verrons ici comment l'art littéraire pourrait donner quelques pistes de réflexions pour améliorer l'art juridique.

4.1 Quand la reconnaissance du statut de victime se heurte à une place vide dans le procès :

La victime dans le procès : Lors d'un débat entre Justice et Littérature à l'Université de Neuchâtel²¹⁰, Pascale ROBERT-DIARD, la chroniqueuse judiciaire et autrice du roman *La petite menteuse*, expliqua qu'elle était empruntée pour répondre à la question « Comment le système pénal actuel accueille-t-il les victimes d'infractions sexuelles ? », car le système pénal n'est pas pensé pour *accueillir* les victimes²¹¹. Nous l'avons vu avec Mila, elle tient certes un rôle très important, celui de *personne appelée à donner des renseignements* dans son audition et de *victime présumée* de viol, mais au-delà de ces deux statuts qui permettent à la justice d'*instruire*²¹², sa souffrance n'est jamais écoutée sans être confrontée aux éléments du dossier. À ce propos, de nombreux auteurs²¹³ s'insurgent contre le mensonge politique qui consiste à voir dans les révisions du droit pénal positif une volonté de satisfaire les victimes : « Mais l'a-t-on assez dit ? Nous ne le croyons pas, tant est virulent un discours pseudo scientifique prétendant que le procès pénal a valeur thérapeutique pour les victimes »²¹⁴. Et nombreux sont les discours politiques qui utilisent la souffrance des victimes comme autant de catapultes pour modifier le droit

²⁰⁸ OST, p. 4.

²⁰⁹ SIMONIN, p. 48.

²¹⁰ Table-ronde, *Femmes à la barre : le procès pénal à l'ère #MeToo vu par la littérature*, organisé par PLUME DE JUSTICE, réunissant Pascale ROBERT-DIARD, Dr. ès lettres Charlotte DUFOUR et Prof. André KUHN, Université de Neuchâtel, 13 mars 2024.

²¹¹ Ceci est particulièrement mis en évidence dans l'ouvrage : KUHN *Avenir pour la justice pénale* ?.

²¹² PAREIN *Victimes*, p. 89.

²¹³ KUHN *Menace*, p. 40.

²¹⁴ LANGUIN / ROBERT, p. 57.

pénal matériel. Il ne faut pas perdre de vue que le procès pénal vise à juger un auteur – présumé innocent – pour un acte que la société ne peut pas tolérer, puis à lui attribuer une sanction en fonction de plusieurs critères, dont celui de sa culpabilité²¹⁵. Mais la victime, pourtant au cœur de l'infraction, devient un dommage collatéral – ou, plus élégamment dit, une pièce du dossier – nécessaire à l'avancée de l'enquête. Ce qui n'empêche pas, comme nous l'avons déjà souligné *supra* 2.2, que le projet de révision de la LAVI (mise en place d'un système de permanence médicale permettant une collecte des preuves plus systématique lors d'infractions sexuelles) s'intitule « Améliorer l'assistance médico-légale pour les victimes de violence »...

De principale protagoniste lors du crime, elle glisse à celui, au mieux, de spectatrice²¹⁶, ou au pire d'« Albatros » que l'on va examiner sous toutes ses coutures, traquant le mensonge. De nombreux auteurs estiment, par ailleurs, qu'outre le jugement de l'acte, « le système pénal a pour but de resocialiser l'auteur du délit, cette resocialisation serait fortement compromise si la justice pénale devait se concentrer sur la réparation et la guérison de la victime »²¹⁷. Nous l'aurons donc compris : victime et procès pénal forment un oxymore par excellence.

Besoin de reconnaissance du statut de victime : Malgré les propos que nous venons de soulever ci-dessus, malgré les carcans d'une procédure pénale, même si la parole de la victime est mise en doute durant toute l'instruction, même si l'on va jusqu'à réifier son corps, ses gestes, sa posture pour tenter de découvrir la vérité, même si l'on n'hésite pas à soumettre la victime à une expertise de crédibilité (on la croit, mais quand même...), de nombreux débats politiques, sourds à ces considérations, continuent de vouloir offrir aux victimes – en souffrance – d'autres criminalisations comme seule et unique solution. Nous pensons ici, par exemple, à la volonté d'introduire le crime de *fémicide*²¹⁸. Au-delà du fait que les contours de cette potentielle nouvelle infraction sont encore flous, la justification de ce crime réside dans le fait que les femmes en sont les principales victimes (ce soit dit en passant, la doctrine, lors de la révision de 2024, était unanime pour saluer

²¹⁵ PERRIER DEPEURSINGE *Réconciliation*, p. 37.

²¹⁶ PERRIER DEPEURSINGE *Réconciliation*, p. 37.

²¹⁷ PAHUD, §79.

²¹⁸ Voir à ce sujet : RTS FORUM, *Le grand débat - Drame familial ou féminicide, la justice manque-t-elle de vocabulaire?*, disponible sous : <https://www.rts.ch/play/tv/-/video/-?urn=urn:rts:video:13900901> (consulté le 12 décembre 2024).

la désexualisation de la victime de viol, alors même que cette infraction touche plus de femmes que d'hommes... La création d'un féminicide serait donc un retour en arrière par rapport à cette révision de 2024... ?). « Criminaliser un comportement procure certainement le sentiment de s'attaquer à un problème et donne surtout bonne conscience »²¹⁹, mais « il est imaginable qu'à l'avenir d'autres personnes voudront faire reconnaître d'autres atteintes, et qu'elles puissent finalement se retrouver victimes de ne pas avoir été reconnues comme victimes »²²⁰...

On le comprend ici : le chemin est sans fin si la seule réponse que l'on veut offrir est un statut pénal de *victime*, car il convient ici de s'interroger – et non pas d'avoir bonne conscience – sur ce qu'est une victime. Nous l'avions montré ci-dessus (*supra figure 5*), la victime, en droit pénal, est un terme juridique qui se décompose en d'autres termes juridiques : celui de *témoin*, de *personne appelée à donner des renseignements*, en *partie plaignante* ou en rien si la personne ne s'est pas constituée comme telle...

Or, la victime – celle que protègent les mouvements progressistes – ne doit être réduite au seul vocabulaire pénal. On a rarement vu des mouvements de rue se battre pour qu'une victime soit reconnue *personne appelée à donner des renseignements*. Si cette dernière phrase se veut quelque peu provocante, c'est pour expliquer que le droit est un « langage difficile, archaïque, qui fait fonction de protection »²²¹, protection des fondements de notre démocratie, protection des fondements d'un procès pénal équitable qui veut que le prévenu soit non pas une potentielle victime d'erreur judiciaire, mais une personne présumée innocente que l'on va juger, selon les règles de procédure, pour l'acte qu'il a commis, acte que la société a choisi²²² de réprimer objectivement et non pas pour la souffrance subjective qu'il a causée.

De nombreux processus internationaux l'ont compris : le droit est un langage, mais les mots ont un autre sens, un sens pour eux-mêmes. C'est ainsi que d'autre formes de

²¹⁹ KUHN/SOLCÀ, p. 44.

²²⁰ BOÉCHAT, p. 309.

²²¹ ROBERT, *Leçon*, p. 31.

²²² En effet, « **le crime en tant que tel n'existe pas**. C'est parce que certains comportements se sont vu attribuer l'étiquette « crime » qu'ils sont devenus interdits. Il serait dès lors erroné de penser que la société sanctionne ce que l'on appelle « crime » ; la réalité est bien plutôt que l'on appelle « crime » ce que la société a décidé de sanctionner » (KUHN *Économie*, p. 185ss.). Ainsi conçu, le crime revêt la fonction formulée par le sociologue Émile DURKHEIM, celle du « maintien de la cohésion sociale », voir à ce propos : KUHN *Abolitionnisme*, p. 183ss.

justice, tels les tribunaux d'opinion²²³, « permettent dès lors à celles et ceux qui ont été ignorés par le système de justice officiel d'accéder à un statut de victime, lequel marque une possibilité de reconstruction d'une identité qui avait été détruite par le crime subi puis niée en situation d'impunité »²²⁴, à l'image du Tribunal international des crimes contre les femmes de Bruxelles (1976) qui « fait en effet déjà le choix de ne pas appliquer le droit mais non sans le critiquer à travers les témoignages des victimes, en soi considérés comme la preuve d'un manque d'effectivité des droits humains à l'égard des femmes »²²⁵. D'autres phénomènes encore, dès 2000, tendent à réécrire les jugements entrés en force, mais avec une perspective entièrement féministe²²⁶ ; ainsi jugée, la définition de l'atteinte corporelle inclurait la violence morale²²⁷ et « le passé sexuel des victimes de viol ne serait pas dévoilé »²²⁸.

Si ces nouvelles tendances internationales tendent à redonner à la victime un autre statut que celui, particulièrement mince et conditionné par la justice pénale nationale, la question se pose de quelle manière l'on peut redonner, aussi à l'interne des pays, une forme de dignité à ces personnes victimes, en reconnaissant leurs souffrances. Comme le souligne une inspectrice scientifique de police : « Il semble alors essentiel d'expliquer à la victime (...) [que] la reconnaissance d'un être en tant que victime s'inscrit au-delà de la loi. Il peut alors s'avérer extrêmement important pour un individu qui tente de se reconstruire, de savoir qu'il est écouté, considéré et reconnu en tant que personne blessée, même si la justice est limitée dans son pouvoir de condamner l'auteur de cette atteinte »²²⁹. Car, il faut l'avouer : si la procédure se solde par un acquittement, la victime n'est plus rien...²³⁰

²²³ Les tribunaux d'opinion peuvent être définis comme suit : « mécanismes de justice alternative, extrajudiciaires, établis par des membres de la société civile, en vue de collecter des informations sur, analyser, dénoncer ou publier des situations de violations des droits humains non - ou insuffisamment - prises en charge par les systèmes de justice étatiques et internationaux. Ils réunissent en leur sein une assemblée délibérative, composée de personnalités issues de diverses disciplines et horizons (juristes, philosophes, historien-ne-s, politologues, universitaires, praticien-ne-s, représentant-e-s d'ONG, activistes, personnalités publiques, écrivain-e-s, artistes, etc.), dont la mission est de se prononcer, dans un rapport écrit, sur la responsabilité d'États, d'entreprises, voire d'individus. Ce prononcé, dépourvu de force contraignante, revêt une fonction déclarative, qui se cristallise dans la reconnaissance publique des faits et des victimes » (MONTAVON *Tribunaux d'opinion*, p. 30ss.)

²²⁴ MONTAVON *Autre justice*, p. 62.

²²⁵ MONTAVON *Tribunaux d'opinion*, p. 159. Voir aussi les développements sur les tribunaux spécifiquement consacrés aux femmes : MONTAVON *Tribunaux d'opinion*, p. 381ss

²²⁶ Voir à ce sujet l'article de : HAMEL/LAMBERT/ZIMMERMANN. Je remercie à ce propos la Prof. Nesa ZIMMERMANN de m'avoir fait connaître cette thématique si fascinante de la réécriture des jugements.

²²⁷ VIGNERON, p. 242.

²²⁸ VIGNERON, p. 243.

²²⁹ COURVOISIER, p. 129.

²³⁰ KUHN/FALLER, p. 531.

Le Prof. André KUHN cite souvent cette phrase d'Albert EINSTEIN « On ne peut pas résoudre un problème au même niveau de pensée que celui qui a permis de le créer »²³¹. Le même niveau consisterait à rester dans le costume serré de la procédure pénale actuelle, sans accepter de (voire simplement oser) prendre en compte de manière « sérieuse (...) la victime (...) au travers d'une nouvelle forme de justice »²³². Nous y reviendrons (*infra* 4.3), après avoir passé en revue les attentes concrètes de Thérèse et de Mila (*infra* 4.2).

4.2 Thérèse et Mila, des victimes qu'il faut écouter :

Les attentes de Thérèse :

i. *Être entendue par Bernard, qu'il la comprenne* : Pendant une centaine de pages (extraits n° 1 à 3), Thérèse prépare sa confrontation avec Bernard, « *Bernard saura tout je lui dirai...* » (...) Était-il vraisemblable qu'une femme de son intelligence n'arrivât pas à rendre ce drame intelligible ? Oui, sa confession finie, Bernard la relèverait : *Va en paix, Thérèse, ne t'inquiète plus. Dans cette maison d'Argelouse, nous attendrons ensemble la mort, sans que nous puissent jamais séparer les choses accomplies* »²³³. Puis, au milieu du voyage qui la rapproche peu à peu de Bernard, « Thérèse mesure de l'œil le chemin [s.-e. le raisonnement intérieur] qu'a parcouru sa pensée. Obtiendra-t-elle que Bernard la suive jusque-là ? Elle n'ose espérer qu'il consente à cheminer à pas si lents sur cette route tortueuse »²³⁴. Enfin, arrivée à Argelouse auprès de Bernard, elle comprend... « Dans le bref intervalle d'espace et de temps, entre l'écurie et la maison, marchant aux côtés de Bernard soudain elle avait vu, elle avait cru voir ce qu'il importait qu'elle fit. La seule approche de cet homme avait réduit à néant son espoir de s'expliquer, de se confier (...). Durant tout ce voyage, elle s'était efforcée, à son insu, de recréer un Bernard capable de la comprendre, d'essayer de la comprendre (...) Au vrai, Bernard l'écouterait-il seulement ? »²³⁵. Thérèse sait que Bernard ne la comprendra pas,

²³¹ KUHN *Abolitionnisme*, p. 192.

²³² KUHN *Menace*, p. 40.

²³³ MAURIAC *Thérèse*, p. 24

²³⁴ MAURIAC *Thérèse*, p. 64.

²³⁵ MAURIAC *Thérèse*, p. 105-106.

pourtant ce dont elle rêve c'est de lui parler, qu'il l'entende. Alors même que c'est l'homme qu'elle qualifiait de « monstre », « fou », « épileptique » (extrait n° 3), elle rêve, le temps de cent pages, qu'il comprenne, qu'il la comprenne. Elle éprouve même de la pitié pour cet homme, incapable de l'entendre « Pauvre Bernard – non pire qu'un autre ! Mais le désir transforme l'être qui nous rapproche en un monstre qui ne lui ressemble pas » (extrait n° 3).

- ii. *Que sa souffrance soit entendue après le procès, qu'elle soit reconnue comme un être à part entière* : Avant de rentrer chez elle, au sortir du tribunal, Thérèse est avec son père et son avocat : « Thérèse marchait entre les deux hommes qu'elle dominait du front et qui de nouveau discutaient comme si elle n'eût pas été présente ; mais gênés par ce corps de femme qui les séparait, ils le poussaient du coude. Alors elle demeura un peu en arrière (...) ; elle aurait pu choir au bord de ce chemin : ni lui, ni Duros ne s'en fussent aperçus. Ils n'avaient plus peur d'élever la voix (...) Alors, tu es contente ? Son père semblait enfin s'apercevoir qu'elle était là. Thérèse (...) dit à voix basse : *J'ai tant souffert... je suis rompue...* puis s'interrompit : à quoi bon parler ? Il ne l'écoute pas ; ne la voit plus (...) Thérèse vit tendre vers elle la main de l'avocat, ses durs ongles noirs : *Tout est bien qui finit bien* dit-il et c'était dit du fond du cœur »²³⁶. Malgré ces quelques mots de l'avocat, Thérèse compose une « figure de condamnée » (extrait n° 1), la justice humaine l'a acquittée, mais elle obéit à une autre justice.

Les attentes de Mila :

- i. *Que la Justice ne soit pas indifférente à sa souffrance* : Comme nous l'avons relevé ci-dessus (*supra* 3.2) les sentiments de Mila, telle sa phrase « J'y arriverais pas » ou ses gestes « Elle se contorsionne à la barre, frotte ses mains contre son jean dans un tic nerveux – au bord de l'effondrement », « Elle essuya des larmes qui coulaient sur ses joues » restent sans réponse, comme invisibles à la justice des hommes. Dans un autre passage (extrait n° 5), elle exprime la violence de la

²³⁶ MAURIAC *Thérèse*, p. 26-30.

procédure pénale qu'elle a dû subir : les questions, les examens, les doutes sans cesse affublés à son témoignage.

- ii. *Pouvoir hurler sa colère à Alexandre et être ainsi protagoniste dans l'arène judiciaire* : Dans le dernier extrait de texte (extrait n° 5), Mila s'adresse directement à Alexandre : « tu dis », « toi, tu le sais, tu m'as violée », « est-ce que tu sais ce que c'est ».
- iii. *Avoir une chance de se reconstruire et, ainsi, que son père et Alexandre reconnaissent le mal qu'il lui a fait* : Dans ce même cinquième extrait, Mila s'écrie : « Mais, il y a pire que la violence, en fait, c'est ton mépris et celui de ton père. C'est votre indifférence à ma souffrance (...) Tu as détruit ma vie et je veux avoir une chance de me reconstruire. Mais pour cela, je voudrais qu'aujourd'hui, tu reconnaises le mal que tu m'as fait.

4.3. La Justice restaurative, une justice fondée sur un langage commun :

La mère d'Alexandre, la belle-mère de Mila témoigne à la barre : « *Mon fils n'a jamais été violent ni brutal... Je voudrais dire aussi que j'ai vraiment pu apprécier Mila Wizman quand j'ai vécu avec elle, c'est une fille sensible et gentille. Vous imaginez le conflit qui est le mien : mon fils est accusé d'avoir agressé la fille de l'homme que j'aimais, avec lequel je venais de m'installer*

. Fixant le regard d'une jeune jurée qui l'écoutait attentivement, elle ajouta : *J'ai un sentiment d'échec absolu* »²³⁷.

Cet « échec absolu » que décrit Claire, c'est celui d'une justice qui tranche. Elle doit prendre parti pour son fils ou pour sa belle-fille. La Justice pénale ne lui permet pas d'hésiter, de douter, de vouloir être d'accord avec les deux. Pourquoi ? Parce que dans le dispositif de l'arrêt, il va falloir acquitter ou condamner. C'est une justice « métaphoriquement appelée la *justice du glaive* »²³⁸. C'est cette même justice qui refuse la nuance, qui veut que chaque récit soit simple, qui fait dire au « Tribunal fédéral (...) que le droit d'être entendu implique certes pour l'autorité l'obligation de motiver sa

²³⁷ TUIL, p. 252.

²³⁸ KUHN *Sanctions*, p. 252.

décision, mais ne lui impose pas d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties ; l'autorité peut, au contraire, se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui paraissent pertinents pour fonder sa décision »²³⁹. Or, c'est bien connu, la notion de vérité est toujours d'une effarante simplicité...

Notion de Justice restaurative : C'est ici qu'intervient la notion de Justice restaurative. Comme nous l'avions précisé ci-dessus (*supra* 4.1), il faut reconstuire autrement, partir de paradigmes différents que ceux de la Justice traditionnelle pour satisfaire les victimes. Pourtant, nous y reviendrons, ces paradigmes *si* différents ne sont absolument pas étrangers à ceux que la société connaît et souhaite... La Justice restaurative « envisage le crime comme une offense contre des gens et des relations ; dans cette conception, la justice (...) s'efforce d'identifier les besoins de chacun afin de trouver un remède à la situation, de réparer les dommages et de restaurer les relations ; elle encourage le dialogue et l'accord mutuel et donne à l'auteur et à la victime un rôle central »²⁴⁰. « Cette forme de justice – relativement peu connue sous nos cieux actuellement, mais largement répandue dans d'autres cultures – est aussi métaphoriquement appelée *la justice de l'aiguille* »²⁴¹. Nous avons énuméré ci-dessus ses fonctions, la définir est parfois plus ardu, car il existe de nombreuses manières de la concevoir, toutefois nous mentionnerons celle d'H. ZEHR, l'un des pères de la Justice restaurative : « La justice restaurative est un processus destiné à impliquer, autant qu'il est possible, ceux qui sont touchés par une infraction donnée et à identifier collectivement les torts ou dommages subis, les besoins et les obligations, afin de parvenir à une guérison et de redresser la situation autant qu'il est possible de le faire »^{242, 243}.

Confrontation entre les attentes de Thérèse et de Mila et celles que peuvent offrir la Justice rétributive et la Justice restaurative : Dans le tableau qui suit, nous avons listé les différentes attentes de Thérèse (face à son mari et à son entourage) et de Mila (face à au monde judiciaire). Puis, nous les avons comparées avec les fonctions de la Justice

²³⁹ VUILLE/PAREIN, p. 257.

²⁴⁰ KUHN *Sanctions*, p. 252.

²⁴¹ KUHN *Sanctions*, p. 252.

²⁴² ZEHR *Impasses*, p. 62.

²⁴³ Pour un aperçu des différents processus qui répondent à la définition de la Justice restaurative (médiation, conferencing, sentencing circles), voir : KUHN/FALLER, p. 522ss.

rétributive (celle de notre système pénal) et avec celles de la Justice restaurative (telle que proposée dans la définition ci-dessus).

Attentes de Thérèse et de Mila de la Justice	Fonctions de la Justice rétributive	Fonctions de la Justice restaurative
- Mila considère qu'Alexandre a commis un crime contre elle	Crime = dirigé contre l'État	Crime = dirigé contre des gens/relations
- Mila a besoin qu'on reconnaisse sa souffrance, qu'on reconnaisse la faute d'Alexandre - Thérèse aimerait que, même après le procès, l'on reconnaît sa souffrance	Jugement selon l'établissement de la faute de l'auteur	Jugement selon les besoins et obligations de l'auteur et de la victime
- Thérèse aimerait que Bernard la comprenne, qu'ils puissent se comprendre mutuellement	Justice tournée vers la sanction à infliger à l'auteur	Justice tournée vers la réparation du lien entre l'auteur et la victime
- Mila veut hurler sa douleur à Alexandre. - Thérèse prépare, le temps d'une centaine de pages, sa confrontation avec Bernard	Justice qui tranche entre un auteur et une victime	Justice qui vise à restaurer le dialogue entre victime et auteur
- Mila ne veut pas être une zone d'expérimentation, elle veut se reconstruire. Elle ne peut pas entendre la seule défense d'Alexandre.	Justice qui tourne autour de l'auteur	Justice qui tourne autant autour l'auteur que de la victime

Figure 6 : Tableau comparatif entre les attentes de Mila/Thérèse et les objectifs de la Justice rétributive et de la Justice restaurative²⁴⁴

Tout au long de notre travail, nous avons montré les failles du système pénal actuel (la justice rétributive). Dire que cette situation est sans issue serait mensonger. En effet, comme nous pouvons le constater dans le tableau (*supra figure 6*), une autre forme de justice, celle de la Justice restaurative, peut répondre à la plupart des besoins de nos

²⁴⁴ Les deuxièmes et troisièmes colonnes sont fortement inspirées du tableau de KUHN Avenir, p. 50.

victimes (5/5), alors que les fonctions de la Justice rétributive n'y répond que peu (1/5). On le remarque ici, « les victimes ont ainsi d'autre revendications à faire valoir que celle de réclamer des peines plus sévères à l'encontre des auteurs ; elles semblent bien plus chercher à (...) se voir reconnaître leur statut de victime »²⁴⁵.

Pourquoi les personnages de littérature nous révèlent-ils un tel constat ? Est-ce que tous les écrivains sont de fervents convaincus de la Justice restaurative ? Est-ce qu'ils savent même ce que c'est ? Probablement pas... Ou alors l'avaient-ils pressentie, face aux désillusions du système pénal, voire l'avaient-ils conçue à leur insu ? En vérité, la littérature²⁴⁶, nous l'avons dit, révèle aussi ce que la société attend et comprend du droit. Et à ceux qui rétorquent que rien de vaut notre système actuel, il est fort à parier qu'ils en ont une vision biaisée... En effet, beaucoup imaginent – avant d'être eux-mêmes ou leurs proches confrontés au monde pénal – que la Justice écoute la victime, que la Justice donnera la possibilité à la victime de s'exprimer avec l'auteur, que la victime est au centre des attentions du procès pénal.

Et pourquoi s'Imagine-t-on cela ? On se l'imagine, car on n'a que très peu conscience que le droit est un langage à part, un langage technique, un langage avec ses codes et ses fictions. Ainsi, le mot *victime* n'est qu'un des éléments constitutif objectif d'une infraction, celui-ci se métamorphosant en *partie plaignante* ou *personne appelée à donner des renseignements*. C'est la raison pour laquelle, nous avons pris le temps, tout au long de ce travail de traduire les termes juridiques, quitte à faire hurler les bonnes consciences.

Pour que Thérèse ou Mila soient reconnues comme *victimes*, cela ne peut pas toujours passer par un procès, car « Retributive justice as we know it views everything in purely

²⁴⁵ KUHN Menace, p. 41. On notera au passage le paradoxe du législateur... Dans le nouvel art. 354 al.1 CPP, la partie plaignante peut former opposition contre l'ordonnance pénale, mais uniquement sur la culpabilité de l'auteur et non pas sur la sanction prononcée (art. 354 al.1bis CPP), ce qui paraît logique puisque la sanction est le monopole de l'État qui doit, seul, juger de l'acte. Or... dans le message qui accompagne le projet de révision du droit pénal sexuel, la volonté d'augmenter la peine plancher du viol a été justifiée par le Conseil fédéral par la volonté des *victimes* : « Le Conseil fédéral propose, en plus des modifications figurant dans l'avant-projet, de faire passer la peine privative de liberté minimale inscrite à l'art. 190, al. 1, d'un à deux ans. On fait de la sorte mieux ressortir l'illicéité d'un viol. Les victimes souffrent souvent lourdement et longuement, parfois une vie entière, des conséquences physiques et psychologiques de la violence sexuelle qu'elles ont subie » (Message du 25 avril 2018 concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié, FF 2018 2989, nous soulignons).

²⁴⁶ Dans cette étude, nous n'avons proposé que les personnages Thérèse et de Mila, mais d'autre ouvrages véhiculent de tels messages. Prenons, par exemple, la nouvelle d'É.-E. SCHMITT, *La vengeance du pardon*, Paris 2017, p. 175ss dans laquelle la mère de la victime veut rencontrer l'assassin de sa fille. Ou, plus récemment, celui de M. VOLTENAUER, *Fatal abîme*, Paris 2024 dans lequel la victime, alors même qu'elle a été reconnue comme telle par la justice pénale, ne parvient pas à se reconstruire avec ce que la justice traditionnelle lui offre et va jusqu'à commettre l'irréparable (tuer son agresseur), considérant que la justice rétributive n'a pas réussi : « On ne peut indéfiniment échapper à la Justice » (p. 13).

legal terms (...) legal training is trained tunnel vision »²⁴⁷, alors que « Restorative justice will require us to look at behavior in its entire contexte – moral, social, economic and political »²⁴⁸. Leur besoin de reconnaissance en qualité de victime n'est pas corrélé au sens pénal qu'on veut bien lui donner.

C'est pourquoi, le besoin d'être entendu et compris, de devenir un être à part entière comme en rêve Thérèse, de ne pas tomber dans l'indifférence, pouvoir parler, hurler, crier et finalement échanger avec l'auteur pour se reconstuire, comme le voudrait Mila, tout ceci doit passer par une justice fondée sur un langage dans lequel les mots ont le sens que les victimes leur donnent et non le sens que les juristes leur trouvent. Le Tribunal fédéral évoque souvent le fait que les crimes de viol sont des « Vier-Augen Delikte », grâce à la justice rétributive, ils deviennent des *Unzählbare-Augen Delikte* qui ne permettront pas de réparer. Au contraire, comme le précise une juge vaudoise, les victimes sont « souvent réduites à réclamer une indemnité financière, faute de pouvoir obtenir une autre reconnaissance »²⁴⁹... La justice restaurative pourrait, quant à elle, rendre le conflit aux parties²⁵⁰ et les aider, grâce à un personnel formé à ce type d'interactions, à se reconstruire, car comme le dit la brochure du centre la LAVI de Genève²⁵¹ : « On peut aussi bâtir quelque chose de beau avec les pierres qui entravent le chemin » (J.W. von GOETHE).

Quelle place pour la Justice restaurative et les modes alternatifs de résolution de conflit dans notre droit positif ? : Actuellement, le droit suisse ne laisse que trop peu de marge à la justice restaurative et aux modes alternatifs de résolution de conflit, ne les autorisant que timidement à l'art. 316 CPP au travers de la conciliation²⁵², mais en la limitant aux infractions poursuivies sur plainte²⁵³ (donc jamais le viol), ce qui restreint le champ d'application à une quarantaine d'infractions seulement²⁵⁴. Cette limitation paraît

²⁴⁷ ZEHR *Retributive*, p. 80.

²⁴⁸ ZEHR *Retributive*, p. 80.

²⁴⁹ OSOJNAK, p. 82.

²⁵⁰ CHRISTIE, p. 60ss.

²⁵¹ Disponible sous : http://centrelavi-ge.ch/wp-content/uploads/2024/10/Journal_de_bord_vWEB.pdf (consulté le 15 décembre 2024).

²⁵² La conciliation est un « processus de règlement consensuel des différends de nature pénale mené par le juge ou le procureur et opposant le lésé au prévenu » (PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 109).

²⁵³ Toutefois, « contrairement à ce qu'indique le texte légal, le ministère public peut tenter la conciliation également lorsque la procédure ne concerne pas exclusivement des infractions poursuivies sur plainte. Seul le texte français de l'art. 316 al.1 CPP fait mention de cet adverbe, de sorte que le Tribunal fédéral a confirmé que la tentative de conciliation était licite lorsque la procédure visait également des infractions poursuivies d'office » (PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 110.)

²⁵⁴ Voir la liste : PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 111.

dénuee de sens, quand plusieurs études montrent que ce sont justement les victimes d'infractions sexuelles qui en ont le plus besoin et qui peuvent en retirer un plus grand soulagement²⁵⁵. De plus, cette catégorisation en *infractions graves* et en *petites infractions* « appartient typiquement à la classification traditionnelle du droit pénal *classique*, axé sur la culpabilité et la notion de gravité de la faute commise. C'est de cette classification et de ce *formalisme* que veut se détacher la justice restaurative, pour laquelle il n'y a pas, *a priori* de *petites* et de *non petites* (ou de *graves*) atteintes, puisque cette évaluation relève pleinement de l'appréciation et du ressenti de la victime elle-même »²⁵⁶.

D'autre part, la médiation pénale²⁵⁷ est, quant à elle, prévue uniquement pour les mineurs (17 PPMin). En dehors de ces deux procédures, « trois dispositions de droit pénal matériel permettent de tenir compte, dans une certaine mesure, d'un accord entre le lésé et le prévenu hors d'une procédure pénale ou en marge de celle-ci »²⁵⁸ : (i) la réparation (art. 53 CP), (ii) le repentir sincère (art. 48 let.d CP) et (iii) la fixation de la peine en général (art. 47 CP)²⁵⁹.

Malgré quelques tentatives parlementaires, telles celle de Lisa MAZZONE visaient à introduire l'outil de la justice restaurative dans le corpus législatif (postulat 18.4063 du 28 septembre 2018), la justice restaurative peine à trouver un écho dans le paysage juridique suisse. Or, elle ne viendrait pas remplacer la justice rétributive, mais, au contraire, l'enrichir²⁶⁰, en permettant à l'auteur et à la victime, de trouver parallèlement au procès pénal focalisé sur l'auteur, « un meilleur moyen de remédier aux conséquences de l'infraction »^{261,262}.

²⁵⁵ Voir, par exemple : MERCIER et KERNEN, ainsi que cette recherche : WEMMERS/PARENT/CASONI ET AL.

²⁵⁶ QUELOZ *Justice restaurative*, p. 9.

²⁵⁷ La médiation se définit comme un (« processus qui permet un échange, voire une (ou plusieurs) rencontre(s) entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur direct de cette infraction [; l']échange est encadré par un médiateur (ou facilitateur) impartial, extérieur au conflit et indépendant de l'appareil judiciaire » (PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 120).

²⁵⁸ PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 125.

²⁵⁹ Pour un aperçu de ceux-ci, voir : PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 125ss.

²⁶⁰ KERNEN, p. 34.

²⁶¹ PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 151.

²⁶² Nous n'avons ici que mentionné les avantages pour la victime, mais ceux-ci sont, bien sûr, aussi nombreux en termes de responsabilisation, de récidive et de désistance de l'auteur (PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*, p. 146ss).

CONCLUSION : L'ART EST UN CHEMIN DE VÉRITÉ

Arrivé au terme de ce voyage juridico-littéraire, nous aimerions inviter notre lecteur à retenir deux éléments : le premier étant celui de la réification, le deuxième celui du langage juridique.

Être d'abord la « poupée mobile » d'un agresseur, puis « l'Albatros » de la Justice, voilà ce qu'encourent les victimes. Et malgré toutes les révisions que le droit pénal positif veut offrir, le risque de réification est intrinsèquement lié au monde du droit, car la justice va établir des critères d'état de sidération, va se fonder sur des modèles de refus de consentement et la procédure pénale risquera ainsi de devenir le Pygmalion d'une victime-type... C'est là que la littérature, mais aussi les arts peuvent jouer un rôle important. Ils viennent lutter contre les représentations stéréotypées, ils viennent offrir au monde du droit une vision nuancée de la réalité judiciaire. La vérité : cette volupté que Thérèse avait imaginée autrement que « comme un paysage enseveli sous la pluie », les sentiments de haine, de colère de honte qui hantent Mila... Mais aussi ce que Bernard a pensé, ce qu'Alexandre a compris... Qui le saura ? Qui découvrira la vérité ? Personne. Mais est-ce qu'il n'y a qu'une seule vérité ? Certainement pas. Mais, c'est en s'éloignant d'une justice du glaive que l'on pourra peut-être approcher le caractère polyphonique de la réalité.

Plus que tout, nous croyons en la Justice, mais en une Justice qui n'a pas uniquement un sens juridique, mais surtout un sens que tout le monde comprend. Nous avons traité ici des aspects pénaux du viol, mais si d'aucuns ne s'avéraient pas convaincus du fait que notre justice est un vocabulaire technique, voici un dernier exemple, tiré d'une jurisprudence des assurances sociales – cette fois-ci – qui n'a pas reconnu le viol comme un *accident* au sens des *assurances sociales* : une jeune femme se réveille, un matin, à côté d'un homme qu'elle ne connaissait pas. Mais les souvenirs ne lui reviennent pas immédiatement en mémoire, ceux-ci refont surface petit à petit. Alors même que des résidus de préservatifs ont été retrouvés sur elle, alors même que l'état de sidération ne fait aucun doute, alors même que l'on sait que les souvenirs traumatiques peuvent émerger quelques temps plus tard, son état de sidération ne correspondait pas à « la condition de confrontation immédiate avec l'événement traumatisant, indispensable

pour admettre l'accident sous l'angle du choc psychologique »²⁶³, ainsi elle n'a pas pu être indemnisée par l'assureur LAA pour le choc psychologique qu'elle a subi... C'est ainsi que *viol pénal* n'égale pas *viol assurances sociales* qui n'égale pas *viol sociétal*...

Bien entendu, le juriste peut rester sourd et indifférent à la littérature qui vient lui traduire ce que la société attend de lui... Mais il serait naïf pour le juriste de penser, dans une forme d'arrogance normative, que son rôle s'arrête à graver la loi sur le marbre. Bien sûr, nous l'entendons quand il nous rétorque que tout ceci n'est que bons sentiments, qui plus est, issus de la fiction... Mais ne pas oser écouter les sentiments, quand on légifère sur ceux-ci, c'est se réfugier dans une bonne conscience... qui ne peut être que fictionnelle. Et comme l'écrivait Michaël LONSDALE, « l'art est un chemin de vérité »... Pourquoi avoir peur de l'emprunter ?

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine :

J. ARNAL, *Viol et contrainte sexuelle : la question de l'éventuel consentement d'une victime ne peut pas être tranchée sur la seule base de vidéos des actes d'ordre sexuel*, crimen.ch, 8 novembre 2023.

S. BALZARETTI, *Le sexisme et le droit suisse, européen et international – Pour une approche féministe du droit*, Genève/Zurich, 2023.

C. BARON, *La littérature, auxiliaire de l'acte de juger ? Contexte américain, contexte continental*, Les cahiers de la justice 2016/2 (n°2), p. 371ss.

²⁶³ A.-S. DUPONT, *Commentaire de l'arrêt TF, TF 8C_548/2023 du 21 février 2024*, RC&Assurances.ch, disponible sous : <https://publications-droit.ch/files/arrets/rcassurances/3-24-avril-mai-8c-548-2023.pdf> (consulté le 15 décembre 2024).

H. BOÉCHAT, *Réflexions sur la notion de victime : d'une approche légale à une reconnaissance politique*, RMA 2022, p. 300ss.

F. BOMMER, *Anmerkungen zum Versuch der Strafnahmenharmonisierung*, RPS 2019 267ss (cité : BOMMER *Anmerkungen*).

F. BOMMER, *Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – Neuerungen der Revision 2023*, ZStR 142/2024, p. 58ss, (cité : BOMMER *Vergewaltigung*).

G. BROWN/T. DELESSERT / M. ROCCA I ESCODA, *Du devoir martial au viol conjugal. Étude de l'évolution du droit pénal suisse*, Droit et Société 97/2017, p. 595ss.

N. CAPUS/V. JACQUIER ERARD, *Fictions et réalités des auditions : Comment adopter les bonnes pratiques ?* Jusletter 25 mars 2024.

N. CHRISTIE, *Conflict as property*, in : G. Johnstone (édit.) *A Restorative Justice Reader*, 2^e éd., Londres 2012, p. 57ss.

O. COLOMB, *La justice chez André Gide et François Mauriac. De la morale au prétoire*, Bordeaux 2022.

CONFERENCE SUISSE DES OFFICES DE LIAISON DE LA LOI FEDERALE SUR L'AIDE AUX VICTIMES D'INFRACTIONS (CSOL-LAVI), *Recommandations relatives à la LAVI révisée*, Berne 2010.

B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Vol.1, 3^e éd., Berne 2010.

J. COURVOISIER, *Techniques d'auditions des victimes en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle*, in : C. Perrier Depeursinge/N. Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 115ss.

P. DEVLIN, *The enforcement of morals : Maccabaean lecture in jurisprudence of the British Academy*, Londres 1959, p. 129ss.

A. Donatsch / V. Lieber / S. Summers et al. (édit.), *Schulthess Kommentar - Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 3^e éd, Zurich / Bâle / Genève 2020 (cité : AUTEUR, SK-StPO, Art. X, n° X).

F. DI DONATO, *Le récit comme outil d'analyse juridique : perspectives «top-down» et «bottom-up»*. *L'intégration des étrangers en Suisse*, in : J.-J. Aubert / J.-P. Dunand / F. Di Donato (édit.), *Droit et littérature – Actes du Séminaire thématique du CIHDDR*, Neuchâtel 2015, p. 19ss.

N. DONGOIS/E. WOUTERS, *Le rôle des expertises en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle : expertises de crédibilité*, in : C. Perrier Depeursinge/N. Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 171ss.

A.-S. DUPONT, *Commentaire de l'arrêt TF, TF 8C_548/2023 du 21 février 2024*, RC&Assurances.ch, disponible sous : <https://publications-droit.ch/files/arrets/rcassurances/3-24-avril-mai-8c-548-2023.pdf> (consulté le 15 décembre 2024).

M. Dupuis/L. Moreillon / C. Piguet et al. (édit.), *Petit commentaire Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : PC-CP, art. X CP n°X).

B. Ehrenzeller/P. Egli/P. Hettich et al. (édit.), *St. Galler Kommentar – Die schweizerische Bundesverfassung*, 4^e éd., Zurich/St-Gall 2023 (cité : AUTEUR, St-Galler BV, Art. X n° X).

A. FRAMBÉRY-IACOBONE, *Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral : Perspectives d'histoire pénale contemporaine*, Clio@Themis, 19 | 2020, p. 62ss.

M. GEIGER/E. REDONDO/L. TIRELLI, *Petit commentaire – Droit pénal des mineurs*, Bâle 2019 (cité : PC-DPMIn, Art. X, n° X).

C. GETH, *Strafe auf Verdacht*, RPS 140/2022 p. 383ss.

C. GÖHLICH, *Stealthing als Eingriff in die sexuelle Integrität?*, PJA 2019 p. 522 ss.

P. Gomm/D. Zehnter (édit.), *SHK – Stämpfli's Handkommentar Opferhilferecht*, 4^e éd., Berne 2020 (cit : AUTEUR, SHK – Opferhilferecht, Art. X, n° X).

J.-C. GONTHIER, *L'affaire Canaby. La vraie Thérèse Desqueyroux*, Paris, 2000.

C. HAMEL/L. LAMBERT/N. ZIMMERMANN, *La réécriture de jugements : repenser l'art de juger*, e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB, Vol. 8, décembre 2023.

V. JACQUIER ERARD, *Convoquer la psychologie au tribunal : mieux comprendre les expériences et souvenirs des victimes d'infractions sexuelles*, Présentation au Congrès annuel de la Société suisse de droit pénal (SSDP) des 6 et 7 juin 2024, disponible sous : https://skg-ssdp.ch/wp-content/uploads/2024/06/Jaquier_def.pdf (consulté le 13 décembre 2024).

V. JACQUIER/J. VUILLE, *Les femmes et la question criminelle. Délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires*, Zurich/Genève 2019.

V. JACQUIER/C. MONTAVON/C. ISELIN, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle résistance ? 1^{ère} partie*, RPS 141/2023, p.1ss.

Y. JEANNERET/A. KUHN, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018.

D. JOSITSCH/N. SCHMID, *Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung*, 4^e éd., Zurich/St-Gall, 2023, (cité : Praxis StPO Art. X CPP, n° X.).

M. KÉDIA, *La dissociation : un concept central dans la compréhension du traumatisme*, L'évolution psychiatrique 74 (2009), p. 487ss.

M. VAN DE KERCHOVE, *Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme*, in H. Ackermans (édit.), *Variations sur l'éthique*, Bruxelles, 1994, p. 449ss.

V. KERNEN, *Les victimes de violence dans la justice restaurative*, plaidoyer 3/2021, p. 30ss

M. KILLIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016

A. KUHN, *Terrorisme scientifique*, Revue suisse de criminologie, n°1/2002, p. 23ss (cité : KUHN *Terrorisme*).

A. KUHN, *Peut-on se passer de la peine pénale ? Un abolitionnisme à la hauteur des défis contemporains*, Revue de Théologie et de Philosophie, Vol. 141, n°2, *Y a-t-il une peine juste ?* Journée d'études doctorales, Lausanne, 4 avril 2008 (2009), p. 179ss (cité : KUHN *Abolitionnisme*).

A. KUHN, *Quel avenir pour la justice pénale ?*, Charmey 2012 (cité : KUHN *Avenir*).

A. KUHN, *Le droit pénal est-il une menace pour la société et l'ordre juridique*, in B. Brägger / S. Steiner / J. Vuille (édit.), *Bedrohte oder bedrohende Sicherheit ?*, SAK/GSC, Vol. 30, Berne 2012, p. 35ss (cité : KUHN *Menace*)

A. KUHN, *Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie*, RPS 135/2017, p. 235ss (cité : KUHN *Sanctions*).

A. KUHN, *Vous êtes victime d'une infraction pénale : quels sont vos droits ?*, Charmey 2019 (cité : KUHN *Victime*).

A. KUHN, *L'économie du droit pénal*, in Y. Jeanneret/B. Sträuli (édit.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal. Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, Genève/Zurich/Bâle 2021, p. 183ss (cité : KUHN *Économie*).

A. KUHN/C. FALLER, *Demain est un autre jour – Quel futur pour la justice pénale ?*, ZSR 2011 I, p. 503ss.

A. KUHN/M. SOLCÀ, *Recourt-on de manière excessive au système pénal en Suisse*, Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique, vol. 71, n° 1 2018, p. 37ss

J. KRUMM/L. GAMBINO, *Unbefugtes Weiterleiten von nicht öffentlichen sexuellen Inhalten (Art. 198 a revStGB)*, AJP 2024, p. 551ss.

N. LANGUIN/C-N. ROBERT, *Quel rôle pour la victime dans le procès pénal*, plaidoyer 3/08, p. 56ss

C. LOUTSCH, *La littérature, cet art qui permet l'union de l'homme et du droit*, Billet juridico-littéraire / 1, juillet 2024.

A. Malacuso/L. Moreillon /N. Queloz (édit.), *Commentaire romand – Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : AUTEUR CR-CP II, Art. X, n° X).

S. MARCHAND, *Précis de droit des poursuites*, Genève/Zurich/Bâle, 2^e éd., 2013.

M. MAZOU/F. BURGENER, *La pratique judiciaire du Tribunal fédéral en 2021 et 2022 en matière de droit pénal matériel*, JdT 2023 IV p. 327 ss.

V. MERCIER, *A journey considering the application of Restorative Approaches in Cases of Harmful Sexual Behaviour*, in : N. Queloz/C. Jaccottet Tissot/N. Kapferer (et al.) (édit.), *Changer de regard : la justice restaurative en cas d'infractions graves*, Genève / Zurich / Bâle 2020, p. 13ss.

J. MICHEL, *La justice et la miséricorde chez François Mauriac*, Histoire de la Justice 2013/1 (N° 23), p. 205ss.

M. P. MITTICA, *Droit et littérature. Une histoire et un exemple. L'Orestie de Eschyle*, in : J.-J. Aubert/J.-P. Dunand/F. Di Donato (édit.), *Droit et littérature – Actes du Séminaire thématique du CIHDDR*, Neuchâtel 2015, p.7ss.

H. MONOD, *Expertise de crédibilité et prise en compte des déclarations peu circonstanciées d'une victime*, crimen.ch 26 janvier 2023.

C. MONTAVON, *Les tribunaux d'opinion : et si la société civile inventait une autre justice ?*, Charmey 2020 (cité : MONTAVON *Autre justice*).

C. MONTAVON, *L'impossible séparation du droit pénal sexuel et de la morale*, sui generis 2023, p. 43ss (cité : MONTAVON *Morale*).

C. MONTAVON, *Les tribunaux d'opinion face à l'impunité des crimes de masse : quelle légitimité pour quelle effectivité ?*, Bâle 2023 (cité : MONTAVON *Tribunaux d'opinion*).

C. MONTAVON/H. MONOD, *La révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol : quelle place pour le consentement ?*, PJA 2022, p. 612ss.

L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire Code de procédure pénale*, 2^e éd., Bâle 2016 (cité : PC-CPP, art. X CPP n° X).

M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), *Strafrecht I, Basler Kommentar*, 4. édit., Bâle 2019 (cité : BSK StGB-AUTEUR).

S. OSOJNAK, *Quelles sanctions (peines, mesures) et quelles alternatives/compléments (justice restaurative et médiation) en cas d'infraction à l'intégrité sexuelle ?*, in : C. Perrier Depeursinge/N. Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Lausanne 2022, p. 61ss.

F. OST, *Droit et littérature : variété d'un champ, fécondité d'une approche*, Revue juridique Thémis 49-1, 25-11-2015, p. 3ss.

A.-L. PAHUD, *La victime, le procès pénal et les centres d'aides aux victimes*, Jusletter 28 février 2011.

L. PAREIN, *Victimes et procès pénal : je t'aime, moi non plus ?,* Charmey, 2008 (cité : PAREIN *Victimes*).

L. PAREIN, *L'expertise médicale en procédure pénale : pleins feux sur des questions posées par la pratique,* in : O. Guillo d / R. Christinat (édit.) *L'expertise médicale – 26^e journée du droit de la santé*, Berne 2021, p. 211ss (cité : PAREIN *Expertise*).

L. PAREIN, *La réforme du droit pénal protégeant l'intégrité sexuelle*, 29 mai 2022 (disponible sous : <https://www.linkedin.com/pulse/la-reforme-du-droit-penal-protecteur-l-integrite-sexuelle-loic-parein/?trackingId=4kj2L2U%2FRSOOKmh8Yf9eHuQ%3D%3D>, consulté le 7 décembre 2024) (cité : PAREIN *Réforme*).

L. PAREIN/C. MAULINI, *La loi actuelle favorise le maintien de stéréotypes de genre et le maintien du mythe sur le viol*, débat conduit par S. Renevey, *Plaidoyer 3/2021*, p. 6ss.

C. PERRIER DEPEURSINGE, *Criminels et victimes : quelle place pour la réconciliation ?,* Charmey 2011 (cité : PERRIER DEPEURSINGE *Réconciliation*).

C. PERRIER DEPEURSINGE, *Règlement consensuel des différends en droit pénal*, ZSR Vol. 139 (2020) II, p. 97ss (cité PERRIER DEPEURSINGE *Règlement consensuel*).

C. PERRIER-DEPEURSINGE, *Révision du droit pénal sexuel – quelle systématique ?* Présentation au Congrès annuel de la Société suisse de droit pénal (SSDP) des 6 et 7 juin 2024, disponible sous : https://skg-ssdp.ch/wp-content/uploads/2024/06/Deupeursinge_def.pdf (consulté le 15 décembre 2024) (cité : PERRIER DEPEURSINGE *Présentation*).

C. PERRIER DEPEURSINGE/J. ARNAL, *Révision du viol en droit suisse*, RPS 142/2024, p. 21ss.

C. PERRIER DEPEURSINGE/M. BOYER, *Infractions contre l'intégrité sexuelle : Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours*, in C. Perrier

Depeursinge/N. Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Lausanne 2022., p. 1ss (cité : PERRIER DEPEURSINGE/ BOYER *Infractions*).

C. PERRIER DEPEURSINGE/M. BOYER, *Stealthing : Quelle protection pénale ? De la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle*, in C. Perrier Depeursinge/N. Dongois/A.M. Garbarski et al. (édit.), *Cimes et Châtiments. Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, p. 517ss, Berne 2022 (cité : PERRIER DEPEURSINGE/BOYER *Stealthing*).

C. PERRIER DEPEURSINGE/L. 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*, 25 mai 2022, crimen.ch.

J. PITTELOUD, *Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens*, Zurich/St.Gall 2012, Art. 251 - Art. 252, n°585 (cité : CPP- Commentaire praticiens, Art. X, n° X)

N. 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)*, in N. Queloz/M.A. Niggli/C. Riedo (édit.), *Droit pénal et diversités culturelles – Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Genève/Zurich 2012, p. 441ss (cité : QUELOZ *Diversité*).

N. QUELOZ, *Les défis posés à la justice pénale et à la justice restaurative dans le cas des infractions graves*, in : N. Queloz/C. Jaccottet Tissot/N. Kapferer (et al.) (édit.), *Changer de regard : la justice restaurative en cas d'infractions graves*, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 1ss (cité : QUELOZ *Justice restaurative*).

C.-N. ROBERT, *Leçon*, in : U. Cassani /R. Roth /B. Sträuli (éd.), *Montrer la justice, penser le droit pénal, Colloque en l'honneur du Professeur Christian-Nils Robert*, Genève/Zurich /Bâle 2009, p. 13ss

C. DE SALIS, *Inapplicabilité du principe « oui c'est oui » en l'état actuel du droit pénal suisse*, lawinside du 21 juillet 2022.

S. SCHLEIFER, *Tonische Immobilität und die Auslegung der neuen sexualstrafrechtlichen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB*, sui generis 2024, p. 51ss.

T. SCHNEIDER / R. Banse / S. NIEHAUS, *L'art de l'audition réussie : Perspectives psychologiques*, Jusletter 25 mars 2024.

C. SCHNEUWLY, *Une définition du viol trop restrictive en Suisse*, plaidoyer 2/2018, p. 30ss

P. SÉGUR, *Droit et littérature – Éléments pour la recherche*, RDL 2017/n°1, p. 107ss.

N. SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, Berne 2018.

N. SCHEIDEGGER / A. LAVOYER / T. STALDER, *Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht*, sui generis 2020, S. 57ss.

A. SÉAILLES, *Les techniques narratives dans le cycle de « Thérèse Desqueyroux »*, Cahiers de l'AIEF, Vol. 36, 1984, p. 53ss

T. SIEVERT, *La preuve de la qualité de victime LAVI en l'absence d'une procédure pénale*, Lawinside 1^{er} janvier 2019.

A. SIMONIN, *Make the Unorthodox Orthodox : John Henry Wigmore et la naissance de l'intérêt du droit pour la littérature*, in: A. Garapon / D. Salas (édit.), *Le droit dans la littérature*, Paris 2008, p. 27ss.

S. STERN, *Law, Literature, and The Legal Imagination*, septembre 2024, Yale Journal of Law & the Humanities, Vol. 35 : 2, septembre 2024, p. 212ss (disponible en ligne sous : <https://ssrn.com/abstract=4963743>, consulté le 3 décembre 2024).

S. VIGNERON, « *Feminist Judgements* » ou *juger en féministe*, Les cahiers de la justice #2015/2, p. 233ss.

J. VUILLE/L. PAREIN, *Définition, valeur et usage de l'expertise en procédure pénale*, in F. Bohnet/A.-S. Dupont (édit.), *L'expertise en procédure*, Bâle/Neuchâtel 2022, p. 227ss.

J.-A. WEMMERS, *Victimologie – Une perspective canadienne*, Canada 2017.

J.-A. WEMMERS / I. PARENT/D. CASONI ET AL., *Les expériences des victimes de violence sexuelle dans les programmes de justice réparatrice*, Québec, Septembre 2023.

H. WIPRÄCHTIGER, *Neuer Tatbestand für sexuelle Handlungen ohne Konsens?*, PJA 2020 p. 924 ss.

J.-H. WIGMORE, *A List of One Hundred Legal Novels*, Illinois Law Review 17, 1922, p. 26ss.

W. Wohlers/G. Godenzi/S. Schlegel (édit.), *Handkommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 4^e éd., Berne 2020, Art. 190, n° 2 (cité : AUTEUR StGB – Handkommenar, Art. X, n° X).

A. J. WOLSKI, *Bridging Disciplines : Finding a Common Language in Law and Literature*, ISLL Papers Vo.17/2024.

S. ZACCOUR, *La fabrique du viol*, Montréal, 2019.

H. ZEHR, *La justice restaurative. Pour sortir des impasses de la logique punitive*, trad. P. Renaud-Grosbras, Genève 2012 (cité : ZEHR *Impasses*).

H. ZEHR, *Retributive justice, restorative justice*, in : G. Johnstone (édit,) *A Restorative Justice Reader*, 2^e éd, Londres 2012, p. 69ss (cité : ZEHR *Retributive*).

Sources :

F. MAURIAC, *Écrits de jeunesse*, textes inédits présentés et annotés par J. Touzot, in CFM, n° 10, Paris, 1983 (cité : MAURIAC *Écrits*)

F. MAURIAC, *Thérèse Desqueyroux*, édition préfacée et commentée par J. Touzot, Paris 1989 (cité : MAURIAC *Thérèse*)

M. DE MONTAIGNE, *Les Essais*, édition établie par B. Combeaud avec la collaboration de N. Mueggler et préfacée par M. Onfray, Bordeaux 2019.

J. SORMAN, *Le témoin*, Paris 2024.

K. TUIL, *Les choses humaines*, Paris 2019.

AUTEUR**Camille Loutsch**

Université de Neuchâtel (Suisse), Faculté de droit

- Fondatrice et Co-responsable du projet interfacultaire *Plume de Justice* (Droit & Littérature) ;
- Coordinatrice du projet international des *Webconférences semestrielles des jeunes chercheurs et chercheuses en Droit & Littérature* ;
- Étudiante de Master, double orientation en « droit pénal et criminologie » et en « droit de la santé et des biotechnologies » ;
- Ancienne collaboratrice scientifique à l’Institut de droit de la santé

Contact : camille.loutsch@unine.ch

Pour citer cet article : Camille LOUTSCH, *Au cœur de nos nuits juridiques... quand la littérature se fait l'écho des victimes*, Billet juridico-littéraire/2, décembre 2024.