

Véronique Jaquier, Neuchâtel
Camille Montavon, Genève
Charlotte Iselin, Lausanne

Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ?

1^{re} partie

Sommaire

- I. Introduction
- II. L'appel de la société civile : quand la parole des victimes dépeint l'autre réalité du viol
 1. Dénoncer les stéréotypes
 2. Imposer et formuler une réforme du droit pénal sexuel
- III. La pratique du droit pénal sexuel est tributaire des représentations normatives de la sexualité et du consentement, en même temps qu'elle les (re)produit
 1. Le viol ne consiste pas uniquement en une pénétration pénéo-vaginale non consentie
 2. Les définitions juridiques de la contrainte sexuelle et du viol ne sont pas fondées de manière explicite sur l'atteinte au consentement libre et non équivoque de la victime
 - a) Le droit suisse actuel repose sur une conception trop étroite et préférablement physique de la contrainte en matière de viol
 - b) La résistance physique est devenue le critère de détermination de la contrainte et la preuve de l'absence de consentement de la victime
 - c) Le refus (verbal) de la victime n'est pris en compte que lorsqu'il est performé

I. Introduction

Peu de thématiques pénales ont reçu, au cours des dernières décennies, autant d'attention juridique, militante et médiatique que la révision du droit pénal sexuel en Suisse, comme ailleurs en Europe. La question de l'adéquation du paradigme du consentement pour circonscrire la protection de l'autonomie sexuelle dépasse de loin les limites de la communauté juridique¹. Rappeler le contexte sociopolitique du traitement pénal du viol met en lumière les multiples manières dont les rapports sociaux de genre s'invitent inévitablement à la table des débats, tant citoyens que juridiques : le viol ne survient pas dans un vide social ou culturel. Les recherches européennes et nord-américaines mettent en évidence la manière dont la justice (re)construit un référentiel sociojuridique stéréotypé, caractérisé par une définition étroite du viol,

1 B. Burghardt/L. Steinl, Sexual violence and criminal justice in the 21st century, Ger Law J 2021, 691 ss.

teinté de brutalité physique et majoritairement situé dans des espaces publics isolés ou des lieux de loisirs peuplés d'inconnus hostiles. Au-delà des circonstances du viol le plus souvent décrites, ce sont aussi les actions et réactions des victimes qui font l'objet de représentations erronées. Le référentiel ainsi mobilisé se trouve alors, souvent, bien éloigné de la réalité des agressions sexuelles telles que décrites depuis plusieurs décennies par les victimes et dans la recherche scientifique². Si cette même littérature a depuis longtemps établi que les violences sexistes et sexuelles sont largement tues – les victimes ne parlant (presque) pas – et invisibilisées – les institutions ne reconnaissant pas certaines violences –, ce discours a pris une autre ampleur avec le mouvement #MeToo. Des millions de personnes se sont ralliées derrière ce hashtag devenu, en quelques jours, mégaphone des espaces sociaux virtuels, révélant ainsi l'ampleur de ces violences, dont les femmes sont, non pas les seules, mais les principales victimes. En dénonçant l'invisibilité des violences sexistes et sexuelles, le mouvement #MeToo et ses différentes occurrences³ mettent en évidence leur caractère systémique et structurel. Violences *systémiques*, dès lors qu'elles se retrouvent dans toutes les sphères de vie, tant publiques que privées, et au sein de tous les groupes sociaux. Violences *structurelles*, dès lors qu'elles ne sont pas le fait de quelques individus malades ou déviants, mais l'expression de rapports sociaux de pouvoir.

La voix des victimes a résonné dans de multiples espaces sociaux, culturels et politiques. Cette parole a été *entendue* loin à la ronde ; en revanche, il est manifeste qu'elle n'a pas encore été suffisamment *écoutée*, tout comme la diversité des expériences ainsi véhiculées n'a pas été prise en considération. À l'heure où le droit pénal suisse s'apprête à vivre une profonde transformation, il apparaît important de clarifier comment sont interprétées les dispositions sur la contrainte sexuelle et le viol⁴,

2 E. Brown/A. Debauche/C. Hamel/M. Mazuy, *Violences et rapports de genre*, Paris 2020 ; L. Gillioz/J. De Puy/V. Ducret, *Domination et violence envers la femme dans le couple*, Lausanne 1997 ; V. Jaquier/J. Vuille, *Les femmes et la question criminelle : Délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires*, Zurich 2017.

3 P. ex. #YesAllWomen, #TimesUp et #ItsNotOkay outre-Atlantique, #BalanceTonPorc et #MeTooInceste en France ; sans oublier les précédentes initiatives lancées sur les réseaux sociaux (notamment #BeenRapedNeverReported) et le 1^{er} #MeToo de Tarana Burke en 2007, repris en 2014 par Alyssa Milano.

4 Voir également : J. Barton, L'appréciation de la crédibilité d'une victime présumée de violences sexuelles : Une analyse à l'aune des mythes sur le viol, PJA 2021, 1370 ss ; C. Montavon/H. Monod, La révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol : quelle place pour le consentement ? PJA 2022, 612 ss ; 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*, Berne 2022, 1 ss ; I. Pruin, « Nein heisst nein » und « Ja heisst ja », RPS 2021, 129 ss ; N. Scheidegger, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz : Grundlagen und Reformbedarf*, Berne 2018 ; N. Scheidegger/A. Lavoyer/T. Stalder, *Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht*, sui generis 2020, <https://doi.org/10.21257/sg.122> ; C. Schneuwly, Une définition du viol trop restrictive en Suisse, *plaidoyer* 2/2018, 30 ss.

avant d'expliquer en quoi elles sont lacunaires et de proposer différentes manières de faire évoluer le droit, les pratiques et, plus largement, la lutte contre les violences sexistes et sexuelles en Suisse. Dans une première partie, cette contribution retrace les débats fervents qui ont émaillé le paysage suisse ces dernières années et revisite la doctrine et la jurisprudence au regard des exigences du droit international, à la lumière des connaissances psychologiques et neurophysiologiques sur le traumatisme du viol et des travaux sur les préjugés sexistes en matière de violences sexuelles. Mobilisant des savoirs empruntés à la victimologie, à la sociologie et aux études critiques du droit, cette contribution analyse, dans une seconde partie, les propositions de modification du droit pénal sexuel récemment débattues, afin d'en identifier les écueils et de tenter de comprendre comment la définition pénale du viol prend le pas sur la définition portée par les victimes elles-mêmes.

II. L'appel de la société civile : quand la parole des victimes dépeint l'autre réalité du viol

1. Dénoncer les stéréotypes

Comprendre comment l'on *écrit* le droit nécessite de porter son regard tant sur les conditions distales – contextes social et culturel – que sur les conditions proximales – processus politique – de sa production. En Suisse, différentes actions ont façonné la révision du droit pénal sexuel ; révision initialement inscrite dans la procédure d'harmonisation des peines⁵, un long processus initié en 2010. Avec comme volonté exprimée de permettre aux juges de « sanctionner les infractions de manière appropriée », le Conseil fédéral (CF) a mis en consultation un avant-projet visant à adapter les peines encourues pour différentes infractions, principalement des actes de violence et des infractions contre l'intégrité sexuelle, soulignant notamment son souhait d'augmenter les sanctions prévues pour ces infractions, dont les victimes sont souvent des femmes et des enfants. Il est décidé, en 2020, de scinder le projet d'harmonisation des peines pour traiter distinctement d'un « Projet 3 », consacré spécifiquement au droit pénal sexuel⁶. Selon la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E), l'intérêt d'une procédure séparée réside dans la possibilité de finaliser, dans de brefs délais, le projet d'harmonisation

5 *Conseil fédéral*, Message 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, du 25 avril 2018, FF 2018 2889 ss.

6 *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 sexuel (avant-projet), Rapport du 28 janvier 2021, 9, https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1.

des peines proprement dit, et de se consacrer à une analyse approfondie de l'opportunité d'une révision matérielle du droit pénal sexuel, conformément au besoin exprimé par la CAJ-E « de mener une consultation en bonne et due forme sur ce titre du Code pénal [CP] »⁷. Ce souci de garantir un processus transparent et un véritable débat n'est pas anodin et doit être compris au regard d'une réalité soulignée par le CF lui-même : à la suite de l'adoption du message relatif au projet en 2018, le public et les médias se sont immédiatement saisis de la question des éventuelles lacunes du droit pénal sexuel. Petit retour en arrière.

Ce qui sort de l'ordinaire avec ce processus législatif, c'est en effet l'existence parallèle d'actions coordonnées émanant de multiples associations, personnalités politiques de tous bords et professionnel-le-s du terrain, certain-e-s ouvertement féministes et d'autres plus conservateurs-trices, le plus souvent sous l'impulsion, ou avec le soutien de la Section suisse d'Amnesty⁸. Réuni-e-s en Assemblée générale, les membres d'Amnesty annoncent, au printemps 2019, le lancement d'une « grande campagne de sensibilisation et de plaidoyer contre les violences sexuelles faites aux femmes et aux filles »⁹. Depuis lors, l'ONG orchestre savamment plusieurs prises de position et finance différentes actions visant à fournir, d'une part, un (contre-) argumentaire juridique et des données empiriques pour convaincre le pouvoir politique et judiciaire et, d'autre part, des slogans accrocheurs et des infographies (re)présentées au gré des mobilisations de la société civile¹⁰.

7 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 6), 9.

8 Cf. R. Kölbl, « Progressive » criminalization? A sociological and criminological analysis based on the German « No Means No » provision, *Ger Law J* 2021, 819 ss : l'auteur fait un constat similaire sur la réforme du droit pénal sexuel en Allemagne identifiant, quant à lui, trois « moteurs » de révision entre 2014 et 2016 : (1) la ratification de la CI ouvrant la voie à une discussion des dispositions existantes ; (2) une campagne professionnelle de plusieurs associations féminines/féministes combinant la publication de prises de position en droit et en politique pénale et la récolte de signatures à grande échelle ; et (3) les « événements de Cologne », une série d'agressions sexuelles attribuées quasi exclusivement à des personnes de nationalité étrangère et survenues lors des festivités du nouvel an 2015 dans cette ville de l'ouest de l'Allemagne, fait divers qui a dépassé les frontières nationales. L'implication de la société civile et le rôle d'Amnesty sont également discutés dans le cadre de la récente réforme du droit pénal sexuel danois, cf. J. Vestergaard, *The rape law revision in Denmark: Consent or voluntariness as the key criterion?* BJCLCJ 2/2020, 24 s. En revanche, H. Wiprächtiger, *Neuer Tatbestand für sexuelle Handlungen ohne Konsens?* PJA 2020, 926, s'est montré très critique sur ce point.

9 *Amnesty*, Communiqué de presse du 4 mai 2019, Agir contre les violences sexuelles faites aux femmes et aux filles, <https://www.amnesty.ch/fr/sur-amnesty/portrait/amnesty-suisse/docs/2019/agir-contre-les-violences-sexuelles>.

10 Depuis le lancement de sa campagne, Amnesty met à jour le contenu de ses différentes pages Internet, afin de renforcer et nuancer ses messages. Par conséquent, il est parfois difficile de dater avec précision certains narratifs. Toutefois, l'index thématique permet de reconstruire la chronologie des différentes actions, <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/violence-sexuelle>.

Coup d'envoi de la campagne d'Amnesty le 5 mai 2019, avec la publication des résultats d'une enquête « électrochoc » : En Suisse, une femme interrogée sur cinq (22 %) indique avoir subi, au moins une fois depuis ses 16 ans, un acte sexuel non consenti, selon la terminologie de l'étude, tandis que plus d'une femme sur dix (12 %) indique un rapport sexuel non consenti¹¹. Sans oublier les personnes mineures¹², les minorités sexuelles et de genre ou encore les hommes¹³, dont les expériences sont également largement invisibilisées¹⁴. Quelques jours plus tard paraît un numéro thématique du Magazine Amnesty consacré aux violences sexuelles et dont les textes abordent, tour à tour, le poids des représentations sociales erronées du viol, ses chiffres, le parcours ardu des victimes face à la justice, et les arguments pour une réforme du droit pénal sexuel¹⁵. Le mois suivant, Amnesty présente quatre clips vidéo au slogan provocateur « D'abord oui, ensuite oh ouiii ». Diffusés sur les réseaux sociaux et dans les festivals estivaux de cinéma open air et de musique, ces

-
- 11 Entre le 26 mars et le 15 avril 2019, 4495 (jeunes) femmes de 16 ans et plus vivant en Suisse ont été interrogées ; trois méthodes d'enquête (enquête téléphonique, formulaire en ligne et enquête participative en ligne) ont été combinées, puis pondérées de manière à obtenir des données représentatives pour toutes les femmes en Suisse ; cf. *gfs.bern*, Sexuelle Belästigung und sexuelle Gewalt an Frauen sind in der Schweiz verbreitet : Hohe Dunkelziffer im Vergleich zu strafrechtlich verfolgten Vergewaltigungen, Befragung im Auftrag von Amnesty, Berne 2019, <https://cockpit.gfsbern.ch/de/cockpit/sexuelle-gewalt-in-der-schweiz>.
- 12 M. Averdijk/K. Müller-Johnson/M. Eisner, Sexual victimization of children and adolescents in Switzerland : Final report for the UBS Optimus Foundation, z-proso, Zurich 2011.
- 13 M. Killias/S. Staubli/L. Biberstein/M. Bänziger/S. Iadanza, Sondage au sujet des expériences et opinions sur la criminalité en Suisse : Analyses dans le cadre du sondage national de victimisation 2011, Université de Zurich, Institut de criminologie 2011.
- 14 Si les femmes sont les premières victimes de violences sexuelles, dans les enquêtes populationnelles comme dans les statistiques officielles, il ne s'agit pas d'occulter les autres victimes de la violence (cf. *Jaquier/Vuille* [n. 2], 199 ss). Toutefois, en Suisse, les données disponibles ne permettent pas de chiffrer, ni de comprendre, les expériences de violence sexuelle des hommes ou celles des minorités sexuelles et de genre. À noter qu'en France, l'enquête VIRAGE a récemment montré que femmes et hommes n'étaient pas victimes des mêmes violences sexuelles, les premières étant victimes plus souvent, de violences sexuelles multiples et plus graves (cf. *Brown/Debauche/Hamel/Mazuy* [n. 2]). L'enquête a, par ailleurs, mis en évidence la surexposition des minorités sexuelles et de genre aux violences dans la famille et dans les espaces publics par rapport aux hétérosexuel-le-s (*M. Trachman/T. Lejbovicz*, Lesbiennes, gays, bisexuel-le-s et trans [LGBT] : une catégorie hétérogène, des violences spécifiques, in : E. Brown/A. Debauche/C. Hamel/M. Mazuy [édit.], *Violences et rapports de genre*, Paris 2020, 355 ss), apportant ainsi un appui aux données nord-américaines seules disponibles jusqu'ici (*M. L. Walters/J. Chen/M. J. Breiding*, The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey [NISVS] : 2010 Findings on victimization by sexual orientation, CDC, Atlanta 2013).
- 15 *Collectif*, *Violences sexuelles : le poids des représentations*, Amnesty : Le magazine des droits humains 97/2019, 10 ss.

clips réaffirment la position défendue par l'organisation, selon laquelle « le consentement est un prérequis absolu à toute relation sexuelle »¹⁶.

Au gré de la campagne de sensibilisation, les actions de lutte contre le viol se réapproprient différentes notions théoriques, parmi lesquelles celle des *mythes du viol* proposée, pour la première fois, au milieu des années 1970 déjà¹⁷. Les mythes du viol, définis comme un « ensemble des croyances préjudiciables, stéréotypées ou fausses sur le viol, les victimes de viol et les violeurs »¹⁸, servent, à la fois, à nier et à justifier les violences sexuelles des hommes envers les femmes, reconceptualisant le viol comme une conséquence « naturelle » du comportement provocateur des femmes et des pulsions sexuelles des hommes. Utilisés à tort au singulier dans les discours publics et certains textes scientifiques, les mythes du viol sont au contraire multiples¹⁹. Alors que certains prennent la forme de croyances erronées concernant les circonstances concrètes du viol, le comportement de l'auteur·e et les réponses de la victime, d'autres mythes consistent en des attentes comportementales et émotionnelles à l'encontre de la victime *après* l'événement, dessinant des figures erronées de la victime féminine²⁰ du viol, tantôt imprudente, tantôt masochiste, menteuse, voire provocatrice. Les mythes du viol proposent également une série d'excuses aux violeurs, allant du malentendu à la pulsion sexuelle incontrôlable, voire à la maladie psychique. Celles et ceux qui adhèrent à ces mythes, publics comme professionnel·le·s, sont alors susceptibles d'accorder une crédibilité moindre à une victime dont les décisions, les paroles ou les émotions s'éloignent de ces référentiels sociaux, tout comme ils et elles jugeront « moins » coupable *un* agresseur dont les traits, le statut ou la biographie diffèrent de leurs conceptions stéréo-

16 *Amnesty*, D'abord oui, ensuite oh ouiii : Pas de rapport sexuel sans consentement mutuel, <https://stop-violences-sexuelles.amnesty.ch/fr>.

17 *J. R. Schwendinger/H. Schwendinger*, Rape Myths : In legal, theoretical, and everyday practice, *CSJ* 1/1974, 18 ss ; puis *S. Brownmiller*, *Against our will : Men, women, and rape*, New York 1975.

18 *M. R. Burt*, Cultural myths and supports for rape, *J Pers Soc Psychol* 1980, 217 ss (première étude empirique).

19 *K. M. Edwards/J. Turchik/C. Dardis/N. Reynolds/C. Gidycz*, Rape myths : History, individual and institutional-level presence, and implications for change, *Sex Roles* 2011, 761 ss ; *J. O'Connor/S. McMahon*, The role of rape myths in contributing to sexual aggression : Theory, research, and implications for prevention, in : *L. M. Orchowski/A. D. Berkowitz* (édit.), *Engaging boys and men in sexual assault prevention*, Londres 2022, 97 ss.

20 Les mythes du viol réfèrent, historiquement et quasi exclusivement, aux violences sexuelles des hommes envers les femmes. Toutefois, d'autres travaux ont montré que des mythes similaires s'étaient construits en lien avec d'autres configurations du viol (cf. *P. N. S. Rumney*, *Gay male rape victims : Law enforcement, social attitudes and barriers to recognition*, *Int J Hum Rights* 2009, 233 ss, sur le traitement social et pénal du viol homosexuel).

typées²¹. Toutes ces croyances concourent à l'idée qu'il existe des viols plus authentiques que d'autres, les « vrais viols »²².

Les institutions pénales et judiciaires ne sont pas imperméables aux mythes du viol²³. À la fois descriptives et prescriptives²⁴, ces représentations stéréotypées structurent l'appréciation des violences sexuelles et mettent en doute la crédibilité des victimes, voire disqualifient leur parole²⁵. Tout concourt à différencier la « bonne victime » des « mauvaises victimes »²⁶, celles dont le récit s'éloigne de l'archétype du viol, celles qui n'ont pas suffisamment protesté ni résisté, celles qui ne sont pas allées à l'hôpital et ont pris trop de temps pour se rendre à la police, celles dont le corps ne raconte pas la bonne histoire. La sélection des affaires de violences sexuelles

21 *F. Leverick*, What do we know about rape myths and juror decision making? *E&P* 3/2020, 255 ss; *E. Suarez/T.M. Gadalla*, Stop Blaming the victim: A meta-analysis on rape myths, *J Interpers Violence* 2010, 2010 ss.

22 *O'Connor/McMahon* (n. 19), 98.

23 Cf. les recherches sur les policiers-ères (*O. Pérona*, La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux, *Champ Pénal* 2017, doi: 10.4000/champpenal.9546; *O. Pérona*, Déqualifier les viols : une enquête sur les mains courantes de la police judiciaire, *Droit et société* 2018, 341 ss; *E. Sleath/R. Bull*, Comparing rape victim and perpetrator blaming in a police officer sample, *Crim Justice Behav* 2012, 646 ss), les avocat-e-s (*B. Krahé/J. Temkin/S. Bieneck/A. Berger*, Prospective lawyers' rape stereotypes and schematic decision-making about rape cases, *Psychol Crime, Law* 2008, 461 ss), les magistrat-e-s (*C. Saas*, L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux, *La Revue des droits de l'homme* 2015, doi: 10.4000/revdh.1696; *O. Smith/T. Skinner*, How rape myths are used and challenged in rape and sexual assault trials, *Soc Leg Stud* 2017, 441 ss; *S. Zaccour/M. Lessard*, La culture du viol dans le discours juridique : soigner ses mots pour combattre les violences sexuelles, *Can J Women & L* 2021, 175 ss) et les médecins légistes (*L. McMillan/D. White*, « Silly girls » and « Nice young lads » : Vilification and vindication in the perceptions of medico-legal practitioners in rape cases, *Fem Criminol* 2015, 279 ss; *O. Pérona*, Médecins légistes et policiers face aux expertises médico-légales des victimes de violences sexuelles, *Déviante et Société* 2017, 415 ss), ainsi que les recherches sur les mythes du viol dans les médias (*L. Kahlor/M. S. Eastin*, Television's role in the culture of violence toward women : A study of television viewing and the cultivation of rape myth acceptance in the United States, *J Broadcast Electron Media* 2011, 215 ss; *S. O'Hara*, Monsters, playboys, virgins and whores : Rape myths in the news media's coverage of sexual violence, *Lang Lit* 2012, 247 ss).

24 *D. Burgess/E. Borgida*, Who women are, who women should be : Descriptive and prescriptive gender stereotyping in sex discrimination, *Psychol Public Policy, Law* 1999, 665 ss.

25 *Smith/Skinner* (n. 23); *J. Temkin/J. M. Gray/J. Barrett*, Different functions of rape myth use in court : Findings from a trial observation study, *Fem Criminol* 2018, 205 ss; *J. Temkin/B. Krahé*, Sexual assault and the justice gap : A question of attitude, *Oxford* 2008.

26 *M. Jakšić*, Figures de la victime de la traite des êtres humains : De la victime idéale à la victime coupable, *Cahiers internationaux de sociologie* 2008, 127 ss; *M. W. Stewart/S. A. Dobbin/S. I. Gatowski*, « Real rapes » and « real victims » : The shared reliance on common cultural definitions of rape, *Fem Leg Stud* 1996, 159 ss.

qui parviennent à la connaissance des autorités se joue tôt dans la chaîne pénale²⁷, mais aussi en amont par un effet d'autocensure des victimes. Culpabilisant parce que la société leur dit qu'elles n'ont pas fait des choix (moraux) judicieux, n'ont pas su communiquer clairement leur volonté et n'ont pas été assez fortes, qu'elles ne sont aujourd'hui pas assez traumatisées ni assez articulées, les victimes sont amenées à (re)définir leurs expériences au prisme des référentiels sociaux dominants²⁸, ce qui compromet leur santé mentale et leur guérison²⁹. Intériorisant des stéréotypes erronés – et ainsi une certaine représentation de ce qui constitue, aux yeux de la loi, un *viol* – nombre de victimes renoncent à dénoncer les violences subies³⁰. Ce non-dévoilement, à la fois choisi et imposé, entraîne une sélection des cas qui empruntent la chaîne pénale et crée une image biaisée de la réalité du viol : les affaires traitées par la justice ne sont pas représentatives de l'hétérogénéité des violences sexuelles. Plus encore, les politiques pénales apparaissent cibler certaines catégories d'auteur-e-s, en regard de leur position sociale ou de leur appartenance socio-ethnique³¹. En Suisse également, la pratique du droit et le jugement de cer-

-
- 27 S. Cromer/A. Darsonville/C. Desnoyer/V. Gautron/S. Grunwald/S. Lorvellec, Les viols dans la chaîne pénale [Rapport de recherche], Universités de Lille et Nantes 2017 ; V. Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice?* Paris 2019 ; J. Lovett/L. Kelly, Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe, London Metropolitan University, Child and Women Abuse Studies Unit 2009.
- 28 Z. D. Peterson/C. L. Muehlenhard, What is rape? The function of women's rape myth acceptance and definitions of sex in labeling their own experiences, *Sex Roles* 2004, 129 ss.
- 29 Le stigma négatif du viol impacte directement les victimes en favorisant des sentiments de honte et de culpabilité (N. R. Branscombe/M. J. A. Wohl/S. Owen/J. A. Allison/A. N'Gbala, Counterfactual thinking, blame assignment, and well-being in rape victims, *Basic Appl Soc Psych* 2003, 265 ss ; K. H. Breitenbecher, The Relationships among self-blame, psychological distress, and sexual victimization, *J Interpers Violence* 2006, 597 ss ; E. R. Dworkin/S. N. Sessarego/S. L. Pittenger/K. M. Edwards/V. L. Banyard, Rape myth acceptance in sexually assaulted adolescents' school contexts : Associations with depressed mood and alcohol use, *Am J Community Psychol* 2017, 516 ss), mais également indirectement au travers des réactions sociales négatives dont elles font l'objet, réactions associées à des symptômes dépressifs, anxieux et de stress post-traumatique (H. L. Littleton, The impact of social support and negative disclosure reactions on sexual assault victims : A cross-sectional and longitudinal investigation, *J Trauma Dissociation* 2010, 210 ss ; L. M. Orchowski/A. S. Untied/C. A. Gidycz, Social reactions to disclosure of sexual victimization and adjustment among survivors of sexual assault, *J Interpers Violence* 2013, 2005 ss ; S. E. Ullman/L. C. Peter-Hagene, Longitudinal relationships of social reactions, PTSD, and revictimization in sexual assault survivors, *J Interpers Violence* 2016, 1074 ss).
- 30 J. Du Mont/K.-L. Miller/T. L. Myhr, The role of « real rape » and « real victim » stereotypes in the police reporting practices of sexually assaulted women, *Violence Against Women* 2003, 466 ss ; N. M. Heath/S. M. Lynch/A. M. Fritch/M. M. Wong, Rape myth acceptance impacts the reporting of rape to the police : A study of incarcerated women, *Violence Against Women* 2013, 1065 ss ; L. L. Starzynski/S. E. Ullman/H. H. Filipas/S. M. Townsend, Correlates of women's sexual assault disclosure to informal and formal support sources, *Violence Vict* 2005, 417 ss.
- 31 Cf. V. Le Goaziou, Les viols en justice : une (in)justice de classe ? *NQF* 1/2013, 16 et 26.

tains acteurs-trices de la chaîne pénale semblent reproduire des stéréotypes sur les violences sexuelles, notamment lorsque celles-ci surviennent dans le cadre conjugal ou intime³². Les autorités sont le plus souvent amenées à se prononcer sur les configurations du viol conçues à tort comme « ordinaires », si bien que, loin d'être contesté, le référentiel (socio)juridique du viol s'en trouve renforcé, restreignant alors les possibilités mêmes de faire évoluer la jurisprudence avec des interprétations nuancées du viol, plus proches de la réalité – et de la diversité – des expériences sexuelles non consenties.

2. Imposer et formuler une réforme du droit pénal sexuel

En tout état de cause, la parole des victimes, telle que relayée par Amnesty notamment, dépeint une réalité du viol dont la complexité et le polymorphisme mettent à l'épreuve sa définition juridique en droit pénal suisse. Depuis son entrée en vigueur en 1942, le CP comprend le viol comme le fait, pour un homme, de contraindre une femme à subir un « acte sexuel », ce par quoi il faut comprendre, exclusivement, une pénétration péno-vaginale (art. 190 CP). Tout autre acte d'ordre sexuel contraint est appréhendé par la norme générale qu'est la contrainte sexuelle (art. 189 CP). Nous analyserons plus loin, en détail, les éléments constitutifs de l'infraction de viol, pour se contenter ici de relever son caractère extrêmement restrictif, tant au regard de l'acte réprimé et du genre de l'auteur-e et de la victime, que de l'exigence de l'usage d'une forme de contrainte.

À force qu'est conscientisé le contraste entre la compréhension stricte du viol par le droit pénal et l'expérience des victimes, le plaidoyer de la société civile pour la reconnaissance de ces dernières se « juridicise ». Amnesty conclut, au terme d'une analyse juridique³³, que le droit pénal sexuel est lacunaire et incompatible avec les engagements internationaux de la Suisse, plus particulièrement avec les exigences

32 P. ex. *M. Lieber/C. Greset/S. Perez Rodrigo*, *Le traitement pénal des violences sexuelles à Genève : une étude exploratoire*, Université de Genève, Institut de recherches sociologiques 2019, 45 ss. La persistance de préjugés et stéréotypes sexistes chez les professionnel-le-s suisses a été critiquée par les expert-e-s de l'ONU et du Conseil de l'Europe (cf. *Comité CEDEF*, Observations finales sur le sixième rapport périodique de la Suisse, 1^{er} novembre 2022, ch. 25 s. ; *GREVIO*, Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres donnant effet aux dispositions de la CI : Suisse, 15 novembre 2022, ch. 24 et 78 ss).

33 *Amnesty*, Campagne Droits des femmes du 4 mars 2019, Mettre un terme aux violences sexuelles, <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/docs/2019/mettre-terme-aux-violences-sexuelles> ; reprenant une critique du droit pénal suisse déjà formulée en référence à la situation européenne (Des lois dépassées sur le viol portent préjudice aux femmes, 24 novembre 2018), <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/docs/2018/des-lois-depassees-sur-le-viol-portent-prejudice-aux-femmes-1>.

de la Convention d'Istanbul (CI)³⁴. Et les professionnel·le·s des associations d'aide aux victimes d'ajouter que, en raison d'une définition extrêmement restrictive du viol et des difficultés de preuves, le droit pénal suisse méconnaîtrait un nombre non négligeable de victimes, ajoutant au sentiment d'impunité qui paraît prévaloir en matière de viol³⁵.

En novembre 2019, Amnesty interpelle la Conseillère fédérale Keller-Sutter et le Département fédéral de justice et police, en mobilisant, à l'appui de leurs revendications, une pétition intitulée « Justice pour les personnes qui ont subi des violences sexuelles ». Signée par 37 organisations et près de 37 000 personnes, la pétition appelle notamment à une réforme du droit pénal sexuel, afin que tout acte d'ordre sexuel non consenti puisse être adéquatement puni. Le texte réclame également des formations obligatoires des professionnel·le·s de la police, des autorités judiciaires et des avocat·e·s sur la prise en charge des victimes de violences sexuelles, tout en demandant une récolte systématique de données sur toutes les formes de violences sexuelles et des recherches scientifiques relatives au traitement pénal des infractions contre l'intégrité sexuelle³⁶. Cette interpellation reçoit le soutien d'une vingtaine de professeur·e·s de droit pénal qui rappellent, dans une tribune publique, que « *das grundlegende Unrecht eines Übergriffs gegen die sexuelle Integrität nicht Zwang oder Gewalt ist, sondern die Missachtung der Selbstbestimmung in einem sehr intimen Lebensbereich* »³⁷. Ils et elles exigent que tous les rapports sexuels non consentis soient sanctionnés comme des viols et appellent à modifier une disposition pénale qualifiée de dépassée, afin de donner un signal clair non seulement aux victimes, mais également aux auteur·e·s³⁸. Dans leur prise de position, les spécialistes assurent enfin qu'une réforme du droit pénal dans ce sens ne remettrait nul-

34 Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, du 11 mai 2011 (Convention d'Istanbul [CI] ; RS 0.311.35), entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2018.

35 P. ex. les prises de position du Centre LAVI Genève ou de l'Association ViolSecours Genève, https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1.

36 Amnesty, Communiqué de presse du 28 novembre 2019, Mettre fin aux violences sexuelles ! 37 000 personnes réclament un nouveau droit pénal en matière sexuelle, <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/docs/2019/37000-personnes-reclament-un-nouveau-droit-penal-en-matiere-sexuelle>.

37 J.-B. Ackermann/N. Capus/U. Cassani/A. Coninx/A. Eicker/B. Fateh-Moghadam/C. Geth/S. Gless/G. Godenzi/M. Hilf/Y. Jeaneret/G. Merkel/F. Meyer/M. Mona/B. Perrin/M. Pieth/I. Pruin/N. Queloz/C. Schwarzenegger/B. Sträuli/S. Summers/J. Weber, Übergriffe angemessen bestrafen [Meinung], TagesAnzeiger, 3 juin 2019.

38 Soulignant aussi la nécessité d'une révision du droit pénal sexuel en vue de marquer la position de l'État relativement au caractère intolérable des actes sexuels non consentis : A. Coninx/N. Scheidegger, Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Auslegeordnung, juin 2019 (document de travail), où les auteures proposent plusieurs variantes conformes aux exigences de la CI (n. 34).

lement en question le principe de la présomption d'innocence et n'entraînerait pas d'inversion du fardeau de la preuve³⁹.

Si un vent de réforme semble alors souffler sur la Suisse, ces critiques et les révisions exigées ne rencontrent pas l'adhésion de toutes et tous, notamment de plusieurs avocat-e-s⁴⁰, à la position très tranchée : « *Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung sind schwere Straftaten. Bei solchen Strafandrohungen braucht es mehr als bloss ein plausible Darlegen eines « Nein ». Für mich muss die Nötigung für den Tatbestand der Vergewaltigung oder der sexuellen Nötigung daher zwingend vorliegen.* »⁴¹ Ailleurs, un ancien juge fédéral dénonce une protection paternaliste de l'État envers des adultes capables de se déterminer librement et craint, là encore, une inversion du fardeau de la preuve qui contraindrait les personnes mises en cause à prouver leur innocence⁴², tandis que plusieurs avocat-e-s pénalistes mettent en garde contre l'instillation de « faux espoirs » aux victimes⁴³.

En juin 2020, un an après la Grève féministe, 55 organisations nationales et régionales et 130 personnalités issues des milieux académiques, de la justice, de la politique, de la culture et des médias lancent un « Appel [national] pour une révision du droit pénal sexuel. Protéger l'autodétermination sexuelle »⁴⁴. Rédigé par Amnesty en collaboration avec une experte juridique, une spécialiste de l'aide aux victimes et une parlementaire, l'appel, présenté comme politiquement neutre, est porté par des personnalités représentant tout l'échiquier politique. Il rassemble des organisations œuvrant pour l'égalité, les droits humains, les intérêts des personnes transgenres et la santé sexuelle, des collectifs régionaux romands et alémaniques de la grève féministe, des professionnel-le-s de l'aide aux victimes et de la prise en charge des auteur-e-s de violence, des partis et des groupes politiques, et quelques associations religieuses. Les signataires rappellent l'omniprésence des violences sexuelles dans de multiples espaces de vie, privés et publics, et l'obligation de la Suisse de lutter contre ces violences et de garantir, à toutes les victimes, un accès à la justice. L'appel dénonce une méconnaissance de la réalité des violences sexuelles par un droit pénal qualifié d'obsoleète qui, non seulement, ne tient pas compte de l'évolution des rapports de genre, mais de surcroît reproduit nombre de stéréotypes sur les violences sexuelles. Amnesty

39 Sur les arguments en faveur du *statu quo*, cf. 2^e partie.

40 E. Roos/Th. Fingerhuth/B. Rambert/L. Tirelli/S. Kury/A. Joset/S. Bernard/T. Knodel/C. Engel/A. Prechti/D. Gfeller/M. Horni/R. Niedermann/F. Faoro/B. Pilloud/S. Meichssner/A. Ursina Bieri/D. Wüst/C. Meier/O. Grundmann/M. Rupp/F. Frank/R. Metzger/A. Taormina/S. Schläppi/L. Jetzer/Y. Thomet/M. Engler/T. Sprenger/M. Brunner/P. Nideröst/K. Jeker, Professorale Fake News zum Sexualstrafrecht [Gastbeitrag], TagesAnzeiger 22 juin 2019.

41 T. Knodel/N. Scheidegger, Respekt vor dem « Nein » gehört ins Gesetz, plädoyer 6/2019, 6 ss.

42 Wiprächtiger (n. 8), 924 ss.

43 L. Jetzer/D. Gfeller, Die Revision weckt falsche Erwartungen [Gastkommentar], NZZ 31 octobre 2020.

44 Amnesty, Appel pour une révision du droit pénal sexuel : Protéger l'autodétermination sexuelle, <https://www.stopp-sexuelle-gewalt.ch/fr>.

critique un droit pénal construit sur la contrainte imposée par l'auteur-e et la résistance de la victime, et non pas sur la présence ou l'absence d'un consentement mutuel, arguant que la loi actuelle permet que soient acquittées des personnes dont il est prouvé qu'elles ont agi sans le consentement de leur victime.

Cette critique juridique doit être mise en perspective avec une visibilité accrue de la réalité nuancée et plurielle du viol, portée tant par le mouvement #MeToo que par la multiplication des études anglo-saxonnes et européennes⁴⁵, et depuis peu suisses⁴⁶, qui détaillent les diverses formes que prend la contrainte en matière de viol et en dénoncent la conceptualisation juridique stéréotypée. La mobilisation de la société civile pour la redéfinition des infractions de contrainte sexuelle et de viol ne demeure pas sans suite, puisqu'un premier projet de révision est soumis à consultation en janvier 2021⁴⁷. La majorité des participant-e-s à la consultation reconnaissent que la révision constitue « un pas dans la bonne direction [qui] doit aller encore plus loin »⁴⁸. Le soutien à une révision n'est toutefois pas complet, puisque quelques participant-e-s déplorent un tel changement, le jugeant prématuré⁴⁹, dangereux⁵⁰ ou trop militant⁵¹. En revanche, la CAJ-E a déclenché l'ire générale en proposant une nouvelle infraction, l'atteinte sexuelle, destinée à sanctionner les situations dans lesquelles l'auteur-e impose à la victime un acte sexuel « contre sa volonté », mais sans recourir à la force ou à la menace⁵². Cette proposition a été fortement condamnée, dans la procédure de consultation⁵³ et plus généralement dans le public⁵⁴, au motif

45 P. ex. C. McGlynn/V.E. Munro (édit.), *Rethinking rape law: International and comparative perspective*, Abingdon 2010; C. *Le Magueresse*, Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien, Archives de politique criminelle 2012, 223 ss; C. *Le Magueresse*, De la centralité du consentement, Les Cahiers de la Justice 2021, 613 ss; ainsi que German Law Journal 5/2021.

46 M. Carbajal/A. Colombo/M. Tadorian, Consentir à des expériences sexuelles sans en avoir envie, La logique de redevabilité : responsabilité individuelle ou injonction sociale genrée ? Journal des anthropologues 1/2019, 197 ss; A. Colombo/M. Carbajal/R. Milani/C. Jacot/S. Baudat/M. Carvalhosa Barbosa/J.-L. Heeb, Représentations juvéniles de la sexualité et des transactions sexuelles impliquant des jeunes en Suisse, Fribourg : HEdS-FR, 2021 ; Lieber/Greset/Perez Rodrigo (n. 32) ; gfs.bern (n. 11).

47 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 6).

48 Office fédéral de la justice, Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, Rapport sur les résultats de la consultation du 8 août 2021, 7.

49 Office fédéral de la justice (n. 48), 6 : position de la Fédération suisse des avocat-e-s.

50 Office fédéral de la justice (n. 48), 7 : position du canton de Zurich.

51 Office fédéral de la justice (n. 48), 7 : position du canton de Soleure.

52 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 6), 18 ss, sur un nouvel art. 187a CP.

53 Office fédéral de la justice (n. 48), 13 ss.

54 Amnesty, Communiqué de presse du 10 mai 2021, Redéfinition pénale du viol : Pour protéger l'autodétermination sexuelle, <https://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/suisse/prises-de-position/docs/2021/une-occasion-unique-de-protoger-lautodetermination-sexuelle>; V. Boillet/M. Lieber/S. Perez-Rodrigo/C. Perrier Depeursinge/M. Roca I Escoda, Appeler un viol un viol [Opinion], Le Temps 8 février 2021.

qu'elle instaure une dangereuse hiérarchisation des violences sexuelles fondée sur une compréhension stéréotypée du viol et, de surcroît, non conforme aux exigences de la CI⁵⁵. Plusieurs participant·e·s ont exprimé, par ailleurs, la crainte que des situations remplissant aujourd'hui les éléments constitutifs du viol soient alors déqualifiées à l'aune de cette nouvelle disposition⁵⁶. Un raisonnement qui fait écho aux pratiques de déqualification des violences sexuelles mises en évidence, notamment en France⁵⁷.

Ces multiples prises de position, l'audition de personnes expertes représentant les milieux professionnels, associatifs et académiques, mais également l'audition de victimes façonent alors une nouvelle proposition⁵⁸, rendue publique en février 2022, et qui voit apparaître le non-consentement dans la formulation des dispositions sur le viol et la contrainte sexuelle, au bénéfice de la formulation dite « non, c'est non » (*Veto-Lösung*)⁵⁹. La solution préconisée par la majorité de la CAJ-E est telle que la condition de la contrainte est abandonnée dans les formes de base des infractions visées aux art. 189 et 190 CP⁶⁰, pour être remplacée par celle de la méconnaissance du refus signifié par la victime à autrui, qui agit donc « contre [s]a volonté ». Une minorité de la CAJ-E, quant à elle, affiche sa préférence pour la solution du « oui, c'est oui » (*Zustimmungslösung*)⁶¹, incriminant des comportements identiques, mais commis « sans le consentement » de la victime, dont il ne serait, dès lors, pas exigé qu'elle exprime une volonté contraire⁶².

Peu de temps après avoir communiqué son insatisfaction à la lecture de la proposition de la CAJ-E, Amnesty réaffirme la nécessité d'inscrire explicitement le consentement dans le droit pénal sexuel, avec comme argument, cette fois, la volonté citoyenne. En à peine un mois, Amnesty finance une enquête populationnelle sur les perceptions des violences sexuelles, appelant politiciennes et politiciens « à

55 Office fédéral de la justice (n. 48), 14.

56 Office fédéral de la justice (n. 48), 14 s.

57 Cf. Pérona, Mains courantes (n. 23) ; Cromer/Darsonville/Desnoyer/Gautron/Grunwald/Lorvellec (n. 27), ainsi que Le Goaziou (n. 27), 75 ss et C. Le Magueresse/A.-L. Maduraud, Ces viols qu'on occulte : critique de la correctionnalisation, *Délibérée* 2/2018, 32 ss, sur la « correctionnalisation » du viol.

58 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, 1 ss.

59 Coninx/Scheidegger (n. 38), 2 ; pour une analyse de différentes formulations, cf. Scheidegger (n. 4), 340 ss.

60 La présence d'une contrainte constitue une circonstance aggravante de ces deux infractions, prévue à l'alinéa 2 de chacune des dispositions.

61 *Supra* n. 59.

62 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 58), 27 s.

fonder leurs décisions sur les réalités et les besoins de la population »⁶³. Deux tiers des personnes sondées répondent qu'il est absolument nécessaire que le droit pénal sexuel envoie « un signal et déclar[e] que les actes sexuels non consentis constituent un délit »⁶⁴. Mais surtout, elles considèrent majoritairement que la solution du consentement protège le mieux les victimes de violences sexuelles, bien qu'on observe un écart générationnel pour certaines réponses. Femmes et hommes sont 1,7 fois plus nombreux à préférer la solution du consentement à la solution du refus, la différence étant plus marquée pour les personnes qui s'identifient à un autre genre⁶⁵. À l'aube des débats parlementaires, Amnesty lance une nouvelle campagne assortie d'une pétition en ligne⁶⁶ et appelle, cette fois, les hommes à s'engager en faveur de la solution « Seul un *oui* est un *oui* » et de la protection des victimes de violences sexuelles⁶⁷, juste avant de prôner, en assemblée générale⁶⁸, la solution du consentement. Le Conseil des États n'entend pas ces appels, puisqu'il se range du côté de la majorité de la CAJ-E en adoptant, le 7 juin 2022, la variante « contre sa volonté » du projet soumis au vote⁶⁹. Dépoussiérant, certes, la notion de viol en acceptant que toute pénétration orale, vaginale ou anale non consentie, effectuée sur un homme ou une femme soit punie en tant que viol, la majorité s'est opposée à la formulation « sans le consentement » dénonçant, notamment, « *eine falsche Kriminalisierung der Sexualität, die zu einem grossen gesellschaftlichen Wandel führen [würde]* »⁷⁰. Accusant le Conseil des États d'avoir manqué l'occasion « historique » de « protéger pleinement l'autodétermination sexuelle »⁷¹, Amnesty et ses parte-

63 Début mars 2022, 1012 personnes issues des trois principales régions linguistiques ont été interrogées (selon les modalités du panel en ligne politrends.ch) et leurs données pondérées de manière à être représentatives ; cf. *gfs.bern*, Wahrnehmung sexuelle Beziehungen und Gewalt: Bevölkerung empfindet Zustimmungslösung als bester Schutz gegen sexualisierte Gewalt, Befragung im Auftrag von Amnesty, Berne 2022, <https://cockpit.gfsbern.ch/de/cockpit/wahrnehmung-sexuelle-beziehungen-und-gewalt>.

64 *Ibidem*.

65 47 % des femmes se prononcent en faveur de la solution du consentement et 29 % en faveur de la solution du refus ; de même pour 44 % et 25 % des hommes et 69 %, ainsi que 31 % des personnes s'identifiant à un autre genre (cf. *gfs.bern* [n. 63]).

66 Amnesty, Pétition en ligne du 5 mai 2022, La Suisse attend un droit pénal sexuel basé sur le consentement, <https://action.amnesty.ch/fr/seul-un-oui-est-un-oui>.

67 Amnesty, Communiqué de presse du 5 mai 2022, Nouvelle campagne : les hommes s'engagent pour le « Seul un oui est un oui », <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/docs/2022/nouvelle-campagne-les-hommes-s-engagent-pour-le-seul-un-oui-est-un-oui>.

68 Résolution 2 adoptée le 12 mai 2022, <https://www.amnesty.ch/fr/sur-amnesty/portrait/amnesty-suisse/docs/2022/la-guerre-en-ukraine-et-droit-penal-sexuel-au-centre-des-preoccupations>.

69 BO 2022 E 387 ss et 498 ss.

70 Rieder, BO 2022 E 389.

71 Amnesty, Communiqué de presse du 7 juin 2022, Le Conseil des États s'en tient à une définition anachronique du viol, <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/docs/2022/le-conseil-des-etats-sen-tient-a-une-definition-anachronique-du-viol>.

naires ne s'annoncent pas vaincu-e-s et redoublent d'efforts pour recueillir des signatures. Trois mois plus tard, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) propose à son Conseil de voter en faveur de la solution du consentement⁷², après avoir mené ses propres consultations, ce qui est inhabituel. Une semaine avant l'ouverture de la session d'hiver à Berne, Amnesty et ses partenaires remettent leur pétition appelant à ancrer la solution du consentement⁷³ dans la loi et rappellent, avec le soutien de plusieurs parlementaires, qu'il s'agit là de la solution retenue par les expert-e-s de l'ONU et du Conseil de l'Europe dans leurs dernières recommandations à l'égard de la Suisse⁷⁴. Enfin, le 5 décembre 2022, les représentant-e-s du peuple reprennent les arguments maintes fois entendus, sans se refuser quelques énoncés provocateurs. Chaque camp évoque la position de « ses » expert-e-s, laissant apparaître une doctrine divisée sur la formulation à préférer, des autorités de poursuite pénale inquiètes quant à l'applicabilité du modèle du consentement et des spécialistes des violences sexuelles convaincus par la solution du consentement. La minorité dénonce une décision politique, et non juridique, accusant la majorité de faire de fausses promesses aux victimes – promesses qui pourraient même se retourner contre les victimes. La majorité dénonce la mauvaise foi de ses opposant-e-s, qu'elle accuse de formuler des arguments fallacieux en évoquant une attaque des principes cardinaux du droit. Au final, contrairement à la Chambre haute et à l'avis du Conseil fédéral, le Conseil national choisit la variante « oui, c'est oui » à une petite dizaine de voix de différence⁷⁵.

Si plusieurs améliorations positives du droit pénal sexuel sont apparues au gré des travaux parlementaires, les avis divergent, reflets de postures politiques et idéologiques différentes. Quelles que soient les formulations retenues, les notions de contrainte, volonté et consentement continueront d'être au cœur du traitement pénal des violences sexuelles en Suisse. D'où la pertinence d'en proposer ici une analyse nuancée, à l'appui de différentes disciplines et des expériences d'autres pays. Tout en mettant en perspective le droit en vigueur avec les variantes discutées par les Chambres fédérales, nous montrons en quoi la loi suisse et son interprétation nous semblent lacunaires, au regard non seulement des exigences du droit interna-

72 *Commission des affaires juridiques du Conseil national*, Communiqué de presse du 21 octobre 2022, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-caj-n-2022-10-21.aspx>.

73 *Amnesty*, Communiqué de presse du 21 novembre 2022, Plus de 40 000 personnes et 50 organisations demandent la solution du consentement, <https://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/suisse/docs/2022/plus-de-40000-personnes-et-50-organisations-demandent-la-solution-du-consentement>.

74 *Comité CEDEF* (n. 32), ch. 42 ; *GREVIO* (n. 32), ch. 185.

75 BO 2022 N (à paraître) ; pour les différents points de vue, cf. 2^e partie.

tional, mais également de la réalité des expériences des victimes et de la nécessité de lutter contre les violences sexistes et sexuelles⁷⁶.

III. La pratique du droit pénal sexuel est tributaire des représentations normatives de la sexualité et du consentement, en même temps qu'elle les (re)produit

1. Le viol ne consiste pas uniquement en une pénétration pénéo-vaginale non consentie

En l'état, l'art. 189 CP – la *contrainte sexuelle* – réprime le fait de contraindre une personne à un acte d'ordre sexuel ou un acte analogue à l'acte sexuel. Le droit définit l'acte d'ordre sexuel, la notion la plus générale, comme tout acte, commis sur le corps humain de la victime ou de l'auteur-e, qui, objectivement et indiscutablement⁷⁷, tend directement à l'excitation ou à la jouissance sexuelle d'un-e participant-e au moins⁷⁸. Le texte légal ne mentionne que le fait de contraindre à subir un acte d'ordre sexuel; toutefois, jurisprudence et doctrine reconnaissent unanimement qu'il s'agit d'une lacune de l'autorité législative et que le fait d'accomplir un acte d'ordre sexuel sous la contrainte est également couvert par cette disposition⁷⁹. Le projet de modification de la loi prévoit d'ailleurs de corriger cette lacune⁸⁰. L'art. 190 CP constitue une règle spéciale qui sanctionne une forme particulière et aggravée de contrainte sexuelle : le *viol*, entendu exclusivement comme l'acte sexuel

76 Cette analyse du droit suisse comme étant lacunaire est partagée par certain-e-s, p. ex. *Amnesty* (n. 33), les signataires de l'appel national (n. 44) ainsi que *Ackermann/Capus/Cassani/Coninx/Eicker/Fateh-Moghadam/Geth/Gless/Goenzi/Hilf/Jeaneret/Merkel/Meyer/Mona/Perrin/Pieth/Pruin/Queloz/Schwarzenegger/Sträuli/Summers/Weber* (n. 37); *Boillet/Lieber/Perez-Rodrigo/Perrier Depeursinge/Roca I Escoda* (n. 54); *C. Maulini/L. Parein*, La loi actuelle favorise le maintien de stéréotypes de genre et le maintien du mythe sur le viol, plaidoyer 3/2021; *Montavon/Monod* (n. 4); *Scheidegger/Lavoyer/Stalder* (n. 4). *Contra*: p. ex. *Jetzer/Gfeller* (n. 43); *Knodel/Scheidegger* (n. 41); *Maulini/Parein* (n. 76); *Roos/Fingerhuth/Rambert/Tirelli/Kury/Joset/Bernard/Knodel/Engel/Prechti/Gfeller/Horni/Niedermann/Faoro/Pilloud/Meichssner/Ursina Bieri/Wüst/Meier/Grundmann/Rupp/Frank/Metzger/Taormina/Schläppi/Jetzer/Thomet/Engler/Sprenger/Brunner/Nideröst/Jeker* (n. 40); *Wiprächtiger* (n. 8), 928.

77 Soit ici une interprétation objective, ATF 125 IV 62 c. 5.

78 A. *Donatsch*, *Strafrecht III*, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018, 459; A. *Zermatten*, in: A. Macaluso/N. Queloz/L. Moreillon (édit.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017, Art. 187 N 10.

79 ATF 127 IV 198 c. 3b/aa; N. *Queloz/F. Illànez*, in: A. Macaluso/N. Queloz/L. Moreillon (édit.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017, Art. 189 N 7.

80 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 6), 30; *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 58), 38.

« proprement dit » (selon la terminologie pour le moins critiquable du Tribunal fédéral)⁸¹, soit une pénétration du vagin par le pénis⁸². Ainsi appréhendé, le viol ne peut donc être commis que par un auteur de sexe masculin sur une victime de sexe féminin⁸³.

L'actuel art. 190 CP repose sur une définition étroite de l'acte sexuel, qui exclut certaines formes de pénétration et, partant, exclut tant les victimes de sexe masculin que les auteurs de sexe féminin. Premièrement, lorsqu'un auteur de sexe masculin contraint une victime de sexe féminin (ou masculin) à effectuer une fellation, cet acte constitue une contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP et non pas un viol. De même, une pénétration digitale ou réalisée au moyen d'un objet n'est pas couverte par l'art. 190 CP, mais par la norme générale de l'art. 189 CP. Une interprétation historique de l'art. 190 CP aide à comprendre cette définition spécifique et surtout restrictive du viol, élaborée en considération du risque de grossesse inhérent au coït hétérosexuel et de ses conséquences socio-économiques hors mariage⁸⁴. Aujourd'hui encore, il est indéniable qu'une grossesse non désirée constitue une conséquence particulièrement difficile pour une femme victime de viol, cela même si les possibilités médicales et le contexte social actuel sont différents de ceux qui prévalaient lors de la rédaction de la loi⁸⁵. Pour autant, une interprétation étroite de la notion d'acte sexuel ne se justifie pas, dès lors qu'elle contribue inévitablement à banaliser d'autres pénétrations sexuelles non consenties⁸⁶. Deuxièmement, cette définition restrictive de l'acte sexuel a pour corollaire la non-reconnaissance du viol homosexuel⁸⁷, instaurant une hiérarchisation des victimes sur la base

81 ATF 122 IV 99 c. 2a.

82 *Queloz/Illànez* (n. 79), CR CP II, Art. 189 N 17.

83 Demeure réservée la coactivité, admise dans l'ATF 125 IV 134, où une femme a activement encouragé, par son comportement, un homme à commettre l'acte punissable. Le TF prend toutefois soin de souligner qu'une femme ne saurait être considérée comme auteure directe d'un viol (c. 2).

84 *M. A. Niggli/S. Maeder*, Beischlaf, parlamentarische Vorstösse und andere erregende Dinge, PJA 2016, 1172 ; repris par *F. Bommer*, Anmerkungen zum Versuch der Strafrahmenharmonisierung, RPS 2019, 286 ss.

85 Pour une discussion, cf. *Scheidegger* (n. 4), 167 ss.

86 *Contra* : *Niggli/Maeder* (n. 84), 1172, pour qui la distinction entre le coït et d'autres formes de rapports sexuels n'induit pas de discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, dès lors que la différence en jeu est purement biologique ; la spécificité du coït est qu'il suppose une possibilité de procréation, ce qui, en soi, justifierait un traitement particulier de cette forme de sexualité. Dans le même sens, *Bommer* (n. 84), 287 s., pour qui l'injustice particulière du viol d'une victime de sexe féminin réside dans le risque de devoir prendre une décision en cas de grossesse.

87 Cf. *T. Delessert*, Comment le Code pénal esquive le viol homosexuel, Reiso 2015, <https://www.reiso.org/document/390>.

de leur genre et de leur orientation sexuelle⁸⁸. Cette pratique discriminatoire, plaçant le coït hétérosexuel « au centre des représentations sexuelles »⁸⁹, nous apparaît dénuée de toute justification.

Ces arguments ont été entendus par certain·e·s parlementaires, puisque le premier rapport de la CAJ-E, daté du 28 janvier 2021⁹⁰, a recommandé d'étendre la définition du viol afin de sanctionner non plus uniquement l'acte sexuel, mais également tout « acte analogue qui implique une pénétration d[u] corps » (nouvel art. 190 CP), et que la contrainte sexuelle soit réservée aux autres « acte[s] d'ordre sexuel » (nouvel art. 189 CP)⁹¹. Le second rapport de la CAJ-E, publié le 17 février 2022, a repris les mêmes propositions⁹². Dans les deux rapports, le libellé des dispositions révisées débute par un « quiconque », formulation modernisée du traditionnel « celui qui »⁹³. Avec ces révisions, victimes et auteur·e·s de viol pourront être de sexe masculin ou féminin. La CAJ-E apporte différentes précisions à la notion d'acte analogue à l'acte sexuel qui implique une pénétration du corps, en référant explicitement à la pénétration vaginale, anale et orale (fellation)⁹⁴, non sans ambiguïté toutefois. Le rapport précise que la pénétration du vagin pourra se faire au moyen du pénis, d'une autre partie du corps (doigt, main, langue) ou d'un objet, mais il ne mentionne pas explicitement la pénétration de l'anus par une partie du corps autre que le pénis ni par un objet, actes qui doivent également être considérés comme des viols. Enfin, le rapport réfère, en note, à la définition actuelle – plus étroite – des actes analogues à l'acte sexuel, et évoque explicitement le coït intercrural (*Schenkelverkehr*), soit un acte qui n'implique pas de pénétration, mais considéré par la doctrine comme analogue à l'acte sexuel⁹⁵ – ce qui prête à confusion eu égard à la nouvelle construction des art. 189 et 190 CP. Une clarification serait utile et, à la lumière des expériences d'autres

88 À ce propos, cf. aussi *Montavon/Monod* (n. 4).

89 *D. Borrillo*, La surveillance juridique des pratiques sexuelles légitimes : L'institution de la norme conjugale, in : D. Fassin/D. Memmi (édit.), *Le gouvernement des corps*, Paris 2004, 185.

90 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 6).

91 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 6), 32 s. (variante 2).

92 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 58), 38 s.

93 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 58), 15.

94 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 58), 39.

95 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 58), 37 note de bas de page 118, en référence à *Ph. Maier*, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4^e éd., Bâle 2018, Art. 189 N 50.

pays⁹⁶, il est opportun aussi de rappeler que les normes internationales établissent qu'une pénétration « même superficielle » constitue un viol⁹⁷.

2. Les définitions juridiques de la contrainte sexuelle et du viol ne sont pas fondées de manière explicite sur l'atteinte au consentement libre et non équivoque de la victime

Le droit pénal suisse ne réprime pas les actes d'ordre sexuel non consentis *en tant que tels*, mais uniquement en présence de circonstances supplémentaires, en l'occurrence, pour la contrainte sexuelle et le viol, le recours à un moyen de contrainte⁹⁸. Il ne suffit donc pas que la victime n'ait pas consenti à l'activité sexuelle ; encore faut-il examiner si elle a été contrainte à la subir ou la commettre, faute de quoi ni la contrainte sexuelle ni le viol ne pourront être retenus⁹⁹. Trois critiques, développées ci-dessous, peuvent être formulées à l'encontre du droit pénal actuel et de sa mise en œuvre : premièrement, la contrainte est interprétée de manière étroite par la justice, qui la conçoit, avant tout, comme étant de nature physique ;

96 La Cour de cassation française a récemment confirmé la requalification d'un viol en agression sexuelle, arguant que la pénétration devait avoir été « d'une profondeur significative », ce que la déclaration de la victime, mineure au moment des faits, ne permettait pas d'établir, n'étant « assortie d'aucune précision en termes d'intensité, de profondeur, de durée ou encore de mouvement ». La plaignante avait indiqué que le compagnon de sa mère l'avait « pénétrée avec sa langue à force d'insister », mais la juridiction d'appel a estimé que sa déclaration « ne caractéris[ait] pas suffisamment une introduction volontaire au-delà de l'orée du vagin, suffisamment profonde pour caractériser un acte délibéré » (n° 20-83.273 du 14 octobre 2020). Cet arrêt a fait l'objet de sévères critiques, certain-e-s considérant que la juridiction d'appel, par sa décision, rajoutait une nouvelle condition à l'élément matériel du viol (*Bracq/Llanta/Rambolamanana/Vasconi*, Submission to the UN Special Rapporteur on Violence against Women, Criminalisation and prosecution of rape, France, 30 décembre 2020, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/SR/RapeReport/Others/176-france.pdf>). *Contra* : *Dominati*, Viol : la pénétration « significative » ne requiert aucun seuil de profondeur, du 13 novembre 2020, qui dénonce une surmédiation et propose une interprétation alternative, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/viol-penetration-significative-ne-requiert-aucun-seuil-de-profondeur>.

97 Principes de La Haye sur la violence sexuelle, 2019, 54 s, <https://thehagueprinciples.org>.

98 Respectivement l'exploitation d'une incapacité de discernement ou d'une incapacité de résistance pour ce qui est de l'art. 191 CP, et l'exploitation d'une relation de dépendance ou de détresse s'agissant des art. 188, 192 et 193 CP.

99 À noter qu'il existe une controverse doctrinale sur ce point, notamment concernant les situations dans lesquelles l'auteur-e a « simplement pass[é] outre » la volonté contraire de la victime. Cf. *Scheidegger* (n. 4), 198 ss ; *Pruin* (n. 4), 134. *Contra* : *Wiprächtiger* (n. 8), 928 ; *M. A. Niggli* [interview par T. Isler], Wollen wir jede Unachtsamkeit zur sexuellen Gewalt erklären ? Ein Gespräch über Sexualität und Kriminalität, NZZaS 9 janvier 2021.

deuxièmement, la contrainte est établie en référence à la résistance de la victime, une résistance qui est aussi un critère pour déterminer si l'auteur-e pouvait avoir conscience de la nature contraignante de son comportement ; et, troisièmement, le refus (verbal) de la victime peine à être considéré comme une preuve suffisante de son absence de consentement.

- a) Le droit suisse actuel repose sur une conception trop étroite et préférentiellement physique de la contrainte en matière de viol

Dans le CP, les moyens de contrainte sont spécifiés de manière non exhaustive et en termes généraux, ce qui entraîne un manque de précision, en particulier s'agissant de l'intensité avec laquelle la contrainte doit être exercée – ce qu'admet le TF dans un arrêt de 1996¹⁰⁰. Le CP prévoit qu'il y a contrainte, au sens des art. 189 et 190 CP, *notamment*¹⁰¹ lorsque l'auteur-e menace la victime, fait usage de violence ou de pressions d'ordre psychique à son égard, ou la met hors d'état de résister. Selon la jurisprudence, la présence ou l'absence de contrainte est établie à partir d'une appréciation globale des circonstances concrètes¹⁰². Il doit exister un lien de causalité entre l'exercice de la contrainte et la réalisation de l'acte (d'ordre) sexuel, en ce sens que la victime subit ou accomplit ce dernier sous l'effet direct du moyen de contrainte employé par l'auteur-e. Toutefois, la jurisprudence n'exige pas un lien temporel étroit entre l'acte de contrainte et l'acte d'ordre sexuel¹⁰³. La contrainte doit, en revanche, être créée dans un contexte donné. À cet égard, il n'est pas indispensable qu'elle soit exercée uniquement au moment de l'acte d'ordre sexuel, ni même qu'elle soit à nouveau utilisée pour chacun des actes. Il suffit que la victime ait, dans un premier temps, opposé une résistance, dans la mesure où ceci pouvait être attendu d'elle, et que, par la suite, l'auteur-e réactualise sa contrainte de manière à imposer l'acte (d'ordre) sexuel¹⁰⁴.

Il convient d'apporter certaines précisions quant à ces différents moyens de contrainte. La menace, tout d'abord, doit être retenue, selon le TF, lorsque l'auteur-e, « par ses paroles ou son comportement, fait volontairement redouter à la victime la

100 ATF 122 IV 97 c. 2b : « Il est vrai que le nouveau texte légal, en énumérant de façon non exhaustive des moyens de contrainte formulés en termes très généraux, comporte sous cet angle une certaine imprécision [...] ; il pourra notamment s'avérer délicat de déterminer quelle intensité doit atteindre la pression psychique exercée sur la victime pour faire admettre que celle-ci a été contrainte, au sens des art. 189 al. 1 et 190 al. 1 CP, à subir les actes incriminés ».

101 Sur l'importance du terme « notamment » et une définition alternative de la notion de contrainte, cf. *Scheidegger* (n. 4), 208 ss.

102 ATF 131 IV 107 c. 2.2.

103 ATF 126 IV 124 c. 3b.

104 *M. Dupuis/L. Moreillon/C. Piguët/S. Berger/M. Mazou/V. Rodigari*, Petit commentaire, Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, Art. 189 N 13.

survenance d'un préjudice, à l'effet de l'amener à céder¹⁰⁵. La menace « doit faire craindre un préjudice sérieux »¹⁰⁶, généralement interprété de manière restrictive par la doctrine comme étant un préjudice de nature corporelle contre lequel la victime pourrait difficilement se défendre¹⁰⁷. La menace peut être explicite (mots, écrits) ou implicite (allusions, actions) ; il suffit que la victime la perçoive comme telle¹⁰⁸. Il n'est pas nécessaire que l'auteur-e soit sérieux-se ni que la menace soit réalisable, du moment que la victime suppose que tel est le cas. Bien que la jurisprudence ne nomme pas systématiquement le moyen de contrainte retenu¹⁰⁹, il peut être déduit que la menace doit être d'une intensité comparable à un recours à la force physique¹¹⁰. La nature coercitive de la menace doit toutefois être évaluée en prenant en compte la position et la perspective de la victime, qui doit se trouver dans la situation de choisir entre accepter le mal dont l'auteur-e l'a menacée ou renoncer à sa propre volonté ; sa liberté ainsi fortement limitée, il ne peut être attendu d'elle qu'elle résiste à l'auteur-e¹¹¹.

Il y a violence lorsque l'auteur-e emploie volontairement la force physique sur la victime, afin de la faire céder¹¹². S'il n'est pas nécessaire que la victime soit mise hors d'état de résister ni que la violence soit d'une intensité telle qu'elle provoque des lésions corporelles, une certaine intensité est néanmoins requise¹¹³. Pour

105 ATF 122 IV 97 c. 2b.

106 *Ibidem*.

107 Soit une conception restrictive de la menace : cf. *Donatsch* (n. 78), 533 ; *Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou/Rodigari* (n. 104), PC CP, Art. 189 N 14 ; *St. Trechsel/C. Bertossa*, in : *St. Trechsel/M. Pieth* (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 4^e éd., Zurich/St-Gall 2017, Art. 189 N 4. *Contra* : *Maier* (n. 95), BSK StGB II, Art. 189 N 26, pour qui le danger ne doit pas nécessairement se rapporter à la vie ou à l'intégrité corporelle de la victime ; il suffit que l'auteur fasse craindre à la victime un inconvénient propre à l'alarmer ou l'effrayer. Du même avis : *J. Rehberg*, *Das revidierte Sexualstrafrecht*, PJA 1993, 16 ss ; *Scheidegger* (n. 4), 180 ss, qui se réfère aux intentions du législateur (FF 1985 1087). La délimitation entre menace et pressions psychiques n'est toutefois pas claire, une menace constituant de fait une pression psychique. Ainsi, les menaces qui font craindre des actes de violence contre des tiers sont-elles généralement reconnues à titre de pressions psychiques, tout comme, dans certains cas, la menace de révéler des faits touchant à l'honneur, telle la diffusion de photographies ou vidéos compromettantes (*infra* n. 129 et 130).

108 *Maier* (n. 95), BSK StGB II, Art. 189 N 26.

109 ATF 128 IV 97 c. 3a.

110 TF 6B_1040/2013 c. 3 et TF 6B_981/2019 c. 2.2, à propos des pressions psychiques, mais, par analogie, avec l'intensité requise pour la menace. *Trechsel/Bertossa* (n. 107), PK StGB, Art. 189 N 3, illustrent l'exigence d'une « *erhebliche Einwirkung* » en notant que la menace de tromper sa femme ou de ne plus lui adresser la parole en cas de refus de rapports sexuels ne remplit pas les conditions d'intensité de l'art. 189 CP (ATF 131 IV 167 c. 3.1, avec d'autres références).

111 *Maier* (n. 95), BSK StGB II, Art. 189 N 27.

112 ATF 122 IV 97 c. 2b, où le TF précise que la notion de violence est entendue au sens qui lui est donné dans le cadre de l'infraction de brigandage (art. 140 CP) ; TF 6B_995/2020 c. 2.1.

113 TF 6B_995/2020 c. 2. Sur l'intensité de la violence : *Maier* (n. 95), BSK StGB II, Art. 189 N 20 ss ; *Scheidegger* (n. 4), 177 ss.

le TF, la force physique doit être « plus intense que ne l'exige l'accomplissement de l'acte dans les circonstances ordinaires de la vie »¹¹⁴. Selon les circonstances, en raison notamment de la surprise ou de l'effroi ressenti par la victime et influant sur son degré de résistance, un usage de la force « relativement faible » peut suffire. Le maintien de la victime avec le poids de son corps, le fait de lui arracher ses habits ou de lui tordre un bras derrière le dos sont reconnus comme des recours à la force physique propres à contraindre¹¹⁵ ; tandis que la contrainte sera considérée comme insuffisante si l'on estime que la victime avait la possibilité de résister physiquement ou de s'enfuir sans prendre de risques¹¹⁶.

La notion de pressions d'ordre psychique n'est, quant à elle, pas clairement délimitée¹¹⁷. Elle désigne le fait de provoquer délibérément des effets d'ordre psychique chez la victime tels que la surprise, la frayeur ou le sentiment d'une situation sans espoir – soit des effets propres à la faire céder, sans recours à la violence physique ou à la menace¹¹⁸. Là encore, il n'est pas nécessaire que la victime ait été mise hors d'état de résister¹¹⁹. Dans un arrêt de 2002, le TF concède que l'intensité des pressions psychiques est indéterminable, appelant à la prudence dans l'interprétation de cette notion¹²⁰. En tout état de cause, les pressions d'ordre psychique doivent être d'une intensité particulière pour constituer une contrainte, ce par quoi il faut comprendre une intensité comparable à l'usage de la violence ou de la menace¹²¹. Pour en juger, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances concrètes déterminantes, et notamment de l'état de la victime au moment des faits. On ne saurait, en particulier, attendre la même résistance de la part d'un enfant que de la part d'un adulte¹²². Plus la vulnérabilité perçue de la victime sera grande, plus la pression exigée par l'autorité sera faible¹²³.

114 TF 6B_995/2020 c. 2.

115 TF 6B_1285/2018 c. 2.1.

116 *Queloz/Illànez* (n. 79), CR CP II, Art. 189 N 35.

117 *Trechsel/Bertossa* (n. 107), PK StGB, Art. 189 N 6, estiment particulièrement ardu de trouver des exemples qui ne constitueraient simultanément des menaces ; même point de vue chez *Scheidegger* (n. 4), 183 s.

118 ATF 128 IV 106 c. 3a/aa-bb ; ATF 122 IV 97 c. 2b ; ATF 131 IV 167 c. 3.1.

119 ATF 124 IV 154 c. 3b.

120 ATF 128 IV 106 c. 3a/bb.

121 ATF 131 IV 167 c. 3.1 ; TF 6B_935/2020 c. 4.1 ; TF 6B_693/2020 c. 3.1.

122 ATF 128 IV 97 c. 2b/cc ; ATF 124 IV 154 c. 3b ; *Queloz/Illànez* (n. 79), CR CP II, Art. 189 N 35.

123 *Donatsch* (n. 78), 536 : « *der ausgeübte Druck mit Blick auf die Erfüllung der zu behandelnden Tatvariante umso geringer sein kann, je wehrloser, empfindlicher, abhängiger und verletzlicher das Opfer erscheint* ».

En tant que les art. 189 et 190 CP sont essentiellement pensés comme des infractions de violence, supposant (la menace de) l'emploi de la force physique¹²⁴, l'hypothèse des pressions psychiques représente un moyen de contrainte alternatif, sans lien direct avec la violence « proprement dite »¹²⁵. C'est d'ailleurs précisé dans cette perspective que le Conseil national avait suggéré, en 1990, d'ajouter les pressions d'ordre psychique à la liste des moyens de contrainte (et par la même occasion de rendre celle-ci exemplative). Il s'agissait d'inclure les cas où, sans recours à la violence, la victime ne peut résister en raison de la surprise, de la frayeur ou parce qu'elle se trouve (subjectivement) dans une situation sans espoir que l'auteur-e a contribué à créer¹²⁶. L'effet de surprise est généralement retenu lorsque l'auteur-e surprend la victime d'une manière telle qu'elle n'a pas la possibilité – ou plutôt pas le temps – d'opposer une résistance¹²⁷. En menaçant la victime d'un dommage sérieux¹²⁸, l'auteur-e amène à craindre des répercussions personnelles, sociales ou professionnelles, comme lors de la révélation de photographies ou vidéos privées portant atteinte à son honneur¹²⁹. Enfin, l'auteur-e qui fait craindre des actes de violence contre des tiers crée une situation sans espoir pour la victime, ainsi « terrorisée par les dangers évoqués (...) et poussée dans ses derniers retranchements »¹³⁰.

124 ATF 131 IV 107 c. 2.2; ATF 128 IV 97 c. 2b; ATF 124 IV 154 c. 3b, où il est rappelé que les art. 189 et 190 CP sont des infractions de violence, qui doivent être considérées comme des actes d'agression physique.

125 ATF 128 IV 106 c. 3a/bb.

126 ATF 122 IV 97 c. 2b, renvoyant à BO 1990 N 2302.

127 P. ex. lorsque l'auteur surprend la victime dans son sommeil (TF 6B_502/2017 c. 1.2), ou lors d'un examen gynécologique (ATF 131 IV 49 c. 7, en lien toutefois avec l'art. 191 CP). *Coninx/Scheidegger* (n. 38), 2, notent d'ailleurs que la « *nichtkonsensuelle Penetration unter Ausnutzung des Überraschungseffekts* » tend plutôt à être appréhendée au moyen de l'art. 191 CP incriminant les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance.

128 *Scheidegger* (n. 4), 194 ss.

129 Le TF a reconnu l'existence de pressions d'ordre psychique propres à faire céder la victime dans le cas d'un auteur qui avait menacé de publier sur Internet et auprès des proches de la victime une vidéo de cette dernière pratiquant une fellation consentie sur l'auteur (TF 6B_1040/2013); il a jugé de même dans le cas d'un auteur qui avait à plusieurs reprises menacé la victime de diffuser des photos de nudité obtenues en mentant à la victime, mais ne l'avait jamais menacée de violences physiques (TF 6B_981/2019 c. 2.2, confirmé par TF 6B_1057/2021 c. 2.2). Pour d'autres exemples: *G. Godenzi*, in: *W. Wohlers/G. Godenzi/S. Schlegel* (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 4^e éd., Berne 2020, Art. 189 N 7-8; *Scheidegger* (n. 4), 194 ss.

130 Le TF a reconnu l'existence de pressions d'ordre psychique propres à faire céder la victime dans le cas d'un auteur qui, sous couvert d'anonymat, avait menacé les proches de la victime par messages électroniques (ATF 131 IV 167 c. 3.3); il a jugé de même dans le cas d'un maître d'apprentissage qui avait menacé une victime, peu sûre d'elle et dépourvue de filet de sécurité social, de renvoyer sa sœur en foyer (TF 6B_385/2012 c. 3.4).

Le même résultat est retenu pour les victimes dont la relation de couple consiste en une succession d'épisodes d'intimidation et de harcèlement, une tyrannie permanente et un climat de perpétuelle psychoterreur¹³¹. Relèvent également d'une situation sans espoir, les cas où il serait vain, pour la victime, de résister physiquement (p. ex. en cas d'asymétrie de force physique ou si plusieurs auteur-e-s sont impliqué-e-s) ou d'appeler du secours (p. ex. car le lieu est isolé), ou que cela engendrerait un préjudice disproportionné pour la victime (p. ex. se retrouver à la rue)¹³².

Dans un deuxième temps, la jurisprudence a développé la notion de « violence structurelle », soit une « instrumentalisation des liens sociaux »¹³³, en référence à des situations dans lesquelles la dépendance émotionnelle et sociale de la victime par rapport à l'auteur-e induit une « pression psychique extraordinaire », comparable à l'effet d'une contrainte de nature physique¹³⁴. En d'autres termes, l'auteur-e utilise ici « [s]es relations sociales comme moyen de pression pour obtenir des faveurs sexuelles »¹³⁵. La notion de violence structurelle a d'abord été développée en lien avec la victimisation des enfants, considérant que leur infériorité cognitive les rendait plus vulnérables à une exploitation physique ou psychique, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la violence physique pour les faire céder¹³⁶. La violence structurelle a toutefois, depuis lors, aussi été reconnue dans des cas impliquant une victime adulte, bien qu'une plus grande capacité de résistance soit alors attendue de sa part¹³⁷. Cela étant, le TF s'est montré particulièrement restrictif dans l'examen de la violence structurelle assimilée à une contrainte d'ordre psychique. Si l'infériorité cognitive ou la dépendance émotionnelle et sociale peuvent suffire à rendre une victime incapable de s'opposer à des violences sexuelles, il est néanmoins nécessaire, pour que la contrainte soit réalisée, que « les circonstances concrètes

131 Le TF a reconnu l'existence de pressions d'ordre psychique propres à faire céder la victime dans le cas d'un mari autoritaire, aux antécédents violents dont la tyrannie permanente avait créé un climat de perpétuelle psychoterreur propre à effrayer et à épuiser une jeune femme de 18 ans, peu sûre d'elle, d'abord soumise et vulnérable, sans réseau social de soutien (ATF 126 IV 124 c. 3c) ; il a jugé de même dans le cas du mari qui, durant de nombreuses années, avait exercé une constante autorité sur son épouse, très isolée et ne parlant pas français, faisant régner une ambiance tyrannique, frappant régulièrement son épouse, la menaçant de violences et de mort, tout comme les personnes susceptibles de lui venir en aide, à tel point qu'elle avait considéré comme vaine, voire dangereuse, toute tentative de résister aux actes sexuels imposés (TF 6B_159/2020 c. 2.4.2). Il serait toutefois envisageable de retenir ici une menace implicite de violence, cf. *Scheidegger* (n. 4), 186 ss.

132 ATF 122 IV 97 c. 2b.

133 ATF 131 IV 107 c. 2.2 ; TF 6B_204/2019 c. 6.2 ; TF 6B_493/2016 c. 2.2. Sur la violence structurelle : *Maier* (n. 95), BSK StGB II, Art. 189 N 13 et 15 ss ; *Scheidegger* (n. 4), 184 et 190 ss.

134 TF 6B_493/2016 c. 2.2.

135 TF 6B_1088/2009 c. 3.1.

136 ATF 124 IV 154 c. 3b ; TF 6B_269/2013 c. 1.2.

137 ATF 131 IV 167 c. 3.1 ; *Queloz/Illànez* (n. 79), CR CP II, Art. 189 N 37.

rendent la soumission compréhensible »¹³⁸. À cela s'ajoute le fait que l'auteur-e doit contribuer à ce que la victime se retrouve dans une situation telle qu'elle ne peut résister. La subordination cognitive et la dépendance émotionnelle et sociale constituent des violences structurelles, et conséquemment des pressions d'ordre psychique, uniquement si l'auteur-e transforme la subordination et la dépendance dans laquelle se trouve la victime en un moyen de contrainte, c'est-à-dire s'il crée concrètement une situation de contrainte factuelle (*Tatsituative Zwangssituation*)¹³⁹, lui permettant de parvenir à ses fins¹⁴⁰. L'auteur-e doit faire plus que simplement exploiter une situation de subordination ou de dépendance existante ; en cela, profiter d'une relation d'amitié ou d'amour ne suffit pas pour admettre l'existence d'une pression psychique¹⁴¹. Enfin, il n'est pas nécessaire que l'auteur-e crée la situation coercitive de la même manière à chaque fois ; il suffit que l'auteur-e « par son comportement antérieur, répété et durable, place la victime dans une situation qui la force à se soumettre »¹⁴², en particulier si l'auteur-e a précédemment brisé la résistance de la victime par la force ou la menace et que cela est encore présent dans la conscience de la victime¹⁴³. Relevons encore que, selon la doctrine, il appartient aux tribunaux de déterminer à quel moment une dépendance, une situation de détresse ou une situation sans espoir, au sens des art. 188, 192 et 193 CP, se transforme en pressions d'ordre psychique¹⁴⁴.

Le dernier moyen de contrainte cité par la loi est la mise hors d'état de résister, à savoir le cas où l'auteur-e, pour parvenir à ses fins, rend la victime inconsciente, notamment en lui administrant une substance psychotrope ou en utilisant un procédé tel que l'hypnose, avec pour effet de rendre inutile le recours à un autre moyen de contrainte¹⁴⁵. Cette condition diffère des autres moyens de contrainte, en ce qu'elle est la seule à supposer que la victime se trouve totalement hors d'état de résister.

138 TF 6B_1150/2014 c. 2.4 ; TF 6B_71/2015 c. 2.1.

139 ATF 131 IV 107 c. 2.4 ; ATF 133 IV 49 c. 4. Dans ce cas de figure, c'est l'art. 193 CP qui trouve application, avec le même enjeu délicat de délimitation précédemment relevé.

140 ATF 131 IV 107 c. 2.4.

141 TF 6B_493/2016 c. 2.5.1 ; TF 6B_912/2009 c. 2.2.2.

142 ATF 131 IV 107 c. 2.4.

143 *Maier* (n. 95), BSK StGB II, Art. 189 N 32.

144 Le plus souvent, il conviendra d'examiner le rôle de l'auteur-e : lorsqu'il ou elle agit de sorte à excéder la seule exploitation d'une situation de dépendance ou de détresse préexistante, dans l'intention de placer la victime dans une situation qu'elle perçoit comme dépourvue d'espoir, il convient de retenir les dispositions sur le viol ou la contrainte sexuelle. En revanche, lorsqu'il ou elle profite simplement de sa position, que le rapport asymétrique dans lequel se trouve la victime existait déjà lorsque l'auteur-e a pris la décision de commettre une agression sexuelle sur la victime, on préférera l'application des autres dispositions pénales (cf. *Maier* [n. 95], BSK StGB II, Art. 189 N 9 s. ; *Perrier Depeursinge/Boyer* [n. 4], 12). Le TF admet toutefois que cette distinction n'est pas toujours aisée (cf. ATF 128 IV 106 c. 3b).

145 ATF 122 IV 97 c. 2b ; cf. *Scheidegger* (n. 4), 202 ss.

L'exigence de la contrainte pose ici, à notre sens, deux problèmes : un problème de conformité avec le droit international¹⁴⁶ et un problème d'interprétation. Certes, le Rapport explicatif de la CI précise que les États parties ne sont pas tenus de créer des dispositions érigeant expressément les actes sexuels non consentis en infraction pénale et qu'il leur revient de « décider de la formulation exacte de la législation et des facteurs considérés comme exclusifs d'un consentement libre »¹⁴⁷, latitude que le Conseil fédéral avait justement fait valoir pour affirmer que le droit interne était en conformité avec l'art. 36 CI¹⁴⁸. Ce point de vue relève toutefois d'une erreur d'interprétation, déjà relevée ailleurs¹⁴⁹, découlant de la méconnaissance du concept de réglementation à deux niveaux (*Zweistufigkeit des Regelungskonzeptes*) établi par la CI¹⁵⁰, soit : premièrement, la présence (ou non) d'un consentement de fait (art. 36 al. 1) ; et, deuxièmement, la validité de ce consentement (art. 36 al. 2). Les États conservent une marge de manœuvre pour définir les circonstances qui excluent qu'un consentement de fait soit considéré comme *volontaire* au sens du second alinéa. En revanche, les situations dans lesquelles *aucun* consentement n'a été donné doivent être sanctionnées par le droit pénal¹⁵¹. La seule latitude accordée ici aux parties signataires réside donc dans la fixation de conditions de (non) validité du consentement (de fait), simplement dit « *Nicht jedes Ja ist ein Ja!* »¹⁵². Ainsi, le Groupe d'expert·e·s indépendant·e·s (GREVIO) chargé de suivre la mise en œuvre de la CI a-t-il, à plusieurs reprises déjà, recommandé une définition des violences sexuelles axée sur l'absence d'un consentement libre¹⁵³, félicitant les États parties dont la législation allait dans ce sens¹⁵⁴. Et comme l'on pouvait s'y attendre, les ex-

146 Du même avis : *Pruin* (n. 4), 131 ; *Scheidegger* (n. 4), 109 ss et 293 ss. Une discussion similaire a eu lieu en Allemagne ; pour une synthèse, cf. *T. Hörnle*, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 2015, 206 ss.

147 *Conseil de l'Europe*, Série des traités n° 210, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, Istanbul 11 mai 2011, ch. 189 ss.

148 *Conseil fédéral*, Message concernant l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), du 2 décembre 2016, FF 2017 216. Cette position est également celle du TF dans un arrêt récent (TF 6B_894/2021 c. 3.7.1 et 3.8).

149 P. ex. *Scheidegger* (n. 4), 296.

150 *Scheidegger* (n. 4), 296.

151 *Scheidegger* (n. 4), 119 ss et 301 ss, où l'auteure soutient par ailleurs que le droit suisse actuel entre en conflit, dans une certaine mesure, avec les art. 45 (sanctions et mesures) et 55 CI (procédures *ex parte* et *ex officia*) ; les mêmes critiques sont aussi formulées par le GREVIO (n. 32), ch. 205 ss et 241 ss.

152 *Scheidegger* (n. 4), 122.

153 P. ex. le Danemark (2017), la Finlande (2019) et la France (2019). C'est notamment à la suite du rapport du GREVIO que le droit pénal sexuel danois a été modifié pour redéfinir le viol comme tout rapport sexuel non consenti. Pour les rapports, <https://www.coe.int/fr/web/istanbul-convention/country-monitoring-work>.

154 P. ex. la Belgique (2020) ; pour l'accès au rapport, *supra* n. 153.

pert-e-s du Conseil de l'Europe ont exhorté « les autorités suisses à réexaminer leur législation en matière de violences sexuelles afin de fonder la définition des violences sexuelles sur l'absence de libre consentement de la victime »¹⁵⁵.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDEF)¹⁵⁶ recommande, quant à lui, dans la communication *Vertido c. Philippines*¹⁵⁷, que soit supprimée des textes législatifs toute exigence que le viol soit commis « par la force ou la violence, et la pénétration être établie »¹⁵⁸, il laisse, en revanche, le choix de la construction juridique du viol à adopter, proposant (a) une construction juridique qui s'appuie sur le consentement libre et un examen des mesures mises en œuvre par l'auteur-e pour s'assurer du consentement de la victime ; ou (b) une construction juridique qui s'appuie sur l'usage de la contrainte, mais définie aussi largement que possible¹⁵⁹. Toutefois, la Recommandation générale n° 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre¹⁶⁰ propose, en référence à l'art. 2 CEDEF, que la définition des crimes de nature sexuelle soit fondée sur l'absence de consentement libre et tienne compte de la présence de circonstances coercitives¹⁶¹. Un argumentaire que les expert-e-s de l'ONU ont repris pour recommander explicitement à la Suisse « [de] modifier la définition du viol dans le [CP] de façon à la fonder sur l'absence de consentement, conformément aux normes internationales »¹⁶². Quant à la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), bien qu'elle constate, dans l'arrêt *M. C. c. Bulgarie*¹⁶³, que l'exigence d'une résistance physique de la victime a disparu de la législation des pays européens¹⁶⁴, elle souligne que plusieurs pays connaissent encore une définition du viol qui mentionne explicitement le recours de l'auteur-e à la violence ou à la menace¹⁶⁵. La répression des actes sexuels non consentis repose alors sur « l'interprétation des termes per-

155 GREVIO (n. 32), ch. 183 ss.

156 Cet organe onusien est chargé de surveiller l'application de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979 (CEDEF ; RS 0.108), entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997.

157 Comité CEDEF, Communication n° 18/2008 *Vertido c. Philippines*.

158 Comité CEDEF (n. 157), ch. 8.9 let. b/ii.

159 *Ibidem*.

160 Comité CEDEF, Recommandation générale n° 35/2017 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre.

161 Comité CEDEF (n. 160), ch. 29 let. E.

162 Comité CEDEF (n. 32), ch. 42 let. d ; pour les autres recommandations, cf. ch. 23 ss (accès des femmes à la justice) et 41 ss (violence à l'égard des femmes fondée sur le genre).

163 Refuser l'accès à la justice de la recourante en estimant que la contrainte n'a pas été démontrée à ce stade constitue une violation des art. 3 et 8 CEDH (CourEDH *M. C. c. Bulgarie* [39272/98] § 164 ss et 179. Pour une discussion sur les obligations de droit international public découlant de la CEDH : Scheidegger (n. 4), 109 ss ; D.-S. Valentiner, The human right to sexual autonomy, Ger Law J 2021, 709 ss.

164 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 157.

165 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 159.

tinents de la loi (contrainte, violence, coercition, menace, ruse, surprise, entre autres) et [sur] une appréciation des éléments de preuve dans leur contexte »¹⁶⁶. La CourEDH rappelle qu'une meilleure protection des femmes contre les violences sexuelles nécessite que soient sanctionnés l'ensemble des actes (d'ordre) sexuels non consentis, même lorsque « la victime ne montre pas de signes de résistance »¹⁶⁷, ajoutant que « la force n'est pas un élément constitutif du viol et que le fait de profiter de circonstances coercitives pour accomplir des actes sexuels est également punissable »¹⁶⁸. La CourEDH conclut être convaincue que « toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait, notamment, à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteur-e-s de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu »¹⁶⁹. En vertu des art. 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁷⁰, les États membres sont donc tenus de criminaliser et de réprimer de manière concrète « tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique »¹⁷¹.

Au quotidien toutefois, les tribunaux peinent à prendre en compte les circonstances particulières que la doctrine et la jurisprudence se plaisent pourtant à souligner. L'analyse juridique tend à réduire des événements complexes à des actes singuliers et des responsabilités simples, ignorant, souvent, dans l'établissement des faits, l'histoire, les motivations, les représentations et les subjectivités¹⁷². La thèse selon laquelle l'appréciation des faits serait facilitée par des éléments supplémentaires dans les dispositions pénales sur le viol est critiquable¹⁷³. Tel est aussi l'avis des expert-e-s du Conseil de l'Europe : aux autorités françaises qui affirmaient que leur définition légale du viol avait l'avantage de permettre une appréciation objective de l'absence de consentement, fondée sur le comportement de l'auteur-e (violence, contrainte, menace) et ses effets sur la victime (surprise)¹⁷⁴, le GREVIO a rétorqué qu'en mettant l'emphase sur des éléments probatoires pour établir l'absence de consentement – plutôt que sur « la centralité de l'absence du consentement » –, le droit pénal n'offrait pas une protection suffisante¹⁷⁵.

166 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 161.

167 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 162.

168 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 163.

169 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 166.

170 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

171 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 166.

172 Cf. Kölbl (n. 8), 829 ss.

173 Cf. Scheidegger (n. 4), 345 ss ; pour le droit allemand, Hörnle (n. 146), 212 s.

174 GREVIO, Rapport d'évaluation (de référence) sur les mesures d'ordre législatif et autres donnant effet aux dispositions de la CI : France, 2019, ch. 191.

175 GREVIO (n. 174), ch. 192.

- b) La résistance physique est devenue le critère de détermination de la contrainte et la preuve de l'absence de consentement de la victime

Si à l'étranger, doctrine et études empiriques ont, d'ores et déjà, mis en évidence la manière dont les institutions pénales peinent à penser la contrainte lorsqu'elle n'est pas physique ou lorsqu'elle se joue dans des relations préexistantes¹⁷⁶, nous commençons tout juste à questionner nos propres biais¹⁷⁷. En droit pénal suisse, la contrainte doit être d'une certaine intensité¹⁷⁸, rendant compréhensible la soumission de la victime dans les circonstances concrètes¹⁷⁹. Il apparaît donc pertinent d'examiner, à l'appui de données scientifiques et sous le prisme du genre, l'interprétation donnée du degré de résistance exigé de la victime.

Dans un arrêt récent, le TF rappelle que les articles réprimant la contrainte sexuelle et le viol « ne protègent des atteintes à l'autodétermination sexuelle que pour autant que l'auteur-e surmonte ou déjoue la résistance que l'on pouvait raisonnablement attendre de la victime »¹⁸⁰. Alors même que la résistance de la victime ne ressort guère des exigences posées par le texte légal¹⁸¹, elle est interprétée par la jurisprudence comme un critère pour déterminer la réalisation de la condition de la contrainte. Alors que la résistance de la victime est bien souvent la circonstance qui crée la nécessité du recours à une forme de contrainte, elle apparaît être, aux yeux de la justice, la (seule) manifestation de l'absence de consentement de la victime¹⁸². Si la victime ne résiste pas – ou pas suffisamment à l'aune du référentiel favorisé par la justice –, l'autorité considère qu'il est possible que l'auteur-e n'ait pas pu se rendre compte de l'opposition de la victime. La question du degré de « résistance raisonnable » est soumise à la libre appréciation des juges, laquelle doit se faire, dit le TF, en fonction de la capacité de résistance de la victime, de ses liens avec l'auteur-e, des circonstances de l'agression et des capacités physiques ou intellectuelles de la victime¹⁸³.

Au-delà du fait que cette latitude de jugement puisse donner lieu à des conclusions diverses, il est tout à fait saisissant que l'évaluation de la contrainte ne

176 Pérona, Viols conjugaux (n. 23); M. Randall, *The treatment of consent in Canadian sexual assault law, The Equality Effect*, Toronto 2011.

177 P. ex. Lieber/Greset/Perez Rodrigo (n. 32), 45 ss; Knodel/Scheidegger (n. 41), 7 (« *Es ist stossend, dass das Opfer Widerstand leisten muss.* »).

178 *Supra* n. 113, 115 et 121.

179 TF 6B_1150/2014 c. 2.4; TF 6B_71/2015 c. 2.1.

180 TF 6B_1164/2020 c. 3.1; ATF 133 IV 49 c. 4.

181 F. Bommer, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum materiellen Strafrecht im Jahr 2020*, RSJB 2021, 556.

182 TF 6B_1444/2020 c. 2.3.2: « *Die von der Rechtsprechung geforderte Gegenwehr des Opfers meint eine tatkräftige und manifeste Willensbezeugung, mit welcher dem Täter unmissverständlich klargemacht wird, mit sexuellen Handlungen nicht einverstanden zu sein.* »

183 ATF 133 IV 49 c. 4; TF 6B_802/2021 c. 1.2; TF 6B_488/2021 c. 5.4.1.

se fasse pas seulement au regard du comportement de l'auteur-e de l'infraction, mais tout autant de celui – « raisonnable » ou non – de la victime. En 2010, le TF a ainsi reproché à une victime de n'avoir résisté « que » verbalement – pleurant et insultant l'auteur-e – et de ne pas avoir quitté la pièce, alors qu'elle était dotée d'une force physique semblable à celle de l'auteur¹⁸⁴. Les juges ont souligné que « [d]er blosser Vollzug des Geschlechtsverkehrs gegen den vorgängig geäußerten Willen der Beschwerdeführerin bzw. eine nur geringfügige Kraftaufwendung genügt aufgrund des unbeeinträchtigten physischen und psychischen Zustands der Beschwerdeführerin demzufolge nicht für den Tatbestand der Vergewaltigung »¹⁸⁵. Alors même que le TF a reconnu explicitement la commission d'un acte sexuel « contre la volonté » de la victime, il a renoncé néanmoins à retenir une infraction aux art. 189 et 190 CP, faute de contrainte avérée¹⁸⁶.

La capacité réelle des victimes à résister et à se défendre face à un viol a été au cœur des discussions sur la révision du droit pénal sexuel, portant sur le devant de la scène des connaissances scientifiques trop souvent omises dans la pratique juridique, mais mettant aussi à jour des conceptualisations passéistes, voire sexistes, des relations sexuelles (non) consenties. Si l'on peut se réjouir de cet engouement, il paraît toutefois opportun de corriger quelques erreurs et autres amalgames. Peu importe, en effet, l'issue de la révision en cours, il faut éviter que ces notions théoriques, malmenées par le public et les institutions, ne perdent de leur scientificité. Nous l'avons vu, la qualification de viol fait naître certaines prescriptions comportementales à l'attention des victimes, en particulier l'attente que celles-ci fassent « leur maximum »¹⁸⁷ pour résister¹⁸⁸. Or, les comportements des victimes tendent

184 TF 6B_912/2009 c. 2.1.4 et 2.2.3.

185 TF 6B_912/2009 c. 2.1.4 : « La simple exécution du rapport sexuel contre la volonté préalablement exprimée par la victime, respectivement une violence minimale, ne suffit donc pas à constituer l'infraction de viol compte tenu de l'état physique et psychique non altéré de la plaignante ».

186 TF 6B_912/2009 c. 2.2.3 : « *Der erste Geschlechtsakt vor dem Einschlafen fand ohne Gegenwehr der Beschwerdeführerin, aber gegen ihren Willen statt.* » ; cf. ég. TF 6B_311/2011 + 6B_380/2011.

187 Pérona, Viols conjugaux (n. 23), 351.

188 Plusieurs interventions, dans les débats et la presse, ont laissé entendre que le *freezing* est couvert par l'art. 191 CP. Or, les mentions explicites d'un « état de sidération » dans la jurisprudence renvoient aux pressions psychiques (TF 6B_59/2021 c. 2.3-2.4) ou spécifiquement à la violence structurelle (TF 6B_1404/2021 c. 2.3 s.). De plus, l'art. 191 CP exige que la personne qui commet l'acte soit consciente de l'incapacité de résistance de la victime (N. Queloz/F. Illànez, in : A. Macaluso/N. Queloz/L. Moreillon [édit.], Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017, Art. 191 N 19 ; Ph. Maier, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger [édit.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^e éd., Bâle 2018, Art. 191 N 16) et que cette incapacité soit préexistante, c'est-à-dire que l'auteur-e n'a pas, par son comportement, provoqué ou participé à l'incapacité de la victime (Queloz/Illànez [supra], CR CP II, Art. 191 N 13 ; Maier [supra], BSK StGB II, Art. 191 N 6). Ces prérequis nous semblent incompatibles avec les états de paralysie et de dissociation décrits ci-dessous. Sur le traitement juridique de la passivité de la victime, cf. 2^e partie.

à être évalués en regard de critères de « rationalité » inadaptés à la situation du viol, et contredits par la psychologie et les neurosciences¹⁸⁹. Place à un résumé des connaissances scientifiques, en trois arguments.

Premièrement, l'absence de résistance est une réalité pour un grand nombre de victimes¹⁹⁰ et l'opposition verbale est, de loin, la réponse la plus courante chez les victimes qui sont en mesure de résister¹⁹¹. Cela, notamment, parce que les stratégies mobilisées se forment le plus souvent « en miroir » des tactiques de l'auteur-e, les menaces et les violences verbales appelant alors à des formes non physiques de résistance (p. ex. argumenter, supplier, se disputer)¹⁹². Les réactions à la victimisation se révèlent aussi intrinsèquement genrées. Un sondage anglais a, ainsi, montré qu'hommes et femmes imaginaient différemment leurs réactions face à un agresseur sexuel de sexe masculin : plus d'hommes que de femmes ont répondu qu'ils résisteraient physiquement, tandis que plus de femmes que d'hommes ont dit qu'elles ne savaient pas comment elles réagiraient, que cela dépendrait des circonstances et qu'elles se soumettraient si cet agresseur était armé¹⁹³. La recherche a aussi permis d'établir que les victimes qui ont déjà subi des violences sexuelles, et particulièrement dans l'enfance, sont plus susceptibles d'utiliser des stratégies de résistance indirectes et non coercitives comparativement aux personnes sans antécédents¹⁹⁴. Et n'oublions pas que, si la recherche a certes montré que la résistance physique pouvait, dans certaines circonstances, permettre de mettre en échec une

189 Cf. *M. J. Bovin/B. P. Marx*, The importance of the peritraumatic experience in defining traumatic stress, *Psychol Bull* 2011, 47 ss.

190 *E. Sleath/J. Woodhams*, Expectations about victim and offender behaviour during stranger rape, *Psychol Crime, Law* 2014, 798 ss ; *G. F. Waterhouse/A. Reynolds/V. Egan*, Myths and legends : The reality of rape offences reported to a UK police force, *Eur J Psychol Appl L* 2016, 1 ss.

191 *M. L. Larsen/M. Hilden/O. Lidgaard*, Sexual assault : A descriptive study of 2500 female victims over a 10-year period, *BJOG* 2015, 577 ss.

192 *P. S. Nurius/J. Norris/D. S. Young/T. L. Graham/J. Gaylord*, Interpreting and defensively responding to threat : Examining appraisals and coping with acquaintance sexual aggression, *Violence Vict* 2000, 187 ss.

193 Hommes : 61 % résisteraient ; 2 % se soumettraient pour éviter d'être blessés ; 11 % se soumettraient si l'agresseur était armé ; et pour 25 %, leur réaction dépendra des circonstances. Femmes : 28 % résisteraient ; 6 % se soumettraient pour éviter d'être blessées ; 25 % se soumettraient si l'agresseur était armé ; et pour 41 % leur réaction dépendra des circonstances. Cf. *J. Brown/M. Horvath/L. Kelly/N. Westmarland*, Has anything changed ? Results of a comparative study (1977-2010) on opinions on rape, UK Government Equalities Office, London 2010, 8 ss.

194 *C. A. Gidycz/A. Van Wynsberghe/K. M. Edwards*, Prediction of women's utilization of resistance strategies in a sexual assault situation : A prospective study, *J Interpers Violence* 2008, 571 ss.

assaillant-e, elle a aussi établi que résister physiquement constitue un important facteur de risque de blessures¹⁹⁵.

Deuxièmement, au-delà des stratégies délibérées des victimes, c'est l'ensemble de leurs réactions qui sont souvent mal interprétées. Pourtant, les connaissances sur le stress traumatique permettent aujourd'hui de mieux comprendre les comportements et les souvenirs des personnes sexuellement agressées, bien que la littérature n'ait pas complètement élucidé les mécanismes sous-tendant ces effets. Quelques éléments méritent d'être précisés ici, même sommairement. Tout d'abord, nous savons qu'en réponse à un danger ou à la perception d'un danger, le cerveau déclenche, automatiquement, une série de réactions neurophysiologiques, soigneusement orchestrées, mais quasi instantanées, dont le but est de maximiser la survie. L'activation de ces mécanismes de « défense » modifie alors profondément la capacité d'attention, les pensées, le fonctionnement de la mémoire et les réactions verbales et comportementales des personnes menacées. Nous sommes ici en présence de réactions de défense « en cascade », leur présence et leur séquence variant en fonction du degré de menace et des possibilités d'action, des antécédents traumatiques individuels¹⁹⁶ et de la sensibilité de chacun-e à divers paramètres neurophysiologiques¹⁹⁷.

Que se passe-t-il ensuite ? Averti d'une menace potentielle, le premier réflexe du cerveau est de se figer ; cette réaction d'orientation¹⁹⁸ est automatique, ni rationnelle, ni calculée. Elle s'accompagne d'une vigilance accrue et d'une focali-

-
- 195 Cf. J.S. Wong/S. Balemba, Resisting during sexual assault: A meta-analysis of the effects on injury, *Aggress Violent Behav* 28/2016, 1 ss ; J.S. Wong/S. Balemba, The effect of victim resistance on rape completion : A meta-analysis, *Trauma Violence Abuse* 2018, 352 ss. De surcroît, les blessures physiques ne permettent pas toujours d'attester du recours à la force : les taux de prévalence de blessures sont très variables, cf. *Sleath/Woodhams* (n. 190) et *Waterhouse/Reynolds/Egan* (n. 190). Surtout les interprétations ne permettent généralement pas de différencier entre activité sexuelle consentie et non consentie, y compris pour les blessures ano-génitales, cf. A. Quadara/B. Fileborn/D. Parkinson, The role of forensic medical evidence in the prosecution of adult sexual assault, Australian Centre for the Study of Sexual Assault, Sydney 2013. Ainsi apparaît-il inadapté de présumer de la crédibilité des victimes de viol en se basant sur le fait qu'elles ont subi ou pas des blessures.
- 196 Une réponse particulière peut ainsi devenir la réponse « par défaut » par un mécanisme de conditionnement classique, cf. H. Adenauer/C. Catani/J. Keil/H. Aichinger/F. Neuner, Is freezing an adaptive reaction to threat ? Evidence from heart rate reactivity to emotional pictures in victims of war and torture, *Psychophysiology* 2010, 315 ss.
- 197 K. Kozłowska/P. Walker/L. McLean/P. Carrive, Fear and the defense cascade : Clinical implications and management, *Harv Rev Psychiatry* 2015, 263 ss ; M. Schauer/T. Elbert, Dissociation following traumatic stress, *Z Psycho* 2010, 109 ss.
- 198 Réaction ou réflexe d'orientation, cf. M.M. Bradley, Natural selective attention : Orienting and emotion, *Psychophysiology* 2009, 1 ss ; cet état de paralysie – freeze-detect en anglais – ne doit pas être confondu avec l'immobilité tonique (n. 207), cf. *Schauer/Elbert* (n. 197).

sation de l'attention vers les indices de danger, mais parfois aussi d'une perte temporaire de l'usage des fonctions d'exécution, amoindrissant ainsi les capacités de planification et la prise de décision. Les victimes ne sont souvent plus en mesure d'envisager rationnellement différentes actions et leurs conséquences, voire parfois incapables de prendre des décisions, en apparence, simples, ce qui favorise des comportements réflexes et des habitudes au détriment de comportements choisis¹⁹⁹. Il n'est pas rare d'observer la répétition d'un comportement au demeurant inefficace, la victime n'étant cognitivement pas en mesure d'évaluer la situation et d'envisager une alternative. Toute analyse du caractère judicieux, stratégique ou « rationnel » du comportement de la victime perd ainsi son fondement. L'attention n'est plus dirigée consciemment, mais automatiquement vers les éléments de l'événement perçus comme centraux pour la survie²⁰⁰, ce qui aura un effet direct sur le processus de mémoire, certaines informations n'étant tout simplement pas encodées²⁰¹. Si, pendant longtemps, l'on ne concevait que deux réactions réflexes face au danger – le *combat* ou la *fuite* – nous savons aujourd'hui que d'autres réponses existent, qu'elles sont fréquentes en présence d'un événement traumatisant²⁰², particulièrement en cas d'agression sexuelle²⁰³. Les auteur-e-s étant majoritairement des personnes connues de la victime ou à qui elle fait confiance, la confusion co-

-
- 199 A. F. T. Arnsten, Stress signalling pathways that impair prefrontal cortex structure and function, *Nat Rev Neurosci* 2009, 410-422 ; A. F. T. Arnsten, Stress weakens prefrontal networks: Molecular insults to higher cognition, *Nat Neurosci* 2015, 1376 ss ; L. Schwabe, Memory under stress: From single systems to network changes, *Eur J Neurosci* 2017, 478 ss.
- 200 Cf. l'effet de focalisation sur l'arme (*weapon focus effect*), J. M. Fawcett/K. A. Peace/A. Greve, Looking down the barrel of a gun: What do we know about the weapon focus effect? *J Appl Res Mem Cogn* 2016, 257 ss ; ou plus généralement la distinction entre détails centraux et périphériques dans les recherches sur la mémoire, cf. A. N. Wulff/A. K. Thomas, The dynamic and fragile nature of eyewitness memory formation: Considering stress and attention, *Frontiers Psychol* 2021, doi : 10.3389/fpsyg.2021.666724.
- 201 Sur la question du récit des victimes, le TF a récemment reconnu que des déclarations partiellement contradictoires ou un degré de détail inhabituel, donnant l'impression d'un récit appris par cœur, ne signifient pas automatiquement que le récit ne correspond pas au vécu de la victime. Invoquant les connaissances scientifiques en la matière, le TF note que, sur le plan cognitif, les événements traumatiques sont traités différemment des événements quotidiens et que, pour cette raison, il convient de tenir compte, dans l'analyse de la crédibilité des déclarations de la victime, que des distorsions et pertes de mémoire peuvent survenir (cf. TF 6B_257/2020 c. 5.4.2).
- 202 M. Bovin, J./E. Ratchford/B. P. Marx, Peritraumatic dissociation and tonic immobility: Clinical findings, in : U. F. Lanius/S. L. Paulsen/F. M. Corrigan (édit.), *Neurobiology and treatment of traumatic dissociation: Toward an embodied self*, New York 2014, 57 ss.
- 203 J. Kalaf/E. S. F. Coutinho/L. M. P. Vilete/M. P. Luz/W. Berger/M. Mendlowicz/E. Volchan/S. B. Andreoli/M. I. Quintana/J. De Jesus Mari/I. Figueira, Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma: A population-based study, *J Affect Disord* 215/2017, 71 ss.

gnitive et émotionnelle inhibe les formes actives de résistance²⁰⁴ – stratégies auxquelles les femmes sont de toute manière peu, voire pas du tout, socialisées²⁰⁵. Lors-qu'au stress et à la peur s'ajoute un fort sentiment d'impuissance, des réponses extrêmes de survie sont susceptibles d'apparaître.

Sur le plan neurophysiologique, d'abord, avec des états de paralysie involontaires et temporaires²⁰⁶ : d'une part, une immobilité tonique²⁰⁷ dans laquelle la personne est incapable de bouger ou de parler, son corps rigide, mais néanmoins malléable ; et, d'autre part, moins connue, une immobilité hypotonique²⁰⁸, caractérisée par un ralentissement de la fréquence cardiaque et une brusque chute de la tension artérielle, une modification du niveau de conscience, voire une perte de conscience. En matière de viol, l'immobilité tonique devrait être conceptualisée en référence à un continuum²⁰⁹ de sensations et comportements, tels que la sensation d'être paralysé-e, une incapacité à bouger ou parler, une sensation de froid, d'engourdissement ou d'analgésie, des tremblements incontrôlables, ou encore la fermeture des

204 Y. Chen/S. E. Ullman, Women's reporting of sexual and physical assaults to police in the National Violence Against Women Survey, *Violence Against Women* 2010, 262 ss ; J. S. Jones/C. Alexander/B. N. Wynn/L. Rossman/C. Dunnuck, Why women don't report sexual assault to the police : The influence of psychosocial variables and traumatic injury, *J Emerg Med* 2009, 417 ss.

205 Cf. C. Cardi/G. Pruvost (édit.), *Penser la violence des femmes*, Paris 2012, 13 ss.

206 Plusieurs termes sont utilisés dans ce contexte, créant malheureusement une confusion notamment entre les effets sur le plan neurophysiologiques et sur le plan cognitif ou psychique ; cette confusion relève en partie du caractère partiel de nos connaissances dans ce domaine et de la coexistence de différentes hypothèses explicatives. Les recherches sur le viol ont très tôt parlé de la paralysie du viol (*Vergewaltigungslähmung* ou *rape paralysis*), sans nécessairement en détailler les mécanismes neurophysiologiques. Aujourd'hui, les études publiées en anglais parlent fréquemment de *tonic immobility*, tandis que les publications plus générales ou de vulgarisation parlent de *freezing*, terme repris à l'identique dans divers textes juridiques et dans le discours public en Suisse. Depuis quelque temps, la préférence terminologique en français semble aller vers l'état de sidération (*Schreckstarre*).

207 « *Tonic immobility* » chez Kozłowska/Walker/McLean/Carrive (n. 197) ou « *fright stage, tonic immobility* » chez Schauer/Elbert (n. 197).

208 « *Collapsed immobility* » chez Kozłowska/Walker/McLean/Carrive (n. 197) et « *flag stage, flaccid immobility* » chez Schauer/Elbert (n. 197).

209 La nature des sensations et réactions, et leur intensité sont variables ; une variabilité apparente dans les études de prévalence : p. ex. 42 % des victimes d'agression sexuelle ont rapporté une immobilité modérée, et 10-13 % d'entre elles une immobilité extrême dans deux études menées en Amérique du Nord, cf. T. Fusé/J. P. Forsyth/B. Marx/G. G. Gallup/S. Weaver, Factor structure of the Tonic Immobility Scale in female sexual assault survivors : An exploratory and confirmatory factor analysis, *J Anxiety Disord* 2007, 265 ss. Plus récemment, 70 % des victimes ont rapporté une immobilité significative, et 48 % une immobilité extrême dans l'étude suédoise de A. Möller/H. P. Söndergaard/L. Helström, Tonic immobility during sexual assault : A common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, *Acta Obstet Gynecol Scand* 2017, 932 ss.

paupières²¹⁰. Les victimes parlent aussi d'une peur intense associée à des sentiments d'enfermement, d'inéductabilité et de désespoir²¹¹. L'immobilité tonique, elle-même favorisée par des antécédents traumatiques²¹², augmente la probabilité d'altérations négatives de la santé mentale (p. ex. stress post-traumatique, anxiété et dépression)²¹³ et la fréquence et la vivacité des souvenirs traumatiques sensoriels²¹⁴ – cela indépendamment de la gravité de l'agression et du sentiment de peur effectivement ressenti²¹⁵. Les victimes sont également plus susceptibles d'éprouver de forts sentiments de honte et de culpabilité²¹⁶ – un héritage du mythe selon lequel il faut toujours fuir ou se défendre – ce qui les décourage de dénoncer leur agression, mais aussi de chercher une aide psychologique²¹⁷.

Sur le plan cognitif, ces états de paralysie peuvent s'accompagner d'une *dissociation péritraumatique*²¹⁸, caractérisée principalement par une rupture dans

-
- 210 Cf. Bovin/Ratchford/Marx (n. 202) ; M. A. Hagenaars, Tonic immobility and PTSD in a large community sample, *J Exp Psychopathol* 2016, 246 ss.
- 211 M. J. Bovin/S. Jager-Hyman/S. D. Gold/B. P. Marx/D. M. Sloan, Tonic immobility mediates the influence of peritraumatic fear and perceived inescapability on posttraumatic stress symptom severity among sexual assault survivors, *J Trauma Stress* 2008, 402 ss ; Hagenaars (n. 210) ; Möller/Söndergaard/Helström (n. 209).
- 212 Hagenaars (n. 210) ; Möller/Söndergaard/Helström (n. 209).
- 213 Bovin/Jager-Hyman/Gold/Marx/Sloan (n. 211) ; Hagenaars (n. 210) ; M. A. Hagenaars/J. a. P. Hagenaars, Tonic immobility predicts poorer recovery from posttraumatic stress disorder, *J Affect Disord* 264/2020, 365 ss ; J. M. Heidt/B. P. Marx/J. P. Forsyth, Tonic immobility and childhood sexual abuse : A preliminary report evaluating the sequela of rape-induced paralysis, *Behav Res Ther* 2005, 1157 ss ; Möller/Söndergaard/Helström (n. 209).
- 214 M. A. Hagenaars/P. Putman, Attentional control affects the relationship between tonic immobility and intrusive memories, *J Behav Ther Exp Psychiatry* 2011, 379 ss ; J. M. E. Kuiling/F. Klaassen/M. A. Hagenaars, The role of tonic immobility and control in the development of intrusive memories after experimental trauma, *Memory* 2019, 772 ss.
- 215 Bovin/Jager-Hyman/Gold/Marx/Sloan (n. 211) ; Hagenaars (n. 210) ; Heidt/Marx/Forsyth (n. 213) ; V. Rocha-Rego/A. Fiszman/L. C. Portugal/M. Garcia Pereira/L. De Oliveira/M. V. Mendlowicz/C. Marques-Portella/W. Berger/E. S. Freire Coutinho/J. J. Mari/I. Figueira/E. Volchan, Is tonic immobility the core sign among conventional peritraumatic signs and symptoms listed for PTSD ? *J Affect Disord* 115/2009, 269 ss.
- 216 C. S. Lloyd/R. A. Lanius/M. F. Brown/R. J. Neufeld/P. A. Frewen/M. C. McKinnon, Assessing post-traumatic tonic immobility responses : The Scale for Tonic Immobility Occurring Post-trauma, *Chronic Stress* 2019, doi : 10.1177/2470547018822492 ; B. P. Marx/J. P. Forsyth/G. G. Gallup/T. Fusé/J. M. Lexington, Tonic immobility as an evolved predator defense : Implications for sexual assault survivors, *Clin Psychol Sci Pr* 2008, 74 ss.
- 217 P. H. Bhuptani/J. S. Kaufman/T. L. Messman-Moore/K. L. Gratz/D. Dillio, Rape disclosure and depression among community women : The mediating roles of shame and experiential avoidance, *Violence Against Women* 10/2019, 1226-1242 ; G. Galliano/L. M. Noble/L. A. Travis/C. Puechl, Victim reactions during rape/sexual assault : A preliminary study of the immobility response and its correlates, *J Interpers Violence* 1993, 109 ss ; Starzynski/Ullman/Filipas/Townsend (n. 30).
- 218 M. Kédia, La dissociation : un concept central dans la compréhension du traumatisme, *Evol Psychiatr* 2009, 492 ss.

l'intégration normale des pensées, émotions et sensations physiques qui composent une expérience²¹⁹. D'un point de vue clinique, différents symptômes dissociatifs sont observés : des altérations de la conscience, de l'identité et de la mémoire. On notera, notamment, une distorsion de la perception du temps, une désorientation dans l'espace, un sentiment de dépersonnalisation ou de déréalisation ou encore des altérations transitoires de la conscience²²⁰. La dissociation péritraumatique a un impact direct sur le processus de mémoire : certains éléments de l'événement vécu dans un état de dissociation ne sont encodés qu'au niveau sensoriel, ce qui rend impossible leur intégration à la mémoire autobiographique. Si la dissociation péritraumatique peut être adaptative lors d'un événement traumatisant, réduisant la détresse en « déconnectant » la conscience de la douleur physique et psychique, elle est associée à des symptômes post-traumatiques plus graves²²¹.

Troisièmement, au-delà des connaissances scientifiques sur la « capacité » des victimes à résister, l'on est également en droit de se demander si l'analyse juridique des faits relatifs au degré de résistance de la victime n'est pas teintée de stéréotypes (de genre). La conception essentiellement physique de la résistance, qui nous est donnée à voir, repose sur des représentations stéréotypées des violences genrées selon lesquelles une victime est forcément en mesure de repousser son assaillant-e, crier ou s'enfuir, à l'image des scénarios maintes fois reproduits dans les films et les séries télévisées²²². Outre son inexactitude scientifique, un tel raisonnement contrevient aussi au droit international. Le rapport explicatif de la CI enjoint expressément les États parties à recourir à « une évaluation contextuelle des preuves

-
- 219 L'immobilité tonique et la dissociation péritraumatique sont des notions étroitement liées, mais néanmoins distinctes, la première qualifiant une réponse comportementale, la seconde une réponse cognitive, cf. *Bovin/Ratchford/Marx* (n. 202), 60 ss. Ainsi, une personne en état dissociatif peut-elle être déconnectée de son environnement et de son corps, sans pour autant se trouver dans un état d'immobilité tonique. Inversement, une personne peut faire l'expérience d'un état d'immobilité tonique tout en demeurant parfaitement consciente de son environnement et de son corps.
- 220 Cf. *Kédia* (n. 218), 492 ss ; *H. Romano*, La mémoire traumatique, les 10 indispensables, Amazon 2018, 62 ss. À noter que certain-e-s auteur-e-s, à l'instar de Josse, regroupent au titre de réactions dissociatives péritraumatiques, des symptômes dissociatifs telles la dépersonnalisation et la distorsion temporelles, l'amnésie dissociative, des troubles somatoformes dissociatifs (p.ex. paralysie, aphonie, troubles sensitifs) et des actions automatiques (p.ex. comportements répétitifs), cf. *E. Josse*, Le traumatisme psychique chez l'adulte, Louvain-la-Neuve 2019, 142 ss ; ce qui crée une certaine confusion entre différentes réalités cliniques (*supra* n. 206).
- 221 *G. Lensvelt-Mulders/O. Van Der Hart/J. M. Van Ochten/M. J. M. Van Son/K. Steele/L. Breeman*, Relations among peritraumatic dissociation and posttraumatic stress : A meta-analysis, *Clin Psychol Rev* 2008, 1138 ss.
- 222 Cf. *S. Projansky*, *Watching rape : Film and television in postfeminist culture*, New York 2001, 150 ss, sur la capacité génératrice de significations des discours et images de fiction ; *Kahlor/Eastin* (n. 23), sur les liens entre la trame narrative des téléseries et la culture du viol.

afin de déterminer, au cas par cas, si la victime a consenti à l'acte sexuel accompli », et, surtout, rappelle aux autorités de ne pas fonder leur analyse sur des représentations erronées quant à un prétendu comportement typique commun à toutes les victimes de viol, la jurisprudence devant s'abstraire « des stéréotypes et des mythes sexistes visant respectivement les sexualités masculine et féminine »²²³. Par ailleurs, le GREVIO a exhorté la Suisse à sensibiliser les professionnel-le-s (et la population) pour ne pas préteriter l'identification des formes de violences visées par la CI²²⁴. Les mêmes recommandations émanent du Comité CEDEF afin de favoriser un système judiciaire impartial et intègre, car dépourvu de préjugés sexistes²²⁵. Dans la communication *Vertido c. Philippines*²²⁶, en particulier, le Comité met en garde contre l'instauration « de normes rigides quant à ce que les femmes et les filles sont censées être ou sont censées faire dans une situation de viol »²²⁷ et condamne toute appréciation de la crédibilité d'une victime qui se fonderait sur des stéréotypes référant aux réactions d'une prétendue « victime idéale »²²⁸. Il souligne « qu'on ne saurait, ni en droit ni en fait, présumer qu'une femme donne son consentement parce qu'elle ne résiste pas physiquement à un comportement sexuel non désiré, que l'auteur-e du crime ait ou non menacé d'avoir recours à la force physique, et qu'il y ait ou non eu recours »²²⁹. Une position réaffirmée par les expert-e-s de l'ONU dans leurs récentes recommandations à la Suisse²³⁰.

La persistance de conceptions erronées et de représentations stéréotypées en matière de viol favorise une jurisprudence rigide et dessert les victimes dont les expériences diffèrent du référentiel juridique mobilisé. Surtout, elle impacte directement les victimes qui, estimant ne pas s'être physiquement assez défendues, renoncent à contacter les autorités, convaincues qu'elles ne seront pas crues²³¹. Un constat posé également par les spécialistes de la prise en charge des victimes en Suisse²³², et par certain-e-s avocat-e-s²³³. Au demeurant, il s'avère aussi particulièrement difficile pour ces victimes de comprendre et d'accepter pourquoi, elles ne sont

223 *Conseil de l'Europe* (n. 147), ch. 189.

224 *GREVIO* (n. 32), ch. 78 ss et 88 ss.

225 *Comité CEDEF*, Recommandation générale n° 33/2015 sur l'accès des femmes à la justice.

226 *Comité CEDEF* (n. 157).

227 *Comité CEDEF* (n. 157), ch. 8.4.

228 *Comité CEDEF* (n. 157), ch. 8.5.

229 *Ibidem*.

230 *Comité CEDEF* (n. 32), ch 23 ss.

231 *Supra* n. 216 et 217.

232 *Office fédéral de la justice* (n. 48) : p. ex. les positions du Centre LAVI Genève ou de l'Association ViolSecours Genève.

233 P. ex. *Boillet/Lieber/Perez-Rodrigo/Perrier Depeursinge/Roca I Escoda* (n. 54) ; *Maulini/Parein* (n. 76) ; *Schneuwly* (n. 4).

pas parvenues à se défendre²³⁴. Cela d'autant plus que la société rappelle continuellement aux potentielles victimes de viol – aux femmes en particulier – qu'elles doivent faire attention à ce qu'elles portent, disent et font, aux lieux et aux personnes qu'elles fréquentent. En raison de leur genre, on apprend aux femmes à craindre le viol et à s'en protéger, restreignant par là leur autonomie²³⁵. À l'instar de ce qui prévaut dans d'autres ordres juridiques²³⁶, le droit pénal suisse apparaît exiger des victimes qu'elles résistent, avec pour conséquence de nier leur expérience si elles ne le font pas, ajoutant ainsi à leur sentiment de culpabilité de ne pas avoir « suffisamment » résisté.

c) Le refus (verbal) de la victime n'est pris en compte que lorsqu'il est performé

Au-delà de son examen minutieux des faits pour y déceler un indice que l'auteur-e a fait usage de la contrainte, la jurisprudence accorde une large place à déterminer si l'auteur-e avait identifié et correctement interprété le refus de la victime, cela afin d'établir l'élément intentionnel de l'infraction. L'auteur-e doit être conscient-e de la nature contraignante de son comportement, tout comme il ou elle doit savoir que la victime n'est pas consentante – ou à tout le moins accepter une telle éventualité²³⁷. Sans opposition manifeste ou résistance de la victime, la justice considérera que l'auteur-e pouvait ignorer qu'elle n'était pas consentante²³⁸. La jurisprudence requiert ainsi « des signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissables pour l'auteur-e – tels des pleurs, des demandes d'être laissée tranquille, le fait de se débattre, de refuser des tentatives d'amadouement ou d'essayer de fuir »²³⁹; la nature et la durée des rapports (p. ex. sodomies, rapports sexuels commis à plusieurs et à multiples reprises) joueront également un rôle pour déter-

234 *Galliano/Noble/Travis/Puechl* (n. 217) ; *K. McQueen/J. Murphy-Oikonen/A. Miller/L. Chambers*, Sexual assault: Women's voices on the health impacts of not being believed by police, *BMC Women's Health* 2021, 217 ss ; *Starzynski/Ullman/Filipas/Townsend* (n. 30).

235 Cf. *A. J. Cahill*, Rethinking Rape, Ithaca 2001 ; *E. Madriz*, Nothing bad happens to good girls: Fear of crime in women's lives, Berkeley 1997.

236 P. ex. *Pruin* (n. 4) pour le droit suisse ; *T. Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, *ZStW* 2015, 851 ss ; *Hörnle* (n. 146), pour le droit allemand ; *M. Schiewe*, Tonic immobility: The fear-freeze response as a forgotten factor in sexual assault law, *DePaul JWGL* 1/2019, <https://via.library.depaul.edu/jwgl/vol8/iss1/2>, pour le droit anglais.

237 *Queloz/Illànez* (n. 79), CR CP II, Art. 189 N 46.

238 *Ackermann/Capus/Cassani/Coninx/Eicker/Fateh-Moghadam/Geth/Gless/Godenzi/Hilf/Jeanneret/Merkel/Meyer/Mona/Perrin/Pieth/Pruin/Queloz/Schwarzenegger/Sträuli/Summers/Weber* (n. 37) ; *Boillet/Lieber/Perez-Rodrigo/Perrier Depeursinge/Roca I Escoda* (n. 54).

239 TF 6B_968/2016 c. 2.1.2. Le TF a toutefois reconnu que le consentement manifesté par la victime n'avait pas été donné librement dans certains cas, p. ex. dans celui d'une épouse craignant une nouvelle escalade de violence de la part de son époux si elle n'entretenait pas le rapport sexuel en question (TF 6B_278/2011). Ce raisonnement est toutefois en ligne avec l'exigence d'un moyen de contrainte pour la réalisation des art. 189 et 190 CP.

miner si l'auteur pouvait accepter l'éventualité que la victime était consentante²⁴⁰. Le simple refus d'un rapport sexuel apparaît dénué de poids tant qu'il n'est pas performé²⁴¹ ou qu'il ne s'accompagne pas d'une résistance physique²⁴², comme discuté précédemment. Par ailleurs, on ne saurait retenir, pour la Haute Cour, la commission d'un viol dans le cas où la victime s'est conformée à la volonté de l'auteur-e à contrecœur²⁴³. Céder n'est pas consentir²⁴⁴; pourtant lorsque le fait de céder crée une ambiguïté pour l'accusé-e, ce doute doit lui profiter. Le mythe d'un « consentement féminin déguisé en refus »²⁴⁵ apparaît d'autant plus efficace lorsqu'il est mobilisé dans un contexte relationnel intime, soutenant ainsi la thèse que l'auteur-e n'était pas en mesure de comprendre, voire d'imaginer, l'absence de consentement de la victime.

Une lecture optimiste de la jurisprudence récente pourrait laisser penser que la position du TF sur le refus verbal de la victime est en train d'évoluer, peut-être sous l'impulsion des récents débats publics et parlementaires. Dans un arrêt de décembre 2021, les juges de la Haute Cour ont déclaré qu'une victime de viol ne saurait se voir reprocher d'avoir manifesté uniquement de manière verbale son refus d'entretenir un acte sexuel, en raison des violences antérieures de l'auteur. Contrairement à la juridiction cantonale qui avait nié l'existence d'une contrainte, dès lors que la victime avait entretenu des rapports sexuels consentis avec le prévenu quelques minutes avant et s'était ensuite contentée de critiquer l'acte controversé avec un ton calme et posé, les juges du TF ont considéré que l'opposition de la victime était clairement reconnaissable²⁴⁶. Ils ont ajouté que l'appréciation de l'ensemble des circonstances aurait dû mener la cour cantonale à retenir que c'était bien le caractère potentiellement violent de l'auteur qui avait conduit la victime à renoncer à lui résister physiquement, ce qu'on ne pouvait donc pas lui reprocher²⁴⁷. Par ailleurs, les juges ont fait explicitement référence au consentement de la victime pour en déduire, une fois n'est pas coutume, des obligations pour l'auteur-e en raison de l'ambiguïté qu'il admet avoir perçue : dans le doute, il revenait à l'auteur-e

240 TF 6B_589/2021 c. 2.1.

241 Cette critique se trouvait déjà chez S. *Estrich*, *Real rape*, Cambridge 1987, pour qui le droit échoue à protéger les victimes qui ne s'opposent que verbalement.

242 À l'instar du droit pénal français qualifié, pour la même raison, d'un « droit de l'abus » par *Le Magueresse* (n. 45), 235.

243 TF 6B_1078/2009 c. 3.4.4.

244 En référence à N.-C. *Mathieu*, *Quand céder n'est pas consentir : Des déterminants matériels et psychiques de la conscience dominée des femmes, et de quelques-unes de leurs interprétations*, Paris 1985.

245 O. *Pérona*, *Vergewaltigung : vom Gesetz zur Zivilgesellschaft und zurück*, ZfRSoz 2019, 264.

246 TF 6B_367/2021 c. 2.3.2 : « Tu sais ce que ça s'appelle ça ? C'est du viol », « Tu seras fier de m'avoir obligée à faire ça ».

247 TF 6B_367/2021 c. 2.4.

de cesser le rapport et s'assurer du consentement de la victime, rappellent les juges²⁴⁸. Reste qu'une interprétation plus souple de la contrainte, de la résistance exigée de la victime ou de l'intelligibilité de son refus, si encourageante qu'elle soit, ne saurait compenser les déficiences du droit²⁴⁹.

* * *

Dans la prochaine partie de ce texte, nous comparerons les variantes du refus et du consentement, ainsi que leurs reformulations dans le débat suisse, avant de proposer une réflexion sur les impératifs – et les limites – du modèle du consentement pour une protection effective du droit à l'autodétermination sexuelle, au regard des expériences d'autres pays.

248 TF 6B_367/2021 c. 2.3.2.

249 Cf. l'argumentaire du GREVIO (n. 174), ch. 192 : « (...) une définition des violences sexuelles axée sur l'absence d'un consentement libre permettrait, de l'avis du GREVIO, de pallier les insuffisances qui émergent de la situation actuelle : d'un côté, une forte insécurité juridique générée par les interprétations fluctuantes des éléments constitutifs que sont la violence, la contrainte, la menace et la surprise ; d'un autre côté, l'incapacité desdits éléments probatoires à englober la situation de toutes les victimes non consentantes, notamment lorsque celles-ci sont en état de sidération ».