

**Véronique Jaquier**, Neuchâtel  
**Camille Montavon**, Genève

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

### 2<sup>e</sup> partie\*

#### Sommaire

- I. Une révision du droit suisse tirillée entre la primauté du refus et celle du consentement
- II. Des critiques provocatrices qui peinent à asseoir leurs fondements théoriques
- III. Du consentement sexuel « dans les livres » au consentement « en action »
  1. La mise en œuvre du principe du consentement requiert une analyse critique des circonstances présidant à ce consentement
  2. Une protection effective de l'autodétermination sexuelle nécessite une délimitation rigoureuse de l'erreur sur le consentement
  3. Les professionnel-le-s du droit doivent se prémunir contre une conception genrée et hétéronormée du consentement sexuel
- IV. Conclusion : déconstruire les résistances pour garantir une protection effective du droit à l'autodétermination sexuelle

Au cours des dernières décennies, et plus récemment sous l'impulsion de la Convention d'Istanbul (CI)<sup>1</sup>, nombre d'États ont modifié leur droit pénal, abandonnant la notion de contrainte pour introduire un modèle basé sur le consentement sexuel, très majoritairement en adoptant l'approche « oui, c'est oui » à l'instar de la Belgique, du Danemark et de la Suède, plus rarement l'approche « non, c'est non » à l'instar de l'Allemagne – et peut-être prochainement de la Suisse, dans le cas où cette option venait à être privilégiée par le Parlement au terme du processus de révision du droit pénal sexuel. Si ces changements législatifs ont été salués et célébrés par des juristes, des figures politiques, des militant-e-s des droits humains et une partie de la collectivité, ils n'ont pas fait l'unanimité et ont ainsi donné un nouveau souffle au débat (féministe) sur la pertinence du consentement comme pierre angulaire du droit pénal sexuel.

\* Les auteures remercient chaleureusement Me Charlotte Iselin pour sa participation au premier article de ce projet, en particulier pour ses apports sur les questions relatives au droit international, de même que pour ses remarques sur ce second article.

1 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).

Après avoir, dans la première partie de cet article<sup>2</sup>, revisité les fervents débats publics<sup>3</sup> et politiques<sup>4</sup> qui ont accompagné la révision du droit pénal sexuel en Suisse, nous avons mis en perspective la doctrine et la jurisprudence nationales avec les exigences du droit international, ainsi que les connaissances psychologiques et neurophysiologiques sur le traumatisme du viol et les travaux sur les préjugés sexistes en matière de violences sexuelles. Dans cette seconde partie, nous revenons, tout d'abord, sur les deux propositions de révision du droit pénal sexuel – principe du refus *contra* principe du consentement – qui ont divisé les Chambres fédérales à la fin de l'année 2022, afin d'examiner plus spécifiquement les arguments des deux camps. Ensuite, nous discutons trois problématiques qui resteront toujours essentielles dans le traitement pénal des violences sexuelles, quelle que soit la variante finalement retenue par l'autorité législative, à l'aide d'un examen sommaire des pratiques d'autres ordres juridiques et d'une lecture « entre les lignes » de la jurisprudence suisse, pour parvenir aux conclusions suivantes. La mise en œuvre du principe du consentement sexuel requiert, premièrement, une analyse critique des circonstances lui présidant et, deuxièmement, une délimitation rigoureuse de la recevabilité de l'erreur sur le consentement souvent invoquée par les personnes mises en accusation pour viol. Troisièmement, toute révision pénale apparaît vaine si elle n'est pas soutenue par des efforts visant à combattre la conception genrée et hétéro-normée du consentement sexuel qui prévaut au sein des autorités judiciaires, en miroir des représentations erronées de la société quant au viol, à ses circonstances et aux actions et réactions des personnes impliquées. Toujours est-il que, si le principe du consentement est, comme nous le démontrons dans les prochains paragraphes, le mieux à même de garantir une protection effective du droit à l'autodétermination sexuelle, sa mise en œuvre ne peut se départir de certaines difficultés – des écueils qu'il serait judicieux d'anticiper<sup>5</sup>.

2 V. Jaquier/C. Montavon/C. Iselin, Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pour-quoi une telle « résistance » ? RPS 2023, 1 ss.

3 Cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 2), n. 65 ss et 73.

4 Cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 2), n. 69 s. et 72.

5 Une anticipation qui ne serait pas le fort d'une démarche traditionnelle de révision du droit, focalisée sur les affaires passées et dès lors toujours en retard sur la réalité, à en croire T. Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung : Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 2015, 853 : « Die Phantasie nüchtrner Juristinnen und Juristen pflegt hinter der Lebensrealität zurückzubleiben. »

## I. Une révision du droit suisse tirillée entre la primauté du refus et celle du consentement

En écho aux débats allemands, les discours parlementaires en Suisse ont, dans un premier temps, donné préférence à une révision des dispositions pénales sur la contrainte sexuelle et le viol comme des actes d'ordre sexuel commis contre la volonté de la victime (*principe du refus*). Or, cette alternative, privilégiée par la majorité de la Commission juridique du Conseil des États (CAJ-E)<sup>6</sup> et la plus grande partie des parlementaires de la Chambre haute<sup>7</sup>, nous semble être une solution partielle.

En remplaçant la condition de la contrainte par celle de la méconnaissance de la volonté contraire signifiée par la victime, le projet de la CAJ-E maintient, de façon contestable, la présomption selon laquelle une victime de violence sexuelle est en mesure d'opposer un refus. En réprimant les actes d'ordre sexuel commis *contre la volonté de la victime*, il demeure de la responsabilité de celle-ci de manifester son absence de consentement d'une manière suffisamment reconnaissable pour l'auteur.e. Le projet de révision repose, comme la loi actuelle, sur la prémisse que le corps d'autrui est disponible par défaut, en déduisant qu'en l'absence de volonté contraire affichée par la personne concernée, celle-ci consent ipso facto au rapport sexuel. Au-delà du fait que cette approche s'accommode mal d'une vision moderne de la sexualité comme étant le fait de personnes capables de se déterminer sexuellement de manière libre et égalitaire, elle assimile la sexualité à un risque (pour les femmes essentiellement) ; un risque contre lequel il convient de se prémunir en faisant preuve de prudence et de retenue – des caractéristiques historiquement souvent confondues avec des notions morales<sup>8</sup>. Par extension, il est finalement toujours de la responsabilité de la victime de signifier les limites de l'activité sexuelle. Avec une telle norme légale, la personne qui prend l'initiative du rapport sexuel n'a aucune responsabilité de s'assurer que son ou sa partenaire consent à l'activité sexuelle telle qu'envisagée<sup>9</sup>.

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 en matière sexuelle, Rapport du 17 février 2022, FF 2022 687, 27 s.

7 BO 2022 E 387 ss et 498 ss.

8 Cf. *M. Carmody*, Sexual ethics and violence prevention, *Soc Leg Stud* 2003, 199 ss ; *E. Madriz*, Nothing bad happens to good girls : Fear of crime in women's lives, Berkeley 1997, 20 ss et 71 ss.

9 Cf. *S. J. Schulhofer*, Consent : What it means and why it's time to require it, *U Pac L Rev* 2016, 677 : « *no burden of inquiry* ».

Au niveau procédural, la contrainte (et la résistance) ne seraient certes plus exigées pour l'infraction de base de viol<sup>10</sup>, mais il conviendrait toujours de démontrer que la volonté contraire de la victime a été communiquée, ce qui nous ramène aux difficultés soulignées dans la première partie de cet article<sup>11</sup>. Une telle solution légale revient, alors, non seulement à déresponsabiliser les auteur-e-s, mais aussi, une fois encore, à culpabiliser les victimes pour ne pas avoir été capables de se faire comprendre. En somme, *de lege lata* et *de lege ferenda*, les autorités judiciaires se centre(raie)nt sur la capacité de l'auteur-e à percevoir la volonté contraire de la victime, sans considération pour les actions concrètement entreprises par l'auteur-e pour s'assurer de l'accord de son-sa partenaire. Il n'est plus acceptable aujourd'hui, moralement et socialement, que l'on puisse toucher le corps d'une personne sans s'assurer au préalable que celle-ci est d'accord.

Ces lacunes ont amené une minorité de la CAJ-E<sup>12</sup>, mais aussi des représentant-e-s de divers horizons professionnels<sup>13</sup> et une majorité de l'opinion publique<sup>14</sup> à exiger, à plusieurs reprises, une révision du droit pénal sexuel à la faveur du *principe du consentement*. À l'automne 2022, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) s'est ralliée à cette proposition<sup>15</sup>, suivie, peu de temps après, par la majorité des parlementaires de la Chambre basse<sup>16</sup>. Une telle approche reviendrait à inscrire dans la loi qu'un consentement doit être donné – y compris de manière implicite – pour toute activité sexuelle, et à faire ainsi de la contrainte sexuelle et du viol des infractions basées sur le consentement ; une construction juridique qui n'a rien d'inédit dans le Code pénal, comme cela a été rappelé par la doctrine, en 2019 déjà<sup>17</sup>. Ce faisant, le droit pénal indiquerait clairement « *dass Sexualität nicht weiterhin ein Gut ist, das man nutzen kann, solange niemand widerspricht* »<sup>18</sup>. L'approche « oui, c'est oui » marque, sans aucun doute, un change-

10 La présence d'une contrainte constitue une circonstance aggravante de l'infraction, prévue à l'alinéa 2 de la disposition.

11 Cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 2), 29 ss et 38 ss.

12 Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 6), 27 s.

13 Pour les différentes prises de position, cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 2), 4 ss.

14 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>.

15 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>.

16 BO 2022 N 2130 s.

17 A. Coninx/N. Scheidegger, Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Auslegeordnung, juin 2019, 2 et 8 ; cf. aussi M. Mona, Die Einwilligung im Strafrecht, Berne 2017, 87 ss ; C. Perrier Depeursinge/M. Pittet, Le consentement du lésé en droit pénal suisse, PJA 2021, 811.

18 Coninx/Scheidegger (n. 17), 2.

ment de paradigme, soit l'abandon de la prémisse, problématique, de la disponibilité sexuelle d'autrui, au profit d'un nouveau cadre d'analyse centré sur les actions entreprises (ou non) par l'auteur-e pour obtenir, ou à tout le moins s'assurer du consentement de son ou sa partenaire – avec comme argument premier qu'il est « *more appropriate to assume that each individual prefers bodily privacy until he or she indicates otherwise* »<sup>19</sup>.

Sur le plan procédural, il incomberait alors au ministère public de démontrer la conscience et la volonté – c'est-à-dire l'intention – de l'accusé-e d'ignorer le non-consentement de la victime présumée, à tout le moins de ne pas se renseigner sur son consentement, sans avoir à apporter la preuve de la résistance ou de l'expression du refus de cette dernière. Une telle formulation devrait alors amener les autorités de poursuite pénale à se concentrer davantage sur le comportement de l'auteur-e (présumé-e) des faits et moins sur celui de la victime (présumée), a notamment souligné la CAJ-N<sup>20</sup>. Quant à la défense, il lui suffirait de rendre vraisemblable le consentement de la victime, en expliquant ce qui a fait penser à l'accusé-e que cette dernière consentait à l'activité sexuelle, à l'image de ce qui prévaut dans d'autres ordres juridiques<sup>21</sup>.

Fin 2022, les Chambres fédérales sont apparues clairement divisées sur la formulation à adopter, laissant transparaître, au-delà des discours parlementaires, les divisions qui existent tant au sein de la doctrine que parmi les professionnel-le-s du droit<sup>22</sup>. Dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences, la CAJ-E s'est penchée sur les considérations du Conseil national<sup>23</sup>, pour rejeter, une fois encore, la solution du « oui, c'est oui », qu'elle estime incompatible avec les principes de la procédure pénale en matière de preuve, reprenant ici à son compte une crainte portée essentiellement par des représentant-e-s du barreau. En revanche, elle s'est prononcée en faveur d'une modification de la formulation des éléments constitutifs de l'atteinte et la contrainte sexuelles (art. 189 al. 1 P-CP) et du viol (art. 190 al. 1 P-CP), afin que « l'état de sidération » (« *Schockzustand* » dans la disposition en allemand) soit mentionné en tant qu'élément constitutif<sup>24</sup>. La CAJ-E indique

19 Schulhofer (n. 9), 670.

20 Commission des affaires juridiques du Conseil national (n. 15).

21 Sur ce point, *infra* III.2.

22 Cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 2), 15.

23 Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Communiqué de presse du 27 janvier 2023, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2023-01-27.aspx>.

24 Cf. BO 2023 E 110 : art. 189 al. 1 P-CP « Quiconque, contre la volonté d'une personne, com-met sur elle ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel ou profite à cette fin d'un état de sidération d'une personne (...) » ; en allemand, « *Wer gegen den Willen einer Person eine sexuelle Handlung an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt oder zu diesem Zweck einen Schockzustand einer Person ausnützt (...)* ».

avoir voulu répondre en cela aux inquiétudes exprimées par une partie de ses membres et par le Conseil national notamment. Saluée de part et d'autre de l'échiquier politique, cette proposition a été acceptée par la Chambre haute lors de la première session parlementaire de 2023<sup>25</sup>. Bien qu'elle soit présentée comme un compromis « pragmatique »<sup>26</sup> permettant « d'apaiser le débat »<sup>27</sup>, « un progrès pour la protection de l'autodétermination sexuelle »<sup>28</sup> garantissant « la praticabilité du droit pénal et [évitant] qu'un certain nombre de principes procéduraux soient peut-être bafoués »<sup>29</sup>, cette proposition interroge. D'abord, parce que les circonstances visées avec cette dernière modification demeurent imprécises. La disposition en français parle d'état de sidération, la disposition en allemand d'état de choc<sup>30</sup>, tandis que les parlementaires évoquent le *freezing* et l'immobilité tonique. Quels seront alors les critères pour que l'absence de réaction de la victime soit considérée comme un état de sidération avéré, si les termes utilisés réfèrent à des états distincts ? Ensuite, bien que le camp du « non, c'est non » soit prompt à assimiler « l'état de choc » de la victime à « l'expression non verbale d'un refus »<sup>31</sup>, pourra-t-on vraiment établir que l'absence de réaction de la victime a été reconnue, par l'accusé-e, comme un refus ? Cette nouvelle mouture du « non, c'est non » constitue un progrès, mais n'offre qu'une protection partielle de l'autodétermination sexuelle. Et bien que le principe de consentement permettrait ici une interprétation plus claire – une absence de réaction équivaut à une absence de consentement –, il n'a pas fait le poids face à ses détracteurs-trices ; des critiques sur lesquelles nous revenons dans les paragraphes suivants.

## II. Des critiques provocatrices qui peinent à asseoir leurs fondements théoriques

Au fil des mois, nous avons vu se dessiner, en Suisse, un discours très critique sur l'introduction explicite de la notion de consentement dans le droit pénal

25 BO 2023 E 118.

26 *Sommaruga*, BO 2023 E 111.

27 Notre traduction, *Rieder*, BO 2023 E 111.

28 *Mazzone*, BO 2023 E 111.

29 *Bauer*, BO 2023 E 112.

30 Notre traduction. De notre point de vue, les termes français et allemand ne sont pas équivalents ; sur les questions de terminologie, cf. *Jaquier/Montavon/Iselin* (n. 2), 34 ss et spécifiquement n. 206.

31 Notre traduction, cf. *Rieder*, BO 2023 E 111 : « *Das Freezing ist nichts anderes als ein nonverbaler Ausdruck einer Ablehnung.* » Et un peu plus loin : « *Sobald ein Opfer in Schockstarre ist, muss dies als klassisches nonverbales Zeichen für ein Nein gedacht werden.* »

sexuel, émanant aussi bien de la doctrine et des professionnel·le·s du droit<sup>32</sup> que des parlementaires<sup>33</sup>. Le principal argument opposé à la solution « oui, c'est oui » est que cette dernière mettrait à mal des principes cardinaux de procédure pénale<sup>34</sup>. D'aucun·e·s y voient, en effet, un risque de renversement du fardeau de la preuve<sup>35</sup> et, plus encore, une incompatibilité du modèle du consentement sexuel avec la présomption d'innocence<sup>36</sup>. Ce raisonnement – qui recourt notamment à l'argument d'une « présomption de culpabilité » maintes fois invoqué dans les affaires judiciaires de l'ère #MeToo<sup>37</sup> – appelle plusieurs remarques.

Premièrement, il a été démontré, à plusieurs reprises<sup>38</sup>, que la crainte d'un renversement du fardeau de la preuve n'a pas lieu d'être. La solution « oui, c'est oui »

32 Cf. L. Jetzer/D. Gfeller, Die Revision weckt falsche Erwartungen [Gastkommentar], NZZ, 31 octobre 2020 ; T. Knodel/N. Scheidegger, Respekt vor dem « nein » gehört ins Gesetz, plädoyer 6/2019, 6 ss ; C. Maulini/L. Parein, La loi actuelle favorise le maintien de stéréotypes de genre et le maintien du mythe sur le viol, plädoyer 3/2021, 6 ss ; E. Roos/T. 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 ; H. Wiprächtiger, Neuer Tatbestand für sexuelle Handlungen ohne Konsens ? PJA 2020, 924 ss. Récentement : T. Isler, « Wollen wir jede Unachtsamkeit zur sexuellen Gewalt erklären ? » Ein Gespräch über Sexualität und Kriminalität [Interview mit M. A. Niggli], NZZZs, 9 janvier 2021 ; A. Juillard, Et si la nouvelle définition du viol était une mauvaise idée ? [Interview de Loïc Parein], Blick, 7 décembre 2022. À noter que les avocat·e·s apparaissent divisé·e·s sur la solution du consentement, cf. la prise de position Fédération suisse des avocats *contra* la prise de position de l'Association des juristes progressistes Genève, [https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons\\_1](https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1).

33 BO 2022 E 387 ss et 498 ss ; BO 2022 N 2111 ss.

34 Pour une analyse de ces oppositions, cf. I. Pruin, « Nein heisst nein » und « Ja heisst ja », RPS 2021, 143 ss ; N. Scheidegger, Das Sexualstrafrecht der Schweiz : Grundlagen und Reformbedarf, Berne 2018, 339 ss ; N. Scheidegger, Revision des Sexualstrafrechts, recht 2021, 173 s.

35 Wiprächtiger (n. 32), 930.

36 Knodel/Scheidegger (n. 32), 7 : « Im Strafrecht gilt die Unschuldvermutung. Die « Ja »-Regelung lässt sich damit nicht vereinbaren. Das würde bedeuten, dass Sex grundsätzlich unerwünscht ist und man dazu explizit « Ja » sagen muss, damit er legal ist. Wir sollten stattdessen davon ausgehen, dass Sex grundsätzlich einvernehmlich stattfindet. »

37 Cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 2), 2.

38 P. ex., Coninx/Scheidegger (n. 17), 2 ss ; C. Montavon/H. Monod, La révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol : Quelle place pour le consentement ? PJA 2022, 619 s. ; et 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, 27 s. Cf. également la vingtaine de professeur·e·s de droit pénal qui ont apporté publiquement leur soutien à la campagne d'Amnesty en réaffirmant avec force que la révision ne remettrait nullement en question le principe de la présomption d'innocence et n'entraînerait pas d'inversion du fardeau de la preuve, J.-B. Ackermann/N. Capus/U. Cassani/A. Coninx/A. Eicker/B. Fateh-Moghadam/C. Geth/S. Gless/G. Godenzi/M. Hilf/Y. Jeanneret/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.

n'exigerait pas de la personne accusée qu'elle prouve son innocence : il reviendrait toujours aux autorités pénales d'établir sa culpabilité, le doute profitant à l'accusé-e en vertu du principe *In dubio pro reo*. La solution du consentement ne revient donc aucunement à faire porter, à la personne accusée, le fardeau de la preuve de son innocence, mais simplement à apprécier la situation sous un autre angle, davantage orienté sur le comportement de l'accusé-e que sur celui de la victime présumée. Incriminer, sous la qualification de viol, une pénétration sexuelle commise *sans le consentement* de la personne n'a pas non plus pour conséquence, selon nous, de méconnaître le droit de l'accusé-e de se taire ; il lui est en effet toujours possible de demeurer totalement passif-ve en vertu du principe *Nemo tenetur* (art. 113 CPP ; art. 32 Cst. ; art. 6 CEDH). Si tel n'était pas le cas, la violation de ce principe aurait été reconnue par voie jurisprudentielle dans les pays qui se sont d'ores et déjà tournés vers le modèle du consentement sexuel. Quand bien même le modèle du consentement serait retenu, il incomberait toujours à l'accusation de démontrer la culpabilité de la personne prévenue ; ce qui n'empêche cependant pas de lui demander de rendre vraisemblables des éléments à même de la disculper<sup>39</sup>. La différence introduite ici par le principe du consentement tiendrait donc dans un déplacement de regard, étroitement lié à une approche renouvelée de la sexualité par le droit<sup>40</sup>.

Deuxièmement, le raisonnement selon lequel l'approche « oui, c'est oui » crée une « présomption de culpabilité » est, selon nous, inexact, et sa formulation (à dessein provocatrice ?) est critiquable. Les opposant-e-s à la solution du consentement considèrent que celle-ci priverait le prévenu de sérieuses possibilités de se défendre<sup>41</sup>. La solution du consentement s'écarte, certes, d'une construction juridique voulant que les relations sexuelles soient de facto consenties et donc licites – à moins d'un refus –, pour faire de ces dernières des actes de facto illicites – à moins d'un consentement. Il est indéniable qu'une criminalisation<sup>42</sup> par défaut de la sexualité n'apparaît pas optimale, dans le sens où ceci l'affecte d'une charge symbolique négative. Toutefois, une telle lecture de la norme relève avant tout d'une subtilité juridique dont la portée sur les représentations sociales de la sexualité est limitée. En cela,

39 *Perrier Depeursinge/Boyer* (n. 38), 28 et références citées. Plus généralement, cf. *Mona* (n. 17), 388 ss pour qui le fardeau de la preuve incombe au ministère public, et pas à la défense, dès lors que le (non-) consentement est considéré comme un élément constitutif et non un fait justificatif.

40 *Montavon/Monod* (n. 38), 621.

41 P. ex., *Knodel/Scheidegger* (n. 32), 9, la première spécialiste considérant que les situations de l'accusé-e et de la victime ne sont actuellement déjà pas appréciées de la même manière dans la procédure et que vu la peine encourue pour un viol, il faut des éléments plus probants qu'une simple démonstration crédible par la victime de son opposition à l'acte, cf. *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 6), 25 s. ; d'un avis similaire, *Jetzer/Gjeller* (n. 32) et *Wiprächtiger* (n. 32), 930.

42 Une expression plusieurs fois entendue dans les débats parlementaires : cf. *Rieder*, BO 2022 E 389 et, plus tard, *Markwalder*, BO 2022 N 2115, et souvent reprise dans la presse.

elle ne constitue ni une infantilisation des victimes<sup>43</sup> ni une intrusion paternaliste de l'État dans nos comportements sexuels<sup>44</sup>. Une disposition criminalisant une pénétration sexuelle commise *sans le consentement* d'une personne est tout simplement la garantie, dans le droit, d'une pleine et entière autodétermination sexuelle, « *and it need not be understood in terms of written contracts, artificial verbal formulas, or any other unrealistic behavioral ritual* »<sup>45</sup>. En revanche, l'inscription du principe du consentement au cœur de la définition légale du viol communique bien, à l'ensemble de la société, un message clair – car aisément reconnaissable et intelligible pour quiconque entreprend de lire la loi, même sans y être « initié-e » –, cette fois en promouvant une sexualité consentie. Bien sûr, il pourra toujours être objecté qu'il n'est pas du devoir du droit d'encourager une évolution sociale ; mais force est d'admettre qu'il y contribue toujours, parfois même malgré lui, tout comme il est susceptible de freiner, en revers, certaines avancées. Il en va ici de la fonction symbolique, voire pédagogique de la norme pénale<sup>46</sup>. Le pouvoir symbolique d'une norme pénale fondée sur le principe du consentement apparaît d'ailleurs nécessaire en regard de la persistance des conceptions problématiques du consentement. En témoignent les sondages d'opinion réalisés en Europe<sup>47</sup>, et récemment en Suisse<sup>48</sup>, qui montrent que certaines personnes considèrent encore que profiter de l'ivresse d'une personne ou interpréter son silence comme un consentement peut se justifier. En Suisse où, de surcroît, une étude a observé que plus de la moitié des jeunes femmes et près d'un quart des jeunes hommes auraient déjà accepté une relation sexuelle sans la désirer : par amour ou afin de maintenir une bonne relation no-

43 *Wiprächtiger* (n. 32), 927.

44 Cf. L. Parein, qui considère que la relation sexuelle n'est pas une situation dans laquelle les partenaires sont par principe à ce point vulnérables que le législateur doit dire « non » à leur place, *Juillard* (n. 32).

45 *Schulhofer* (n. 9), 681.

46 *C. Le Magueresse*, De la centralité du consentement, *Les Cahiers de la Justice* 2021, 622. C'est aussi la raison pour laquelle nous ne saurions assimiler une telle modification légale à une « *blosse Kosmetik* », comme le font *M.A. Niggli/S. Maeder*, *Beischlaf, parlamentarische Vorstösse und andere erregende Dinge*, PJA 2016, 1174 (en faisant un parallèle avec l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe).

47 En 2016, une étude de l'Union européenne sur le consentement en matière de sexualité avait mis en évidence que plus d'une personne interrogée sur quatre estime qu'il n'y a « pas vraiment un viol » si la victime est ivre ou sous l'influence d'un produit stupéfiant (11 %), si elle a volontairement suivi chez elle une tierce personne ou l'a invitée à son propre domicile (11 %), si elle est vêtue de manière provocante (10 %) ou encore si elle n'a pas clairement dit non et ne s'est pas défendue (10 %), cf. *Commission Européenne*, *Gender-based violence, Special Eurobarometer 449*, Bruxelles 2016, 62 ss, [https://publications.europa.eu/resource/cellar/f60437fd-e9db-11e6-ad7c-01aa75ed71a1.0001.01/DOC\\_1](https://publications.europa.eu/resource/cellar/f60437fd-e9db-11e6-ad7c-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1).

48 Ainsî, 25 % des participant·e·s considèrent comme (plutôt) acceptable le consentement d'une personne ivre, 23 % qu'il est (plutôt) acceptable d'insister pour aller jusqu'au bout d'une activité sexuelle que l'autre n'en ait plus envie et 18 % qu'il est (plutôt) acceptable d'interpréter un silence comme un consentement, cf. *gfs.ch* (n. 14).

tamment, mais rarement par peur ou sous l'effet de la menace; de rares menaces qui avaient, par ailleurs, majoritairement pour objet la rupture ou la révélation de secrets intimes<sup>49</sup>. Si certain·e·s voient ici un échec des politiques d'éducation sexuelle en matière de sexualité consentie<sup>50</sup>, il nous semble que le droit pénal ne peut se départir d'une certaine responsabilité à cet égard.

Troisièmement, et plus généralement, c'est la capacité de la solution « oui, c'est oui » à améliorer la situation des victimes qui a été mise en doute<sup>51</sup>, d'une part, parce qu'il serait plus facile de prouver un « non » que d'exclure un « oui » implicite<sup>52</sup> et, d'autre part, parce que l'établissement des faits se résume, dans la majorité des cas, à « parole contre parole »<sup>53</sup>. Or, il n'y a guère de raison de douter du fait qu'une absence de consentement puisse tout aussi bien être prouvée qu'un refus signifié, certes toujours avec les obstacles inhérents à toutes les infractions dites « entre quatre yeux »<sup>54</sup>. Un « oui » – respectivement son absence – n'apparaît ni plus ni moins difficile à prouver qu'un « non » dans de telles circonstances<sup>55</sup>. Mais, surtout, la difficulté d'établir certains faits ne peut constituer un argument pour ne pas protéger pleinement le droit à l'autodétermination sexuelle, comme cela a déjà été souligné: « *Es kann aber nicht richtig sein, den materiellen Schutz des Rechtsguts von Erwägungen der Beweisbarkeit abhängig zu machen.* »<sup>56</sup> En définitive, si la

49 Ces constats sont tirés d'une étude suisse sur les comportements sexuels et la santé menée auprès de 7 142 jeunes âgés de 24-26 ans, entre juin et septembre 2017, cf. Y. Barrense-Dias/C. Akre/A. Berchtold/B. Leeners/D. Morselli/J.-C. Suris, *Sexual health and behavior of young people in Switzerland*, Institut universitaire de médecine sociale et préventive Lausanne 2018, 65 ss.

50 Cf. Y. Amsellem-Mainguy/A. Vuattoux, *Sexualité juvénile et rapports de pouvoir : Réflexions sur les conditions d'une éducation à la sexualité*, Mouvements 3/2019, 89 ss.

51 Notamment dans les débats du Conseil national : cf. Steinemann, BO 2022 N 2118 dénonçant une politique symbolique : « *Mit Symbolpolitik tut man ohnehin nichts für die Opfer.* » ; Maître, BO 2022 N 2116 s., arguant que la solution du consentement est « un message idéologiquement défendable, mais pratiquement inapplicable [qui] allait en réalité créer dans la pratique, dans l'enceinte des tribunaux, beaucoup plus de confusion, de déception et de frustration auprès des victimes qu'il n'en enlèverait » ; Bregy, BO 2022 N 2116, mettant en garde contre « *[eine] Suggestierung [die] nicht zum Vorteil der Opfer sein wird.* »

52 P.ex., *Wiprächtiger* (n. 32), 928 ; cf. aussi la prise de position des Femmes juristes suisses, [https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons\\_1](https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1).

53 Cf. *Jetzer/Gfeller* (n. 32) ; *Maulini/Parein* (n. 32), 9.

54 Dans le même sens : *Knodel/Scheidegger* (n. 32), 7.

55 *Contra Knodel/Scheidegger* (n. 32), 8 : « *Bei Sexualdelikten haben wir bereits heute oft eine faktische Beweislastumkehr : Als Verteidigerin muss ich quasi die Unschuld des Beschuldigten beweisen. Mit einem neuen Sexualstrafrecht, das einzig auf den Aussagen der Beteiligten über ein ausgesprochenes oder signalisiertes « Ja » oder « Nein » basiert, wird es für Beschuldigte noch schwieriger.* » Cette déclaration a ceci de surprenant qu'elle suggère que le droit actuel emporte déjà un renversement « de fait » du fardeau de la preuve. Outre que ceci peut être contesté pour les mêmes raisons que celles présentées ci-dessus, force est de constater que, si le risque d'un tel renversement devait néanmoins être admis, il ne découlerait donc pas spécifiquement de la solution du consentement.

56 *Pruin* (n. 34), 158.

démonstration d'un (défaut de) consentement semble si compliquée à réaliser, n'est-ce pas, au fond, parce que la société a un rapport compliqué à la sexualité – et par extension à la pleine concrétisation du droit à l'autodétermination sexuelle ?

Finalement, à en croire les opposant-e-s, la solution du consentement constituerait un risque pour la collectivité<sup>57</sup>, un argument que nous estimons pour le moins critiquable. Rejeter une révision du droit pénal au prétexte que celle-ci conduirait à une augmentation massive des fausses accusations<sup>58</sup> pour viol traduit, d'une part, une ignorance des données empiriques qui attestent de la faible occurrence de telles situations<sup>59</sup>. D'autre part, et ceci est plus problématique encore, cet argument reproduit un stéréotype sexiste qui veut que les femmes utilisent les accusations de viol pour parfaire une vengeance ou justifier une relation sexuelle non assumée, socialement ou moralement. Bien que la recherche ait établi de manière évidente que les violences sexuelles sont sous-déclarées<sup>60</sup>, tant le public<sup>61</sup> que certain-e-s professionnel-le-s de la justice<sup>62</sup> adhèrent au mythe d'une « épidémie » de

- 
- 57 P. ex., Knodel/Scheidegger (n. 32), 8 ; Isler (n. 32) ; 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. 32) ; Wiprächtiger (n. 32), 929 et 931. Et aussi dans les débats parlementaires, cf. Steinemann, BO 2022 N 2126 : « *Die meisten Männer sind wohl einfach froh, wenn sie ihrer Frau vertrauen können, dass sie nie auf die Idee käme, sie anzuzeigen.* »
- 58 Encore récemment dans les débats au Conseil national, cf. Reimann, BO 2022 N 2121 : « *Das Beispiel Schweden zeigt sehr gut, was mit dieser Regelung passiert ist. Die Anzahl Vergewaltigungen hat um 75 Prozent zugenommen. (...) Die Polizei in Schweden sagt, es sei heute eine Lotterie, wer verurteilt wird und wer nicht.* »
- 59 D. Lisak/L. Gardinier/S. C. Nicksa/A. M. Cote, False allegations of sexual assault : An analysis of ten years of reported cases, *Violence Against Women* 2010, 1318 ss.
- 60 Il est remarquable de constater que quels que soient leurs spécificités méthodologiques, leur contexte ou leur temporalité, un nombre important d'études concluent que seulement 10 % des agressions sexuelles seraient dénoncées.
- 61 P. ex., dans les populations étudiantes, tant chez les hommes (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) que chez les femmes (L. Kahlor/D. Morrison, Television viewing and rape myth acceptance among college women, *Sex Roles* 2007, 729 ss), mais aussi dans la population générale en France (*Les Français-e-s et les représentations sur le viol et les violences sexuelles*, Enquête IPSOS & Mémoire Traumatique et Victimologie, 2019, <https://www.memoiretraumatique.org/campagnes-et-colloques>) ou en Angleterre, par exemple (M. Hermolle/S. J. Andrews/C.-Y. S. Huang, Rape stereotype acceptance in the general population of England and Wales, *J Interpers Violence* 2022, doi.org/10.1177/0886260521207616).
- 62 Au sein des autorités policières et judiciaires, mais aussi les avocat-e-s, cf. C. L. Saunders, The truth, the half-truth, and nothing like the truth : Reconceptualizing false allegations of rape, *Br J Criminol* 2012, 1152 ss ; L. Wall/C. Tarczon, True or false ? The contested terrain of false allegations, Australian Centre for the Study of Sexual Assault & Australian Institute of Family Studies Sydney 2013.

fausses accusations, apparemment convaincu-e-s que de « prétendues » victimes signalent des viols pour causer préjudice à une tierce personne ou par intérêt personnel<sup>63</sup>. Une « culture de la suspicion »<sup>64</sup> qui a été mise en évidence au sein même des institutions judiciaires et pénales<sup>65</sup>. Au-delà de la prévalence des fausses accusations, méthodologiquement complexe à établir<sup>66</sup>, le mythe de la victime mythomane persiste<sup>67</sup>, nourri en partie par une conception historique durable – et dangereuse – selon laquelle, pour les femmes, la tromperie serait une forme de comportement socialement prescrit<sup>68</sup>. En réalité, les motivations à la source des rares fausses accusations sont multiples, laissant souvent apparaître des comportements de peur ou traduisant davantage un besoin d'aide que de la malveillance<sup>69</sup>. Le mythe selon lequel les fausses allégations de viol seraient courantes nuit aux victimes, en perpétuant l'idée que leur crédibilité sera nécessairement mise en doute, et contribue ainsi considérablement à la sous-déclaration des viols<sup>70</sup>.

En déconstruisant les critiques formulées par les opposant-e-s au principe du consentement, nous avons montré de quelle manière ce principe offre, selon nous,

- 
- 63 Le mythe suggérant que les femmes cherchent à se venger d'un ancien amant ou partenaire en l'accusant de viol est particulièrement répandu, y compris chez les professionnel-le-s, cf. *L. Kelly*, *The (in)credible words of women: False allegations in European rape research*, *Violence Against Women* 2010, 1345 ss.
- 64 *L. Kelly/J. Lovett/L. Regan*, *A gap or chasm? Attrition in reported rape cases*, Home Office Research, Development and Statistics Directorate London 2005, 51.
- 65 P.ex. *J.A. Gylys/J.R. McNamara*, *Acceptance of rape myths among prosecuting attorneys*, *Psychol Rep* 1996, 15 ss; *S.J. Lea/U. Lanvers/S. Shaw*, *Attrition in rape cases: Developing a profile and identifying relevant factors*, *Br J Criminol* 2003, 583 ss; *L. McMillan*, *Police officers' perceptions of false allegations of rape*, *J Gend Stud* 2018, 9 ss; *R.M. Venema*, *Police officers' rape myth acceptance: Examining the role of officer characteristics, estimates of false reporting, and social desirability bias*, *Violence Vict* 2018, 176 ss.
- 66 Environ 5 % des accusations selon la méta-analyse de *C. Ferguson/J. Malouff*, *Assessing police classifications of sexual assault reports: A meta-analysis of false reporting rates*, *Arch Sex Behav* 2016, 1185 ss; cf. également *A. De Zutter/R. Horselenberg/P. Koppen*, *The prevalence of false allegations of rape in the United States from 2006-2010*, *J Foren Psy* 2017, doi.org/10.4172/2475-319X.1000119; *Kelly/Lovett/Regan* (n. 64); *Lisak/Gardinier/Nicksa/Cote* (n. 59); *K.A. Lonsway*, *Trying to move the elephant in the living room: Responding to the challenge of false rape reports*, *Violence Against Women* 2010, 1356 ss; sur les difficultés méthodologiques: *P.N.S. Rumney*, *False allegations of rape*, *Camb Law J* 2006, 142 ss et 155 ss ou *Saunders* (n. 62), 1153 ss.
- 67 Ainsi, 37% des répondant-e-s suisses sont (plutôt) d'accord avec l'affirmation selon laquelle les hommes souvent sont accusés à tort d'abus sexuel (terminologie de l'étude), cf. *gfs.ch* (n. 14).
- 68 Une thèse soutenue pour la première fois par *O. Pollak*, *The criminality of women*, University of Pennsylvania 1950.
- 69 Cf. la recherche de *C. Spohn/C. White/K. Tellis*, *Unfounding sexual assault: Examining the decision to unfound and identifying false reports*, *Law & Soc'y Rev* 2014, 161 ss; pour synthèse, cf. *Wall/Tarczon* (n. 62), 5 ss.
- 70 Sur les mythes du viol, cf. *Jaquier/Montavon/Iselin* (n. 2), 6 ss.

la possibilité d'une protection effective du droit à l'autodétermination sexuelle<sup>71</sup>. Il permet également de dessiner les contours des responsabilités et devoirs de l'État pour respecter, protéger et réaliser le droit à l'autodétermination sexuelle<sup>72</sup>. Dans ce sens, le principe du consentement permet de penser une programmation cohérente, liant l'éducation sexuelle, la prévention des violences sexuelles et leur traitement pénal. Bien que le principe du refus constituerait sans conteste une amélioration du droit pénal actuel, le choix entre les deux options en compétition n'est pas une simple question sémantique, eu égard à la complexité de la communication sexuelle et des facteurs situationnels et structurels qui limitent notre capacité à exprimer notre (absence de) volonté<sup>73</sup>.

### III. Du consentement sexuel « dans les livres » au consentement « en action »<sup>74</sup>

Si nous estimons opportune une réforme des dispositions de contrainte sexuelle et de viol à la faveur de la formulation sans le consentement<sup>75</sup>, il ne s'agit pas, pour autant, de nier les limites de la notion de consentement sexuel en tant que norme juridique, ni les difficultés de sa mise en œuvre pour lutter efficacement contre les violences sexuelles. Nous examinons, dans les pages suivantes, dans quelles circonstances le consentement sexuel peut être considéré comme valable, les mesures raisonnables qui peuvent être exigées d'une personne souhaitant s'engager dans un acte d'ordre sexuel et, finalement, comment les autorités et les professionnel-le-s de la justice appréhendent la notion de consentement sexuel.

#### 1. La mise en œuvre du principe du consentement requiert une analyse critique des circonstances présidant à ce consentement

Au cours des dernières décennies, le consentement dans les relations sexuelles s'est vu accorder une importance croissante. Tout comme le viol, le consen-

71 Le principe du consentement sexuel est vu comme la mise en œuvre d'une protection de la dignité humaine par Hörnle (n. 5), 863 ; Pruin (n. 34), 158 ; et Scheidegger Sexualstrafrecht (n. 34), 308 *contra* M. A. Niggli (cf. Isler [n. 32]), L. Parein (cf. Juillard [n. 32]) et Wiprächtiger (n. 32), 924, 927 et 931 qui considèrent que la solution du consentement est paternaliste.

72 Cf. Scheidegger Sexualstrafrecht (n. 34), 111 ss ou D.-S. Valentiner, The human right to sexual autonomy, Ger Law J 2021, 717.

73 Schulhofer (n. 9), 666.

74 En référence au texte de R. Pound, Law in books and law in action, Am L Rev 1910, 12 ss.

75 Du même avis, Perrier Depeursinge/Boyer (n. 38), 24 ss ; Pruin (n. 34), 143 ss ; Montavon/Monod (n. 38), 616 ss ; Scheidegger Sexualstrafrecht (n. 34), 339 ss ; et Scheidegger Revision (n. 34), 173.

tement n'est pas une notion purement juridique, mais possède une signification de sens commun, socialement, politiquement et historiquement construite. Le consentement sexuel découle du droit à l'autodétermination sexuelle, dans sa dimension *positive* – le droit de s'engager dans une activité sexuelle avec une personne consentante – et sa dimension *négative* – la liberté de refuser une activité sexuelle. Le principe de l'autodétermination sexuelle apparaît largement accepté : « *Ordinary citizens know what it means to have permission, express or implied, and they know that it is unacceptable to take liberties with someone's person or property without permission. That's all that consent means, and it's a matter of simple justice to require it.* »<sup>76</sup> Mais, pour autant, savons-nous vraiment *ce qu'est* le consentement et quelles en sont les modalités ? Nos théories sur le consentement, à l'instar de notre compréhension de la sexualité, relèvent à la fois d'un savoir *commun* – soit des connaissances supposées connues de tou-te-s qu'il est inutile de discuter – et d'un savoir *caché* – soit des connaissances qui relèvent de la sphère privée<sup>77</sup>. Nous avons la conviction de savoir ce qu'est le consentement sexuel, mais sommes pourtant bien emprunté-e-s lorsqu'il s'agit de le définir, encore plus lorsqu'il s'agit d'en proposer une compréhension partagée.

Et de là, comment définir le consentement sur le plan juridique ? Aussi fédérateurs que soient des slogans<sup>78</sup> tels que « oui, c'est oui », ou même « non, c'est non », ils ne constituent pas pour autant des règles de droit. La réalité des interactions sexuelles se révèle bien plus nuancée, nombre de nos activités sexuelles se situant entre le « non » et le « oui », ce qui place le droit en devoir de prendre position quant au traitement des comportements survenant dans cet espace<sup>79</sup>. Si les linguistes considèrent que consentir est, avant tout, une activité mentale<sup>80</sup>, les juristes se montrent plus divisé-e-s, considérant le consentement tantôt comme un phénomène mental uniquement<sup>81</sup>, tantôt comme étant, en partie du moins, un comportement<sup>82</sup>. Le consentement sexuel doit être envisagé comme l'expression d'un intérêt, d'un désir et d'une volonté, mais doit-on pour autant exiger de ce consentement

76 Schulhofer (n. 9), 681.

77 Valentiner (n. 72), 704 s.

78 Qui plus est trompeurs, selon Schulhofer (n. 9), 666, notamment en tant qu'ils semblent donner la priorité à l'expression verbale.

79 Schulhofer (n. 9), 666 : « *Much sexual interaction falls into the space between <no> and <yes>. The law must take a stand on the treatment of behavior in that space.* »

80 Le verbe consentir peut être utilisé dans un sens descriptif – comme croire ou penser – ou performatif – comme promettre : cf. P. M. Tiersma, *The language of consent in rape law*, in : J. Cotterill (édit.), *The language of sexual crime*, London 2007, 91.

81 P. ex., H. M. Hurd, *The moral magic of consent*, *Leg Theory* 2009, 121 ss et K. Kessler Ferzan, *Justification and excuse*, in : J. Deigh/D. Dolinko (édit.), *The Oxford handbook of philosophy of criminal law*, New York 2011, 239 ss.

82 P. ex., T. Dougherty, *Yes means yes : Consent as communication*, *Philos Public Aff* 2015, 224 ss et A. Wertheimer, *What is consent ? And is it important ?* *Buff Crim L Rev* 2000, 557 ss.

qu'il présente « une composante performative, un signe de consentement, un acte d'autorisation verbal ou non verbal<sup>83</sup> » ? Une telle exigence apparaît peu réaliste, ne serait-ce déjà parce que le langage de la sexualité humaine est généralement vague et le plus souvent indirect : « *Many people in our society typically discuss sex – if they do so at all – by means of euphemism, double entendre, innuendo, or subtle suggestions.* »<sup>84</sup> On ne peut discuter intelligemment d'une exigence de consentement, sans décider en premier lieu comment l'on conçoit le consentement<sup>85</sup>. Or, à ce jour, aucun instrument de droit international ne propose une définition substantielle du consentement<sup>86</sup>. La CI prescrit que les actes d'ordre sexuels non consentis doivent être criminalisés. Elle prévoit, en outre, que le consentement « doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes » (art. 36 al. 2 CI)<sup>87</sup>. En revanche, la Convention ne s'étend ni sur la forme de ce consentement ni sur ses circonstances. Au niveau régional, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), dans l'arrêt *M. C. c. Bulgarie*<sup>88</sup>, souligne que l'absence de consentement est le point de convergence essentiel de la législation moderne sur le viol, sans pour autant définir en quoi consiste le consentement. Le viol y est reformulé, simplement et essentiellement, comme un « rapport sexuel non consenti ».

Quelle pourrait être alors la définition du consentement sexuel dans le droit ? À l'appui de la doctrine, d'ici et d'ailleurs, nous pouvons esquisser une première proposition. Le consentement sexuel est le fait, pour une personne ayant la capacité requise, de communiquer à autrui sa volonté ou son accord d'accomplir une activité sexuelle spécifique<sup>89</sup>. Les *Principes de La Haye sur la violence sexuelle sti-*

83 C'est en tout cas l'avis de T. Gutmann, Voluntary consent, in : A. Müller/P. Schaber (édit.), *The Routledge handbook of the ethics of consent*, London 2018, 211.

84 Tiersma (n. 80), 92.

85 Schulhofer (n. 9), 666, puis 668 ss pour un développement.

86 Pour une discussion, cf. V. E. Munro, An unholy trinity ? Non-consent, coercion and exploitation in contemporary legal responses to sexual violence in England and Wales, *Curr Leg Probl* 2010, 50 ss ; B. Simpson, Why has the concept of consent proven so difficult to clarify ? *J Crim Law* 2016, 98 ss ; Valentiner (n. 72), 707 ss ; J. Vestergaard, The rape law revision in Denmark : Consent or voluntariness as the key criterion ? *BJCLCJ* 2020, 6 s.

87 L'art. 36 CI (n. 1) est le résultat d'un compromis, issu notamment des jurisprudences de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979 (CEDEF ; RS 0.108) et de la CourEDH ; cf. *Le Magueresse* (n. 46), 616 ss.

88 CourEDH *M. C. c. Bulgarie* (39272/98) § 154 ss.

89 Cf. Scheidegger *Sexualstrafrecht* (n. 34), 34 ss ; *Mona* (n. 17), 19 ss. Ainsi que les auteurs classiques : Schulhofer (n. 9), 668 ss ; Wertheimer (n. 82), 566 ss ; mais aussi P. Westen, The logic of consent : The diversity and deceptiveness of consent as a defense to criminal conduct, *Aldershot* 2004, pour une analyse originale. Pour un état critique de la littérature sur le consentement sexuel, cf. M. A. Beres, « Spontaneous » sexual consent : An analysis of sexual consent literature, *Fem Psychol* 2007, 93 ss.

pulent que le consentement doit être « véritable, volontaire, spécifique et continu »<sup>90</sup>. Chaque partie doit se sentir suffisamment en sécurité pour exprimer son désir, et simultanément capable de reconnaître et comprendre le désir de l'autre. Le consentement n'est pas figé, mais évolutif : il doit exister à chaque instant, pour tout acte et toute modalité de l'activité sexuelle ; corolairement, il peut être interrompu à tout moment, et l'on doit pouvoir compter sur le fait que ce choix sera respecté. Il en découle que le consentement requiert une forme active de soutien, plus qu'une simple permission<sup>91</sup> et que l'absence d'un « non » n'équivaut en aucun cas à un « oui »<sup>92</sup>.

Si de plus en plus de pays ont instauré le consentement comme élément central de la définition de l'infraction de viol, l'utilisation appropriée du concept fait débat et la formulation de la norme réprimant le viol varie selon les traditions juridiques, certaines s'avérant plus spécifiques que d'autres. Ainsi, le droit anglais considère-t-il qu'une personne consent à l'activité sexuelle si elle l'accepte, par choix, et possède la liberté et la capacité de faire ce choix<sup>93</sup>. La législation spécifique, en outre, un ensemble de circonstances dans lesquelles le consentement doit être considéré comme absent, soit lorsqu'une personne est inconsciente ou sous l'influence d'une substance psychoactive et, évidemment, lorsqu'il y a usage de la force ou de menaces. Le droit canadien, lui, définit le consentement comme l'accord volontaire d'une personne à l'activité sexuelle, précisant, de manière non exhaustive, qu'une personne inconsciente ou n'ayant pas la capacité requise ne peut consentir<sup>94</sup>. Quant au droit danois, il se contente de prévoir qu'un acte d'ordre sexuel avec une personne « qui n'a pas consenti » constitue un viol<sup>95</sup>, laissant a priori à la jurisprudence le soin de préciser cette notion. Le droit belge a préféré circonscrire, au mieux, le consentement sexuel dans le droit matériel. Le Code pénal belge incriminait déjà les pénétrations sexuelles commises « sur une personne qui n'y consent pas »<sup>96</sup>, mais une sous-section consacrée expressément au consentement en matière de droit à l'autodétermination sexuelle a été introduite en été 2022. L'art. 417/5 établit que le consentement sexuel « [est] donné librement [et que ce caractère doit être] appré-

90 Principes de La Haye sur la violence sexuelle 2019, 13, 21 s., <https://thehagueprinciples.org>.

91 *Tiersma* (n. 80), 91.

92 Sur la construction des refus en matière de sexualité, cf. l'analyse sociolinguistique de *G. Tate Clausen*, « Next time » means « No » : Sexual consent and the structure of refusals, FPQ 2020, doi.org/10.5206/fpq/2020.4.8390.

93 *Sexual Offences Act 2003*, s. 74, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/74> ; cf. *Munro* (n. 86), 52 ss.

94 Code criminel canadien, LRC 1985, c C-46, art. 273.1, <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/section-273.html> ; pour une analyse, cf. *L. Vandervort*, Affirmative sexual consent in Canadian law, jurisprudence, and legal theory, *Colum J Gender & L* 2012, 395 ss.

95 *Bekendtgørelse af straffeloven*, art. 216, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2021/1851> ; pour une analyse, cf. *Vestergaard* (n. 86).

96 Code pénal, ancien art. 375, [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg\\_2.pl?language=fr&nm=1867060850&la=F](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=1867060850&la=F).

cié au regard des circonstances de l'affaire. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime. Le consentement peut être retiré à tout moment avant ou pendant l'acte à caractère sexuel. Il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis en profitant de la situation de vulnérabilité de la victime due notamment à un état de peur, à l'influence de l'alcool, de stupéfiants, de substances psychotropes ou de toute autre substance ayant un effet similaire, à une maladie ou à une situation de handicap, altérant le libre arbitre. En tout état de cause, il n'y a pas de consentement si l'acte à caractère sexuel résulte d'une menace, de violences physiques ou psychologiques, d'une contrainte, d'une surprise, d'une ruse ou de tout autre comportement punissable. En tout état de cause, il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis au préjudice d'une victime inconsciente ou endormie. »<sup>97</sup> Nous relevons, toutefois, que, bien que détaillée, la disposition belge n'évoque pas les états de paralysie.

Au demeurant, la façon dont il convient d'interpréter le consentement sexuel reste « remarquablement opaque »<sup>98</sup>. Dans plusieurs pays, les tribunaux se sont penchés sur certains problèmes de définition et de preuves dans le cadre d'affaires individuelles, notamment pour clarifier les implications juridiques de la passivité d'une victime<sup>99</sup>. En Suisse également : tout en concédant que l'intimé « n'avait prêté aucune attention à la passivité de la recourante et semblait s'être préoccupé de son seul plaisir, qui plus était de manière fort inélégante », le TF a considéré, dans un arrêt de mars 2021, que « cela ne permettait pas encore de retenir qu'il avait compris ou aurait dû comprendre quelles étaient les réelles dispositions internes de la recourante »<sup>100</sup>. Le TF a laissé entendre que l'auteur n'avait pas à se préoccuper de l'immobilité de sa partenaire, dès lors qu'il n'avait rien fait pour susciter un tel état<sup>101</sup>. Un argumentaire qui laisse penser, à tort, qu'une réaction d'immobilité ne pourrait se produire qu'en réponse à un comportement menaçant ou agressif de

---

97 Code pénal, art. 417/5 pour la définition du consentement et art. 417/11 pour le viol, [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg\\_2.pl?language=fr&nm=1867060850&la=F](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=1867060850&la=F).

98 Cf. *Munro* (n. 86), 51.

99 Il convient de souligner ici que la question de la passivité de la victime se pose lorsque la loi exige le consentement tout comme l'absence de volonté contraire : la passivité est-elle une preuve suffisante de consentement, inversement la passivité est-elle une preuve suffisante de l'absence de volonté contraire ?

100 TF 6B\_894/2021 c. 2.4.5.

101 TF 6B\_894/2021 c. 3.6 : « Il se pouvait que la cause de cette passivité résidât dans un état de terreur qui avait envahi la jeune femme, assorti d'un mécanisme de dissociation. Néanmoins, l'intimé n'avait aucune raison d'en être conscient, n'ayant objectivement rien fait pour susciter ledit état. »

l'auteur-e<sup>102</sup>. Sans compter que cette analyse a pour effet, si ce n'est de légitimer, au moins de valider une conception passéiste de la sexualité, où la participation de la femme n'est pas requise et sa passivité relève de « l'ordre des choses ». Toujours avec une vision moderne de la sexualité et, nous semble-t-il, davantage en adéquation avec une protection *effective* de l'autodétermination sexuelle, il apparaît raisonnable d'attendre de toute personne qu'elle s'assure que son désir sexuel soit partagé, en particulier lorsque son ou sa partenaire fait preuve de passivité. Or, jusqu'ici, le droit, tel qu'il est écrit et interprété, n'a guère encouragé la société – et, en particulier, les hommes – à s'assurer, concrètement et sans compter sur le bénéfice du doute, du consentement de leur partenaire à une activité sexuelle. Au-delà de la passivité de la victime, souvent entendue comme la seule absence de résistance *physique*, la jurisprudence devra se déterminer sur l'ensemble des circonstances susceptibles d'expliquer une *absence d'opposition* de la victime, qui peut certes procéder de facteurs neurophysiologiques (p. ex. immobilité tonique) comme évoqués directement par la CAJ-E, mais aussi de raisons psychologiques (p. ex. emprise) ou structurelles (p. ex. rapports de pouvoir), plus délicates à circonscrire.

Sous l'ère du consentement sexuel, la doctrine et la jurisprudence ont aussi porté leur regard sur la notion de tromperie, faisant rapidement apparaître qu'en matière de sexe, les lois et les normes sociales permettent un large éventail de pratiques manipulatrices<sup>103</sup>. Jusqu'ici, les réflexions suisses se sont centrées sur le *stealth*, pratique qui consiste à retirer furtivement son préservatif sans en informer son ou sa partenaire<sup>104</sup>. Toutefois, pour certain-e-s auteur-e-s, il n'apparaît pas aussi simple de déterminer – juridiquement – spécifiquement sur quels paramètres porte le consentement<sup>105</sup>. En effet, qu'en est-il de la personne qui ment sur sa capacité reproductive<sup>106</sup> ou celle qui ment sur son identité ou ses intentions ? Si l'attention accrue portée au consentement a donné lieu, dans quelques pays, à

102 Cf. Jaquier/Montavon/Iselin (n. 2), 28 ss. Sur ce point, la CAJ-E s'est récemment prononcée en faveur d'une modification de la formulation des éléments constitutifs de l'atteinte et de la contrainte sexuelles (art. 189 al. 1 P-CP) et du viol (art. 190 al. 1 P-CP), afin que la notion de sidération y soit explicitement mentionnée (« ... ou profite à cette fin d'un état de sidération d'une personne »); cf. Commission des affaires juridiques du Conseil des États (n. 23).

103 N. Scheidegger, Balancing sexual autonomy, responsibility, and the right to privacy: Principles for criminalizing sex by deception, Ger Law J 2021, 771.

104 A. Brodsky, « Rape-adjacent »: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal, Colum J Gender & L 2017, 183 ss.

105 Sur la criminalisation des pratiques sexuelles trompeuses, cf. C. Kennedy, Criminalising deceptive sex: Sex, identity and recognition, Legal Studies 2021, 91 ss.; Scheidegger (n. 103).

106 L'homme qui dit avoir subi une vasectomie ou la femme qui prétend prendre une pilule contraceptive.

la « *criminalization of persons who lie their way into bed* »<sup>107</sup>, ce n'est, pour l'heure, pas le cas en Suisse, où le droit actuel ne permet pas de sanctionner ce comportement en tant que viol. Le TF a reconnu que le *stealthing* « portait atteinte à l'autonomie et l'intégrité en matière sexuelle », et donc à l'autodétermination sexuelle<sup>108</sup>, toutefois, *de lege lata*, un tel comportement ne peut être incriminé qu'en tant qu'attouchements d'ordre sexuel propres à importuner une personne, au sens de l'art. 198 CP<sup>109</sup>. Bien que juridiquement correcte, une telle interprétation n'est pas satisfaisante eu égard à la gravité de la faute. Le retrait du préservatif n'est pas une simple modalité de la pénétration sexuelle, mais en modifie la nature même, et par là porte atteinte à l'autodétermination sexuelle<sup>110</sup>. Raison pour laquelle la majorité de la doctrine appelle à une nouvelle disposition<sup>111</sup>. La révision du droit pénal à la faveur de la formulation « sans le consentement » engloberait directement les cas de *stealthing*, dès lors qu'il n'existe pas de consentement exprès ou tacite au retrait du préservatif. La CAJ-E soutient, par ailleurs, que le *stealthing* constituerait aussi un comportement punissable couvert par l'élément constitutif « contre la volonté », au motif que les rapports sexuels non protégés et

107 Scheidegger (n. 103), 773.

108 Le TF a confirmé que le *stealthing* ne constitue pas un acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP; cf. A. Guisan, *Le stealthing* n'est pas punissable en tant qu'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de résistance (art. 191 CP), <https://www.crimen.ch/121/> en référence à l'ATF 148 IV 329. Le TF s'aligne ainsi sur la position défendue par Scheidegger (n. 34), 247 ss qui considère que l'incapacité de résister, au sens de l'art. 191 CP, requiert que la personne soit *physiquement* incapable de résister. Dans ce sens, la victime trompée pourrait résister, mais ne le fait pas en raison de son erreur; il s'agit là d'une situation fondamentalement différente de celle de la victime qui voudrait résister, mais se trouve physiquement incapable de le faire. Ce que réaffirme le TF en indiquant que la capacité de défense de la victime est restée intacte en tant que telle (« *die Fähigkeit zur Abwehr als solche intakt blieb* »), c. 5.5. Tout en notant que l'art. 191 CP est mal adapté pour sanctionner le *stealthing*, C. Perrier Depeursinge/M. Boyer, *Stealthing* : Quelle protection pénale ? in : C. Perrier Depeursinge/N. Dongois/A. M. Garbarski/C. Lombardini/A. Macaluso (édit.), *Cimes et châtements, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022, 523 et 525, considèrent que l'art. 191 CP serait applicable au *stealthing*, pour autant que l'on renonce à une interprétation restrictive de l'incapacité de résistance et admette que le motif de l'incapacité est sans pertinence (physique, psychologique, situationnel). Ainsi, il n'y aurait pas, selon les auteurs, de différence entre l'incapacité de résister en raison de la surprise et la même incapacité en raison de la tromperie.

109 Cf. Perrier Depeursinge/Boyer (n. 108), 526 qui rappellent que le *stealthing* n'est pas un simple « attouchement » et que la victime n'est pas « importunée » ; du même avis, Scheidegger *Sexualstrafrecht* (n. 34), 314 ss.

110 Perrier Depeursinge/Boyer (n. 108), 524 et 526 *contra* M. Meier/J. Hashemi, *Stealthing – Muss strafbar sein, was verwerflich ist ?* forumpoenale 2020, 122 s. qui considèrent que le (seul) retrait du préservatif ne peut être considéré comme un acte d'ordre sexuel.

111 Meier/Hashemi (n. 110), 124; Perrier Depeursinge/Boyer (n. 108), 526 s.; Scheidegger *Sexualstrafrecht* (n. 34), 248 et 295 ss.

ceux protégés par un préservatif sont deux formes différentes de rapports sexuels<sup>112</sup>, une interprétation qui ne fait pas l'unanimité<sup>113</sup>.

Si le consentement est aujourd'hui, une fois encore, plébiscité par nombre de juristes défendant une approche féministe du droit pénal sexuel, il fait néanmoins l'objet de critiques. Élaboré pour contrer les processus de culpabilisation des victimes d'agressions sexuelles, le principe du consentement déplace la focale vers le processus de négociation de l'activité sexuelle : la responsabilité de prendre des mesures actives pour obtenir le consentement d'autrui est ainsi (dé)placée sur la personne qui initie le rapport. Toutefois, la communication sexuelle étant complexe, la capacité des personnes à exprimer leur (non) volonté de prendre part à une activité sexuelle peut être altérée au regard de leur situation interpersonnelle et du contexte social dans lequel elles évoluent<sup>114</sup>. De plus, la négociation sexuelle étant intrinsèquement genrée, l'initiation de l'activité sexuelle incombe (majoritairement) à l'homme, et la responsabilité de l'accepter ou de la refuser à la femme. Pour cette raison, le paradigme du consentement est critiqué pour reproduire une vision hétéronormative des sexualités masculine et féminine, où le désir masculin – conçu comme une pulsion sexuelle inévitable – demeure central<sup>115</sup>. Le paradigme du consentement se voit ainsi reprocher de favoriser une compréhension décontextualisée du viol qui ne tient pas compte des rapports sociaux de pouvoir. Du fait, en particulier, des inégalités structurelles entre hommes et femmes, ce paradigme ne pourrait ainsi pas être un indicateur fiable de l'acceptation d'une activité sexuelle<sup>116</sup>. Avec une telle approche, les institutions pénales seraient focalisées sur des transactions sexuelles discrètes, avec comme référentiel un modèle de planification res-

112 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 6), 32 s ; une position réaffirmée lors du vote du Conseil des États, cf. *Mazzone*, BO 2023 E 111 : « Sont également des éléments constitutifs de l'infraction, la surprise, le « *stealthing* », soit le fait de retirer le préservatif à l'insu de la victime, et la sidération. »

113 *Perrier Depeursinge/Boyer* (n. 108), 527 qui considèrent que le principe du refus ne couvrirait pas tous les cas de *stealthing*, mais uniquement ceux dans lesquels la victime a clairement communiqué son refus d'avoir un rapport sans préservatif.

114 *Valentiner* (n. 72), 706 ; cf. aussi *Schulhofer* (n. 9), 666.

115 P. ex. *R. Torenz*, *The politics of affirmative consent : Considerations from a gender and sexuality studies perspective*, *Ger Law J* 2021, 724 ss.

116 Cf. *C. A. MacKinnon*, *Towards a feminist theory of the state*, Cambridge 1989, 171 ss et *S. Estrich*, *Real rape*, Cambridge 1987, 29 ss. Les deux auteures soutiennent la thèse que le consentement ne peut jamais être un indicateur fiable de l'acceptation d'une activité sexuelle du fait des relations de pouvoir asymétriques et des inégalités structurelles entre hommes et femmes. Ainsi, la présence d'un consentement ne rend-elle pas égalitaire une interaction qui est intrinsèquement inégalitaire ; pour MacKinnon, le paradigme du consentement étiquette à tort le viol comme « *unwanted, rather than unequal sex* », cf. *C. A. MacKinnon*, *Rape redefined*, *Harv L & Pol'y Rev* 2016, 436.

ponsable et rationnelle de la sexualité<sup>117</sup>. En individualisant la responsabilité du consentement, les personnes vulnérables, dépendantes ou incapables de communiquer leurs désirs deviennent des acteurs-trices sexuelle-s incompétent-e-s<sup>118</sup>. Une problématique maintes fois soulignée dans les recherches sur le viol qui montrent le traitement pénal négatif réservé aux « mauvaises victimes »<sup>119</sup> – celles (et ceux) dont le profil, les actions et les réactions ne sont pas conformes aux attentes individuelles et institutionnelles.

Ainsi, malgré les changements sociaux, conceptualiser le droit à l'autodétermination sexuelle et ses paramètres d'application sur le plan légal demeure une tâche ardue, et soumise à de multiples résistances. Le paradigme du consentement n'est pas parfait, mais il permet une conception élargie et progressive du droit à l'autodétermination sexuelle. Il requiert toutefois une exploration critique des circonstances dans lesquelles une personne consent à une activité sexuelle, afin de s'assurer non seulement qu'un signe d'accord a été communiqué, mais que celui-ci peut être considéré comme valable compte tenu de ses circonstances. Il s'agit ici de reconnaître l'existence d'un « continuum coercitif » englobant des situations dans lesquelles le consentement apparent n'est pas l'expression d'un choix libre et délibéré, mais une soumission due à des circonstances oppressives ou abusives<sup>120</sup>. Une protection adéquate de l'autodétermination sexuelle requiert alors d'apprécier un large éventail de comportements qui, au-delà de la seule contrainte, sont susceptibles de porter atteinte à ce droit.

## 2. Une protection effective de l'autodétermination sexuelle nécessite une délimitation rigoureuse de l'erreur sur le consentement

Dans la pratique, une part importante des viols poursuivis pénalement pose, plus ou moins explicitement, la question du consentement, l'argument de

117 Cf. L. Gotell, Canadian sexual assault law : Neoliberalism and the erosion of feminist-inspired law reforms, in : C. McGlynn/V.E. Munro (édit.), *Rethinking rape law : International and comparative perspective*, Abingdon 2010, 214 ss ; Torenz (n. 115), 732 s.

118 Ainsi la formule de Torenz (n. 115), 733 : « *In contrast, people who are insecure, dependent, unwilling or unable to communicate their wishes can become incompetent sexual actors.* »

119 Sur les notions de « bonnes » et « mauvaises » victimes, cf. 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 ; 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.

120 Sur l'idée d'un « continuum of coercion » qui inclut les situations dans lesquelles le consentement apparent n'est pas l'expression d'un choix libre et délibéré, mais une soumission due à des circonstances oppressives ou abusives, cf. E. Dowds, *Towards a contextual definition of rape : Consent, coercion and constructive force*, *Mod Law Rev* 2020, 62 ; Munro (n. 86), 47 s. ; Valentinier (n. 72), 706.

la défense étant généralement que l'accusé-e croyait que le consentement avait été donné. Les réformes du droit pénal sexuel, en Europe et ailleurs, à la faveur du modèle du consentement n'ont pas pour autant fait disparaître les mythes du viol et les autres stéréotypes qui influencent autant les interprétations juridiques que les représentations sociales<sup>121</sup>. Aussi apparaît-il important de s'arrêter sur la manière dont le droit appréhende la défense de l'erreur sur le consentement, en se tournant cette fois vers le droit canadien qui dispose d'une jurisprudence édifiante dans ce domaine.

Le Canada connaît, depuis 1992, une norme dite de « consentement affirmatif »<sup>122</sup> en droit pénal sexuel<sup>123</sup>. Le consentement sexuel y consiste, pour une personne ayant la capacité requise, à communiquer à autrui, au moyen d'un comportement verbal ou non verbal, la permission d'accomplir une activité sexuelle spécifique<sup>124</sup>. Le consentement ne peut pas être implicite<sup>125</sup> et un refus n'est en aucun cas une invitation à une approche plus insistante, voire agressive<sup>126</sup>, a rappelé la Cour suprême. Surtout, la norme pénale canadienne intègre explicitement une disposition relative aux « mesures raisonnables [qui doivent être prises] dans les circonstances [connues de l'accusé-e] pour s'assurer du consentement [d'autrui] »<sup>127</sup>. Le consentement ne peut pas être inféré de la passivité, du silence ou de l'ambiguïté de la victime<sup>128</sup>. Le droit canadien est restrictif quant aux situations dans lesquelles il est possible d'invoquer, comme moyen de défense, une *erreur sur le consente-*

121 Pour une analyse, cf. *Dowds* (n. 120), 38 ss ; *L. Gotell*, Rethinking affirmative consent in Canadian sexual assault law: Neoliberal sexual subjects and risky women, *Akron L Rev* 2015, <http://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol41/iss4/3>, 875 ss ; *Simpson* (n. 86), 104.

122 En anglais, « *affirmative consent law* ».

123 Pour une discussion critique du droit canadien, cf. *K. Barranco*, Canadian sexual assault laws: A model for affirmative consent on college campuses? *Mich St Int'l L Rev* 2016, 801 ss ; *Gotell* (n. 117) ; *M. Randall*, The treatment of consent in Canadian sexual assault law, *The Equality Effect*, Toronto 2011 ; *L. Vandervort*, Honest beliefs, credible lies, and culpable awareness: Rhetoric, inequality, and mens rea in sexual assault, *Osgoode Hall Law J* 2004, 625 ss.

124 *R. v. Esau* [1997] 2 R. C. S. 777 et 779.

125 *R. v. Ewanchuk* [1999] 1 R. C. S. 330, § 31 ; cf. *Randall* (n. 123), 13 ss.

126 *Ewanchuk* (n. 125), § 51 s.

127 Code criminel canadien, LRC 1985, c C-46, art. 273.2 : « Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les art. 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas : a) cette croyance provient : (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire, (iii) soit de l'une des circonstances visées aux paragraphes 265(3) ou 273.1(2) ou (3) dans lesquelles il n'y a pas de consentement de la part du plaignant ; b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement ; c) il n'y a aucune preuve que l'accord volontaire du plaignant à l'activité a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement. »

128 *Esau* (n. 124), § 77.

*ment*<sup>129</sup>. Pour être sincère, la croyance de l'accusé-e ne doit pas être le fruit de son insouciance ou de son aveuglement volontaire<sup>130</sup> – entendu ici comme le refus délibéré de voir les faits et les circonstances<sup>131</sup>. Ainsi, l'intoxication de la victime ne permet-elle en aucun cas d'invoquer une erreur sur le consentement ; l'incapacité à consentir « sautera aux yeux de [toutes les personnes] qui voient (...) sauf [quiconque] se retranche dans l'ignorance volontaire »<sup>132</sup>. Une défense par erreur de consentement n'est plausible que lorsqu'il est possible d'attester de la nature ambiguë de la situation. La Cour concède qu'un comportement « peut parfois être si équivoque que [l'accusé-e] légitimement intéressé[-e] se méprendra de bonne foi sur le refus ou l'incapacité véritable [du-de la plaignant-e] »<sup>133</sup>. L'accusé-e doit toutefois étayer sa méprise par des preuves « de ce que [la partie plaignante] a dit ou fait et sur la façon dont ses paroles ou ses gestes ont pu [l']influencer »<sup>134</sup>. Dans ces situations, il faut, non seulement, « un comportement ou des paroles qui sont contradictoires ou équivoques, mais aussi que le résultat de cette contradiction ou de cette équivoque [soit] tel que l'accusé[-e], agissant de bonne foi et sans se retrancher dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, aurait pu conclure que [le-la plaignant-e] avait la capacité requise et était consentant[-e] »<sup>135</sup>. Au demeurant, la Cour a rappelé que l'ambiguïté ne mettait pas fin au devoir d'une personne de s'assurer du consentement d'autrui ; ainsi « nul n'a le droit d'assimiler l'équivoque au consentement »<sup>136</sup>.

Il convient donc de souligner ici que le caractère ambigu d'une situation ne peut que légitimement aboutir à la décision de l'auteur-e de ne pas poursuivre l'activité sexuelle, à tout le moins de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement d'autrui, à l'instar de la position défendue par le TF dans un arrêt récent<sup>137</sup>. Un raisonnement critiqué par certain-e-s<sup>138</sup>, dès lors qu'il ouvrirait la

129 Nommée « défense de croyance sincère mais erronée au consentement » ; en anglais, « *defence of honest but mistaken belief consent* » ; *infra* n. 130 ss.

130 *Ewanchuk* (n. 125), § 65.

131 *Esau* (n. 124), § 70.

132 *Esau* (n. 124), § 73.

133 *Esau* (n. 124), § 79.

134 *Esau* (n. 124), § 79.

135 *Esau* (n. 124), § 80.

136 *Esau* (n. 124), § 80.

137 TF 6B\_367/2021 c. 2.3.2 : « Au-delà du ton pondéré et calme avec lequel ils avaient été prononcés, ces propos, énoncés de manière répétée et insistante, auraient manifestement dû suffire à faire réagir l'intimé, à qui il revenait, dans un tel contexte, de cesser les rapports sexuels pour, à tout le moins, s'assurer du consentement de sa partenaire, et non en tout cas comme il l'a fait, de simplement la contredire (« Non, je ne te viole pas ») tout en poursuivant ses actes. »

138 P. ex., *Isler* (n. 32).

voie à la reconnaissance d'un « devoir de diligence », et ainsi une infraction de « viol par négligence », tel qu'en droit suédois<sup>139</sup>.

### 3. Les professionnel-le-s du droit doivent se prémunir contre une conception genrée et hétéronormée du consentement sexuel

Même en l'absence de mention explicite du consentement dans la loi, la question de sa présence, de la croyance en sa présence ou de son absence peut se révéler omniprésente dans les débats et les pratiques des acteurs-trices judiciaires<sup>140</sup>. Plusieurs études empiriques soulignent la manière dont les institutions judiciaires pensent la sexualité, et par extension la vraisemblance d'un rapport sexuel (non) consenti, en s'appuyant sur la théorie des *scripts sexuels*, une clé d'analyse sociologique développée pour attester du caractère socialement et historiquement construit de la sexualité<sup>141</sup>. En fonction des caractéristiques sociales des personnes impliquées et de la nature de leur relation, les scripts sexuels décrivent les situations acceptables, les comportements adéquats et leur séquence, mais aussi les motivations et les sentiments appropriés<sup>142</sup>. Reflétant, à la fois, des propriétés cognitives individuelles et des apprentissages sociaux, les scripts sexuels président au décodage des situations inédites et, par là, à leur caractère socialement – voire moralement – (in)acceptable. L'intériorisation de ces normes sexuelles est genrée, de sorte qu'hommes et femmes intègrent des prescriptions sociales distinctes en matière de

139 Pour le droit suédois, cf. *L. Wallin/S. Uhnoo/Å. Wettergren/M. Bladini*, Capricious credibility : Legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements, Nord J Criminol 2021, 9 ss ; *L. Wegerstad*, Sense and caution : A comparative perspective on Sweden's negligent rape law, in : E. Hoven/T. Weigend (édit.), Consent and sexual offenses : Comparative perspectives, Baden-Baden 2022, 121 ss.

140 *Le Magueresse* (n. 46), 614 ; *O. Pérona*, Vergewaltigung : Vom Gesetz zur Zivilgesellschaft und zurück, ZfRSoz 2019, 275.

141 *J. H. Gagnon/W. Simon*, Sexual conduct : The social sources of human sexuality, 2<sup>e</sup> éd., London 1973, 18 : les auteurs définissent le script comme « la forme organisée de conventions mutuellement partagées qui permet à deux acteurs ou plus de participer à des actes complexes impliquant des rapports de dépendance mutuelle » (traduit en français *J. H. Gagnon*, Les usages explicites et implicites de la perspective des scripts dans les recherches sur la sexualité, Actes Rech Sci Soc 1999, 73). Les sociologues étasunien-ne-s expliquent de quelle manière les comportements sexuels sont appris, codifiés et structurés et comment les messages socioculturels véhiculés par les institutions et les médias influencent nos attitudes et nos attentes en matière de sexualité.

142 *Gagnon* (n. 141), 73.

sexualité. Les scripts sexuels, au demeurant largement hétéronormatifs<sup>143</sup>, établissent ainsi des comportements vus comme « naturellement » masculins ou féminins, polarisés entre des rôles sexuels antinomiques actifs/passifs<sup>144</sup> : l'homme initie généralement l'acte à moins que – ou jusqu'à ce que – la femme ne s'y oppose. Une vision qui s'accompagne d'un préjugé phallocentrique et procréateur de la sexualité comme consistant forcément en une pénétration péno-vaginale<sup>145</sup>.

Dans la pratique, faute d'éléments probatoires permettant de l'objectiver, il apparaît que la plausibilité du (non) consentement de la victime est notamment évaluée au regard de la distance sociale entre victime et auteur.e et de la nature de leurs contacts préalables<sup>146</sup>. En mobilisant (inconsciemment) les scripts sexuels, conclura-t-on plus facilement à l'absence de consentement – et, selon la construction juridique en vigueur, également à la présence d'une contrainte – lorsque la distance sociale est grande ou que la relation transgresse les scripts usuels. Il en va de même en droit suisse : bien qu'absent de la formulation de l'art. 190 CP, le consen-

---

143 Cf. H. Frith/C. Kitzinger, Reformulating sexual script theory: Developing a discursive psychology of sexual negotiation, *Theory Psychol* 2001, 209 ss sur la négociation sexuelle; cf. E. S. Byers, How well does the traditional sexual script explain sexual coercion? Review of a program of research, *J Psychol Human Sex* 1996, 7 ss et S. K. Murnen/C. Wright/G. Kaluzny, If « boys will be boys », then girls will be victims? A meta-analytic review of the research that relates masculine ideology to sexual aggression, *Sex Roles* 2002, 359 ss, sur les rapports entre scripts sexuels, masculinité et agression sexuelle.

144 Une opposition illustrée par la formulation classique de Byers (n. 143), 11 : « *The traditional sexual script pits the oversexed, aggressive, emotionally insensitive male initiator who is enhanced by each sexual conquest and taught not to accept « no » for an answer against the unassertive, passive woman who is trying to protect her worth by restricting access to her sexuality while still appearing interested, sexy, and concerned about the man's needs.* »

145 Le court métrage *Diagonale* (Anne Thorens 2019) fournit une excellente illustration de la manière dont l'activité sexuelle hétérosexuelle peine à être envisagée en l'absence de pénétration péno-vaginale. Pour une discussion, cf. H. Littleton, Rape myths and beyond: A commentary on Edwards and colleagues (2011), *Sex Roles* 2011, 792 ss; ainsi que J. M. Pham, The limits of heteronormative sexual scripting: College student development of individual sexual scripts and descriptions of lesbian sexual behavior, *Frontiers in Sociology* 2016, doi.org/10.3389/fsoc.2016.00007, sur l'influence dominante d'une norme sexuelle hétérosexuelle, centrée sur les hommes dans les représentations d'une sexualité lesbienne.

146 Cf. Pérona (n. 140), 269 ss. À ce propos, l'auteure identifie trois voies d'objectivation du non-consentement par les acteurs-trices judiciaires : (a) les traces de violence physique sur le corps attestent de l'absence de consentement ; (b) l'absence de consentement se déduit de l'analyse de la relation entre le mis en cause et la plaignante, celle-ci étant entendue à la fois au sens de la nature du lien entre les parties, mais aussi de leurs positions respectives dans l'espace social; et (c) les émotions de la plaignante attestent de son absence de consentement, si tant est qu'elle parvienne à « faire la preuve de sa docilité et de sa souffrance en acceptant toutes les épreuves procédurales »; cf. O. Pérona, Le consentement sexuel saisi par les institutions pénales : Policiers, médecins légistes et procureurs face aux violences sexuelles, thèse, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines 2017.

tement est discuté dans la jurisprudence, et l'analyse des pratiques des acteurs-trices judiciaires révèle souvent une référence implicite au consentement, bien qu'uniquement sous l'angle de son absence. Et le TF d'admettre la nécessité de tenir compte de « la nature, [d]es circonstances et [de] la durée des rapports [pour] déterminer si l'auteur-e pouvait accepter l'éventualité que la victime était consentante »<sup>147</sup>.

Nous pouvons, de surcroît, observer qu'il subsiste, dans certains raisonnements juridiques, une conceptualisation extensive du consentement dès lors que l'on est en présence d'une relation préexistante entre l'auteur-e et la victime<sup>148</sup>. C'est le cas notamment lorsque le fait que l'épouse ait été en mesure de résister à de précédentes agressions diminue la plausibilité de son refus, à tout le moins l'appréciation de l'intelligibilité de ce refus par le mari<sup>149</sup>. Cette interprétation relationnelle du consentement apparaît même dans le second rapport de la CAJ-E relatif à la proposition de révision du droit pénal sexuel, où l'on peut lire que si, dans certaines circonstances, il est facile de déterminer qu'un acte commis par surprise n'était pas désiré, « la situation est moins claire lorsque l'acte est commis par surprise dans une discothèque et qu'il intervient entre deux personnes qui ont longuement dansé et flirté, qui se sont serrées l'une contre l'autre et embrassées »<sup>150</sup>. Un caractère ambigu qui pourrait justifier des exigences particulières, selon un point de vue encore peu développé<sup>151</sup>.

Au-delà de la nature de la relation et de ses circonstances, c'est le profil de la victime – et parfois de l'auteur-e – qui s'insinue dans la détermination des faits<sup>152</sup>. La disponibilité de certains éléments probatoires variant en fonction des circonstances du viol, il en va de même pour l'importance accordée, dans l'établissement des faits, à la crédibilité de la victime, et par extension à la plausibilité de son récit. Car en droit pénal sexuel, et pas uniquement, *crédibilité* et *plausibilité narrative*

147 TF 6B\_968/2016 c. 2.1.2.

148 Cf. 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 (Suisse) ; O. Pérona, La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : Le cas des viols conjugaux, Champ Pénal 2017, <https://journals.openedition.org/champenal/9546> (France) ; Randall (n. 123), 21 ss (Canada).

149 TF 6B\_326 2019 c. 3.2.2 : « (...) la recourante aurait pu résister à son époux, ce qu'elle avait du reste fait à plusieurs autres occasions ».

150 *Commission des affaires juridiques du Conseil des États* (n. 6), 31 s.

151 Dans des cas qualifiés d'ambivalents, *Coninx/Scheidegger* (n. 17), 2 considèrent que, si la solution du consentement était appliquée, il s'imposerait alors, aux fins d'établir la preuve de l'intention de l'auteur-e, que l'absence de consentement soit exprimée par la victime par un « non » explicite ou, à tout le moins, un comportement implicite susceptible d'être perçu comme un « non » indubitable.

152 *Lieber/Greset/Perez Rodrigo* (n. 148), 41 ss, dressent un constat similaire dans leur exploration des jugements cantonaux genevois, faisant apparaître les figures de la « bonne victime » et de la « mauvaise victime ».

sont bien souvent entremêlées. Il suffit de lire la jurisprudence fédérale pour constater que la crédibilité des parties est évaluée sur la base d'une analyse de leurs déclarations – leurs *réצים*<sup>153</sup>. Conceptuellement différentes – la crédibilité réfère aux caractéristiques de la personne et la plausibilité à l'histoire racontée –, ces notions se nourrissent pourtant l'une et l'autre. Si une personne est considérée crédible, notamment en raison de *qui* elle est et de *comment* elle réagit, son histoire apparaîtra également plus crédible. Inversement, si une personne raconte une histoire qui semble peu plausible, notamment en raison de sa dissonance avec les référentiels mobilisés, elle apparaîtra, à son tour, moins crédible. L'appréciation tant de la crédibilité de la victime que de la plausibilité de son histoire demeure, de toute manière, partiellement déterminée par les mythes du viol<sup>154</sup>. À ceci s'ajoute que la crédibilité de la victime sera toujours évaluée relativement à celle de l'accusé-e, comme cela apparaît explicitement dans une récente décision du TF : en présence d'un cas de « déclarations contre déclarations », il est nécessaire « d'apprécier et confronter la crédibilité des dires des deux protagonistes »<sup>155</sup>.

Changer le libellé de la disposition pénale du viol n'effacera pas « magiquement » les biais et les lacunes des référentiels juridiques usuels. Si les propos et les comportements d'une potentielle victime sont interprétés, à l'appui de conceptions erronées, afin de déterminer dans quelle mesure ils constituent des indicateurs de refus intelligibles pour l'auteur-e, quelle garantie pouvons-nous offrir que ces mêmes conceptions ne seront pas mobilisées, sous le paradigme du consentement, cette fois pour déterminer dans quelle mesure les propos et les comportements de la potentielle victime constituaient des indicateurs de consentement aux yeux de l'auteur-e ? À ce jour, la jurisprudence existante laisse apparaître quelles (ré)actions sont interprétées comme indicatives d'un consentement sexuel, à tout le moins jugées suffisantes pour qu'un-e accusé-e puisse croire à l'existence d'un accord à l'activité sexuelle. Dans une affaire jugée par le TF en mars 2022, par exemple, la juridiction cantonale avait d'abord estimé que « [s'il] était tout à fait possible que la recourante n'eut pas souhaité entretenir des relations intimes avec l'intimé », il n'y avait point d'élément permettant d'admettre « que l'intimé avait compris que celle qu'il envisageait comme une partenaire d'un soir n'était pas ou plus consentante ». Quelles étaient les raisons invoquées ? Le fait, notamment, que la partenaire n'avait pas opposé de résistance lorsqu'elle avait été déshabillée ; avait été déplacée sur le lit sans violence ; avait mis un préservatif à l'intimé ; et, quand bien même elle était demeurée passive durant tout le rapport, avait opiné à la ques-

153 P. ex. TF 6B\_1498/2020 (en particulier c. 3 ss), où les déclarations (opposées) des parties constituent les principaux éléments à charge et à décharge.

154 Sur ce point, cf. *Jaquier/Montavon/Iselin* (n. 2), 3 ss.

155 TF 6B\_894/2021 c. 2.4, non publié dans l'ATF 148 IV 234.

tion de savoir si elle aimait « ça »<sup>156</sup>, des propos et des actions qualifiés ici de « signaux d'assentiment » par le TF<sup>157</sup>.

La manière dont les scripts sexuels et des caractéristiques biographiques sont mobilisés par le droit pour raisonner sur la plausibilité du (non) consentement sexuel laisse apparaître les dérives d'une telle approche. Car si des inférences sur l'état d'esprit de la victime présumée apparaissent inévitables en l'absence de preuves tangibles, c'est la nature de ces inférences qui est discutable : « *That we use inferences to determine consent is unavoidable. What is often objectionable is that in the context of rape law, these inferences may rest on questionable or offensive (some would say patriarchal) assumption.* »<sup>158</sup> Des biais subjectifs auxquels les questions morales, et autrefois taboues, apparaissent plus particulièrement vulnérables, et les décisions judiciaires n'y échappent pas, comme cela a été explicitement reproché à la Suisse par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDEF)<sup>159</sup> et par le Groupe d'expert-e-s indépendant-e-s (GREVIO) chargé de suivre la mise en œuvre de la CI<sup>160</sup>.

#### IV. Conclusion : déconstruire les résistances pour garantir une protection effective du droit à l'autodétermination sexuelle

Du lancement de la campagne d'Amnesty contre les violences sexuelles aux débats des Chambres fédérales sur la révision du droit pénal sexuel, se sont succédé – et opposées – les prises de position, sur le traitement pénal du viol, des milieux associatifs, des professionnel-le-s de l'accompagnement des victimes, des spécialistes de divers champs disciplinaires et des personnalités politiques de tout horizon. Si certain-e-s ont appelé à une évolution du droit au-delà des conceptions passéistes et stéréotypées des violences sexuelles, grâce à l'incrimination de tous les actes d'ordre sexuel commis sans le consentement de la victime, d'autres s'y sont opposé-e-s fermement au motif de la suffisance et de l'adéquation des dispositions pénales actuelles ou de la crainte de voir voler en éclats les principes cardinaux du droit et s'envoler les condamnations<sup>161</sup>. Expert-e-s du droit, professionnel-le-s de la

156 TF 6B\_894/2021 c. 2.4.4.

157 *Supra* n. 101.

158 *Tiersma* (n. 80), 93.

159 *Comité CEDEF*, Observations finales sur le sixième rapport périodique de la Suisse, 1<sup>er</sup> novembre 2022, ch. 25 s.

160 *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. 88 ss.

161 Une crainte jusqu'ici infondée, cf. *Schulhofer* (n. 9), 677 ; *R. Kölbel*, « Progressive » criminalization ? A sociological and criminological analysis based on the German « no means no » provision, *Ger Law J* 2021, 823 ss.

justice et parlementaires sont apparus plus que jamais divisés quant à la meilleure manière de garantir l'autodétermination sexuelle. À l'heure où nous écrivons ces dernières lignes, une nouvelle variante du principe du refus a emporté le vote du Conseil des États, dans un compromis, peut-être plus pragmatique que raisonné.

Dans la première partie de cet article, nous avons d'abord retracé ces débats, toujours émotionnels, pour ensuite examiner les lacunes du droit pénal actuel, en nous arrêtant sur la conception étroite et préférablement physique de la contrainte en matière de viol, la réticence des autorités à reconnaître le refus verbal de la victime et, corolairement, son intelligibilité par l'accusé. Dans la seconde partie, nous avons examiné les propositions actuelles de modifications du droit pénal sexuel et déconstruit les arguments des adeptes du *statu quo*, en tentant de comprendre pourquoi la consécration du principe du consentement sexuel en droit suisse rencontre une telle « résistance ». Mobilisant des savoirs empruntés à la sociologie et aux études critiques du droit, nous avons aussi tourné notre regard vers d'autres ordres juridiques pour explorer, de manière critique, quelques-unes des difficultés relatives à la mise en œuvre du principe du consentement. Et si notre discussion s'est limitée ici au viol, les questions épineuses entourant les notions d'autodétermination sexuelle, de consentement et de contrainte s'avèrent être transversales à la majorité – sinon toutes – des formes de violences sexuelles, tels la traite d'êtres humains ou le mariage forcé<sup>162</sup>.

Bien que limité, un droit pénal sexuel construit sur le consentement reflète, pourtant, l'expérience des victimes de viol, qui souvent décrivent cette agression comme une négation de leur autodétermination sexuelle. Un tel droit reconnaît formellement une réalité dans laquelle nombre de victimes ne se défendent pas ou ne résistent pas à l'auteur-e, par peur, emprise psychologique ou stress traumatique ou parce qu'elles – et parfois ils – sont convaincu-e-s que se défendre les exposerait à des préjudices supplémentaires ; une réalité dans laquelle la majorité des agresseurs – rarement des agresseuses – ne font pas usage de violence, ni même de menaces, parce qu'il existe des rapports de pouvoir plus étendus et plus insidieux, en présence desquels toute forme de contrainte devient inutile, en particulier entre des personnes qui ont été intimes ou se connaissent.

Modifier le droit pénal sexuel n'équivaut pas automatiquement – et pas nécessairement – à un changement des pratiques judiciaires, ni à un traitement plus juste des victimes, ceci quelle que soit la formulation qui sera finalement adoptée par les Chambres. Le *droit en action* n'est qu'un reflet, partiel et imparfait, du *droit*

162 Un point de vue également défendu par Dowds (n. 120), 36 et 38, ainsi que Munro (n. 86), 47 ss, en référence notamment à la notion de *continuum* de la violence sexuelle (L. Kelly, *The continuum of sexual violence*, in : J. Hanmer/M. Maynard [édit.], *Women, violence and social control*, London 1987, 44 ss).

dans les livres<sup>163</sup>. Toutefois, lorsque le droit peut être moteur de changement sans attenter aux droits de la personne prévenue, il se doit de participer à l'effort collectif initié par les associations de défense des droits humains, la société civile, les organismes d'aide aux victimes, les collectifs féministes, certain-e-s professionnel-le-s du droit, ainsi que, plus récemment, une partie du monde politique, afin de soutenir un changement sociétal largement souhaité pour renforcer la lutte contre les violences sexuelles. Tout changement significatif dans le traitement pénal du viol requiert la modification de cultures institutionnelles et de normes sociales, et le droit ne peut évidemment présider seul à un tel changement. Toutefois, en proposant des concepts éprouvés et définis avec rigueur, il contribue à réduire les interstices dans lesquels des postures passéistes et culpabilisantes, voire sexistes, peuvent continuer d'exister. En tant que « forme par excellence du discours légitime »<sup>164</sup>, le droit véhicule inéluctablement un message symbolique à propos de relations de pouvoir, d'identité sociale et de codes moraux<sup>165</sup>. Aussi, en redéfinissant le viol comme toute pénétration sexuelle commise sans le consentement de la victime, indépendamment de son sexe et de sa capacité à résister, l'autorité législative pourrait consacrer une définition légale du viol qui, non seulement ne laisserait plus de doute quant à sa conformité avec les exigences du droit international, mais qui cadrerait plus encore avec la réalité des victimes, tout en soutenant une certaine compréhension sociale de ce qu'est un viol.

Quelle que soit la formulation privilégiée, *consentement* ou *volonté contraire*, une protection adéquate de l'autodétermination sexuelle exige une analyse de l'ensemble des circonstances et comportements qui, au-delà de la seule contrainte, sont susceptibles de lui porter atteinte. Et, indépendamment des règles de droit, le traitement pénal du viol restera toujours en partie déterminé par les contraintes institutionnelles, sociales et politiques qui cadrent les pratiques et les interprétations des acteurs-trices judiciaires, comme cela a déjà été formulé avec justesse : « *The entanglement of fact, law, fiction, myth, stereotype and prejudice in the cognitive maps used to interpret human sexuality is a general problem. Decision-makers should not presume themselves to be immune.* »<sup>166</sup>

---

163 En référence au texte de Pound (n. 74).

164 P. Bourdieu, La force du droit, Actes Rech Sci Soc 61/1986, 15.

165 G. Mason, The symbolic purpose of hate crime law: Ideal victims and emotion, Theor Criminol 2014, 78 ; l'auteure évoque un processus de *remoralization*.

166 L. Vandervort, Sexual assault: Availability of the defense of belief in consent, Can Bar J 2005, 105.