

# DPPC

Droit Pénal et Politique Criminelle  
Derecho Penal y Política Criminal

## La protection du consentement en matière sexuelle et les enjeux autour du non-consentement implicite

Prof. Dr Thierry Godel  
UniDistance Suisse

Mlaw Sophie Chambordon  
UniDistance Suisse

**Proposition de citation** : Thierry Godel, Sophie Chambordon, *La protection du consentement en matière sexuelle et les enjeux autour du non-consentement implicite*, in: www.dppc.online, avril 2025

URL: <https://www.dppc.online/fr/articles/la-protection-du-consentement-en-matiere-sexuelle-et-les-enjeux-autour-du-non-consentement>

## Résumé

Cet article analyse la réforme du droit pénal sexuel en Suisse, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2024, avec pour objectif de renforcer la protection de l'autodétermination sexuelle en consacrant juridiquement le principe du consentement, sous la prémisse essentielle du « non, c'est non ». Auparavant, la loi suisse imposait aux victimes de démontrer une résistance physique ou une pression psychologique importante pour reconnaître l'existence d'une agression sexuelle. La nouvelle législation abandonne cette approche restrictive, affirmant que l'absence de consentement explicite suffit désormais à constituer une infraction pénale.

Les auteurs présentent deux hypothèses d'interprétation du principe du « non c'est non ! ». La première, plus restrictive, limite le non-consentement aux cas où le refus est exprimé clairement par la victime, ou lorsque celle-ci est visiblement dans un état de sidération. À l'inverse, la seconde hypothèse, plus protectrice, considère qu'il y a non-consentement dès que les critères stricts d'un consentement valable ne sont pas réunis, y compris lorsque la victime n'a pas manifesté ouvertement son opposition. Cette dernière interprétation soulève néanmoins des défis judiciaires importants, notamment dans l'appréciation et la preuve du consentement.

## Sommaire

<b>I. Le contexte et les objectifs de la réforme</b>	<b>4</b>
A. Les lacunes observées par le passé.....	5
B. Les ajustements relatifs au consentement.....	7
<b>II. Le consentement <i>libre</i> en matière sexuelle</b>	<b>10</b>
A. L'expectative à préserver l'autodétermination sexuelle .....	11
B. Les facteurs du consentement.....	12
1. Le caractère <i>libre</i> et <i>éclairé</i> du consentement.....	13
1.1. L'incapacité à consentir librement.....	13
1.2. L'absence de toute forme de contrainte ou de pression .....	15
2. Les dimensions <i>affirmative</i> et <i>non équivoque</i> du consentement.....	16
3. Les dimensions <i>évolutives</i> et <i>réversibles</i> du consentement.....	18
4. Les dimensions <i>dynamique</i> et <i>conditionnelle</i> du consentement .....	18
5. L'exclusion de la dimension culturelle du consentement.....	20
C. Vice de consentement et réparation.....	20
1. Le droit des contrats comme fondement de l'analyse .....	20
2. L'exclusion de la réparation du consentement en droit pénal sexuel .....	21
<b>III. L'application du principe du « non, c'est non ! »</b>	<b>22</b>
A. Le régime nuancé du droit pénal suisse .....	23
B. Hypothèse n°1 : le refus explicite ou la sidération .....	24
C. Hypothèse n°2 : le refus comme l'absence de consentement valable .....	25
<b>IV. Quelques problématiques procédurales</b>	<b>28</b>
A. Le fardeau de la preuve des parties.....	28
1. La preuve du consentement valable et du non.....	28
2. L'évaluation de la sidération .....	29
B. La preuve de l'intention criminelle.....	31
1. La conscience et la volonté de porter atteinte à la liberté sexuelle .....	31
2. L'impunité en cas d'erreur sur l'existence du refus .....	32
C. La protection des victimes et la lutte contre l'impunité .....	32
<b>V. Conclusion</b>	<b>35</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>36</b>

## I. Le contexte et les objectifs de la réforme

Le 1<sup>er</sup> juillet 2024 a marqué l'entrée en vigueur de la réforme **des articles 187 et suivants du Code pénal suisse (ci-après : CP)** relatifs aux infractions à caractère sexuel<sup>1</sup>. Le processus avait été amorcé le 1<sup>er</sup> avril 2018 avec l'entrée en vigueur pour la Suisse de la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, conclue en 2011<sup>2</sup>. Les travaux préparatoires ont été animés par de longs débats et plusieurs interventions parlementaires<sup>3</sup>, malgré l'évidente nécessité d'un renforcement légal face à la recrudescence des agressions sexuelles<sup>4</sup>.

Le nouveau cadre juridique désormais repose sur le concept d'« interactions sexuelles non consensuelles » développé par les juridictions de la *Common law*<sup>5</sup>. Le droit pénal suisse se distancie ainsi du régime reposant sur l'existence d'une contrainte<sup>6</sup> pour combler des lacunes signalées par le Conseil de l'Europe<sup>7</sup> sur lesquelles le Tribunal fédéral ne s'était pas prononcées<sup>8</sup>. La Suisse ne fait pas figure de précurseur dans ce domaine : de nombreux pays européens, notamment l'Allemagne, l'Espagne ou encore la Suède, avaient déjà adopté des réformes similaires<sup>9</sup>. La Suède est d'ailleurs

---

<sup>1</sup> Nouvelle teneur selon la Loi fédérale du 16 juin 2023 portant sur la révision du droit pénal en matière sexuelle, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2024 ([RO 2024 27](#); [FF 2018 2889](#); [FF 2022 687](#); [FF 2022 1011](#)).

<sup>2</sup> 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; [RS 0.311.35](#)).

<sup>3</sup> Cf. Interpellation HILTPOLD (13.3485) du 19 juin 2013, intitulée « [Définition du viol dans le Code pénal suisse](#) », qui questionne la pertinence de modifier les articles 189 et 190 du Code pénal afin de créer une norme pénale unique incriminant toute contrainte sexuelle, indépendamment du sexe de la victime ou de l'auteur; Motion HILTPOLD (14.3651) du 20 juin 2014, intitulée « [Code pénal. Stop à la discrimination dans la définition du viol](#) », qui proposait d'élargir la définition légale du viol pour inclure toute personne, indépendamment de son sexe, en tant que victime ou auteur, afin de supprimer la distinction actuelle basée sur le genre; Motion FEHLMANN RIELLE (17.3992) du 30 novembre 2017, intitulée « [Définition du viol en droit suisse. La loi doit changer](#) », qui appelait à une révision de la définition du viol dans le Code pénal suisse pour mieux protéger les victimes et aligner la législation sur les standards internationaux; Initiative parlementaire Genève (14.311) du 21 mai 2014, intitulée « [Résolution pour une modification des articles 189 et 190 du Code pénal et une redéfinition de la notion juridique de viol](#) », qui voulait supprimer la distinction basée sur le sexe de la victime ou de l'auteur, afin de mieux protéger toutes les personnes contre les agressions sexuelles.

<sup>4</sup> Voir les statistiques publiées par l'OFS, [Violence sexualisée : Évolution des infractions, 2009-2023](#), Berne 2023. Ces chiffres ne recensent que les cas dénoncés.

<sup>5</sup> Cf. ISDC, [Sexuelle Übergriffe](#), p. 8.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> GREVIO, [Suisse](#); Conseil fédéral, [Commentaires GREVIO](#).

<sup>8</sup> Cf. not. Tribunal fédéral, [ATF 148 IV 234](#) du 28 mars 2022, c. 3.3 et réf. cit..

<sup>9</sup> **Allemagne** : réforme adoptée le 7 juillet 2016, modifiant l'[art. 177 du Code pénal](#) afin d'élargir la notion de viol. Tout acte sexuel réalisé sans le consentement explicite est considéré comme un viol; **Espagne** : "Solo si es sí", [Ley Orgànica 10/2022 du 6 septembre de la garantie intégrale de la liberté sexuelle](#); **Suède** : tout acte sexuel sans consentement explicite est considéré comme un viol depuis le 23 mai 2018, cf. [Code pénal suédois ch. 6](#); Amnesty International, [Suède : la nouvelle loi sur le viol est une victoire historique pour les militants](#), 23 mai 2018; Cf. ISDC, [Sexuelle Übergriffe](#), p. 5.

allée plus loin en intégrant dans sa législation la répression des agressions sexuelles par négligence, c'est à dire en raison d'un manque de diligence fautif envers la victime<sup>10</sup>.

## A. Les lacunes observées par le passé

L'ancien droit pénal suisse ne permettait pas de sanctionner les atteintes sexuelles dépourvues de toute contrainte (qu'elle fut physique<sup>11</sup> ou psychologique<sup>12</sup>) ou de violence<sup>13</sup>. Cela signifie que l'absence de consentement mutuel ne suffisait pas. Pourtant, cette **conception restrictive du refus** - ou perception étendue du consentement présumé -, était vivement contestée.

Dans l'application de l'ancienne législation, les tribunaux suisses estimaient que, lorsque la violence ou la contrainte n'était pas suffisamment intense ou que la preuve de cet élément objectif de la typicité ne pouvait être apportée, l'acceptation de l'acte à caractère sexuel devait être présumé. L'absence d'une résistance manifeste de la victime, même mineure<sup>14</sup>, rendait l'acte qui n'avait pourtant pas été

---

<sup>10</sup> Cf. ISDC, [Sexuelle Übergriffe](#), p. 5.

<sup>11</sup> L'ancien article 190 CP ne protégeait des atteintes à la libre détermination en matière sexuelle que **pour autant que l'auteur ait surmonté ou déjoué la résistance que l'on pouvait raisonnablement attendre de la victime**. Le viol et la contrainte sexuelle supposaient ainsi l'emploi d'un moyen de contrainte, notamment de l'usage de la violence. Il n'était pas nécessaire que la victime ait été mise hors d'état de résister ou que l'auteur l'ait maltraité physiquement. Une certaine intensité était néanmoins requise, même si le déploiement de force relativement faible pouvait suffire. Pour déterminer si l'on se trouvait en présence d'une contrainte sexuelle, il fallait procéder à une appréciation globale des circonstances concrètes déterminantes. Voir : [ATF 148 IV 234](#) c. 3.3; [ATF 133 IV 49](#) c. 4; [ATF 131 IV 107](#) c. 2.2; [ATF 122 IV 97](#) c. 2b.

<sup>12</sup> En introduisant la notion de « *pressions psychiques* », le législateur avait voulu viser les cas où la victime se trouvait dans une situation sans espoir, sans pour autant que l'auteur eût recouru à la force physique ou à la violence. Les pressions d'ordre psychique concernaient les cas où l'auteur provoquait chez la victime des effets d'ordre psychique, tels que la surprise, la frayeur ou le sentiment d'une situation sans espoir, propres à la faire céder. En cas de pressions d'ordre psychique, il n'était pas nécessaire que la victime eût été mise hors d'état de résister. La pression psychique générée par l'auteur et son effet sur la victime devaient néanmoins atteindre une intensité particulière. Voir : [ATF 131 IV 167](#) c. 3.1 et les réf. cit.; [ATF 128 IV 106](#) c. 3a/bb; [ATF 124 IV 154](#) c. 3b; [ATF 122 IV 97](#) c. 2b.

<sup>13</sup> Dans son message, [FF 2022 687](#) [p. 30], le Conseil fédéral relève que sous l'ancien régime, les procédures étaient classées sans suite ou l'auteur acquitté du chef de contrainte sexuelle ou de viol, lorsque le recours à des moyens contraignants (physiques ou psychologiques) n'était pas démontré. Cf. SCHEIDEGGER / LAVOYER / STALDER, p. 57 ss.; voir également : [arrêt du TF 6B\\_1164/2020 du 10 juin 2021](#) c. 3.1; [arrêt du TF 6B\\_311/2011 du 19 juillet 2011](#) c. 5.4; [ATF 133 IV 49](#) c. 4.

<sup>14</sup> Par exemple, dans [l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACPR/713/2024 du 4 octobre 2024](#) c. 2.4, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice de la République et canton de Genève avait souligné que, même si la victime âgée d'une quinzaine d'années n'était pas d'accord d'entretenir des relations sexuelles, ce qu'elle avait au demeurant exprimé par son comportement et la parole, la contrainte physique ou résultant de pressions psychiques n'était pas suffisamment caractérisée pour être pénalement relevante. Le fait de céder par lassitude et sous l'insistance du partenaire - n'ayant quant à lui jamais usé de violence - ne change rien au fait qu'elle n'a pas opposé de résistance, alors qu'il demeurait toujours possible, sans dommage et sans difficultés particulières, de refuser de manière reconnaissable, voire de s'en aller. L'acte litigieux n'a ainsi pas été obtenu par la contrainte. À relever néanmoins que, selon la jurisprudence, l'infériorité cognitive et la dépendance émotionnelle et sociale peuvent - en particulier chez les enfants et les adolescents -

valablement consenti non punissable<sup>15</sup>. Pour les partisans de la réforme, cette approche transférait implicitement sur la victime la charge de prouver qu'elle avait suffisamment exprimé son désaccord, une tâche particulièrement ardue. Il ne s'agissait toutefois pas d'une spécialité suisse, puisque, comme déjà signalé, la plupart des juridictions de droit civil en Europe fondaient historiquement la répression sur le caractère violent de l'agression sexuelle pour en souligner la gravité sociale et convaincre les victimes de l'importance de leur expérience<sup>16</sup>.

L'ancienne législation ignorait donc des réalités psychologiques telles que la sidération ou la peur paralysante, qui empêchent parfois toute manifestation perceptible d'opposition de la part de la victime. Cette lacune laissait aux tribunaux peu d'alternatives, les contraignant pendant longtemps à conclure à l'absence de contrainte ou de pression suffisamment intense pour caractériser une infraction au sens des articles 189 et 190 du Code pénal suisse<sup>17</sup>. En conséquence, l'ancienne loi ne reconnaissait pas pleinement la différence fondamentale entre l'existence d'un consentement valable, éclairé et affirmatif – qui rend licite l'acte à caractère sexuel –, et l'absence d'un refus manifeste, laissant place à des interprétations ambiguës. Durant les travaux de réforme, probablement en écho des avancées législatives, le Tribunal fédéral<sup>18</sup> a toutefois introduit certaines nuances pour souligner la nécessité de prendre en compte des facteurs susceptibles d'expliquer le comportement passif de la victime.

Au surplus, la précédente définition du viol était particulièrement restrictive : elle s'attachait au sexe de l'auteur et de la victime, excluant ainsi un grand nombre de victimes et alimentant un sentiment d'impunité. De plus, cette conception étroite et dépassée ne reconnaissait que la pénétration vaginale par le pénis, écartant d'autres formes de pénétration et négligeant la diversité des victimes et des auteurs. Il était donc essentiel d'abolir cette approche discriminatoire, qui privait de protection les

---

induire une pression psychique extraordinaire et, partant, une soumission comparable à la contrainte physique, les rendant incapables de s'opposer à des atteintes sexuelles ([arrêt du TF 6B 88/2023 du 8 février 2024](#) c. 2.1.2; [ATF 131 IV 107](#) c. 2.2).

<sup>15</sup> Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'ancien droit (par exemple, [ATF 148 IV 234](#) c. 3.3 et réf. cit. et [arrêt du TF 6B 1164/2020 du 10 juin 2021](#) c. 3.1.) la loi « ne protège[ait] des atteintes à la libre détermination en matière sexuelle que pour autant que l'auteur [ait] surmont[é] ou déjou[é] la résistance que l'on pouvait raisonnablement attendre de la victime ».

<sup>16</sup> Cf. ISDC, [Sexuelle Übergriffe](#), p. 8 s.

<sup>17</sup> [Arrêt du TF 6B 1164/2020 du 10 juin 2021](#) c. 3.1. : « La pression psychique générée par l'auteur et son effet sur la victime doivent atteindre une intensité particulière. »; [ATF 133 IV 49](#) c. 4 : « Nicht jeder beliebige Zwang, nicht schon jedes den Handlungserfolg bewirkende kausale Verhalten, auf Grund dessen es zu einer ungewollten sexuellen Handlung kommt, stellt eine sexuelle Nötigung dar. »; Exemples : [arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACPR/713/2024 du 4 octobre 2024](#) c. 2.4; [arrêt du TF 6B 311/2011 du 19 juillet 2011](#) c. 5.4.1; [arrêt du TF 6B 912/2009 du 9 février 2010](#) c. 2.1.4.

<sup>18</sup> En 2022, le Tribunal fédéral ([ATF 148 IV 234](#) c. 3.3 et réf. cit.) a affirmé que, selon l'état du droit en vigueur, l'absence de consentement à un acte sexuel ou analogue ne suffisait pas à qualifier de viol ou de contrainte sexuelle. Les juges fédéraux ont souligné qu'un moyen de contrainte, tel que des pressions psychologiques, étaient requis par la loi et que cette exigence ne pouvait être écartée. Par ailleurs, dans ce même arrêt le Tribunal fédéral (c. 3.7.1 et 3.7.2,) avait laissé la question ouverte quant à savoir si le régime du Code pénal suisse devait être modifié pour répondre pleinement aux exigences de la Convention d'Istanbul et des articles 3 et 8 CEDH, tout en rappelant que le droit international laissait aux États une certaine marge d'appréciation dans l'adaptation de leur législation.

victimes de viols homosexuels et banalisait le traumatisme associé à toute autre pénétration non consentie. L'objectif de la réforme était clair : corriger la législation de manière à garantir à chaque individu le droit de disposer librement de son corps et de ses choix sexuels, en réaffirmant le caractère sacré du consentement.

## B. Les ajustements relatifs au consentement

Pour satisfaire aux exigences internationales de la Convention d'Istanbul et en matière de prévention des mariages et unions forcés<sup>19</sup>, et s'aligner sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>20</sup>, des modifications significatives ont été apportées aux articles 187 et suivants du Code pénal suisse<sup>21</sup>, qui rendent la loi plus progressiste en matière d'égalité. Plusieurs d'entre-elles se rapportent directement au consentement (au travers du « non-consentement ») par l'insertion de nouvelles infractions qui lui reconnaissent son caractère dynamique, évolutif et conditionnel.

La nouvelle législation élargit désormais la définition du viol à toute pénétration non consentie, sans distinguer le sexe ou l'orientation sexuelle de la victime ou de l'auteur, assurant ainsi une meilleure protection de l'autodétermination en matière sexuelle.

Les principales nouveautés sont les suivantes :

1. L'article 189 CP (Atteinte sexuelle et contrainte sexuelle) révisé **élargit la définition d'atteinte sexuelle** pour que tout acte d'ordre sexuel, non consenti<sup>22</sup>, constitue à minima une atteinte sexuelle même sans contrainte physique (alinéa 1)<sup>23</sup>. Tant le fait de subir l'acte d'ordre sexuel que d'avoir été forcé à en commettre est répréhensible. Sont assimilés aux actes non consentis ceux commis par surprise sans être désirés par la victime<sup>24</sup>. Les actes impliquant l'usage de la

---

<sup>19</sup> [FF 2022 687](#); GREVIO, [Suisse](#).

<sup>20</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme, par exemple dans l'arrêt du 4 décembre 2003, [affaire M.C. c. Bulgarie](#), requête n° 39272/98, reconnaît depuis longtemps que les victimes n'opposent généralement pas de résistance physique lors d'une agression sexuelle, ceci pour diverses raisons, telles que la peur de la violence de l'auteur ou en raison d'une contrainte psychologique.

<sup>21</sup> [GODEL / DÉLÈZE](#).

<sup>22</sup> L'infraction de base vise les situations où l'auteur ignore le refus de la victime (principe "non, c'est non"), sans utiliser de moyens coercitifs, pour faire subir à la victime un acte sexuel ou la contraindre à entretenir un tel acte. Dans l'[ATF 127 IV 198](#), le Tribunal fédéral avait souligné qu'il n'existait pas de justification matérielle pour restreindre l'infraction prévue à l'article 189 CP uniquement aux cas impliquant une contrainte à subir un acte d'ordre sexuel, et que cette restriction n'avait pas été voulue par le législateur. Dans son message ([FF 2022 687](#), titre 3.6.2.2), le Conseil fédéral a également clarifié la question du *stealth* (retrait non consenti du préservatif durant l'acte), en se basant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral.

<sup>23</sup> L'article 189 CP fait désormais une distinction claire entre la contrainte sexuelle, impliquant l'usage de violence ou de menaces, et l'atteinte sexuelle sans contrainte.

<sup>24</sup> [FF 2022 687](#) [p. 12 et 31 s.], pour une digression sur les atteintes sexuelles commises par surprise. Cette approche reprend la position du Tribunal fédéral (du 11 mai 2022). La question de savoir si le comportement constitue un viol en cas de pénétration vaginale, buccale, ou anale après le retrait du préservatif, n'a pas été tranchée. Cf. également [PERRIER DEPEURSINGE / BOYER](#), p. 1 ss; [PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL](#), p. 21 ss.

contrainte physique ou psychologique<sup>25</sup> constituent des circonstances aggravantes (alinéas 2 et 3). Le nouveau texte reconnaît que certaines violences sexuelles portent autant, voire davantage atteinte à l'autodétermination sexuelle qu'un acte sexuel forcé<sup>26</sup>, et souligne que **l'absence de consentement explicite suffit à qualifier l'acte d'atteinte à l'intégrité sexuelle**.

2. Le **viol** a été redéfini à l'article 190 CP<sup>27</sup>, pour inclure tout acte sexuel ou analogue à l'acte sexuel impliquant la pénétration du corps (vaginale, anale ou buccale)<sup>28</sup>, non consenti<sup>29</sup>, indépendamment de l'usage de la force ou de la violence<sup>30</sup>, qui peut néanmoins aggraver

---

<sup>25</sup> L'élément de contrainte n'est pas supprimé, mais devient une circonstance aggravante, renforçant ainsi la protection des victimes en reconnaissant la diversité des formes de violences sexuelles, énoncées aux alinéas 2 et 3 des dispositions citées.

<sup>26</sup> MAIER, p. 258 et 287 s. et les réf. cit..

<sup>27</sup> PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 21 ss pour une présentation détaillée des modifications apportées à l'art. 190 CP.

<sup>28</sup> Le viol couvre ainsi la fellation et toutes les formes de pénétration du vagin au moyen du pénis ou d'une autre partie du corps (doigt, main, langue) ou encore d'un objet. Il convient de relever que la nouvelle formulation « acte analogue à l'acte sexuel qui implique une pénétration du corps » a pour but d'éviter que le baiser lingual puisse être qualifié de viol. Par ailleurs, cette terminologie ne couvre pas tous les actes d'ordre sexuel qui sont aujourd'hui considérés comme analogues à l'acte sexuel selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. En particulier, « *la stimulation orale sous contrainte des organes génitaux extérieurs de la femme (cunnilingus)* » n'est pas couverte et est assimilé à un acte d'ordre sexuel au sens de l'article 189 CP ([FF 2022 687](#) [p. 38 s.]; [ATF 84 IV 100](#)).

<sup>29</sup> L'article 36 de la Convention d'Istanbul impose aux États parties de prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale, lorsqu'ils sont commis intentionnellement : « *la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet (...)* ». Cette disposition vise à garantir que tout acte de pénétration non consenti soit réprimé sans ambiguïté par la loi, renforçant ainsi la protection des droits individuels et la sécurité des personnes. Par ailleurs, tant la CourEDH, dans son arrêt du 27 mai 2021 en la cause « [affaire J.L. c. Italie](#) », requête n° 5671/16, par. 117, que le Tribunal fédéral ([arrêt du TF 6B 894/2021 du 28 mars 2022](#) c. 3.7.2 et réf. cit.) ont interprété les articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme comme **imposant aux États une obligation positive de criminaliser et de punir de manière effective tout acte sexuel non consensuel**, « *y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique* ». Cette interprétation repose sur le respect de la dignité humaine et de l'intégrité physique et psychologique de chaque personne, et souligne l'importance de ne pas conditionner la reconnaissance du viol ou de l'agression sexuelle à la preuve d'une résistance physique de la victime.

<sup>30</sup> La violence désigne l'emploi volontaire de la force physique sur la personne de la victime dans le but de la faire céder ([ATF 122 IV 97](#) c. 2b). La violence suppose non pas n'importe quel emploi de la force physique, mais une application de cette force plus intense que ne l'exige l'accomplissement de l'acte dans les circonstances ordinaires de la vie. Selon le degré de résistance de la victime ou encore en raison de la surprise ou de l'effroi qu'elle ressent, un effort simplement inhabituel de l'auteur peut la contraindre à se soumettre contre son gré ([ATF 87 IV 66](#) c. 1). Selon les circonstances, un déploiement de force relativement faible pouvait suffire. Ainsi, peut déjà suffire le fait de maintenir la victime avec la force de son corps, de la renverser à terre, de lui arracher ses habits ou de lui tordre un bras derrière le dos ([ATF 148 IV 234](#) c. 3.3).

l'infraction (alinéas 2 et 3). Désormais, tout individu, quelle que soit son identité de genre, peut être reconnu coupable de viol ou en être victime<sup>31</sup>.

3. **La sidération** (également appelé « *freezing* »), un état neurophysiologique dans lequel la victime est incapable de réagir ou de refuser, **est reconnue comme une forme de non-consentement** (article 189 alinéa 1 et 190 alinéa 1), et le fait de profiter de cet état est répréhensible<sup>32</sup>.
4. L'article 193a CP est une nouvelle disposition qui réprime les situations où une personne est trompée sur la nature d'un acte à caractère sexuel, par exemple lorsqu'un professionnel de la santé abuse de sa position pour obtenir des faveurs sexuelles sous couvert de traitements médicaux légitimes. Le texte souligne que **le consentement de la victime est vicié dès lors qu'il repose sur une tromperie concernant la nature réelle de l'acte sexuel**<sup>33</sup>.
5. Les alinéas 8 et 8<sup>bis</sup> de l'article 197 CP étendent l'impunité en matière de pornographie aux personnes qui fabriquent, possèdent ou consomment des photographies ou des films pornographiques de mineurs ou qui les leur rendent accessibles, si ces actes interviennent avec le consentement desdits mineurs, que la personne qui fabrique les images ou les films ne fournit ou ne promet aucune rémunération et que la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas trois ans. L'absence de punissabilité subsiste aussi à certaines conditions pour les mineurs qui fabriquent, possèdent ou consomment des photographies ou des films pornographiques d'eux-mêmes ou les rendent accessibles à une autre personne avec son consentement. La loi établit clairement que **tout partage de contenu à caractère sexuel nécessite le consentement des personnes impliquées, qui doit être continu et explicite. Le nouveau texte renforce la valeur du consentement donné par le mineur, pour s'adapter à l'essor des nouvelles technologies qui favorisent l'accès à la pornographie aux personnes mineurs.**
6. La transmission induite d'un contenu non public à caractère sexuel est désormais interdite à l'article 197a CP. La nouvelle législation prévoit désormais des sanctions contre la diffusion non consensuelle de contenus non publics à caractère sexuel, tel que le partage différé ou en direct d'images ou de vidéos intimes à des fins vengeresses ou non. Le texte vise à protéger la dignité et la vie privée des victimes, en réaffirmant que **le consentement initial à la captation ou création d'un contenu à caractère sexuel ne s'étend pas à sa diffusion, qui nécessite un consentement explicite renouvelé**<sup>34</sup>.
7. Enfin, le traitement privilégié accordé aux auteurs d'infractions sexuelles impliquant des enfants (article 187, chiffre 3), des personnes dépendantes (article 188, chiffre 2) en détresse (article 193, alinéa 2), dans les situations où les victimes contractaient une union avec eux, a été supprimé. La

---

<sup>31</sup> L'ancienne définition ne reconnaissait que les victimes de sexe féminin et ne considérait la pénétration que sous l'angle vaginal, excluant d'autres types de violences sexuelles et ignorant la diversité des victimes (cf. [ATF 148 IV 234](#), c. 3.3 et réf. cit., notamment l'[arrêt du TF 6B\\_367/2021 du 14 décembre 2021](#) c. 2.2.1). Cette définition obsolète excluait les actes lesbiens ou homosexuels. En cas de participation active au viol, la jurisprudence admettait qu'une femme puisse être coautrice ([ATF 125 IV 134](#) c. 3).

<sup>32</sup> [FF 2022 687](#) [pp. 33], pour une digression sur l'état de sidération de la victime.

<sup>33</sup> *Idem*, [pp. 44].

<sup>34</sup> À relever que le droit suisse ne prévoit pas explicitement le droit à la suppression de contenus diffusés en ligne de manière consensuelle. D'éventuels contenus pornographiques stockés sur des supports saisissables pourraient néanmoins être confisqués. [FF 2022 687](#) [p. 54 s.].

loi exclut que l'atteinte sexuelle soit guérie par le consentement ultérieur, notamment pour prévenir les mariages forcés et les partenariats forcés<sup>35</sup>.

Cette réforme constitue une avancée indéniable, mais il serait prématuré de la considérer comme une solution définitive à la problématique complexe des infractions sexuelles. Comme nous le verrons plus en détail, la protection de la liberté sexuelle soulève des défis importants liés à la reconnaissance du consentement et à l'interprétation d'un refus (ou « non-consentement »), notamment parce que de nombreux aspects de l'intimité demeurent cloîtrés dans la sphère privée ou sont soumis à l'appréciation (parfois large et trop subjective) des juges. En effet, il ne peut être ignoré que de nombreuses situations ambiguës au regard du droit découlent du fait que les relations intimes se déroulent dans un espace profondément privé et subjectif, marqué par des composantes personnelles difficilement objectivables. La dynamique peut évoluer entre les partenaires et n'est pas toujours aisée à identifier. Les ressentis physiques et psychiques des individus, leurs attentes, leurs craintes et la manière dont ils interprètent le consentement verbal et non verbal varient considérablement d'une situation à l'autre. Ces aspects, souvent immatériels et impossibles à prouver de manière tangible, rendent la tâche du juge particulièrement complexe lorsqu'il s'agit de démontrer la culpabilité d'un accusé, respectivement son intention criminelle<sup>36</sup>, au-delà de tout doute raisonnable.

## II. Le consentement *libre* en matière sexuelle

Deux approches dominent actuellement les réflexions juridiques sur le consentement en Europe : d'une part, le principe « non, c'est non », adopté par le législateur suisse, et d'autre part, celui du « oui est un oui ». Si le régime centré sur le « non » s'intéresse principalement à la manifestation du refus, celui du « oui » tend à identifier toutes les formes admissibles du consentement pour fixer le cadre de la répression<sup>37</sup>.

Ces deux modèles, qui ont des implications distinctes sur le contenu des normes d'incrimination et les exigences en matière de preuve, convergent cependant sur un point : **le consentement libre, qu'il soit verbal ou non verbal, rend licite l'acte intime ou à caractère sexuel ; la preuve de son absence est alors un critère objectif de l'analyse de la typicité d'une infraction sexuelle**. En Suisse, le législateur a choisi une option nuancée du refus, qui peut être établi de manière implicite.

---

<sup>35</sup> [FF 2022 687](#), p. 13, 20, 22, 44.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 30 et p. 37 s. se réfère aux atteintes sexuelles au cours desquelles l'auteur a passé intentionnellement outre la volonté contraire exprimée verbalement ou non verbalement par la victime et commis sur elle un acte d'ordre sexuel (atteinte sexuelle) ou un acte sexuel ou analogue à l'acte sexuel impliquant la pénétration du corps (viol).

<sup>37</sup> Par exemple, les articles 178 et suivants du Code pénal espagnol ([Ley Orgánica 10/1995, du 23 novembre 1995](#)) énumèrent la liste des situations dans lesquelles l'infraction de base (agression sexuelle) ou aggravée doit être retenue. D'autres législations, à l'instar du Code pénal suisse, se limitent à définir les critères généraux qui distinguent l'atteinte sexuelle de l'agression sexuelle.

## A. L'expectative à préserver l'autodétermination sexuelle

Pour définir les contours du consentement et du refus, il faut préalablement saisir les objectifs de protection de la législation adoptée. Tant le droit international que les législations nationales s'articulent autour de l'**autodétermination en matière sexuelle**<sup>38</sup>, à savoir la liberté individuelle de décider à sa convenance du moment, du type, de la forme et du partenaire d'une activité sexuelle, sans aucune pression, contrainte<sup>39</sup>, tromperie<sup>40</sup> ou autres circonstances extérieures susceptibles de la restreindre ou de l'annihiler. Même si l'ancien droit veillait déjà à préserver cette liberté<sup>41</sup>, la réforme en a accentué la protection.

L'**intégrité sexuelle**, sur les plans psychiques et physiques – notion qui ne se réfère plus à l'honneur ou au déshonneur sexuel –, est donc atteinte lorsque la volonté d'une personne n'est pas respectée durant un acte à caractère sexuel<sup>42</sup>. Ainsi, pour se préserver physiquement et psychiquement, le titulaire du bien juridique doit être libre de se déterminer non seulement sur la question de savoir si une relation sexuelle doit avoir lieu, mais également sur les conditions dans lesquelles il y consent.

---

<sup>38</sup> Dans son message ([FF 2022 687](#) [p. 29]), le Conseil fédéral précise que l'autodétermination sexuelle et l'intégrité sexuelle constituent **un aspect du droit de la personnalité**. Le message se réfère à la notion dynamique du consentement établie en droit allemand. Cf. Oberlandesgericht Hamm, [Urteil \(5 RVs 124/121\)](#) von 1. März 2022 « *Das durch § 177 Abs. 1 StGB geschützte Selbstbestimmungsrecht beinhaltet das Recht zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen der Rechtsgutsinhaber mit einer sexuellen Handlung einverstanden ist. (Anschluss an KG Berlin, Beschluss vom 27. Juli 2020 – (4) 161 Ss 48/20 (58/20) –, juris). Das Einverständnis mit dem vaginalen Geschlechtsverkehr kann unter die Bedingung gestellt werden, dass dieser vor dem Samenerguss zu beenden ist. Setzt sich der Sexualpartner bewusst absprachewidrig über diese vom Opfer gesetzte Grenze hinweg, stellt dies eine so erhebliche Abweichung vom konsentierten sexuellen Handlungsgeschehen dar, dass die sexuelle Handlung nicht mehr vom tatbestandsausschließenden Einverständnis gedeckt und damit regelmäßig nach § 177 Abs. 1 StGB strafbar ist* ».

<sup>39</sup> PERRIER DEPEURSINGE / PITTET, p. 807. Sous l'ancien régime, un acte commis contre la volonté de la victime ne suffisait pas à remplir les éléments constitutifs de la contrainte sexuelle ou du viol (anciens articles 189 et 190 CP). De plus, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral ([ATF 131 IV 167](#) c. 2.2. et 3.1.), on ne pouvait pas considérer n'importe quelles pressions ni n'importe quel comportement conduisant à un acte sexuel ou à caractère sexuel, même si ceux-ci constituaient une charge psychique pour la victime. La contrainte exercée devait avoir une certaine intensité pour qu'une contrainte sexuelle ou un viol soit envisagé. De simples menaces de l'époux contre son épouse, ou le fait d'exploiter des relations de dépendance ou d'amitié ne suffisaient pas en règle générale à constituer des pressions d'ordre psychique au sens de l'article 189 ou 190 aCP.

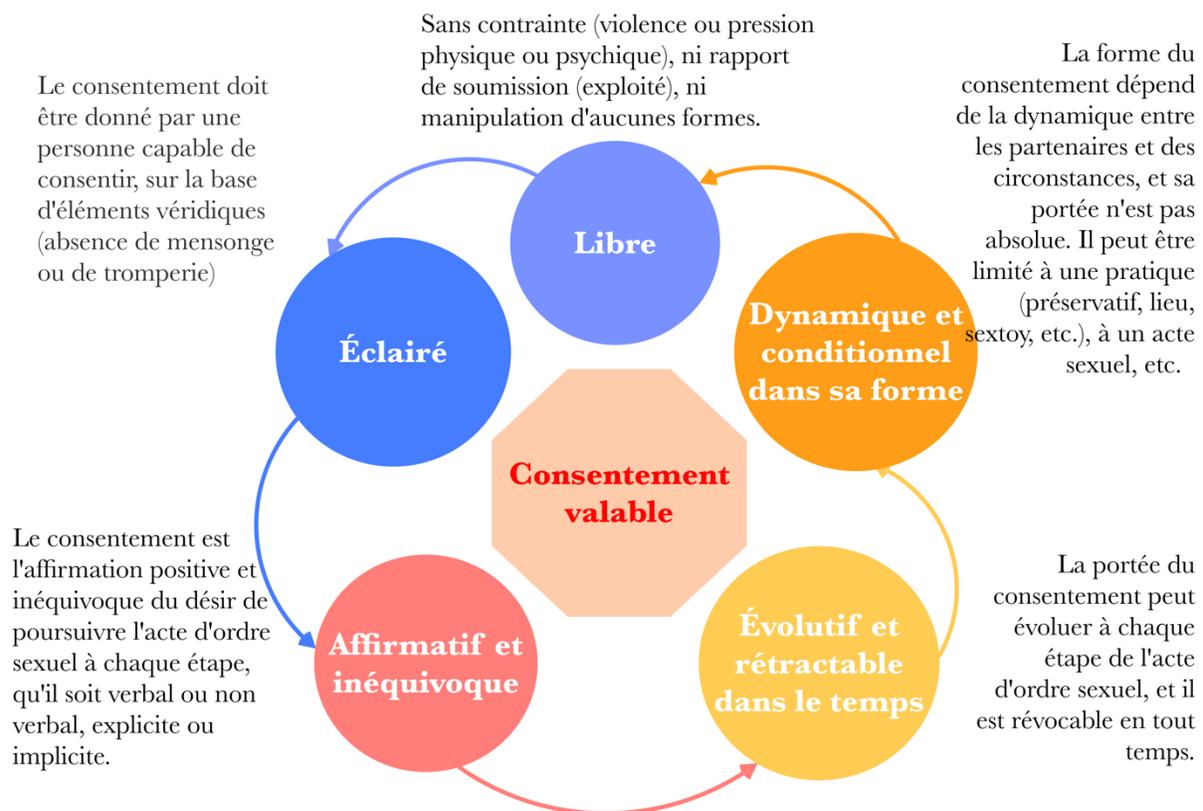
<sup>40</sup> Le consentement obtenu sur la base d'informations trompeuses n'est pas valable et est assimilé au non-consentement, comme la surprise ([FF 2022 687](#) [p. 31]).

<sup>41</sup> Cf. par exemple [ATF 131 IV 167](#) c. 3 et [ATF 122 IV 97](#) c. 2b).

<sup>42</sup> [FF 2022 687](#) [p. 21].

## B. Les facteurs du consentement

Le consentement<sup>43</sup> est une notion centrale dans la plupart des législations européennes<sup>44</sup>, qui en reconnaissent l'absence lorsqu'il est contraint par des pressions psychiques ou physiques, ou donné dans des circonstances qui restreignent ou annihile la liberté décisionnelle. Toutefois, d'autres facteurs complémentaires et interdépendants (*voir diagramme à la page suivante*) influencent ou déterminent l'existence et la validité juridique du consentement : objectivement, il doit ainsi être volontaire, mais également éclairé, perceptible (affirmatif ou enthousiaste), et abordé comme un processus évolutif et réversible dans le temps, ainsi que dynamique et conditionnel dans sa nature ou sa forme<sup>45</sup>. **Ces critères assurent la validité du consentement, afin qu'un acte soit considéré comme objectivement atypique.**



<sup>43</sup> L'art 36 de la Convention d'Istanbul se réfère à la pénétration « *non consentie* », de nature sexuelle, du corps d'autrui, ainsi qu'aux « *autres actes sexuels non consentis* » (par. 1, let. a et b). Cf. Conseil de l'Europe, [Rapport violence](#) : le rapport précise que ce paragraphe couvre toutes les formes d'actes sexuels « imposés sans libre consentement » (chiffre 189). Les rédacteurs ont laissé aux États la liberté de formuler leur législation et de définir les critères d'un « *consentement libre* » (chiffre 193).

<sup>44</sup> Exemples : GREVIO, [Belgique](#), par. 155; GREVIO, [Grèce](#), par. 214; GREVIO, [Suède](#), par. 181 s; GREVIO, [Monténégro](#), par. 179.

<sup>45</sup> Cf. [Principes de la Haye sur la violence sexuelle 2019](#), p. 20 s.

Le consentement de la victime doit être abordé dans son entièreté, tout ce qui s'en écarte devant être interprété comme une situation de non-consentement. Le fait de ne pas avoir perçu ou interprété correctement une situation ambiguë ne renverse pas la présomption de l'existence d'un acte non-consensuel, les considérations internes à l'auteur ou à l'autrice n'ayant d'intérêt qu'au moment d'établir la conscience et la volonté qui caractérisent l'intention délictueuse<sup>46</sup>.

Du point de vue de la prévention générale, l'application stricte de ces critères est nécessaire pour que, face à une situation où les gestes montrent une hésitation, **le principe de précaution** s'impose aussi dans les relations intimes : l'acte ne doit pas se poursuivre tant que le consentement n'est pas clairement et positivement exprimé. Ces critères constituent également les fondements d'une application de la loi fondée sur le refus explicite ou implicite (non, c'est non), qui ne laisse pas de place au consentement implicite en cas d'ambiguïté. En d'autres termes, **lorsqu'un consentement valable n'est pas perceptible ou qu'il pourrait être vicié** – et non dans chaque situation comme l'imposerait le principe du « oui, c'est oui » –, **le refus doit être présumé jusqu'à ce qu'une confirmation affirmative et explicite soit donnée**. Il incombe alors à l'auteur ou à l'autrice de s'assurer de la validité du consentement : « Est-ce que ça te convient ? » ou « Veux-tu que l'on continue ? ». Ainsi, le silence, l'hésitation, ou l'absence de gestes positifs ne sont jamais suffisants pour considérer un acte sexuel comme consenti. Si le consentement n'est pas clairement exprimé positivement, l'auteur ou l'autrice doit s'abstenir de poursuivre.

## 1. Le caractère *libre et éclairé* du consentement

Bien que les éléments légaux d'un consentement libre soient laissés à la formulation des législateurs nationaux, dans leur rapport explicatif des dispositions de la Convention d'Istanbul, les experts rappellent qu'à minima, « le consentement doit être donné volontairement, comme résultat de la libre volonté de la personne, évaluée dans le contexte des circonstances pertinentes »<sup>47</sup>.

### 1.1. *L'incapacité à consentir librement*

Avant même de se demander si le consentement a été effectivement exprimé, il est essentiel de s'interroger sur sa capacité à être reconnu juridiquement comme la manifestation du libre arbitre. Pour être considéré comme valide, le consentement doit impérativement être libre et éclairé. Cela signifie qu'il doit être dépourvu de toute forme de contrainte ou de pression et reposer sur une information complète et vraie. Si ces exigences ne sont pas respectées, la faculté de comprendre pleinement la portée et les implications de l'acte à caractère sexuel fait défaut.

Concernant ces derniers facteurs, nous avons déjà signalé que **le consentement de la victime est vicié dès lors qu'il repose sur une information trompeuse concernant la nature sexuelle de l'acte**. Cette situation, qui s'apparente à une forme passive de la contrainte, est réglée par le nouvel article 193a CP.

---

<sup>46</sup> Dans ce sens, les articles 189 alinéa 1 et 190 alinéa 1 CP reconnaissent objectivement l'existence d'un refus implicite de la victime se trouvant dans un état de sidération, limitant toutefois la punissabilité de l'auteur aux situations dans lesquelles il en « a profité ».

<sup>47</sup> Conseil de l'Europe, *Rapport violence*, par. 193.

La question devient plus complexe lorsqu'il s'agit de personnes mineures, de personnes atteintes de déficiences psychiques ou mentales, ou encore de celles se trouvant en situation de dépendance vis-à-vis de leur agresseur ou en détresse. Ces individus, souvent considérés comme particulièrement vulnérables, peuvent voir leur capacité à consentir limitée par leur âge, leur degré de maturité ou leur compréhension des implications et des conséquences d'un acte sexuel.

Le consentement à **un acte d'ordre sexuel d'un mineur** est juridiquement encadré pour éviter tout abus de pouvoir ou de manipulation, car il est difficile pour un jeune, dont la capacité de discernement n'est pas complètement formée, de se défendre contre l'influence ou la pression exercée par des adultes ou des pairs. Le cadre légal impose souvent une limite d'âge en dessous de laquelle le consentement est présumé non valide : en Suisse, cette limite est fixée à 16 ans à l'article 187, chiffre 1 CP (« *commet un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans* »). Cependant, la loi pénale fait une distinction entre les relations sexuelles impliquant un adulte et une personne mineure, et celles entre mineurs lorsque la différence d'âge – ou de maturité – est faible<sup>48</sup>. Dans ce dernier cas, la protection est allégée, car les actes potentiellement répréhensibles sont commis par une personne en plein développement sur une autre personne dans une situation similaire<sup>49</sup>. À l'inverse, le fait que la victime ne soit pas âgée de 12 ans révolus constitue une circonstance aggravante (alinéa 1<sup>bis</sup>).

Pour les personnes déficientes, qu'il s'agisse de **déficience mentale, de troubles psychologiques ou de toute autre forme de limitation affectant leur capacité à prendre des décisions informées**, la capacité à consentir devient tout aussi sensible. Le droit vise à établir un équilibre entre la reconnaissance de leur capacité à vivre une vie affective et intime, et la nécessité de les protéger des abus. Le consentement n'est considéré comme valide que s'il est donné en pleine connaissance de cause, ce qui implique une compréhension minimale des implications émotionnelles et physiques de l'acte sexuel. Ainsi, lorsqu'une personne souffre d'une déficience altérant son jugement ou sa capacité de compréhension, le risque d'abus est accru, et le consentement est difficile à établir avec certitude. Dans ces cas, l'article 191 CP (**Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance**) réprimait déjà les personnes qui profitaient de ces déficiences de la capacité à consentir ou du rapport de dépendance de leur victime pour lui faire commettre ou subir un acte à caractère sexuel.

Une personne peut également exploiter une situation de dépendance dans laquelle se trouve la victime pour obtenir son consentement à un acte sexuel, ou profiter de sa détresse pour parvenir à ses fins. Dans de tels cas, la loi considère déjà que le consentement n'a pas été donné librement, même en l'absence de violence ou de pressions psychologiques explicites, et réprime ces comportements à travers des dispositions spécifiques. Désormais, ces situations sont regroupées aux articles 193 (**Abus de détresse ou de dépendance**) lorsque la victime est adulte et 188 du Code pénal suisse (**Actes**

---

<sup>48</sup> Selon l'article 187 chiffre 2 CP, « l'acte n'est pas punissable si la différence d'âge entre les participants ne dépasse pas trois ans »; l'alinéa 3 précise que, « si, au moment de l'acte ou du premier acte commis, l'auteur avait moins de 20 ans et en cas de circonstances particulières, l'autorité compétente peut renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine ».

<sup>49</sup> Dans cet esprit, le nouveau droit limite la répression de la diffusion de pornographie entre mineurs (article 187, chiffres 8 et 8<sup>bis</sup> CP).

d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes) lorsque la victime est âgée d'au moins 16 ans. Pour les victimes n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité sexuelle, ces facteurs relèvent de l'article 187 CP dont la teneur présume déjà l'incapacité à consentir valablement.

## 1.2. L'absence de toute forme de contrainte ou de pression

Sous l'ancien droit, le consentement d'une victime **était déterminé ou déduit** sur l'observation et l'appréciation de signes extérieurs « *évidents et déchiffrables de son opposition tel des pleurs, des demandes d'être laissée tranquille, le fait de se débattre, de refuser des tentatives d'amadouement ou d'essayer de fuir* »<sup>50</sup>. En d'autres termes, un refus verbal isolé ne suffisait pas, à défaut d'être accompagné d'une résistance physique, à caractériser l'absence de consentement. **Une situation de refus pouvait ainsi être qualifiée juridiquement de consensuelle.**

Ainsi la qualification du viol ou de la contrainte sexuelle reposait non seulement sur le non-consentement, mais surtout sur la démonstration d'une contrainte explicite — physique ou psychique — d'une intensité telle que la victime devait résister au maximum de ses capacités pour prouver que sa liberté avait été brisée par la force ou la violence<sup>51</sup>. Même s'il n'était pas nécessaire que la victime soit mise hors d'état de résister ou qu'elle soit maltraitée<sup>52</sup>, cette définition restrictive, qui exigeait la présence d'une violence déterminante, excluait par conséquent de nombreux cas de rapports non consentis de la qualification juridique de viol dans l'ancienne version du code pénal suisse. En 2021, le Tribunal fédéral<sup>53</sup> avait déjà assoupli ses critères en reconnaissant que, même en l'absence de résistance physique, l'opposition verbale d'une victime constituait un indice manifeste de non-consentement. Dans le cas d'espèce, il avait néanmoins acquitté l'accusé en raison d'une possible ambiguïté quant au consentement de la victime.

Cette exigence explicite de la loi faisait peser un lourd fardeau sur la victime, qui se voyait souvent dans l'obligation de justifier qu'elle avait tout fait pour résister – avec les possibles contradictions que pouvaient générer la peur de ne pas obtenir la condamnation de son agresseur –, en particulier en cas d'état de sidération, où toute réaction active devient impossible. Cela signifiait que la paralysie psychologique, souvent observée chez les victimes de violences sexuelles, n'était pas toujours reconnue comme un signe suffisant de non-consentement. Le Tribunal fédéral admettait néanmoins l'existence d'un refus implicite, en l'absence de réaction immédiate de la victime, par exemple si elle l'avait préalablement manifesté ou si l'effet de surprise ne lui avait pas laissé le temps d'exprimer son

---

<sup>50</sup> [Arrêt du TF 7B 506/2023 du 28 mars 2024](#) c. 3.1.3 et réf. cit.; [ATF 148 IV 234](#) c. 3.3.

<sup>51</sup> *Ibidem*; [ATF 122 IV 97](#) c. 2b. Une situation de violence était aussi admise lorsque la victime abandonnait sa résistance à un moment donné en raison de l'impasse ou de la peur d'une nouvelle escalade de la situation ([ATF 147 IV 409](#) c. 5.5.3).

<sup>52</sup> Le Tribunal fédéral ([ATF 148 IV 234](#) c. 3.3; [ATF 87 IV 66](#) c.1) admettait que, selon le degré de résistance de la victime ou encore en raison de la surprise ou de l'effroi qu'elle avait ressenti, « *un effort simplement inhabituel de l'auteur* » pouvait la contraindre à se soumettre contre son gré. Selon les circonstances, « *un déploiement de force relativement faible* » pouvait suffire. Ainsi, pouvait « *déjà suffire le fait de maintenir la victime avec la force de son corps, de la renverser à terre, de lui arracher ses habits ou de lui tordre un bras derrière le dos* ».

<sup>53</sup> [Arrêt du TF 6B 367/2021 du 14 décembre 2021](#).

désaccord<sup>54</sup>. En conséquence, de nombreuses affaires ne pouvaient être jugées avec équité, car le droit ne prenait pas en compte l'impact des mécanismes de sidération ou de peur extrême sur la capacité de la victime à manifester une résistance.

Fort heureusement, **le nouveau cadre légal opère une transformation profonde de l'approche du consentement, en faisant de celui-ci le pilier central de la protection de l'intégrité sexuelle**. En adoptant le principe du « non, c'est non », le législateur met en lumière la valeur de l'autodétermination individuelle, reconnaissant qu'une absence de consentement suffit à rendre punissable l'acte sexuel. Désormais, un « non », qu'il soit exprimé verbalement, manifesté par des gestes ou (qu'il doive être) présumé, suffit pour signifier l'absence de consentement, et doit être respecté sans équivoque.

## 2. Les dimensions *affirmative* et *non équivoque* du consentement

Comme signalé par JAQUIER et MONTAVON<sup>55</sup>, le droit pénal suisse peine à intégrer une définition explicite du consentement, souvent limité à l'appréciation de la résistance physique, ce qui conduit à une ambiguïté dans la qualification des rapports sexuels non consentis. Le nouveau cadre juridique n'a apporté que peu d'éclaircissement.

Cependant, si l'on se réfère à l'expectative de la loi à protéger l'intégrité sexuelle et l'autodétermination, le consentement doit être abordé comme un accord **affirmatif<sup>56</sup>, non équivoque** – dénué de toute ambiguïté – **et donc perceptible pour l'extérieur<sup>57</sup>**. Dans ce sens, le consentement exigerait toujours **une affirmation positive du désir de poursuivre à chaque étape de l'acte**, par des déclarations verbales explicites, des gestes enthousiastes ou tout autre signe révélateur d'un engagement volontaire. Lorsque l'expression de la personne ou ses gestes ne permettent pas de discerner clairement un accord, ou lorsque ses paroles semblent en contradiction avec son comportement, il faudrait reconnaître que les critères objectifs d'un consentement valable ne sont pas réunis. En principe, le silence ou l'absence de résistance ne sauraient suffire à valider un acte sexuel<sup>58</sup>, mais la

---

<sup>54</sup> [Arrêt du TF 6S. 448/2004 du 3 octobre 2005](#) c. 1.2.4, 2.3.2 et 2.4.

<sup>55</sup> JAQUIER / MONTAVON, p. 199.

<sup>56</sup> Les exigences internationales (cf. Conseil de l'Europe, [Rapport violence](#), par. 191 à 193), notamment réglées dans la Convention d'Istanbul, établissent le principe que **le consentement doit être affirmatif et que l'absence de consentement suffit à constituer une infraction**, indépendamment des actions de la victime face à l'agresseur.

<sup>57</sup> Nous adhérons à la position adoptée par une majorité doctrinale et la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. not. STRATENWERTH / BOMMER, par. 10 n° 24; SCHEIDEGGER, n° 65, ainsi que JAQUIER / MONTAVON, p. 180 et PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 20, qui considère qu'en droit pénal, **le consentement doit être perceptible de l'extérieur** (*Erklärungstheorie*) et qu'il ne peut se limiter à un phénomène mental purement interne (*Willensrichtungstheorie*) comme le soutient (cf. notamment JAKOBS, p. 245). La première théorie est parfaitement compatible avec l'idée que toute ambiguïté devrait être abordée comme un refus implicite (et non comme un consentement implicite).

<sup>58</sup> Par exemple, le modèle canadien du « consentement affirmatif », instauré dès 1993, impose à chaque partenaire de communiquer clairement, par un comportement verbal ou non verbal, sa permission d'accomplir une activité sexuelle spécifique. Selon la Cour suprême du Canada, le consentement ne peut être implicite et qu'un refus ne doit en aucun cas être interprété comme une invitation à une approche plus insistante ou agressive.

jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'ancien droit<sup>59</sup> et certaines législations étrangères<sup>60</sup> reconnaissent que le consentement libre puisse être implicite en fonction des contextes.

À notre sens, et comme nous le démontrerons ultérieurement, le consentement implicite ne devrait être admis qu'à titre strictement exceptionnel. En effet, l'absence d'une affirmation non équivoque et perceptible du consentement équivaut objectivement à une situation de non-consentement. Ainsi, lorsqu'une personne réagit activement aux gestes de son partenaire – par exemple en répondant par des caresses, en initiant des gestes ou en exprimant verbalement son désir – le consentement perceptible est alors clairement affirmatif et dénué d'ambiguïté. En revanche, si une personne n'exprime aucune réaction lorsqu'on commence à l'embrasser, ou si elle ne participe pas activement aux gestes d'affection, son silence et son absence de réaction physique ne sauraient être interprétés comme une attitude répondant aux exigences du consentement valable. Le partenaire doit considérer ce manque d'engagement comme l'expression d'un refus implicite, et non comme une tolérance ou un accord tacite, à moins que l'ambiguïté ne soit levée ou que l'attitude passive trouve une explication de la part de la personne concernée.

Dans ce sens, il ne suffit pas de constater l'absence de refus explicite ou d'interpréter un comportement ou une inaction comme l'expression d'un consentement implicite, pour exclure l'application du droit pénal. Le consentement peut être invalide, indépendamment de la perception de l'auteur. Le fait que le consentement ou le non-consentement soit perceptible n'a d'intérêt juridique que pour l'établissement de l'intention délictueuse, respectivement l'analyse de la conscience de la relation consensuelle ou non consensuelle, et la volonté de se conformer à ou de passer outre la décision du partenaire.

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2024, les 189 et 190 CP (alinéas premiers) reconnaissent l'existence de situations non-consensuelles dans lesquelles la victime n'est pas en mesure de refuser explicitement. Ces nouvelles normes assimilent **l'état de sidération** à une forme d'expression implicite du non-consentement : lorsqu'une victime est pétrifiée par la peur et incapable d'exprimer son refus ou de se défendre, l'auteur de l'acte peut être tenu responsable de viol ou d'atteinte sexuelle s'il exploite cet état

---

Par ailleurs, la norme pénale canadienne exige que l'accusé prenne, compte tenu des circonstances, toutes les mesures raisonnables nécessaires pour s'assurer du consentement explicite de l'autre, excluant toute défense basée sur une erreur concernant le consentement, en particulier en cas de passivité, de silence ou d'ambiguïté de la victime. Cf. BARRANCO, p. 801 ss.

<sup>59</sup> [Arrêt du TF 6B 894/2021 du 28 mars 2022](#) c. 2.4.3 s. concernant le consentement implicite de la victime retenu *in dubio pro reo*.

<sup>60</sup> Cf. ISDC, [sexuelle Übergriffe](#), p. 14 s. Selon le droit pénal allemand, le consentement peut être implicite dans la majorité des cas, sauf en présence d'une indication objective de non-consentement, conformément au principe « *nein heisst nein* ». En revanche, le droit pénal suédois exige que la volonté de participer à un acte sexuel soit exprimée avant qu'elle ne puisse être considérée comme un consentement valide. Toutefois, cette volonté peut être manifestée de manière implicite, ce qui limite l'application stricte du principe « *ja heisst ja* ». Le droit suédois reconnaît ainsi l'importance du consentement tacite dans ses conceptions juridiques. De son côté, le droit pénal autrichien traite différemment la question du silence. En vertu de ce droit, le non-consentement doit être exprimé de manière explicite : le principe « *nein heisst nein* » n'impose pas à l'auteur d'un acte de déduire un refus qui n'aurait pas été clairement exprimé, que ce soit verbalement ou physiquement.

de choc<sup>61</sup>. La reconnaissance légale<sup>62</sup> des effets de la sidération sur la capacité d'une victime à manifester son refus constitue une avancée significative dans la protection des droits des victimes d'agressions sexuelles, en rendant plus explicite la prise en compte des réactions de paralysie et d'immobilité lors de l'évaluation des faits.

### 3. Les dimensions évolutives et réversibles du consentement

Le consentement à l'acte d'ordre sexuel doit **être continu et n'est pas figé dans le temps**, ce qui implique de devoir tenir compte de **ses dimensions évolutive et réversible** : le consentement n'est jamais donné une fois pour toutes et il peut évoluer positivement ou négativement en fonction du moment et des circonstances (par exemple si les conditions données ne sont plus respectées). Chaque partenaire conserve à tout moment le droit de le retirer, même si l'acte sexuel est déjà en cours. Dès que ce consentement est révoqué, l'autre partie doit immédiatement arrêter toute activité. La poursuite de l'acte après un retrait de consentement constitue donc une violation des droits fondamentaux de la victime et devient illégale.

Un exemple illustratif concerne une situation où deux partenaires sont engagés dans un acte intime consensuel, et l'un des partenaires exprime verbalement son souhait de s'arrêter : « Je ne suis plus à l'aise, je veux qu'on arrête. » Même si jusque-là, le consentement avait été donné, cette déclaration explicite révoque le consentement, et toute poursuite de l'acte devient une infraction. L'auteur, dans ce cas, est tenu de respecter immédiatement ce retrait de consentement.

L'interprétation des nouvelles dispositions pénales met en évidence l'importance de la nature évolutive et conditionnelle du consentement : **le fait qu'un acte soit accepté au début ne signifie pas que ce consentement reste valide tout au long de l'interaction**. Toute hésitation, manifestation de malaise ou refus explicite doit être immédiatement respecté, obligeant l'autre partenaire à arrêter sans délai. Le consentement est une affirmation qui doit être constamment réévaluée, et c'est précisément ce caractère dynamique qui garantit et protège véritablement l'autodétermination de chaque personne impliquée.

### 4. Les dimensions dynamique et conditionnelle du consentement

L'expression du consentement s'inscrit dans **une dynamique de communication** souvent propres aux partenaires. En effet, la manière dont il est exprimé – que ce soit par la parole ou par des gestes – dépend des circonstances et des interactions spécifiques entre les personnes impliquées. Ainsi, les précautions à prendre pour s'assurer d'un éventuel refus et la forme du consentement varient selon le contexte : partenaires juvéniles et inexpérimentés, personnes engagées dans des relations

---

<sup>61</sup> [FF 2022 687](#) [pp. 33]; PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 34 s.

<sup>62</sup> Dans l'[arrêt du TF 6B 59/2021 du 12 novembre 2021](#) c. 2.3. s., le Tribunal fédéral avait déjà admis l'existence d'un état de sidération d'une victime confrontée par un proche, par surprise, à des actes d'ordre sexuel (*in casu*, la masturbation).

échangistes<sup>63</sup> ou pratiquant le sadomasochisme<sup>64</sup>, par exemple, n'adopteront pas nécessairement les mêmes critères.

De même, des facteurs externes tels que les croyances religieuses, des contacts préalables, la consommation de substances désinhibantes ou l'évolution de l'environnement dans lequel se déroule l'acte peuvent influencer la dynamique entre les partenaires. Par ailleurs, le consentement ne saurait être considéré comme un accord global ou implicite pour toutes les pratiques sexuelles ; il est toujours conditionnel et limité à des actes spécifiques, et toute extension au-delà de cet accord nécessite un renouvellement explicite du consentement.

Par exemple, le retrait non consenti du préservatif (ou *stealth*)<sup>65</sup>, ou le fait de sciemment omettre d'en mettre un lors de rapports sexuels consentis, alors que « *la victime tient à cette condition et que l'auteur semble d'accord* », constitue un « *comportement contraire à l'accord établi et directement lié aux modalités de l'acte sexuel* »<sup>66</sup>. Selon qu'il y ait pénétration du corps ou non après le retrait ou l'omission, les actes commis (rapport sexuel ou analogue, éjaculation sur une partie du corps, etc.) peuvent constituer une atteinte sexuelle ou un viol.

De plus, l'acceptation d'un acte sexuel (rapport vaginal) à deux ne peut être abordé comme le consentement à tout acte d'ordre sexuel (fellation, sodomie, utilisation de sex-toys, etc.) avec le partenaire ou d'autres personnes. Chaque pratique ou modalité doit faire l'objet d'un consentement valable et renouvelé, et toute condition ou limitation exprimée par la personne doit être scrupuleusement respectée. Le législateur le rappelle avec le nouvel article 197a du Code pénal suisse<sup>67</sup> se rapportant à la création et au partage de contenus intimes au-delà du cercle des personnes couvertes par le consentement initial.

---

<sup>63</sup> Dans les relations échangistes, outre ce qui vient d'être expliqué, le consentement peut inclure des échanges sexuels avec des tiers, mais souvent dans un cadre défini par des règles claires (pas de relation en dehors de la présence ou de l'accord du partenaire).

<sup>64</sup> Les pratiques BDSM reposent souvent sur des contrats ou accords explicites définissant les limites, les rôles et les pratiques autorisées. Toute transgression à ces limites constitue une violation du consentement. Par ailleurs, en dépit de la nature des interactions BDSM, les pratiques autorisées ne peuvent pas dépasser le cadre légal : le consentement à des lésions corporelles graves ou à des pratiques visant à mettre en danger de mort imminent (strangulation jusqu'à l'évanouissement) ne sont pas couvertes par un consentement valable. Cette approche protège l'intégrité et l'autonomie des partenaires dans leurs relations intimes. Cf. CourEDH, arrêt du 19 février 1997, [affaire Laskey Jaggard et Brown c. Royaume-Uni](#), requête n° 21627/93 et 21974/93; CourEDH, arrêt du 17 février 2005, [affaire K.A. et A.D. c. Belgique](#), requêtes n° 42758/98 et 45558/99, par. 85; [ATF 114 IV 100](#) c. 4; [Arrêt de la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal fribourgeois 501 2023 86 du 25 mars 2023](#).

<sup>65</sup> [FF 2022 687](#) [pp. 32] pour une digression sur le *stealth*; cf. ProCoRe, [Rapport communautaire sur les expériences de violences vécues par des travailleurs du sexe en Suisse](#), 2024, p. 5 : 70% des travailleur-se-x-s du sexe ont été victimes de *stealth*.

<sup>66</sup> L'interprétation du nouveau droit est conforme à celle établie par le Tribunal fédéral dans l'[ATF 148 IV 329](#) c. 5.

<sup>67</sup> L'accord de créer et de partager des images ou vidéos intimes est strictement conditionné à un usage privé, avec l'interdiction tacite de les publier ou de les transmettre à des tiers. L'interdiction peut être levée par la

## 5. L'exclusion de la dimension culturelle du consentement

Lorsqu'il s'agit d'évaluer objectivement le consentement ou le refus d'une victime, la perception subjective de l'auteur, façonnée par des facteurs culturels ou sociaux, ne doit pas être prise en compte dans l'analyse objective (appréhension externe de l'acte) de l'existence même d'un consentement. Ces éléments ne doivent intervenir que pour apprécier la conscience des faits (appréhension interne de l'acte) et, le cas échéant, déterminer la peine en fonction de la culpabilité, à l'instar d'autres facteurs culturels en droit pénal.

Des études démontrent que des stéréotypes persistants – souvent amplifiés par la pornographie ou par l'usage des nouvelles technologies – brouillent la perception ou la compréhension du consentement. Par exemple, une enquête réalisée en Suisse en 2022 par gfs.Bern<sup>68</sup> révèle que, concernant la vérification du consentement lors des rapports sexuels, 47 % des hommes et 53 % des femmes s'assurent toujours que leur partenaire est d'accord, tandis que des pourcentages significatifs considèrent demander le consentement comme non romantique ou éprouvent des difficultés à interpréter correctement les signaux de leur partenaire. De même, la question de savoir si le silence peut être interprété comme un consentement suscite des avis partagés selon les sexes. Ces perceptions erronées témoignent de l'impact négatif des stéréotypes sur la communication sexuelle : de nombreuses femmes déclarent dire « oui » par contrainte ou par peur du rejet, alors qu'elles souhaitent réellement dire « non ».

Pour des motifs de sécurité juridique, les critères du consentement valable, respectivement de son absence (« non-consentement » selon les termes de la loi pénale), doivent être établis objectivement et les tribunaux ne doivent pas s'en écarter.

### C. Vice de consentement et réparation

#### 1. Le droit des contrats comme fondement de l'analyse

En droit contractuel, un consentement est réputé vicié lorsqu'il présente l'un des éléments suivants : une erreur essentielle (articles 23 à 27 du Code des obligations), lorsqu'une partie s'engage sur la base d'une fausse représentation d'un élément fondamental du contrat<sup>69</sup> ; un dol (article 28 CO), lorsqu'une partie est intentionnellement trompée par l'autre<sup>70</sup> ; ou une crainte fondée (articles 29 et 30 CO), lorsqu'une partie consent sous la contrainte ou la pression<sup>71</sup>.

Dans ces cas, le contrat peut être annulé si la partie lésée agit dans les délais prévus (généralement un an après la découverte du vice). Cette approche doit inspirer le droit pénal sexuel, en invitant à

---

personne concernée, qui doit renouveler son consentement à ce nouvel acte, et par le destinataire qui doit accepter de recevoir le contenu à caractère sexuel.

<sup>68</sup> GFS Berne, *Bevölkerung*.

<sup>69</sup> CR CO I-SCHMIDLIN / CAMPI, art. 23/24 CO n° 1 ss.

<sup>70</sup> CR CO I-SCHMIDLIN / CAMPI, art. 28 CO n° 1 ss.

<sup>71</sup> CR CO I-SCHMIDLIN / CAMPI, art. 29/30 CO n° 1 ss.

considérer que **l'absence d'un consentement répondant aux exigences légales doit être assimilée à un vice du consentement**, et donc constituer une forme de non-consentement.

Cependant, à l'inverse du droit pénal, le droit contractuel suisse prévoit des mécanismes pour « réparer » ces vices. Dans ce sens, l'article 31 CO autorise la validation rétroactive d'accords initialement entachés de vice, si les parties parviennent à corriger ces vices – par exemple, en clarifiant les malentendus ou en supprimant la pression – le contrat peut être maintenu, assurant ainsi la préservation des relations contractuelles tout en protégeant l'équilibre des volontés.

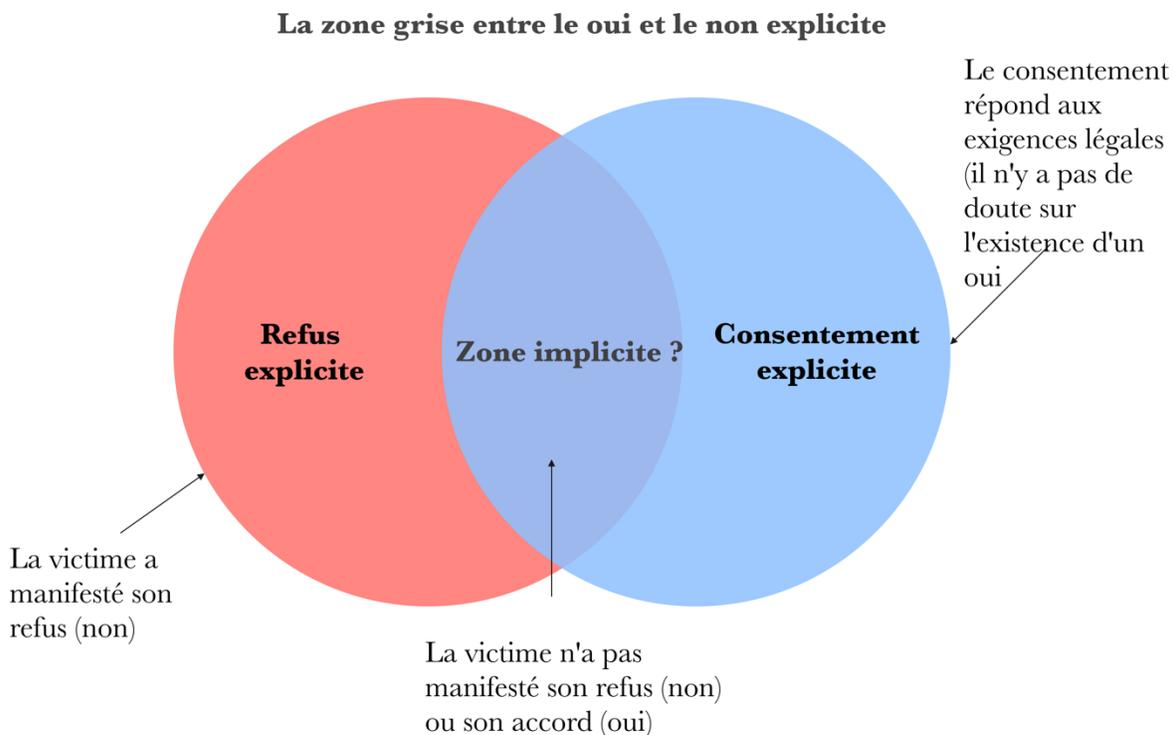
## **2. L'exclusion de la réparation du consentement en droit pénal sexuel**

Le droit pénal ne permet pas la réparation du consentement une fois l'acte à caractère sexuel réalisé, en raison de la nature particulière des biens juridiques protégés : alors que le droit contractuel vise la sécurité juridique et la préservation des relations économiques, les infractions sexuelles tendent à la protection de l'autodétermination sexuelle, ainsi que de l'intégrité physique et psychologique de la personne, intérêts dont la violation ne peut « être réparée » lorsque l'acte non consenti est consommé.

Par conséquent, toute clarification ou communication visant à corriger un vice du consentement doit impérativement intervenir avant l'acte. Une zone d'ambiguïté subsiste toutefois dans les situations où l'absence initiale de consentement résulte d'une incapacité temporaire, et où, après coup, la personne concernée exprime un accord rétrospectif. Néanmoins, même si l'intention du partenaire n'était pas de passer outre le refus, l'acte demeure problématique si le consentement était vicié ou absent au moment des faits, et devrait alors être abordé sous l'angle de l'erreur sur les faits.

En droit pénal sexuel, il convient donc de maintenir une approche stricte afin d'éviter toute normalisation d'actes sexuels non consentis, tout en reconnaissant qu'il est possible de « réparer » le vice avant la consommation de l'acte, par exemple dans le cadre d'une tentative. En effet, contrairement au droit contractuel qui vise à maintenir l'accord entre les parties, le droit pénal sexuel impose des limites strictes pour garantir l'autonomie et la dignité des individus en matière sexuelle.

### III. L'application du principe du « non, c'est non ! »



Sur la plan subjectif, les atteintes à l'intégrité sexuelle sont des infractions intentionnelles, qui supposent de l'auteur, par exemple, qu'il ait conscience que la victime n'est pas consentante ou qu'il en accepte l'éventualité<sup>72</sup>.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>73</sup>, l'existence d'une volonté de passer outre le consentement de la victime impose une appréciation conjointe d'éléments objectifs et subjectifs : l'intention – ou, inversement, son absence – « se déduit d'une analyse des circonstances permettant de tirer, sur la base des éléments extérieurs, des déductions sur les dispositions intérieures de l'auteur ». Par exemple, dans le cadre de la contrainte en matière sexuelle, l'intention peut être déduite du fait que la victime manifeste de manière évidente et déchiffrable son opposition – par des pleurs, des demandes explicites d'être laissée tranquille, des tentatives de fuite ou des gestes de résistance – qui doivent être interprétés comme l'absence d'un consentement effectif.

---

<sup>72</sup> ATF 148 IV 234 c. 3.4 et les réf. cit..

<sup>73</sup> Arrêt du TF 7B 506/2023 du 28 mars 2024 c. 3.1.4 et réf. cit.; ATF 148 IV 234 c. 3.3; ATF 142 IV 137 c. 12; ATF 141 IV 369 c. 6.3.

Cependant, le fait que l'auteur n'ait pas eu conscience d'outre-passer la volonté de la victime, parce que son refus n'était pas perceptible<sup>74</sup>, ne signifie pas que, juridiquement, il faille admettre le caractère consensuel de l'acte. Bien que les tribunaux tendent à confondre ces deux aspects de l'analyse de la typicité d'une infraction (le comportement de la victime pouvant être décisif dans l'établissement d'une intention délictueuse), le rejet d'une intention délictueuse ne signifie pas celui d'une situation de refus. Le nouveau droit en fait une pique de rappel, notamment avec l'introduction de la sidération comme élément implicite et souvent non perceptible du non-consentement.

## A. Le régime nuancé du droit pénal suisse

Nous l'avons dit, le débat sur la meilleure façon de définir le consentement a été central dans cette réforme. Le législateur suisse<sup>75</sup> a opté pour **une forme nuancée du principe du « non c'est non »**, qui repose sur l'absence de consentement clair pour caractériser une infraction<sup>76</sup>. Un des enjeux de cette réforme est donc l'interprétation du refus par les tribunaux.

Le régime ordinaire du « non » repose sur l'idée que toute manifestation explicite d'un refus rend un acte à caractère sexuel illégal, et, selon l'intensité requise par la loi, l'absence d'un « non » clair et perceptible peut être interprétée comme un consentement implicite. Ce modèle se distingue ainsi du principe du « oui, c'est oui », adopté notamment par certains pays européens<sup>77</sup>, où l'exigence d'un consentement affirmatif à chaque étape de l'acte sexuel soulève des débats jurisprudentiels centrés sur l'interprétation du consentement implicite dans l'intimité des couples. Ces deux approches, bien que partageant l'objectif commun de protéger l'intégrité et l'autodétermination sexuelle, diffèrent dans leur mise en œuvre pratique et dans le fardeau qu'elles imposent respectivement aux victimes et aux auteurs pour établir ou infirmer la licéité de l'acte.

En Suisse, les articles 189 et 190 CP matérialise une forme nuancée du régime du « non », qui tient compte des situations dans lesquelles un refus explicite ne peut pas être exprimé par la victime<sup>78</sup>. S'il ne fait nul doute qu'au niveau de la prévention générale le message transporté par le « oui, c'est oui » est plus percutant, le régime instauré en Suisse est particulièrement intéressant, puisqu'il rappelle à toutes et tous que le non-consentement ne se manifeste pas toujours par des pleurs ou par le fait de se débattre, et qu'il se caractérise par l'absence d'au moins un élément du consentement valable.

---

<sup>74</sup> ATF 148 IV 234 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 ».

<sup>75</sup> FF 2022 687 [p. 2].

<sup>76</sup> Ce choix se distingue du principe du "Oui est un oui", qui nécessite un consentement affirmatif explicite.

<sup>77</sup> Concernant l'exemple de l'Espagne : GODEL / RODRÍGUEZ SÁCHEZ.

<sup>78</sup> La prise en compte de l'état de sidération était voulue par tant par les partisans du « oui » que du « non ». Cf. OFJ, *Rapport*, p. 13.

## B. Hypothèse n°1 : le refus explicite ou la sidération

L'application stricte du principe « non, c'est non » (en référence au régime ordinaire) s'appuie sur une interprétation minimale de **l'absence de consentement qui se limite au refus explicite, ainsi qu'aux situations où la victime est en état de sidération**, rendant impossible toute manifestation claire.

Cette approche, soutenue par le Conseil fédéral<sup>79</sup>, fait de l'expression claire du refus une condition centrale, laissant peu de place à la prise en compte des ambiguïtés ou des comportements implicites. En d'autres termes, si la victime n'a pas exprimé verbalement ou physiquement son opposition, l'acte pourrait être considéré comme consenti (puisque'il n'y a pas d'acte « contre la volonté de la personne »), sauf en cas de preuves suffisantes d'un état de paralysie psychologique (exception de la sidération).

Cette interprétation forcerait les tribunaux à statuer sur des zones grises, notamment celles où le consentement serait implicite, mal interprété ou contesté. Par exemple, dans une situation où la victime n'a pas activement dit « non », mais a montré des signes de malaise ou de réticence, cette approche pourrait amener à nier le refus, même si celui-ci était perceptible. Cela implique également que les victimes doivent (encore et toujours !) fournir des preuves claires de leur opposition, souvent difficiles à établir, alors que la réforme visait à les soulager du poids des procédures.

En outre, l'accent mis sur **l'état de sidération comme unique exception** à l'exigence d'un refus explicite place les victimes dans une situation délicate. Elles sont non seulement tenues de prouver qu'elles n'étaient pas en mesure de manifester un refus, mais elles risquent aussi de voir leur crédibilité remise en question si leur comportement ne correspond pas à une image préconçue de la « paralysie ». Cette focalisation sur la sidération crée un risque de dérive, où les témoignages pourraient être adaptés et les faits exagérés pour convaincre les tribunaux.

Cette stricte application du principe « non, c'est non » se distingue clairement du modèle « oui, c'est oui », en ce qu'elle ne requiert pas de l'auteur une vérification active du consentement affirmatif de son partenaire. Elle repose sur l'idée que, tant qu'il n'y a pas de manifestation explicite de refus, il est possible de présumer un consentement tacite. Cette vision soustrait l'auteur à la loi pénale en l'absence de signaux de refus clairs, ou s'il ne peut être démontré qu'il a profité de la sidération de la victime. Elles ne règlent pas la question des nombreuses situations ambiguës, dans lesquelles les tribunaux ne pourront pas reconnaître, au moins sous l'angle de la typicité objective, l'existence d'un refus.

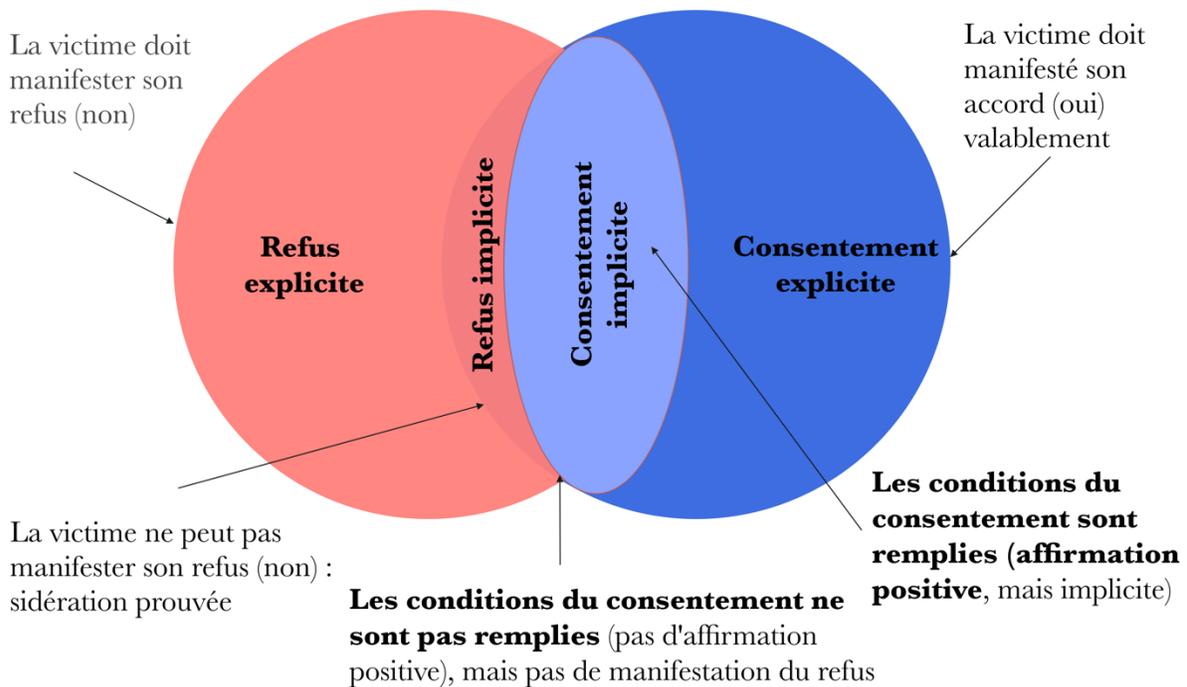
Cette approche, qui n'est pas contraire au texte de la loi (interprétation littérale) – lequel mentionne « *contre la volonté d'une personne* », sans préciser si la victime doit s'être manifestée –, présente des lacunes importantes en termes de protection des victimes. En plaçant le fardeau de l'expression du refus presque exclusivement sur elles, elle laisse une marge considérable à l'interprétation subjective, augmentant ainsi le risque que des actes non consentis soient considérés comme licites – alors même que l'auteur pourrait avoir accepté de passer outre le refus. Cette interprétation pourrait également renforcer la pression sur les victimes dans les procédures judiciaires, en les contraignant à justifier leur absence de refus explicite dans des circonstances souvent traumatisantes. Or, la dénonciation et les déclarations de la victime constituent déjà une preuve – certes, dont la valeur probante doit être appréciée – d'un acte contraire à la loi. Elle ne devrait pouvoir être remise en doute que sur la base

---

<sup>79</sup> [FF 2022 1011](#) [p. 3].

de constatations ou de déclarations suffisamment probantes pour la renverser. Cette remarque est d'autant plus valable dès lors que la loi admet que la volonté contraire (ou non-consentement à un acte à caractère sexuel) peut ne pas avoir pu être exprimée. On se demande alors comment l'auteur ou le tribunal pourrait admettre la volonté de la victime, si celle-ci relève de l'interne.

### Le présomption de consentement en l'absence de refus manifeste ou de sidération



### C. Hypothèse n°2 : le refus comme l'absence de consentement valable

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>80</sup>, les déclarations de la victime sont des éléments de preuves qui ne peuvent être écartées dans l'évaluation globale du dossier que dans les cas particuliers dans lesquels une expertise de crédibilité s'impose<sup>81</sup>. Dans ce sens, les déclarations de la victime constituent l'élément principal à charge et lorsqu'elles se heurtent aux déclarations contradictoires de

<sup>80</sup> Arrêt du TF 6B 894/2021 du 28 mars 2022 c. 2.3 et réf. cit.; ATF 137 IV 122 c. 3.3; arrêt du TF 6B 1189/2021 du 16 février 2022 c. 3.3; arrêt du TF 6B 802/2021 du 10 février 2022 précité c. 1.1; arrêt du TF 6B 880/2021 du 1<sup>er</sup> février 2021 précité c. 1.1.

<sup>81</sup> ATF 129 IV 179 c. 2.4.

l'accusé, rien n'impose pas au tribunal de prononcer systématiquement un acquittement *in dubio pro reo*.

Selon nous, la reconnaissance de l'existence d'un « non silencieux » permet l'application plus adaptée du principe « non, c'est non ». En se fondant sur le noyau de protection intangible des nouvelles normes en matière sexuelle (interprétation téléologique), toute parole ou geste ne répondant pas strictement aux critères du consentement valable (voir II.) doit être interprété comme une forme de refus. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que la victime résiste physiquement ou s'exprime verbalement pour que son refus soit objectivement constaté, sans toutefois exiger de l'auteur ou de l'autrice de s'enquérir explicitement du consentement de l'autre – comme l'aurait imposé le principe du « oui, c'est oui ».

Une lecture littérale du texte de la loi, différente de celle proposée antérieurement, confirme que les normes ne fondent pas la répression des actes sur l'absence d'un consentement clair et non équivoque (la personne ne doit pas avoir agi « *contre la volonté exprimée ou manifestée* » de la victime). Cette approche, plus adéquate pour renforcer la protection des victimes, est aussi conforme à la volonté du législateur, exprimée au travers de la reconnaissance de l'état de sidération (interprétation subjective ou historique), par l'insertion de nouvelles infractions qui imposent de s'assurer de la continuité du consentement (art. 197a CP) ou qui en rappelle le caractère conditionnel ou limité (art. 193a CP).

Ainsi, la répression d'une atteinte à l'intégrité sexuelle ne repose pas sur la reconnaissance stricte d'un refus explicite ou la preuve d'un état de sidération<sup>82</sup>, mais découle plus largement de l'absence de consentement valable de la victime<sup>83</sup>. Autrement dit, tout acte commis « contre la volonté d'une personne » devrait objectivement être assimilé à un refus, indépendamment de son caractère explicite ou implicite. Par exemple, certains pourraient penser qu'un consentement implicite est toujours donné lorsque deux personnes se comportent de manière affectueuse dans un cadre privé, et que l'une d'elles initie une activité sexuelle. Cependant, même dans un couple où des signes de tendresse ont été échangés, il est impératif de vérifier qu'il n'y a pas de refus de la part de l'autre personne, avant ou pendant l'acte. Ignorer l'existence d'un refus implicite en préférant s'en tenir au consentement implicite laisse une part trop importante à l'interprétation subjective, ce qui augmente le risque de malentendu ou de mauvaise interprétation des signaux de l'autre, et accroît ainsi la possibilité de comportements potentiellement illégaux.

Nous soutenons donc l'interprétation proposée dans cette seconde hypothèse, qui est en adéquation avec la notion de consentement qui rend licite un acte typique (fait justificatif supralégal) : si le

---

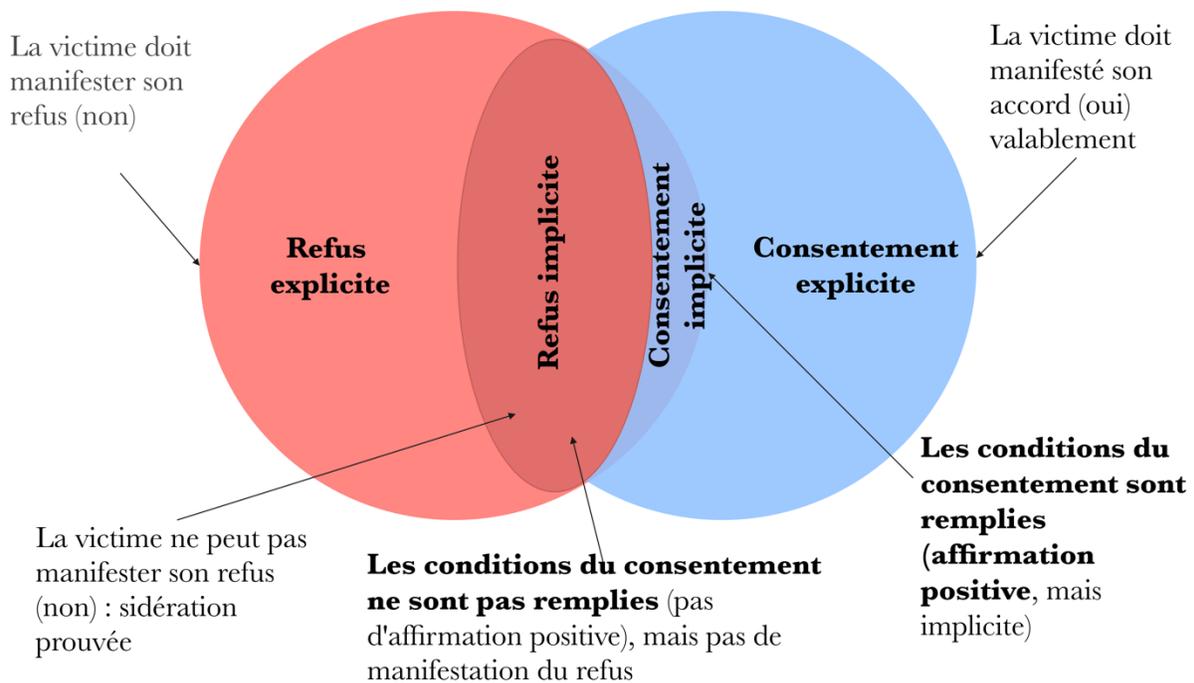
<sup>82</sup> En procédure pénale, l'existence de l'état de sidération est établie par la prise en compte de différents éléments de preuve, tels que les témoignages de la victime ou les déclarations de l'auteur, les expertises psychologiques ou psychiatriques, ainsi que les comportements observés avant, pendant, et après l'acte. Les auditions sont essentielles pour décrire l'état de stupeur ou de paralysie mentale ressenti, tandis que l'expertise médicale peut corroborer cet état en expliquant les mécanismes psychologiques de sidération face à une situation perçue comme traumatisante. Les indices contextuels, comme une absence de réaction face à l'agression, l'incapacité à s'opposer ou l'absence de fuite, peuvent également être interprétés comme des signes probants de sidération.

<sup>83</sup> Dans ce sens, il découle du droit international (cf. Conseil de l'Europe, *Rapport violence*, par. 191 à 193) que **le consentement doit être affirmatif, le constat de son absence étant suffisant pour constituer une infraction**, indépendamment des actions de la victime face à l'agresseur.

consentement n'est pas libre, exprès et éclairé, il ne peut être présumé que dans l'intérêt de la personne concernée<sup>84</sup>.

Une telle approche permettrait de mieux prendre en compte les nombreuses situations où la victime, en raison de la peur, d'une contrainte psychologique (par exemple, l'emprise), d'un rapport de pouvoir ou d'une incertitude, se trouve dans l'incapacité manifeste d'exprimer clairement son désaccord. Dans ces contextes, des comportements tels qu'un silence prolongé, l'absence de réaction ou une attitude passive ne sauraient être interprétés comme des signes de consentement tacite, mais plutôt comme des indices d'un refus effectif<sup>85</sup>.

### Le non-consentement comme l'absence de consentement valable



En reconnaissant que l'absence d'un consentement valable constitue une situation de refus (implicite ou explicite) couverte par la loi (« contre la volonté de la personne »), les tribunaux atténueraient les risques de malentendus ou d'abus liés à une interprétation erronée ou biaisée de la loi, respectivement

<sup>84</sup> HURTADO POZO / GODEL, p. 380 ss.

<sup>85</sup> Cf. Avis du Comité des Ministres relevé par la CourEDH dans l'[affaire M.C. c. Bulgarie](#), par. 162 : "Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont reconnu, par l'intermédiaire du Comité des Ministres, la nécessité de sanctionner les actes sexuels non consensuels, y compris "les cas dans lesquels la victime ne montre pas de signes de résistance".

des signaux non verbaux. Même dans les cas d'acquiescement fondé sur l'inconscience présumée de l'accusé, les jugements enverraient le message qu'en situation de refus potentiel, il incombe à la personne de s'assurer de la véritable volonté de l'auteur, par des questions ouvertes ou des vérifications explicites, au risque de se voir reprocher objectivement d'avoir commis une atteinte ou une agression sexuelle. Par exemple, une personne qui prononce un « oui » tout en manifestant par son expression corporelle – rigidité, évitement du regard, inconfort visible – un malaise manifeste, ne saurait être considérée comme ayant donné un consentement affirmatif. Par ailleurs, en cas de passivité, il est raisonnable d'exiger que chacun prenne l'initiative de vérifier activement le consentement de son partenaire.

## IV. Quelques problématiques procédurales

### A. Le fardeau de la preuve des parties

En matière pénale, l'accusation porte la charge de prouver, au-delà de tout doute raisonnable, la réunion des éléments constitutifs de l'infraction. Cependant, dans le cadre des infractions sexuelles survenant dans un environnement privé, les procédures se réduisent souvent à un affrontement de témoignages entre la victime et l'auteur présumé, les preuves matérielles n'étant pas toujours disponibles.

Dans ce contexte complexe et chargé émotionnellement, le fardeau de la preuve se trouve inévitablement partagé : la victime doit fournir des éléments démontrant l'absence de consentement, qu'il soit explicite ou implicite, tandis que l'accusé se voit contraint de justifier son interprétation de la situation ou de prouver sa conviction quant à l'existence d'un consentement.

#### 1. La preuve du consentement valable et du non

L'application du principe « non, c'est non » pose des défis importants en matière de fardeau de la preuve. Si ce principe renforce théoriquement la protection des victimes en reconnaissant des formes variées de refus, il n'élimine pas les difficultés pratiques liées à la démonstration du non-consentement.

En effet, les dynamiques intimes, qui reposent souvent sur des interprétations personnelles et subjectives, rendent la tâche de prouver l'existence ou l'absence d'un consentement extrêmement complexe. Lorsque le consentement est basé sur des habitudes relationnelles ou exprimé par des signaux non verbaux, il appartient souvent à la victime de démontrer qu'elle a manifesté suffisamment son désaccord. Pourtant, il appartient aussi à l'accusé d'expliquer en quoi il a fourni les efforts nécessaires pour s'assurer du consentement de l'autre personne.

Pour réduire l'impact du fardeau de la preuve sur les victimes – l'un des objectifs de la réforme de 2024 –, l'interprétation du principe « non, c'est non » doit reposer sur des critères clairement établis et compréhensibles. Dans ce sens, considérer que toute situation ambiguë, où un consentement valable n'est pas démontré, constitue une situation dans laquelle la personne a agi « contre la volonté » de la victime, pourrait alléger cette charge pour la partie plaignante. Le procès se concentrerait alors sur les aspects subjectifs de l'infraction, soit la conscience et la volonté de la personne assise sur le banc de l'accusé.

## 2. L'évaluation de la sidération

La sidération<sup>86</sup>, catalepsie ou immobilité tonique, est une réaction psychophysiologique observée dans des situations de menace intense, notamment lors d'une agression sexuelle ou face à la peur intense d'une situation intime. Elle se manifeste par une incapacité temporaire à bouger ou à réagir face à un danger, ce qui peut être déroutant pour la victime et pour les autres personnes impliquées.

Les degrés de sidération<sup>87</sup> varient en intensité (nous parlerons ci-après d'intensité faible, modérée ou sévère) et s'expliquent par différents mécanismes physiologiques et psychologiques.

1. La **sidération légère** correspond à une incapacité partielle à bouger ou à réagir, bien que la personne soit consciente de la situation. Ce type de sidération survient souvent lorsque le danger est perçu comme imminent, mais que la victime conserve un certain degré de conscience et de maîtrise cognitive. La réaction est en partie due à l'activation du système nerveux sympathique, qui prépare le corps à une éventuelle réponse de fuite ou de lutte, mais reste bloqué par un sentiment de terreur ou d'incertitude.
2. La **sidération modérée** est caractérisée par une réduction marquée de la capacité à bouger ou à s'exprimer. Bien que la personne soit consciente des événements, elle se sent physiquement paralysée. Selon la doctrine spécialisée, la sidération modérée peut prédire le développement ultérieur d'un trouble de stress post-traumatique (PTSD) ou d'une dépression sévère. Elle est souvent liée à une activation élevée de l'amygdale, responsable de la gestion des émotions comme la peur, en combinaison avec une altération de la fonction préfrontale qui empêche la prise de décisions rationnelles.
3. La **sidération sévère, ou immobilité tonique totale**, est le stade le plus intense, au cours duquel la victime est entièrement incapable de bouger ou de réagir, même si elle est consciente de la situation. Ce degré est fréquemment observé chez les victimes d'agression sexuelle. La personne se retrouve dans un état de paralysie complète, parfois accompagné de dissociation, ce qui peut aggraver le sentiment de perte de contrôle et de détresse. La sidération sévère est associée à une déconnexion fonctionnelle entre le cortex préfrontal et le reste du cerveau, ce qui rend impossible la mobilisation des réactions défensives typiques (fuite ou lutte).

La sidération est donc **un mécanisme adaptatif dont l'intensité varie d'une personne à l'autre en fonction de la perception de la menace et de la capacité de faire face à celle-ci**. Elle se produit sur un continuum de réactions allant de la sidération légère à l'immobilité totale, chaque degré présentant des caractéristiques distinctes et pouvant prédire des répercussions psychologiques différentes. **Recourir à l'analogie n'est donc pas envisageable, car, dans des circonstances similaires, la sidération peut se manifester chez certaines personnes et non chez d'autres. L'existence et le degré de sidération doit ainsi être établie par une expertise, au cas par cas.**

La reconnaissance de cet état contribue à établir la typicité objective de l'acte, fondée principalement sur l'absence de consentement (ou sur le refus), même si, sous l'angle des éléments de la typicité

---

<sup>86</sup> Cf. PERRIER DEPEURSINGE / BOYER, notamment p. 8 s.; FUSÉ, p. 265 ss; KALAF, p. 71 ss; MÖLLER / SÖNDERGAARD / HALSTRÖM, p. 901 ss, en particulier p. 930 ss.

<sup>87</sup> Sur la notion de sidération (ou « *freeze response* ») et ses différents degrés (intensité faible, modérée ou sévère), voir notamment : BRACHA, p. 448 ss; ROELOFS, p. 1 ss; MÖLLER; VAN DER KOLK; SALMONA.

subjective, la conscience de cet état et la volonté délibérée d'en tirer avantage doivent encore être démontrées pour que l'acte soit typique.

Les expertises médicales ou psychologiques jouent un rôle clé dans la reconnaissance de l'état de sidération<sup>88</sup>. Cependant, il n'existe pas de test médical ou psychologique standardisé permettant de confirmer de manière absolue qu'une personne a été dans cet état à un moment précis. Les experts doivent s'appuyer sur des récits rétrospectifs de la victime, des comportements observés après les faits ou des indications physiologiques, mais ces éléments restent indirects et sujets à interprétation<sup>89</sup>. Dans les cas où la victime affirme avoir été sidérée, l'expertise se fonde souvent sur des témoignages et des évaluations psychologiques pour évaluer la cohérence des récits et les symptômes post-traumatiques. Cependant, **la crédibilité** du témoignage de la victime peut être contestée par la défense, et l'absence d'indicateurs objectifs (comme des blessures ou des traces physiques) peut compliquer la tâche des tribunaux. Même lorsque les experts concluent qu'un état de sidération est probable, **les conclusions ne sont jamais catégoriques**. Les rapports incluent souvent des formulations prudentes, comme « il est possible » ou « il est cohérent avec un état de sidération », ce qui peut affaiblir leur force probante devant un tribunal. Cette incertitude peut profiter à l'accusé, notamment en vertu du principe « *in dubio pro reo* » (le doute profite à l'accusé).

Un autre défi réside dans **le risque que l'état de sidération soit invoqué de manière inexacte**. Une victime qui a adopté une posture passive lors des faits, peut être amenée, consciemment ou non, à interpréter cette passivité comme un état de sidération, par crainte que son expérience ne soit pas reconnue. La construction de l'état de sidération peut également être influencée par les discours des avocats, du ministère public ou même des juges. Ainsi, bien que les expertises puissent apporter des éclairages importants sur l'état psychologique de la victime, elles ne permettent pas toujours de prouver de manière définitive la sidération au moment des faits. Leur utilité réside davantage dans la contextualisation des comportements et des réactions de la victime que dans l'établissement d'une preuve directe. Par conséquent, elles doivent être utilisées en complément d'autres éléments de preuve, comme les témoignages, les circonstances ou les interactions entre les parties.

Les articles 18 à 20 de la Convention d'Istanbul exigent une prise en charge « *exempte de tout risque de revictimisation* », soulignant ainsi **l'importance de la première audition des victimes qui devrait, selon nous, se dérouler de manière aussi libre et ininterrompue que possible**<sup>90</sup>. Cette approche permet de recueillir un témoignage authentique et spontané, essentiel pour l'évaluation ultérieure des faits. Par ailleurs, la perception que la victime a de son interlocuteur peut influencer la nature de son récit. Face à une autorité perçue comme neutre et empathique, la victime est plus encline à fournir un témoignage complet et sincère. En revanche, si elle ressent le besoin de se justifier ou craint d'être jugée, son récit peut être modifié, consciemment ou non, pour correspondre à ce qu'elle perçoit comme

---

<sup>88</sup> [Arrêt du TF 6B 800/2022 du 16 août 2023](#).

<sup>89</sup> Cf. PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 38.

<sup>90</sup> Cf. par exemple, Comité des Ministres, [Recommandation victimes](#) (« les États doivent veiller à ce que l'accueil et l'accompagnement des victimes, notamment lors des premières démarches, se déroulent dans des conditions garantissant leur sécurité et leur dignité »); OMS, [Sexual violence](#) (« un entretien initial mené dans un environnement sûr et sans interruption est fondamental pour limiter la détresse de la victime et recueillir un témoignage fiable »); FALLER, p. 34 ss (« la première audition constitue un jalon critique, tant pour la qualité de la preuve recueillie que pour éviter la souffrance supplémentaire de la victime »).

les attentes de l'auditoire. Ces éléments soulignent l'importance de former les professionnels judiciaires à adopter une attitude bienveillante et non intrusive lors des premières auditions, afin de minimiser les biais liés à l'interaction et de garantir que les faits rapportés reflètent fidèlement l'expérience vécue par la victime.

## B. La preuve de l'intention criminelle

### 1. La conscience et la volonté de porter atteinte à la liberté sexuelle

L'établissement de l'intention criminelle constitue une condition *sine qua non* de toute infraction à caractère sexuel. La conscience implique que l'auteur ait eu connaissance de la nature sexuelle de l'acte entrepris et de l'absence d'un consentement valide de la victime. Ce dernier point exige une appréciation rigoureuse des manifestations, explicites ou implicites, du refus, telles que l'état de sidération ou la peur paralysante. La volonté, quant à elle, renvoie à la détermination de l'auteur de passer outre ce refus (notamment en profitant de la sidération<sup>91</sup>), qu'il ait été exprimé de manière explicite ou implicite. Le tribunal doit déterminer dans quelle mesure et jusqu'à quel point l'un des partenaires était disposé à outrepasser le non-consentement de l'autre. Ainsi, il ne saurait être question de contrainte ou de viol si, malgré une insistance par des gestes déplacés, la personne n'était pas prête à dépasser le cadre des comportements constitutifs d'une atteinte sexuelle (par exemple, des caresses sans pénétration ou des frottements).

Le dol éventuel suffit pour établir l'intention criminelle. Cela signifie que l'auteur agit intentionnellement lorsqu'il prend délibérément le risque de commettre un acte sans s'assurer préalablement de l'existence d'un consentement valable. Celui qui, en toute connaissance de cause, choisit d'ignorer ou de minimiser la possibilité d'un refus agit donc de manière intentionnelle, et ce, même en l'absence d'une volonté claire de nuire. Cette conception permet de sanctionner non seulement les actes caractérisés par un refus explicite, mais également ceux qui s'inscrivent dans des contextes où l'absence de consentement résulte d'une situation de vulnérabilité ou d'ambiguïté.

Dès lors, l'analyse juridique des infractions sexuelles devrait porter une attention particulière à ces éléments subjectifs. Le tribunal se doit de vérifier si l'auteur avait conscience de l'absence de consentement et s'il a choisi, volontairement, de passer outre. Cependant, l'absence dans le code pénal suisse de dispositions permettant de réprimer les atteintes commises par négligence constitue

---

<sup>91</sup> Dans l'[arrêt du TF 6B 894/2021 du 28 mars 2022](#), le TF a rejeté confirmé l'existence d'un état de terreur de la victime, qui n'avait objectivement pas été suscité par l'accusé et dont il ne pouvait être conscient (absence de typicité subjective), précisant également que l'élément de la contrainte n'existait pas lors de la fellation et de l'acte sexuel (absence de typicité objective). Dans cette affaire, la victime s'était rendue au domicile de l'accusé, où elle avait consenti à un rapport sexuel protégé. Après qu'elle ait essayé de lui enfiler un préservatif, sans succès, l'accusé s'était positionné à califourchon sur le torse de la victime puis lui avait présenté ses parties génitales, pour qu'elle lui prodigua une fellation. Sous le poids de l'homme, elle ne pouvait que difficilement résister. Elle s'était brièvement exécutée, avant que l'homme se munisse d'un autre préservatif, qu'elle avait cette fois déroulé sur son pénis. Il l'avait alors pénétrée vaginalement. Pendant l'acte, la victime était restée passive jusqu'à l'éjaculation. L'accusé n'avait prêté aucune attention à la passivité de la victime, semblant se préoccuper de son seul plaisir. Il l'avait mordu pendant l'acte, lésions constatées par des médecins légistes. Selon l'expertise, la victime souffrait d'un syndrome de stress post-traumatique et de symptômes compatibles avec une agression sexuelle.

une lacune notoire. L'introduction d'un alinéa sanctionnant les comportements imprudents, dans lesquels l'auteur n'a pas pris les précautions nécessaires pour s'assurer du consentement, pourrait pallier cette faiblesse. Une telle disposition offrirait aux juges un outil supplémentaire pour sanctionner des actes relevant de la négligence, tout en respectant le principe de proportionnalité des peines.

## 2. L'impunité en cas d'erreur sur l'existence du refus

Dans certaines situations, l'auteur peut réaliser tous les éléments d'une infraction sous une appréciation erronée des faits, ce qui constitue une « erreur sur les faits » selon l'article 13 CP. Cette erreur découle d'une perception incorrecte de la réalité, empêchant ainsi l'intention de se former. Si cette erreur est reconnue, l'auteur est jugé selon sa perception si elle lui est favorable, et il peut être tenu responsable pour négligence si celle-ci est prévue. Concernant les infractions sexuelles, une erreur sur l'absence de consentement peut être admise si l'auteur croyait raisonnablement à un consentement, c'est-à-dire qu'il ne lui était pas possible de s'apercevoir des signaux du refus.

Certaines législations européennes, encore rares, répriment ces situations par négligence, reconnaissant ainsi que l'auteur n'a pas eu l'intention claire de commettre une infraction sexuelle, mais qu'il aurait été en mesure de s'assurer de l'absence de consentement<sup>92</sup>. Une telle approche offre un juste équilibre entre la reconnaissance du refus de la victime et le manque de précaution coupable de l'un des partenaires.

Il est regrettable que, face aux limites perceptibles du droit pénal sexuel centré sur l'intention des auteurs, le législateur suisse n'ait pas suivi ses homologues islandais et suédois, ne serait-ce que pour reconnaître qu'une personne peut ne pas avoir perçu les réticences de son ou sa partenaire, alors qu'elle aurait dû et pu prêter attention aux signaux. Dans des contextes pourtant bien documentés, comme l'état de sidération, l'imprévoyance coupable aurait pu offrir aux tribunaux une option supplémentaire lorsque l'intention criminelle ne peut être prouvée au-delà de tout doute raisonnable. Une telle approche aurait permis de combler certaines lacunes du système, en rendant responsables ceux qui, par manque de vigilance, n'ont pas pris les mesures nécessaires pour s'assurer du consentement de leur partenaire, même sans intention délibérée de nuire.

En l'absence d'infraction sexuelle par négligence, l'erreur sur les faits n'est pas punissable lorsqu'elle aurait pu être évitée.

## C. La protection des victimes et la lutte contre l'impunité

Toute réforme juridique, aussi progressiste soit-elle, ne peut garantir à elle seule la fin de l'impunité des violences sexuelles et les chiffres montrent que de nombreuses agressions ne sont jamais signalées<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> La Suède et l'Islande ont introduit dans leur législation une infraction réprimant les atteintes sexuelles par la négligence, lorsque la personne n'a pas fait preuve de vigilance pour s'assurer qu'il n'outrepassait pas la volonté de son ou sa partenaire : cf. World Economic Forum, [Sweden Outlaws sex without consent](#), 2018.

<sup>93</sup> LIEBER / GRESET / PEREZ-RODRIGO, p. 9 et 22; GFS Berne, [Sexuelle Belästigung](#) : cette étude commandée par Amnesty International et réalisée en 2019 par l'institut gfs.bern indique que 22 % des femmes vivant en Suisse ont été victimes d'actes sexuels non consentis, tandis que 12% ont subi un rapport sexuel contre leur volonté.

Au travers des réformes entreprises, un objectif doit être celui de briser le silence des victimes, pour que les obstacles psychologiques, culturels ou sociétaux ne demeurent pas des freins à la justice et à la recherche de la vérité. Il appartient ainsi aux autorités judiciaires en particulier, mais également aux conseils juridiques de considérer ces réalités avant et pendant le procès pénal, et dans les prononcés des jugements<sup>94</sup>.

1. La **stigmatisation sociale et la culpabilisation de la victime** ("*victim-blaming*") apparaissent comme les principales causes de non-dénonciation. Les victimes craignent d'être jugées ou blâmées pour ce qu'elles ont subi. Cette culpabilisation, trop souvent ancrée dans la société, amène à juger la victime plutôt que l'agresseur, en mettant l'accent sur son comportement, sa tenue vestimentaire, ses tendances sexuelles, ou encore son passé. Cette pression sociale décourage les victimes de parler, par peur que leur parole ne soit pas prise au sérieux, ou pire, qu'elle se retourne contre elles.

Cette dynamique est illustrée par la distinction sociétale entre les "bonnes" et les "mauvaises" victimes. Une "bonne victime" est perçue comme vulnérable, innocente, sans ambiguïté, tandis qu'une "mauvaise victime"<sup>95</sup> est celle dont le comportement ou les choix sont utilisés pour atténuer la gravité de l'agression ou pour impliquer qu'elle en serait partiellement responsable. Cette dichotomie injuste et inexacte fait peser un poids immense sur les victimes, qui savent que si elles ne correspondent pas à l'image idéalisée d'une "bonne victime", elles risquent de ne pas être crues

---

Elle fait écho aux résultats d'enquêtes internationales, notamment celle de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2014, qui montre que la violence sexuelle reste courante en Europe. Cf. ég. [ProCoRe, Rapport communautaire sur les expériences de violences vécues par des travailleurs du sexe en Suisse, 2024](#), pour des statistiques sur les violences sexuelles subies par les travailleur-se-x-s du sexe.

<sup>94</sup> [Arrêt du TF 6B\\_257/2020 du 24 juin 2021](#) : Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a estimé que la juridiction d'appel a versé dans l'arbitraire, celle-ci ayant nié la crédibilité générale des déclarations de la victime sur la base du dépôt tardif de la plainte ainsi qu'en raison de son état apparent le lendemain de l'agression. En outre, le Tribunal fédéral reconnaît que les victimes d'agression sexuelle s'abstiennent souvent de porter plainte, et que l'état de choc et de sidération vécu par celles-ci après un tel traumatisme peut engendrer un mécanisme de déni. Il indique que la recherche scientifique démontre que les expériences traumatisantes sont traitées différemment dans le cerveau, ce qui peut entraîner des pertes de mémoire ou des incohérences dans le récit, et que les tribunaux doivent en tenir compte lorsqu'ils évaluent les déclarations de la victime (considérant 5.4.1.); CourEDH, arrêt du 27 mai 2021, [affaire J.L. c. Italie](#), requête n° 6571/16, par. 46; cf. BARTON, p. 1374 s.; LIEBER / GRESET / PEREZ-RODRIGO, p. 22 ss; Réseau Convention Istanbul, p. 320.

<sup>95</sup> CourEDH, [affaire J. L. c. Italie](#) (nbp 94) : En juillet 2008, J.L., une jeune femme de 19 ans, a porté plainte pour viol en réunion contre sept hommes, soutenant qu'elle avait été contrainte à des rapports sexuels alors qu'elle se trouvait sous l'emprise de l'alcool. Six d'entre eux ont été condamnés pour avoir « induit une personne se trouvant dans un état d'infériorité physique et psychique à accomplir ou subir des actes à caractère sexuel », mais tous ont été acquittés du chef d'accusation de viol par la violence, la Cour retenant des incohérences quant au consentement de la plaignante. En appel, la Cour d'appel de Florence a prononcé l'acquittement général, estimant que le comportement et les expériences antérieures et postérieures de l'intéressée révélaient une « *attitude ambivalente* » vis-à-vis de la sexualité. J.L. a alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), alléguant une violation de l'article 8 CEDH, en raison d'une atteinte à son droit au respect de sa vie privée et de son intégrité personnelle. Si la CourEDH a jugé l'enquête et les auditions conformes à la Convention, elle a en revanche estimé que les décisions judiciaires italiennes étaient entachées de préjugés et de stéréotypes liés aux rôles de genre et à la sexualité, portant ainsi atteinte aux droits de la requérante.

et de voir leur expérience minimisée. Ces **stéréotypes** sont un frein considérable à la dénonciation des agressions.

Dans ce contexte, il est impératif que les tribunaux tiennent compte des facteurs sous-jacents du silence des victimes. Les références à l'ambiguïté perçue dans le comportement de la victime ne devraient jamais justifier une méprise quant au consentement ou une absence de refus explicite. Le choix des mots dans les décisions de justice est essentiel pour éviter de transférer la responsabilité de l'agression sur la victime. L'application du principe selon lequel « non, c'est non », et l'assimilation de toute ambiguïté à un refus implicite (respectivement à l'absence d'un consentement clair) apporte une solution positive en affirmant qu'un consentement ne peut jamais être présumé en l'absence de manifestations explicites.

2. La **honte et la culpabilité** sont également des obstacles majeurs. Nombreuses sont les victimes qui, à tort, se sentent responsables de ce qui leur est arrivé. La honte devient un mur infranchissable, empêchant de nombreuses victimes de dénoncer leur agresseur, par crainte du jugement et de l'exposition publique.
3. La **peur des représailles**, qui est particulièrement forte lorsque l'agresseur est un proche, un membre de la famille, ou une personne de confiance, doit également être considérée. Cette proximité crée une dynamique d'emprise et d'insécurité qui dissuade les victimes de porter plainte, par crainte de représailles directes ou de pressions sociales et familiales pour garder le silence.
4. La **gravité du traumatisme subie par les victimes** peut entraîner un état de sidération qui les empêche de réagir, de se défendre, ou même de dénoncer l'agression. Ce mécanisme de survie, qui paralyse certaines victimes, rend encore plus difficile le dépôt de plainte, même longtemps après les faits.
5. Enfin, la **méconnaissance des droits et des ressources disponibles** ne doit pas être négligée. Beaucoup de victimes ne savent pas à qui s'adresser, quelles démarches entreprendre, ou quels soutiens sont à leur disposition. Ce manque d'information est un autre facteur de silence, souvent aggravé par des tabous culturels ou des stéréotypes sur la sexualité. Le système judiciaire, quant à lui, est perçu par beaucoup comme peu empathique, complexe, et difficile à naviguer. La longueur des procédures, le taux de condamnation relativement faible, et le sentiment que la parole des victimes ne sera pas prise en compte renforcent la réticence à engager des démarches judiciaires. La méfiance envers l'efficacité du système et la crainte de ne pas être crue agissent comme des freins considérables.

Ces obstacles soulignent que la seule réforme du droit pénal matériel, bien qu'indispensable, n'apporte aucune solution définitive. Au-delà du texte, il est crucial de créer un environnement où les victimes se sentent en sécurité, écoutées, et soutenues pour se tourner vers la justice. Un changement de perspectives, tant au sein de la société que des institutions, est essentiel pour lever les freins au dépôt de plainte et garantir à chaque victime un accès équitable à la justice. Si les principes fondamentaux doivent être respectés, les autorités judiciaires ne peuvent ignorer ces enjeux lorsqu'elles traitent des questions juridiques fondamentales.

## V. Conclusion

Bien que la réforme du droit pénal marque une avancée, elle ne permet pas encore d'éliminer complètement le risque d'impunité pour les actes commis sans consentement explicite. L'une des principales lacunes réside dans l'interprétation que les tribunaux feront du consentement (ou non-consentement), à savoir le fait d'admettre ou non la présomption implicite de celui-ci. En cas de présomption implicite du consentement, les tribunaux laisseront subsister un risque d'impunité important concernant les actes non consensuels, lorsque la victime n'a pas manifesté son rejet de manière explicite.

Une approche plus protectrice consisterait à considérer toute absence de consentement valable comme un refus, qu'il soit exprimé de manière explicite ou implicite. En effet, la capacité d'une personne à exprimer son désaccord peut être altérée par la sidération, la peur ou des rapports de domination, rendant insuffisante une approche qui repose uniquement sur la manifestation claire d'un refus. Cette approche s'inscrit dans la logique du législateur, dont l'introduction de nouvelles dispositions réprimant les atteintes et agressions sexuelles, ainsi que les infractions relatives au retrait non consensuel du préservatif, à la tromperie sur la nature d'un acte sexuel ou au partage non consenti de contenus intimes, traduit une volonté de mieux appréhender la complexité du consentement. Par ailleurs, la charge ne devrait pas peser uniquement sur la victime pour démontrer son absence de consentement, mais également sur l'auteur de l'acte, qui devrait avoir l'obligation de s'assurer de la volonté réelle de l'autre personne.

Dans un contexte où la société tend à reconnaître l'importance du consentement explicite, il est impératif que les tribunaux adoptent une lecture plus attentive des signaux non verbaux et ne se limitent pas à rechercher un refus clair et direct. L'éducation au consentement et la responsabilisation des individus dans la vérification active de la volonté d'autrui sont essentielles pour prévenir les abus et réduire les zones d'ombres juridique laissant subsister un risque d'impunité. Par conséquent, au-delà du cadre légal, un changement de perspectives est nécessaire, tant au sein de la société que des institutions judiciaires, afin de garantir un accès effectif à la justice. Il est indispensable de briser les stéréotypes qui culpabilisent les victimes et d'adopter une approche qui ne fasse plus reposer la charge du refus sur elles, mais qui exige de l'auteur qu'il s'assure du consentement réel de son ou sa partenaire.

## Bibliographie

### Doctrine

- BARRANCO Kyla, *Canadian Sexual Assault Laws : A model for Affirmative Consent on College Campuses ?*, Michigan State International Law Review (Vol. 24.3) 2016, p. 801 ss.
- BARTON Justine, *L'appréciation de la crédibilité d'une victime présumée de violences sexuelles – Une analyse à l'aune des mythes sur le viol*, PJA 11/2021, p. 1370 ss.
- BRACHA Stefan et al., *Does « fight of flight » need updating ?*, Psychosomatics (Vol. 45/5) 2004, p. 448 ss.
- FALLER Kathleen Coulborn, *Forty years of forensic interviewing of children suspected of sexual abuse, 1974–2014: Historical benchmarks*, Social Sciences (Vol. 4(1)) 2025, p. 34 ss.
- FUSÉ Tiffany et al., *Factor structure of the Tonic Immobility Scale in female sexual assault survivors : An exploratory and Confirmatory Factor Analysis*, Journal of Anxiety Disorders (Vol. 2/3) 2007, p. 265 ss.
- GFS Berne, *Bevölkerung empfindet Zustimmungslösung als besten Schutz gegen sexualisierte Gewalt*, in : gfs.bern (<https://www.gfsbern.ch/fr/>), Berne 2022, p. « [https://www.gfsbern.ch/wp-content/uploads/2022/04/220407\\_wahrnehmung\\_sexueller\\_beziehungen-und-gewalt\\_bericht\\_de\\_final.pdf](https://www.gfsbern.ch/wp-content/uploads/2022/04/220407_wahrnehmung_sexueller_beziehungen-und-gewalt_bericht_de_final.pdf) » (03.03.2025) (cité : GFS Berne, *Bevölkerung*).
- GFS Berne, *Sexuelle Belästigung und sexuelle Gewalt an Frauen sind in der Schweiz verbreitet – Hohe Dunkelziffer im Vergleich zu strafrechtlich verfolgten Vergewaltigungen*, in : gfs.bern (<https://www.gfsbern.ch/fr/>), Berne 2019, p. « <https://cockpit.gfsbern.ch/fr/cockpit/violence-sexuelles-en-suisse/> » (03.03.2025) (cité : GFS Berne, *Sexuelle Belästigung*).
- GODEL Thierry / DELEZE Morgane, *Petit commentaire de la révision du droit pénal sexuel en Suisse*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2024, in : Droit pénal et politique criminelle (DPPC) (<https://www.dppc.online/fr/>), 2024, p. « <https://www.dppc.online/fr/articles/petit-commentaire-de-la-revision-du-droit-penal-sexuel-en-suisse-entree-en-vigueur-le-1er> » (01.02.2025).
- HURTADO POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2023.
- Institut suisse de droit comparé (ISDC), *Gutachten über die rechtliche Einordnung sexueller Übergriffe ohne Einverständnis in Belgien, Deutschland, England & Wales, Österreich, Schweden*, in : Office fédéral de la justice (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>), Lausanne 2020, p. « <https://www.e-doc.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2020-05-31.html> » (25.03.2025) (cité : ISDC, *Sexuelle Übergriffe*).
- JAKOBS Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin / New York 1991.
- JAQUIER Véronique / MONTAVON Camille, *Rapport sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle résistance ?*, RPS 141/2023, p. 178 ss.
- KALAF Juliana et al., *Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma – A population based study*, Journal of Affective Disorders (Vol. 215) 2017, p. 71 ss.
- MAIER Philipp, *Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht – Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen*, thèse, Zurich 1994.
- LIEBER Marylène / GRESET Cécile / PEREZ-RODRIGO Stéphanie, *Le traitement pénal des violences sexuelles à Genève, Une étude exploratoire*, IRS Working Paper n° 14, Genève 2019.
- MÖLLER Anna / SÖNDERGAARD Hans Peter / HELSTRÖM Lotti, *Tonic Immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*, Acte Obstetricia et Gynecologica Scandinavica (Vol. 96/8) 2017, p. 901 ss.

Organisation mondiale de la santé (OMS), *Responding to intimate partner violence and sexual violence against women – WHO clinical and policy guidelines*, 2013 (cité : OMS, *Sexual violence*).

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

PERRIER DEPEURSINGE Camille / BOYER Mathilde, *Stealthings : Quelle protection pénale ? – de la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle*, in : Perrier Depeursinge Camille et al. (édit.), *Cimes et châtiments – mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022, p. 1 ss. ([https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_85560072D6D4.P001/REF.pdf](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_85560072D6D4.P001/REF.pdf))

PERRIER DEPEURSINGE Camille / PITTET Marie, *Le consentement du lésé en droit pénal suisse : Conditions et validité dans le domaine médical*, PJA 6/2021, p. 801 ss. ([https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_C6739E9678A6.P003/REF.pdf](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_C6739E9678A6.P003/REF.pdf))

Perrier Depeursinge Camille et al. (édit.), *Cimes et châtiments – mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022.

Réseau Convention Istanbul, *Mise en œuvre de la Convention d'Istanbul en Suisse, Rapport alternatif de la société civile*, in : Istanbul Konvention (<https://istanbulkonvention.ch/index.html>), 2021, p. [https://istanbulkonvention.ch/assets/images/elements/Rapport\\_alternatif\\_Reseau\\_Convention\\_Istanbul.pdf](https://istanbulkonvention.ch/assets/images/elements/Rapport_alternatif_Reseau_Convention_Istanbul.pdf) (05.03.2025).

ROELOFS Karin, *Freeze for action : neurobiological mechanisms in animal and human freezing*, Philosophical Transactions of the Royal Society B (Vol 372) 2017, p. 1 ss.

SALMONA Muriel, *Le Livre noir des violences sexuelles*, Malakoff 2018.

SCHEIDEGGER Nora / LAVOYER Agota / STALDER Tamara, *Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht – «Egoistisch, rücksichtslos, kaltherrzig» - aber strafrechtlich nicht relevant ?*, sui generis 2020, p. 57 ss.

SCHEIDEGGER Nora, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz : Grundlagen und Reformbedarf*, Berne 2018.

SCHMIDLIN Bruno / CAMPI Arnaud, art. 23/24, 28, 29/30 CO, in : Thévenoz Luc / Werro Franz (édit.), CR CO I, 3e éd., Bâle 2021.

STRATENWERTH Günter / BOMMER Felix, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 8<sup>e</sup> éd., Berne 2022.

Thévenoz Luc / Werro Franz (édit.), CR CO I, 3e éd., Bâle 2021.

VAN DER KOLK Bessel, *The Body Keeps the Score*, New-York 2017.

## Documents officiels

### Documents officiels rendus par les autorités suisses

Avis du Conseil fédéral au sujet du rapport du 17 février 2022 concernant l'harmonisation des peines et l'adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, FF 2022 p. 1011 ss (cité : FF 2022 1011).

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 17 février 2022 concernant l'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, FF 2022 p. 687 ss (cité : FF 2022 687).

Conseil fédéral, *Commentaires de la Suisse sur le rapport d'évaluation du GREVIO*, in : BFEG (<https://www.ebg.admin.ch/fr>), Berne 2022, p. « <https://backend.ebg.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-ebgch-files/files/2023/08/28/5532a29d-c945-451c-9446-85e1e1d4d847.pdf> » (04.02.2025) (cité : Conseil fédéral, *Commentaires GREVIO*).

OFJ, *Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle – Rapport sur les résultats de la consultation*, in : Fedlex ([https://www.fedlex.admin.ch/fr/home?news\\_period=last\\_day&news\\_pageNb=1&news\\_order=desc&news\\_itemsPerPage=10](https://www.fedlex.admin.ch/fr/home?news_period=last_day&news_pageNb=1&news_order=desc&news_itemsPerPage=10)), Berne 2021, p. « <https://www.fedlex.admin.ch/filestore>

[/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons\\_1/doc\\_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-4-cons\\_1-doc\\_6-fr-pdf-a.pdf](#) » (10.02.2025) (cité : OFJ, *Rapport*).

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié, FF 2018 p. 2889 ss (cité : FF 2018 2889).

## **Documents officiels européens**

### **Conseil de l'Europe**

Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, STCE 2010, Istanbul 2011 (cité : Conseil de l'Europe, *Rapport violence*).

### **Comité des Ministres du Conseil de l'Europe**

Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'assistance aux victimes d'infractions, Rec(2006)8, 14 juin 2006 (cité : Comité des Ministres, *Recommandation victimes*).

### **GREVIO**

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Grèce*, GREVIO(Inf(2023)23, Strasbourg 2023 (cité : GREVIO, *Grèce*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Suisse*, GREVIO(Inf(2022)27, Strasbourg 2022 (cité : GREVIO, *Suisse*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Belgique*, GREVIO(Inf(2020)14, Strasbourg 2020 (cité : GREVIO, *Belgique*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Suède*, GREVIO(Inf(2018)15, Strasbourg 2019 (cité : GREVIO, *Suède*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Monténégro*, GREVIO(Inf(2018)5, Strasbourg 2018 (cité : GREVIO, *Monténégro*).