

DPPC

Droit Pénal et Politique Criminelle

Derecho Penal y Política Criminal

Les implications de la redéfinition du consentement dans le nouveau droit en matière sexuelle

Léonore Lebedeva*

**Travail du bachelor of law rédigé sous la direction du Prof. Dr Thierry Godel, Professeur à la Faculté de droit d'Unidistance Suisse (Semestre de printemps 2024).*

Proposition de citation : Lebedeva Léonore., *Les implications de la redéfinition du consentement dans le nouveau droit en matière sexuelle*, in : www.dppc.online, septembre 2024

(URL : <https://www.dppc.online/fr/les-implications-de-la-redefinition-du-consentement-dans-le-nouveau-droit-en-matiere-sexuelle>)

Résumé

La révision du droit pénal en matière d'infractions d'ordre sexuel, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024, introduit des modifications significatives visant à moderniser le cadre juridique suisse. Les principaux changements concernent deux aspects clés : l'élargissement de la définition légale du viol pour inclure tout acte impliquant une pénétration, et l'abandon de l'élément constitutif de contrainte, remplacé par l'absence de consentement dans les infractions de contrainte sexuelle (art. 189 CP) et de viol (art. 190 CP). En élargissant le champ d'application de l'infraction de viol et plaçant le consentement au centre des infractions sexuelles, ces modifications représentent un pas significatif vers la reconnaissance de l'importance de l'autodétermination sexuelle comme bien juridique protégé.

Dans cet article, l'auteur examine l'évolution de la notion de consentement et ses implications concrètes dans la redéfinition pénale de la contrainte sexuelle et du viol. Pour ce faire, l'auteur analyse les modifications des dispositions pénales relatives aux violences sexuelles entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2024, en particulier le remplacement de l'élément constitutif de contrainte par celui de l'absence de consentement de la victime. Ce changement marque en effet un virage important dans la manière dont les autorités pénales appréhendent les infractions sexuelles. Sous l'ancien système, la contrainte était un critère déterminant pour qualifier une infraction de viol ou de contrainte sexuelle, ce qui avait notamment pour effet, comme le montrent les statistiques sur les violences sexuelles en Suisse, de décourager de nombreuses victimes à porter plainte, sachant que leurs plaintes n'avaient que peu de chances de déboucher sur une condamnation, faute de contrainte telle que définie par la jurisprudence.

Désormais, l'absence de consentement est au cœur de la définition de ces infractions, ce qui reflète une approche plus centrée sur la protection de l'autodétermination sexuelle des individus. Cependant, pour l'auteur, en retenant la variante du refus (où le refus doit être exprimé de manière perceptible pour que l'infraction soit reconnue), la révision ne parcourt que la moitié du chemin. Selon elle, en maintenant une forme de responsabilité de la victime dans la qualification de l'infraction ainsi qu'une présomption de consentement des victimes, cette approche pourrait perpétuer des biais sexistes et des mythes sur le viol. La variante du consentement explicite, qui aurait exigé une confirmation claire du consentement, aurait selon elle offert une protection plus efficace de l'autodétermination sexuelle.

Resumen

La revisión del derecho penal en materia de delitos sexuales, que entró en vigor el 1 de julio de 2024, introduce modificaciones significativas con el objetivo de modernizar el marco jurídico suizo. Los principales cambios se centran en dos aspectos clave: la ampliación de la definición legal de violación para incluir cualquier acto que implique penetración, y la eliminación del elemento constitutivo de coacción, reemplazado por la ausencia de consentimiento en los delitos de coacción sexual (art. 189 CP) y de violación (art. 190 CP). Estas modificaciones, que amplían el ámbito de aplicación del delito de violación y colocan el consentimiento en el centro de los delitos sexuales, representan un paso significativo hacia el reconocimiento de la importancia de la autodeterminación sexual como bien jurídico protegido.

Casi ausente del discurso público hace unos treinta años, la noción de consentimiento ha evolucionado, ganando en importancia a medida que las mujeres y otros grupos anteriormente marginados han sido reconocidos como sujetos de pleno derecho. El debate jurídico sobre la definición del consentimiento sexual en el derecho penal se enmarca así en un debate social más amplio que va de la mano con una reconfiguración profunda de las relaciones sociales entre hombres y mujeres.

En el derecho civil suizo, específicamente según el artículo 28 del Código Civil suizo del 10 de diciembre de 1907 (CC; n.º RS 210), toda lesión a la personalidad es ilícita salvo que esté justificada por el consentimiento de la víctima, un interés preponderante o la ley. Para ser válido, el consentimiento debe ser libre, informado y provenir de una persona con capacidad de discernimiento, según el artículo 16 CC. En materia penal, el consentimiento tiene varias facetas. Puede constituir un hecho justificativo extralegal, influyendo en la punibilidad del autor según las circunstancias y la naturaleza de los delitos. También puede constituir un elemento de la tipicidad objetiva de un delito. De hecho, cuando un elemento constitutivo objetivo de la descripción legal del hecho se refiere a la voluntad de la persona lesionada (de manera explícita o implícita), el consentimiento debe analizarse desde el punto de vista de la tipicidad.

Este artículo examina en detalle las implicaciones de las modificaciones que entraron en vigor el 1 de julio de 2024 en materia de delitos contra la integridad sexual, centrándose en particular en la sustitución del elemento constitutivo de coacción por el de ausencia de consentimiento de la víctima. Este cambio marca un giro importante en la forma en que las autoridades penales abordan los delitos sexuales. Bajo el antiguo sistema, la coacción era un criterio determinante para calificar un delito de violación o coacción sexual. Ahora, la ausencia de consentimiento está en el centro de la definición de estos delitos, lo que refleja un enfoque más centrado en la protección de la autodeterminación sexual de los individuos. Sin embargo, para la autora, al optar por la variante del rechazo (donde el rechazo debe ser expresado de manera perceptible

para que el delito sea reconocido), la revisión solo recorre la mitad del camino. Según ella, al mantener una forma de responsabilidad de la víctima en la calificación del delito, así como una presunción de consentimiento al acto sexual, este enfoque podría perpetuar sesgos sexistas y mitos sobre la violación. La variante del consentimiento explícito, que habría exigido una confirmación clara del consentimiento, habría ofrecido una protección más eficaz de la autodeterminación sexual.

Las estadísticas sobre la violencia sexual en Suiza revelan una alta prevalencia de estos delitos con una baja proporción de denuncias presentadas por las víctimas. Esta realidad pone de manifiesto los desafíos de la implementación de las nuevas disposiciones legales y la necesidad de un mayor apoyo a las víctimas para alentarlas a presentarse. El fenómeno del estado de estupor, en el que una víctima es incapaz de reaccionar debido al shock o al miedo, complica aún más la valoración del consentimiento. Este fenómeno se tiene en cuenta en la revisión del derecho penal, pero persisten preocupaciones sobre su interpretación y aplicación en casos reales.

El Convenio de Estambul y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) destacan la importancia del consentimiento en los casos de violencia sexual, exigiendo que todo acto sexual sin consentimiento explícito sea castigado. Sin embargo, los Estados miembros conservan cierta libertad en la interpretación y aplicación de estas normas. Al optar por la variante del rechazo, la revisión del derecho penal suizo se alinea parcialmente con estas normas internacionales, dejando subsistir lagunas en la punibilidad en la protección de las víctimas de violencia sexual.

La revisión también introduce nuevas disposiciones, como el artículo 197a CP, que trata sobre la pornodivulgación, es decir, la difusión de contenidos de carácter sexual sin el consentimiento de la persona identificable. Este delito pone de relieve los desafíos planteados por las nuevas tecnologías y las formas modernas de violencia sexual, subrayando la necesidad de una adaptación continua de las leyes para responder a las realidades contemporáneas.

Aunque la revisión representa un avance importante, es criticada por la autora por no ir lo suficientemente lejos en la protección de las víctimas de violencia sexual. La preferencia por la variante del rechazo, en lugar de la del consentimiento explícito, según ella, mantiene una forma de responsabilidad de la víctima en la calificación del delito y no permite una protección óptima de la autodeterminación sexual. Para lograr una verdadera igualdad y respeto mutuo en las relaciones sexuales, parece crucial superar estas limitaciones y promover una cultura de consentimiento claro y explícito.

Abstract

The revision of criminal law concerning sexual offenses, which came into effect on July 1, 2024, introduces significant changes aimed at modernizing the Swiss legal framework. The main changes focus on two key aspects: the expansion of the legal definition of rape to include any act involving penetration, and the abandonment of the element of coercion, replaced by the absence of consent in the offenses of sexual coercion (Art. 189 CC) and rape (Art. 190 CC). These modifications, which broaden the scope of the rape offense and place consent at the center of sexual offenses, represent a significant step toward recognizing the importance of sexual self-determination as a legally protected right.

Almost absent from public discourse thirty years ago, the notion of consent has evolved, gaining importance as women and other previously marginalized groups have been recognized as full-fledged subjects of law. The legal debate on the definition of sexual consent in criminal law is thus part of a broader societal debate, accompanied by a profound reconfiguration of social relations between men and women.

In Swiss civil law, specifically according to Article 28 of the Swiss Civil Code of December 10, 1907 (CC; RS No. 210), any violation of personal rights is unlawful unless justified by the victim's consent, an overriding interest, or the law. To be valid, consent must be free, informed, and given by a person capable of discernment, according to Article 16 CC. In criminal matters, consent has several facets. It can constitute an extralegal justification, influencing the punishability of the perpetrator depending on the circumstances and nature of the offenses. It can also constitute an element of the objective typicality of an offense. Indeed, when an objective constitutive element of the legal fact statement refers to the will of the injured party (explicitly or implicitly), consent must be analyzed from the perspective of typicality.

This article examines in detail the implications of the changes that came into effect on July 1, 2024, concerning offenses against sexual integrity, focusing particularly on the replacement of the constitutive element of coercion with that of the absence of consent from the victim. This change marks an important shift in how criminal authorities approach sexual offenses. Under the previous system, coercion was a determining criterion for qualifying an offense as rape or sexual coercion. Now, the absence of consent is at the heart of the definition of these offenses, reflecting a more centered approach on the protection of individuals' sexual self-determination. However, according to the author, by retaining the refusal variant (where the refusal must be perceptibly expressed for the offense to be recognized), the revision only goes halfway. According to her, by maintaining a form of victim responsibility in the qualification of the offense and a presumption of consent to the sexual act, this approach could perpetuate sexist biases and myths

about rape. The explicit consent variant, which would have required clear confirmation of consent, would have offered more effective protection of sexual self-determination.

Statistics on sexual violence in Switzerland reveal a high prevalence of these offenses, with a low proportion of complaints filed by victims. This reality highlights the challenges of implementing the new legal provisions and the need for increased support for victims to encourage them to come forward. The phenomenon of tonic immobility, where a victim is unable to react due to shock or fear, further complicates the assessment of consent. This phenomenon is now considered in the revision of criminal law, but concerns remain about its interpretation and application in real cases.

The Istanbul Convention and the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) emphasize the importance of consent in cases of sexual violence, requiring that any sexual act without explicit consent be punished. However, member states retain some latitude in the interpretation and implementation of these standards. By opting for the refusal variant, the revision of Swiss criminal law partially aligns with these international standards while leaving gaps in the punishability concerning the protection of victims of sexual violence.

The revision also introduces new provisions, such as Article 197a CC, which deals with “revenge porn,” that is, the dissemination of sexually explicit content without the identifiable person’s consent. This offense highlights the challenges posed by new technologies and modern forms of sexual violence, underscoring the need for continuous adaptation of laws to respond to contemporary realities.

Although the revision represents a significant step forward, the author criticizes it for not going far enough in protecting victims of sexual violence. The preference for the refusal variant, rather than explicit consent, according to her, maintains a form of victim responsibility in the qualification of the offense and does not allow for optimal protection of sexual self-determination. To achieve true equality and mutual respect in sexual relationships, it seems crucial to overcome these limitations and promote a culture of clear and explicit consent.

Table des matières

Résumé	2
Liste des abréviations	8
Jurisprudence citée	10
A. Jurisprudence de la CourEDH	10
B. Arrêts publiés au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral	10
C. Autres arrêts en ligne dès 2000	10
D. Arrêts de la cour pénale internationale	10
E. Arrêts cantonaux	11
Bibliographie	11
A. Doctrine	11
B. Autres documents	16
I Introduction	18
II La notion de consentement	19
A. Définition et validité au sens du droit civil suisse	20
B. Portée et limites en droit pénal	21
C. Les différentes formes et expressions du consentement	23
III Les violences sexuelles et leur matérialisation en droit pénal suisse	27
A. Cadre international	27
B. Définition et contours des violences sexuelles	30
C. Statistiques	33
IV La portée pénale et les limites du consentement en matière de violences sexuelles	35
A. Les enjeux de la révision du droit pénal en matière sexuelle et le débat autour du consentement	35
B. L'absence de consentement comme élément de la typicité des infractions sexuelles	38
1. Le cas du viol et de la contrainte sexuelle	39
2. L'élément constitutif objectif « contre la volonté d'une personne »	43
3. L'élément constitutif objectif de « l'état de sidération » et son traitement sous le prisme du consentement	45
4. Le cas de la transmission induue d'un contenu non public à caractère sexuel	46
5. Tableau récapitulatif des infractions sexuelles sous l'angle du consentement comme élément de typicité objective	49
C. Le traitement de l'erreur sur le consentement	51
D. Le consentement comme fait justificatif extralégal en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle	53
V Conclusion	55

Liste des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil des arrêts du Tribunal fédéral
BJ	bien(s) juridique(s)
c.	considérant(s)
CAJE	Commission des affaires juridiques du Conseil des États
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDEF	Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979 (RS 0.108)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, (Convention européenne des droits de l'homme) (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
CFQF	Commission fédérale pour les questions féminines
ch.	chiffre(s)
CI	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)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0), (État le 1er juillet 2024)
DIH	Droit international humanitaire
éd.	édition
édit.	éditeur(s) (=Hrsg.)
EFL	énoncé(s) de fait(s) légal(aux)
et al.	et alii (et autres auteurs)
FF	Feuille fédérale
GREVIO	Groupe d'experts du Conseil de l'Europe sur l'action contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique
Hrsg.	Herausgeber (=édit.)
lit.	littera
loc. cit.	locution citée
nbp	note de bas de page

par.	paragraphe(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
Prof.	Professeur(e)
OFS	Office fédéral de la statistique, Neuchâtel
p.	page(s)
RPS	Revue Pénale Suisse (=ZStrR)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
SPC	Statistique policière de la criminalité
ss	et suivant (e)(s)
TF	Tribunal fédéral
vol.	volume
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (=RPS)

Jurisprudence citée

A. Jurisprudence de la CourEDH

- Arrêt CourEDH *J.L. contre Italie* du 27 mai 2021 (requête 001-210299)
- Arrêt CourEDH *Y. contre Slovénie* du 28 mai 2015 (requête 41107/10)
- Arrêt CourEDH *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005 (requêtes 42758/98 et 45558/99)
- Arrêt CourEDH *M.C. contre Bulgarie* du 4 décembre 2003 (requête 39272/98)

B. Arrêts publiés au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral

- ATF 148 IV 329 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_265/2020 du 11 mai 2022)
- ATF 148 IV 234 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_894/2021 du 28 mars 2022)
- ATF 148 IV 57 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_567/2020 du 6 décembre 2021)
- ATF 147 IV 409 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_257/2020, 6B_298/2020 du 24 juin 2021)
- ATF 133 IV 49 (arrêt du Tribunal fédéral 6S_171/2006, du 15 février 2007)
- ATF 87 IV 66

C. Autres arrêts en ligne dès 2000

- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1404/2021 du 8 juin 2022
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_34/2020 du 11 mai 2022
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_367/2021 du 14 décembre 2021
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1164/2020 du 10 juin 2021
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1285/2018 du 11 février 2019
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_389/2017 du 31 janvier 2018
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_774/2014 du 22 mai 2015
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_575/2010 du 16 décembre 2010
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1078/2009 du 13 décembre 2010
- Arrêt du Tribunal fédéral 6B_912/2009 du 22 février 2010

D. Arrêts de la cour pénale internationale

- Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998
- Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač et Zoran Vuković*, affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement¹, 22 février 2001

¹ [La chambre d'appel se prononce dans l'affaire le procureur contre Kunarac, Kovac et Vukovic \(Affaire Foca\) | Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie \(icty.org\).](#)

E. Arrêts cantonaux

- Arrêt de la Cour de Justice de Genève, ACPR/820/2023 du 20 octobre 2023
- Arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg, 501 2023 86 du 25 mars 2023
- Arrêt du Tribunal cantonal vaudois, CAPE 8 février 2018/32 du 8 février 2018

Bibliographie

A. Doctrine

ACKERMANN Jürg-Beat/CAPUS Nadja/CASSANI Ursula/CONINX Anna/EICKER Andreas/FATEH-MOGHADAM Bijan/GETH Christopher/GLESS Sabine/GODENZI Gunhild/HILF Marianne /JEANNERET Yvan/MERKEL Grischa/MEYER Frank/MONA Martino/PERRIN Bertrand/PIETH Mark/ PRUIN Ineke/QUELOZ Nicolas/SCHWARZENEGGER Christian/STRÄULI Bernhard/SUMMERS Sarah/WEBER Jonas, *Übergriffe angemessen bestrafen [Meinung]*, tribune publiée dans le TagesAnzeiger, du 3 juin 2019 (cité ACKERMANN et al.).

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.

BERTOLIATTI Loris, *L'absence de consentement exprimé par la victime lors de relations sexuelles (« oui, c'est oui ») est-elle suffisante pour une condamnation pénale pour contrainte sexuelle ou viol ? (arrêt 6B_894/2021 du 28 mars 2022 ; ATF 148 IV 234)*, in : Trajilovic Daniel (éd.), *Droit pénal et procédure pénale – Rétrospective 2022*, Zürich 2023, p. 137 ss.

Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (éd.), *Le consentement en droit*, Genève/Zurich/Bâle 2018.

BOMMER Felix, *Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – Neuerungen der Revision 2023*, ZStrR 142/2024 S. 58, p. 58 ss.

BROSSET Estelle, *Le consentement en matière de santé et le droit européen*, 2013, fihal-00872135, [Le consentement en matière de santé et le droit européen \(hal.science\)](#) consulté le 26 avril 2024.

Collectif, *Violences sexuelles – le poids des représentations*, Amnesty, le magazine des droits humains 97/2019, p. 10 ss (cité Magazine Amnesty).

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse – volumes I et II*, 3^e éd., Berne, 2010.

COURVOISIER Julie, *Techniques d'audition des victimes en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle*, in : Perrier Depeursinge Camille/Nathalie Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 115 ss.

DELACRAUZAZ Philippe/MOREILLON Laurent, *L'acte sexuel et la relation entre les protagonistes – interactions entre le psychiatre et le juriste*, in : Perrier Depeursinge Camille/Nathalie Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 153 ss.

Dupuis Michel et al. (édit.), *Petit commentaire Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : PC CP, art. X N° Y)

EL-GHAZI Mohamad, *Die strafrechtliche Bewertung des sogenannten Stealthings*, RSJ 115/2019 p. 675 ss.

GUISAN Alexandre, *Le stealthing n'est pas punissable en tant qu'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de résistance (art. 191 CP)*, in <https://www.crimen.ch/121/> du 12 juillet 2022.

GONIN Luc/BIGLER Olivier, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) – Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne, 2018.

HURTADO POZO José/GODEL Thierry, *Droit pénal général – Théorie, Tableaux synoptiques, Méthodologie de résolution de cas pénaux, Lexique pénal, Répertoire des termes allemands*, 4^e éd. complétée et mise à jour, Genève/Zurich/Bâle 2023.

JAQUIER Véronique/MONTAVON Camille/ISELIN Charlotte, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? 1^{ère} partie (1/2 : I.-II.)*, RPS 141/2023 p. 1 ss.

JAQUIER Véronique/MONTAVON Camille/ISELIN Charlotte, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? 1^{ère} partie (2/2 : III.)*, RPS 141/2023 p. 16 ss.

JAQUIER Véronique/MONTAVON Camille, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? 2^e partie*, RPS 141/2023 p. 178 ss.

JEANDIN Nicolas, in : Pichonnaz Pascal/Foëx, Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), *Commentaire romand – Code civil I*, 2^e éd., Bâle, 2023 (cité CR CC I-JEANDIN), art. 28.

JOLY-COZ Gwenola, *Troubles dans le consentement d'Alexia Boucherie – une réaction*, Archives de philosophie du droit 2019/1 (Tome 61), p. 387 ss, [Troubles dans le consentement d'Alexia Boucherie | Cairn.info](https://www.cairn.info/), consulté le 27 avril 2024.

Juristinnen Schweiz (édit.), *Recht und Geschlecht : Herausforderungen der Gleichstellung - Quelques réflexions 50 ans après le suffrage des femmes*, Zurich 2021.

KILLIAS Martin / KUHN André/DONGOIS Nathalie, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016.

LE MAGUERESSE Catherine, *Les pièges du consentement, pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnamarie-Dontilly, 2021.

LE MAGUERESSE Catherine, *De la centralité du consentement*, Les Cahiers de la Justice 2021/4, p. 613 ss.

LIEBER GABBIANA Marylene/GRESET Cécile/PEREZ RODRIGO Stéphanie, *Le traitement pénal des violences sexuelles à Genève – Une étude exploratoire*, IRS Working paper n°14 UNIGE, 2019.

MÖLLER Anna/ SÖNDERGAARD Hans Peter/ HELSTRÖM Lotti, *Tonic immobility during sexual assault - a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica vol. 96/2017, p. 932-938, [Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression \(wiley.com\)](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/aob.13288) (consulté le 2 mai 2024).

MONNIER Gilles, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal I*, 2^e éd., Bâle, 2021 (cité CR CP I-MONNIER), intro aux art. 14-18.

MONNIER Gilles, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal I*, 2^e éd., Bâle, 2021, (cité CR CP I-MONNIER), art. 14.

MONOD Hadrien, *Viol : la prise en compte du refus de consentir à des rapports sexuels*, in : <https://www.crimen.ch/69/> du 14 janvier 2022 (consulté le 16 mai 2024).

MONTAVON Camille/MONOD Hadrien, *La révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol – quelle place pour le consentement ?*, PJA 6/2022, p. 612 ss.

MONTAVON Camille, *Contenu de l'acte d'accusation et appréciation des preuves (« déclarations contre déclarations ») relatives à un viol*, in : <https://www.crimen.ch/64/> du 30 décembre 2021 (consulté le 4 mai 2024).

MONTAVON Camille, *L'impossible séparation du droit pénal sexuel et de la morale ?*, sui generis 2023, p. 43 ss.

Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal II*, Bâle, 2017 (cité : CR CP II – AUTEUR, art. X N° Y).

Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I : art. 1-110, Commentaire romand – Code pénal I*, 2^e éd., Bâle, 2021 (cité : CR CP I – AUTEUR, art. X N° Y).

MORIN Ariane, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle, 2021 (cité CR CO I-MORIN), art. 1.

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Strafrecht I : art. 1 – 136 StGB, Basler Kommentar Strafrecht*, 4^e éd., Bâle, 2019 (cité BSK StGB I – AUTEUR, art. X N° Y).

NIGGLI Marcel Alexander/GÖHLICH Carola, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Strafrecht I : art. 1 – 136 StGB, Basler Kommentar Strafrecht*, 4^e éd., Bâle, 2019 (cité BSK StGB I – NIGGLI/GÖHLICH) , Vor Art. 14.

PASQUIER Bruno/SILACCI Alessandro/CAON Maurizio, *Protection des données : consentement, devoir d'informer et utilisation de pictogrammes*, PJA 2021 p. 889 ss.

Perrier Depeursinge Camille/Nathalie Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022.

Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew/Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), *Cimes et châtiments – mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022.

PERRIER DEPEURSINGE Camille/ARNAL Justine, *Révision du viol en droit suisse – Dix questions soulevées par la modification de l'art. 190 CP*, RPS 142/2024, p. 21 ss.

PERRIER DEPEURSINGE Camille/BOYER Mathilde, *Infractions contre l'intégrité sexuelle, Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours*, in : Perrier Depeursinge Camille/Nathalie Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 1 ss.

PERRIER DEPEURSINGE Camille/BOYER Mathilde, *Stealthing : Quelle protection pénale ? – de la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle*, in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew/Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), *Cimes et châtiments – mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022.

PERRIER DEPEURSINGE Camille/CES Laura, *En l'état actuel du droit suisse, le viol suppose la contrainte et la solution du consentement « oui c'est oui » nécessite un changement législatif*, in : <https://www.crimen.ch/108/> du 25 mai 2022 (consulté le 15 mars 2024).

PERRIER DEPEURSINGE Camille/PITTET Marie, *Le consentement du lésé en droit pénal suisse*, PJA 6/2021 p. 801 ss.

Pichonnaz Pascal/Foëx, Bénédicte/Fountoulakis Christiana (édit.), *Commentaire romand – Code civil I*, 2^e éd., Bâle, 2023 (cité : CR CC I – AUTEUR, art. X N° Y).

PRUIN Ineke, *'Nein heisst nein' und 'Ja heisst ja' : zur Einführung eines konsensorientierten Ansatzes im Sexualstrafrecht in der Schweiz und in Deutschland*, ZStrR, 139/2021, p. 129 ss.

QUELOZ Nicolas, avec la collaboration de MEYLAN Patricia, *Droit pénal suisse – Partie générale – Guide pour les études*, Genève/Zurich/Bâle, 3^e éd. 2019.

QUELOZ Nicolas/ ILLÁNEZ Federico, in: Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal II*, Bâle, 2017, (cité : CR CP II – QUELOZ/ILLÁNEZ), art. 189 et 190.

QUELOZ Nicolas/MEYLAN Patricia, in: Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal II*, Bâle, 2017, (cité : CR CP II – QUELOZ/MEYLAN), art. 193.

Queloz Nicolas/Niggli Marcel/Riedo Christof (édit.), *Droit pénal et diversités culturelles : mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Zurich 2012.

QUELOZ Nicolas, *Une 'diversité culturelle' appelée à disparaître ? – Le viol d'une personne de sexe féminin (art. 190 CPS) comme lex specialis de la contrainte sexuelle (art. 189 CPS)*, in : Queloz Nicolas/Niggli Marcel/Riedo Christof (édit.), *Droit pénal et diversités culturelles : mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Zurich 2012, p. 441 ss.

SALMI Lila, *Définition européenne du viol: obstacle juridique ou idéologique?* Eurosorbonne Le journal de l'association étudiante de l'Institut d'Études Européennes de la Sorbonne Nouvelle du 7 février 2024, [Définition européenne du viol: obstacle juridique ou idéologique? - \(eurosorbonne.eu\)](https://www.eurosorbonne.eu/) consulté le 20 mai 2024.

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

SCHEIDEGGER Nora, *Revision des Sexualstrafrechts: die Verankerung des Konsensprinzips im StGB*, in: Juristinnen Schweiz (édit.), *Recht und Geschlecht : Herausforderungen der Gleichstellung - Quelques réflexions 50 ans après le suffrage des femmes*, Zurich 2021, p. 171 ss.

STEGMÜLLER Tiffaine, *Le consentement et la procréation – Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médica-*

lement assistée, in : Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (éd.), *Le consentement en droit*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 155 ss.

Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle, 2021 (cité : CR CO I – AUTEUR, art. X N° Y).

Trajilovic Daniel (éd.), *Droit pénal et procédure pénale – Rétrospective 2022*, Zürich 2023.

WERRO Franz/PERRITAZ Vincent, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle, 2021 (cité CR CO I-WERRO/PERRITAZ), art. 52.

B. Autres documents

Les dates clés de l'égalité en Suisse, diaporama réalisé par la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF, 2020, [Les 50 ans du suffrage féminin \(admin.ch\)](#), consulté le 20 mai 2024.

Bulletin Officiel, Conseil des Etats, Session d'été 2022, Cinquième séance du 7 juin 2022, N° 18.043.

Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, Rapport du 17 février 2022, FF 2022 687 (cité Rapport CAJE).

Communiqué du Département fédéral de justice et police, de l'Office fédéral de la justice et du Conseil fédéral, les nouvelles dispositions du droit pénal en matière sexuelle entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2024, 10 janvier 2024.

[Directive européenne sur les violences faites aux femmes : une version du texte validée sans définition commune du viol - Public Sénat \(publicsenat.fr\)](#) (consulté le 15 mars 2024)

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

Communiqué de presse « Première réglementation européenne en matière de lutte contre la violence à l'égard des femmes: accord conclu », du 6 février 2024, [Accord européen en matière de lutte contre la violence à l'égard des femmes | Actualité | Parlement européen \(europa.eu\)](#) (consulté le 15 mars 2024).

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

(avant-projet), Réponse à la consultation de la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF (mai 2021) (cité Rapport CFQF).

Préavis du Conseil d'Etat au Grand conseil sur l'initiative cantonale Carine Carvalho et consorts au nom du groupe socialiste « Pour l'introduction dans le code pénal des dispositions réprimant l'usage abusif de l'image et atteinte à la personnalité (Mettons fin au revenge porn !) » (21_INI_8), 22_LEG_156, mars 2023.

Principes de La Haye sur la violence sexuelle, [Homepage - The Hague Principles](#) (consulté le 10 mai 2024).

Recommandation générale n°35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n°19 du 26 juillet 2017 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (cité CEDAW/C/GC/35).

Résolution 48/104 proclamant la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes adoptée le 20 décembre 1993 par l'Assemblée générale de l'ONU.

Rapport de ©gfs.bern, Sexuelle Belästigung und sexuelle Gewalt an Frauen sind in der Schweiz verbreitet Hohe Dunkelziffer im Vergleich zu strafrechtlich verfolgten Vergewaltigungen, mai 2019 (cité Rapport Amnesty).

Statistique policière de la criminalité (SPC), Rapport annuel 2022 des infractions enregistrées par la police, OFS (cité Rapport SPC 2022).

[Violence sexualisée | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#), consulté le 15 mars 2024.

I Introduction

La révision du droit pénal en matière d'infractions d'ordre sexuel débutée en 2020 est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024. Les enjeux principaux de cette révision visant à moderniser ce pan du droit se situent à deux niveaux : 1) étendre la définition légale du viol, qui ne se limite plus à l'acte sexuel, mais comprend tout acte analogue qui implique une pénétration du corps, et 2) abandonner l'élément constitutif objectif de contrainte dans les infractions de contrainte sexuelle (art. 189 du Code pénal suisse ² [CP]) et de viol (art. 190 CP) en le remplaçant par l'absence de consentement. Ce changement a donné lieu à des débats législatifs et sociétaux autour de la question du consentement, plus spécifiquement sur la manière dont il doit être codifié et exprimé afin d'être juridiquement valable.

Ce travail a pour objet l'étude des implications de la redéfinition du consentement dans le nouveau droit en matière sexuelle. En matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, le bien juridiquement protégé est principalement le droit à l'autodétermination sexuelle. La notion de consentement y est centrale puisqu'elle se situe au cœur du processus d'autodétermination. Si ce travail porte sur le nouveau droit pénal sexuel, l'ancien droit sera néanmoins discuté dans la mesure où c'est précisément à partir de ce dernier que s'est élaborée la révision, notamment la redéfinition de ce qu'est la violence en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle et la manière dont cette violence doit être appréhendée par le Code pénal.

En renonçant à l'élément de contrainte dans l'énoncé de l'infraction de base des art. 189 et 190 CP et en le remplaçant par l'expression explicite du refus de l'acte sexuel, la révision fait du consentement sexuel un élément de typicité objective de ces infractions. Ce travail examine la capacité des nouvelles dispositions légales à garantir une protection efficace de l'autodétermination sexuelle. Nous pensons que la solution législative retenue insistant sur l'absence de refus de l'acte sexuel (dite variante du refus « *contre la volonté de la personne* ») plutôt que sur le consentement explicite (dite variante du consentement « *avec le consentement de la personne* ») permet aux biais sexistes et aux mythes sur le viol ³ de continuer de se manifester au sein du système pénal suisse en perpétuant la présomption de consentement ⁴ des victimes et en accordant à certains égards une meilleure protection à l'auteur qu'à la victime. Selon nous, cette présomption de consentement reflète un inconscient collectif façonné par la notion de devoir conjugal imposé aux femmes ainsi qu'une résistance à légiférer la sexualité masculine qui se

² RS 311.0.

³ 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. 1371.

⁴ LE MAGUERESSE Catherine, *De la centralité du consentement*, Les Cahiers de la Justice 2021/4, p. 614.

traduit par un « droit » ancestral des hommes à disposer sexuellement des femmes. Nous sommes d'avis que, malgré un important pas en avant, la révision contribue à perpétuer le statut des femmes (principales victimes des violences sexuelles ⁵) comme sujets de droit secondaires et la position de domination masculine structurelle permettant aux auteurs d'agressions sexuelles de continuer à profiter des possibilités d'évitement de la culpabilité par le doute (*in dubio pro reo*).

II La notion de consentement

En préambule à ce travail, nous pensons qu'il est important d'introduire la notion de consentement. Quasi absente du discours public il y a une trentaine d'années, elle a acquis une importance considérable aujourd'hui. La notion de consentement est intrinsèquement liée à celle de sujet de droit. En effet, ce n'est qu'à partir du moment où l'on considère que les personnes avec qui l'on interagit sont des sujets de droit, capables d'actionner la justice pour obtenir réparation, que la question du consentement devient centrale. Pendant longtemps, les enfants, les patients et les femmes n'étaient pas considérés comme des sujets de droit à part entière et la question de leur consentement ou absence de consentement était sans objet. Si l'égalité entre les hommes et les femmes est inscrite dans la Constitution en 1981, il faut attendre 1988 pour que la tutelle masculine sur la famille soit abolie, 1992 pour que le viol conjugal (proprement inconcevable tant que la femme était considérée comme une extension de son mari) soit puni sur plainte et 2004 pour qu'il soit poursuivi d'office ⁶. L'accès des femmes au statut de sujet de droit est donc relativement récent. En matière d'infractions visant les violences sexuelles, la révision du droit pénal de 1992 voit l'avènement du droit à l'autodétermination sexuelle comme bien juridiquement protégé, mais si les « infractions contre les mœurs » sont rebaptisées « infractions contre l'intégrité sexuelle », la manière dont ces infractions sont conçues n'évolue pas en profondeur et le corps des femmes reste particulièrement visé par les infractions sexuelles. Le débat juridique sur la définition du consentement sexuel en droit pénal entre dans un débat sociétal plus large allant de pair avec une reconfiguration profonde des rapports sociaux entre les hommes et les femmes.

⁵ En 2023, sur 4'223 cas de violences sexualisées recensés, 3'827 des victimes sont féminines (OFS – SPC, tableau Excel *Violence sexualisée : Infractions et personnes lésées 2009-2023*) ; BARTON (nbp 3), p. 1374.

⁶ Commission fédérale pour les questions féminines CFQF | 2020 – Les dates clés de l'égalité en Suisse.

A. Définition et validité au sens du droit civil suisse

En droit civil suisse, aux termes de l'art. 28 du Code civil suisse du 10 décembre 1907⁷ (CC), toute atteinte à la personnalité est par définition illicite et habilite la victime à agir pour s'en protéger (art. 28 al. 1 CC) à moins que ne soit réalisé l'un ou l'autre des motifs justificatifs de l'art. 28 al. 2 CC qui énonce qu'« une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi »⁸. En termes de répartition du fardeau de la preuve, il incombe au lésé d'établir l'existence d'une atteinte à sa personnalité, et c'est ensuite à l'auteur de prouver l'existence de l'un ou l'autre des motifs justificatifs excluant l'illicéité de son comportement⁹. En droit civil, le consentement constitue donc un fait justificatif, dont la validité doit être examinée au cas par cas¹⁰.

Pour être valable, le consentement doit être libre, éclairé et émaner d'un individu capable de discernement. Au sens de l'art. 16 CC, une personne est capable de discernement lorsqu'elle a la faculté d'agir raisonnablement, c'est-à-dire qu'elle est apte à apprécier correctement une situation (élément cognitif) et à agir en fonction de cette appréciation (élément volitif)¹¹. « La capacité de discernement est relative : elle ne doit pas être appréciée dans l'abstrait, mais concrètement, par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance, les facultés requises devant exister au moment de l'acte »¹². Le consentement étant un droit strictement personnel, la capacité de discernement suffit à ce qu'il soit en principe valable (hors droit des contrats qui exige la capacité civile active). Le consentement doit être donné avant l'atteinte, en lien avec une atteinte déterminée ou déterminable ; il est révocable en tout temps et ne peut être illimité dans le temps ni avoir pour objet une atteinte excessive à défaut de quoi il ne serait pas valable, car contraire à l'art. 27 CC¹³. Le consentement du lésé a pour effet de réduire ou d'éteindre la responsabilité civile de l'auteur du dommage¹⁴ en vertu de l'art. 44 al. 1 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO¹⁵). *A contrario*,

⁷ RS 210.

⁸ JEANDIN Nicolas, in : Pichonnaz Pascal/Foëx, Bénédicte/Fountoulakis Christiana (édit.), *Commentaire romand – Code civil I*, 2e éd., Bâle, 2023 (cité CR CC I-JEANDIN), art. 28 N 71.

⁹ CR CC I-JEANDIN (nbp 8), N 72.

¹⁰ PASQUIER Bruno/SILACCI Alessandro/CAON Maurizio, *Protection des données : consentement, devoir d'informer et utilisation de pictogrammes*, PJA 2021, p. 891.

¹¹ STEGMÜLLER Tiffaine, *Le consentement et la procréation – Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée*, in : Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (éd.), *Le consentement en droit*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 159 ; PERRIER DEPEURSINGE Camille/PITTET Marie, *Le consentement du lésé en droit pénal suisse*, PJA 6/2021, p. 809.

¹² ATF 134 II 235 S. 239, c. 4.3.2.

¹³ CR CC I-JEANDIN (nbp 8), N 74-75; PASQUIER/SILACCI/CAON (nbp 10), p. 892.

¹⁴ PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 801.

¹⁵ RS 220.

lorsque le consentement est frappé de nullité, l'acte dommageable est illicite. L'acte de l'auteur est également illicite lorsqu'il dépasse l'acte auquel la victime avait consenti ¹⁶. Ces différentes dispositions ont pour but d'assurer, tant que faire se peut, au besoin par une addition d'indices, que l'action examinée soit engagée librement par la/les personne(s) impliquée(s).

La notion de consentement est également intimement liée au contrat puisque celui-ci ne peut produire ses effets que s'il a été conclu au sens de l'art. 1 al. 1 CO, c'est-à-dire s'il y a eu échange (expresse ou tacite ¹⁷) de deux manifestations de volonté réciproques et concordantes ¹⁸.

B. Portée et limites en droit pénal

La doctrine et la jurisprudence suisses subordonnent la punissabilité d'un comportement à trois conditions cumulatives : typicité, illicéité et faute ¹⁹. L'analyse de la typicité consiste à établir la conformité d'une action ou d'une omission aux aspects objectifs et subjectifs d'un énoncé de fait légal. La typicité est une condition nécessaire, mais pas suffisante de l'illicéité. L'analyse de l'illicéité quant à elle consiste à analyser si un acte typique est contraire à l'ordre juridique en déterminant l'existence ou l'absence d'un fait justificatif ²⁰. Il y a plusieurs catégories de faits justificatifs : les faits justificatifs qui découlent de la loi ²¹ et les faits justificatifs dits extra-légaux, dont le principal est le consentement de la victime ²².

¹⁶ WERRO FRANZ/PERRITAZ Vincent, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, 3e éd., Bâle, 2021, art. 52 N 20.

¹⁷ Art. 1 al. 2 CO.

¹⁸ Pour qu'un contrat soit parfait la loi exige également la réalisation d'autres conditions de validité : les parties au contrat doivent être titulaires de la capacité civile (art. 11 CC), les conditions de validité formelle (art. 11-16 CO) et matérielles (art. 19 et 20 CO) du contrat doivent être remplies ; et l'intégrité du consentement donné doit être garanti. Pour ce faire, la loi exige que le consentement soit exempt de vices. Les règles sur la lésion (art. 21 CO) et les vices du consentement (art. 23-31 CO) ont donc pour fonction de garantir le libre consentement des parties, en permettant à chacune d'elles d'invalider le contrat en cas d'exploitation de sa situation de faiblesse (lésion) ou lorsqu'elle ne voulait en réalité pas conclure le contrat en cause (vices du consentement) (MORIN Ariane, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, 3e éd., Bâle, 2021, art. 1 N 33-38).

¹⁹ MONNIER Gilles, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal I*, 2e éd., Bâle, 2021 (cité CR CP I-MONNIER), intro aux art. 14-18 N° 1 ; PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 803 ; KILLIAS Martin / KUHN André/DONGOIS Nathalie, *Précis de droit pénal général*, 4e éd., Berne 2016, N° 301 ss.

²⁰ HURTADO POZO José/GODEL Thierry, *Droit pénal général – Théorie, Tableaux synoptiques, Méthodologie de résolution de cas pénaux, Lexique pénal, Répertoire des termes allemands*, 4e éd. complétée et mise à jour, Genève/Zurich/Bâle 2023, p. 209.

²¹ Actes ordonnés ou autorisés par la loi, art. 14 CP ; légitime défense licite, art. 15 CP ; état de nécessité licite, art. 17 CP, in QUELOZ Nicolas, avec la collaboration de MEYLAN Patricia, *Droit pénal suisse – Partie générale – Guide pour les études*, Genève/Zurich/Bâle, 3e éd. 2019, p. 133.

²² CR CP I-MONNIER (nbp 19), N° 3 ; QUELOZ/MEYLAN (nbp 21), p. 144 ss.

Le principe *volenti non fit iniuria* signifie qu'un acte constitutif n'est pas illicite si l'auteur a agi avec le consentement du lésé détenteur du bien juridique protégé²³. En matière pénale, le consentement du lésé à la commission d'une infraction peut avoir plusieurs conséquences quant à la punissabilité de l'auteur en fonction des dispositions applicables et des intérêts en jeu : il peut rester sans portée²⁴, réduire la culpabilité de l'auteur²⁵, rendre licite son comportement²⁶ ou même exclure²⁷ que le comportement corresponde à une infraction²⁸. Pour être valablement donné, le consentement doit répondre aux conditions cumulatives suivantes : il doit être donné avant la lésion²⁹ ; par une personne physique précise (ou un petit groupe de personnes déterminées) ; cette personne doit être libre et capable de discernement³⁰ au sens de l'art. 16 CC ; et doit avoir le droit de disposer à sa guise et librement du bien juridique visé par l'acte en cause³¹ ; enfin, le consentement donné doit être éclairé³², ce qui implique qu'il doit être libre³³ (ce qui exclut tout accord obtenu par une quelconque contrainte), explicite et sans ambiguïté³⁴.

Le droit pénal pose certaines limites au consentement qu'il est possible de donner. Le consentement ne peut porter sur la vie³⁵. En cas de lésions corporelles graves, la validité du consentement est subordonnée à la nature du but poursuivi³⁶. D'autre part, le consentement est révocable à tout moment³⁷, il constitue une notion qui varie dans le

²³ KILLIAS/KUHN/DONGOIS (nbp 19), N° 726.

²⁴ Lorsque les infractions protègent un bien juridique collectif, le consentement d'un particulier, même s'il est concrètement lésé, reste sans portée dans la mesure où il n'est pas le seul titulaire du bien protégé par l'infraction. Il arrive aussi que le législateur n'admette pas que le lésé puisse valablement consentir à la lésion d'un bien juridique (in : PERRIER DEPEURSINGE /PITTET [nbp 11], p. 803 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS [nbp 19], N° 728).

²⁵ En vertu de l'art. 47 al. 2 CP.

²⁶ Dans le cas de certaines infractions, telles que 123 et 126 CP par ex., le consentement du lésé peut rendre licite le comportement de l'auteur même si ce comportement correspond entièrement à la définition légale de l'infraction.

²⁷ On pense notamment à l'acte sexuel qui ne correspond à aucune infraction si les partenaires sont consentants.

²⁸ PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 801.

²⁹ Dupuis Michel et al. (édit.), *Petit commentaire Code pénal*, 2e éd., Bâle 2017 (cité : PC CP, art. X N° Y), art. 14 N° 31 ; MONNIER Gilles, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal I*, 2e éd., Bâle, 2021 (cité CR CP I-MONNIER), art. 14 CP N° 71 ; PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 807.

³⁰ PC CP (nbp 29), *loc. cit.* ; PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 809.

³¹ PC CP (nbp 29), art. 14 N° 30.

³² QUELOZ/MEYLAN (nbp 21), p. 146 ; PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 808.

³³ PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 807.

³⁴ QUELOZ/MEYLAN (nbp 21), p. 146 ; DELACRAUZAZ Philippe/MOREILLON Laurent, *L'acte sexuel et la relation entre les protagonistes – interactions entre le psychiatre et le juriste*, in : Perrier Depeursing Camille/Nathalie Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 161.

³⁵ KILLIAS/KUHN/DONGOIS (nbp 19), N° 728.

³⁶ PC CP (nbp 29), art. 14 N° 32 ; CR CP I-MONNIER (nbp 29), N° 77.

³⁷ KILLIAS/KUHN/DONGOIS (nbp 19), N°728.

temps, dans l'espace et dans les limites posées entre deux personnes ³⁸. Un consentement vicié est nul ce qui implique que le fait justificatif ne peut plus être invoqué et que l'acte visé devient une infraction typique et illicite ³⁹.

En droit pénal, le consentement constitue un fait justificatif extralégal, mais peut aussi être un élément de la typicité objective d'une infraction ⁴⁰. En effet, lorsqu'un élément constitutif objectif de l'énoncé de fait légal se réfère à la volonté du lésé (de manière explicite ou implicite), [l'absence de] consentement du lésé doit être examiné sous l'angle de la typicité ⁴¹.

C. Les différentes formes et expressions du consentement

Le consentement doit être donné de manière libre et éclairée par une personne capable de discernement, avant la lésion ⁴². Le consentement doit en principe être donné par l'intéressé lui-même. Cela d'autant plus si le bien juridique est de nature « personnalissime » (droits strictement personnels au sens de l'art. 19 al. 2 CC) ⁴³, comme c'est le cas de l'intégrité sexuelle. Pour d'autres biens juridiques ne relevant pas des droits strictement personnels, en cas d'incapacité du lésé, le consentement peut être donné par son représentant légal, à condition que ce dernier agisse dans l'intérêt du représenté ⁴⁴.

Le consentement du lésé n'est en principe soumis à aucune exigence de forme, ce qui a pour conséquence qu'un consentement tacite ⁴⁵ peut être valable. Cela étant, même tacite, le consentement doit être perceptible et dans le cadre d'une procédure judiciaire, le prévenu doit parvenir à rendre vraisemblable que le consentement du lésé lui était acquis au moment de l'acte ⁴⁶.

Le code pénal ne définit pas la notion de consentement à proprement parler. En cherchant le terme « consentement » on trouve surtout des références à *l'absence* de consentement. Afin d'appréhender les différentes formes et expressions [d'absence] de consentement, nous avons répertorié un certain nombre d'occurrences des termes « sans le consentement » et « contre la volonté » dans la partie spéciale du CP et fait un tableau contenant ces infractions pour lesquelles l'absence de consentement est un élément de typicité objective. Ce tableau permet de constater que les exigences en termes de formes et d'expressions d'absence de consentement sont peu cohérentes au

³⁸ QUELOZ/MEYLAN (nbp 21), p. 147.

³⁹ QUELOZ/MEYLAN (nbp 21), p. 146.

⁴⁰ CR CP I-MONNIER (nbp 29), N° 67.

⁴¹ PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 811.

⁴² PC CP (nbp 29), art. 14 N° 31

⁴³ CR CP I-MONNIER (nbp 29), N° 71.

⁴⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS (nbp 19), N° 728 ; PC CP (nbp 29), art. 321 N° 40.

⁴⁵ PC CP (nbp 29), art. 14 N° 31

⁴⁶ PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 810.

sein du code pénal pour des notions pourtant lexicalement identiques. À titre d'exemple, la notion « contre la volonté » du titulaire du bien juridique protégé semble donner lieu à une interprétation différente à l'art. 186 CP et aux articles 189/190 CP. Dans la mesure où la doctrine admet qu'il est en principe interdit d'entrer dans un domicile privé sans autorisation (expresse) de l'ayant droit ⁴⁷, force est de constater que le domicile est un bien juridique mieux protégé que l'intégrité sexuelle. En effet comme nous le verrons, la solution retenue par le législateur implique que les articles 189 et 190 al. 1 CP n'exigent non pas un consentement exprès du titulaire du BJ protégé (variante du consentement), mais un refus signifié et perceptible par l'auteur ⁴⁸ (variante du refus).

⁴⁷ PC CP (nbp 29), art. 186 N°29.

⁴⁸ PERRIER DEPEURSINGE Camille/ARNAL Justine, *Révision du viol en droit suisse – Dix questions soulevées par la modification de l'art. 190 CP*, RPS 142/2024, p. 32.

Infraction	« sans son consentement »	« contre sa volonté »	Expression d'un consentement exprès exigé par l'EFL	Expression d'un consentement tacite possible
Art. 118 et 119 CP Interruption de grossesse	x		x	
Art. 179 ^{bis} et ss CP Domaine secret / privé	x		x	
Art. 179 ^{decies} CP Usurpation d'identité	x		x	
Art. 186 CP Violation de domicile		x	(x)	x
Art. 189 CP Atteinte et contrainte sexuelles		x		x
Art. 190 CP Viol		x		x
Art. 197 al.8 et 8 ^{bis} CP Pornographie (Mineur)	Comportement pas punissable si consentement du mineure ou du tiers destinataire		x	
Art. 197a CP Pornodivulgation	x		x	(x)

Art. 262 CP Atteinte à la paix des morts		x	x	
Art. 264a lit. g CP et Art. 264e al. 1 lit. b CP Atteinte au droit à l'autodétermination sexuelle (DIPublic)		x		x
Art. 320 CP Violation du secret de fonction	Comportement pas punissable « avec le consentement écrit »		x forme écrite exigée	
Art. 321 CP Violation du secret pro- fessionnel	Comportement pas punissable « avec le consentement de l'inté- ressé »		x	

Il sera intéressant d'analyser si la doctrine admet qu'un consentement exprès est nécessaire pour l'art. 197a CP (comme c'est le cas pour l'articles 179^{bis} CP qui a une formulation analogue « *sans le consentement* ») ou au contraire, si, à l'instar des autres infractions protégeant l'intégrité sexuelle, un consentement tacite est admissible dès lors qu'il est « perceptible »⁴⁹.

III Les violences sexuelles et leur matérialisation en droit pénal suisse

A. Cadre international

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, dite Convention d'Istanbul (CI)⁵⁰, adoptée par le Conseil de l'Europe le 11 mai 2011, est entrée en vigueur dans le droit interne suisse le 1^{er} avril 2018. La violence sexuelle est une des formes que prend la violence contre les femmes et la violence domestique. L'art. 36 CI stipule qu'en l'absence d'un consentement exprès ou tacite à la réalisation de l'acte d'ordre sexuel de la part d'une des parties, sa commission est constitutive d'une infraction⁵¹. L'art. 36 CI fixe qu'après avoir examiné la présence (ou l'absence) d'un consentement de fait (art. 36 par. 1), la validité de ce consentement doit être analysée (art. 36 par. 2)⁵². Si la Convention exige que les actes pour lesquels aucun consentement n'a été donné soient sanctionnés, les États signataires conservent une certaine marge de manœuvre pour définir les circonstances qui excluent qu'un consentement de fait soit considéré comme volontaire au sens du second paragraphe⁵³. Le fait que l'art. 36 CI rende punissable tout contact sexuel non librement consenti a ravivé le débat sur le droit pénal sexuel en Suisse⁵⁴.

La Cour européenne des droits de l'Homme se sert des articles 3 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, dite Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁵⁵ pour fonder la

⁴⁹ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 32.

⁵⁰ RS 0.311.35.

⁵¹ MONTAVON Camille/MONOD Hadrien, *La révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol – quelle place pour le consentement ?*, PJA 6/2022, p. 618.

⁵² JAQUIER Véronique/MONTAVON Camille/ISELIN Charlotte, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? 1ère partie (2/2 : III.)*, RPS 141/2023 p. 26.

⁵³ JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), *loc. cit.*

⁵⁴ SCHEIDEGGER Nora, *Revision des Sexualstrafrechts : die Verankerung des Konsensprinzips im StGB*, in: Juristinnen Schweiz (édit.), *Recht und Geschlecht : Herausforderungen der Gleichstellung - Quelques réflexions 50 ans après le suffrage des femmes*, Zurich 2021, p. 195.

⁵⁵ RS 0.101.

reconnaissance d'un principe de consentement en matière sexuelle⁵⁶. La Cour estime que la vie sexuelle constitue un élément important de la vie privée et qu'à ce titre elle bénéficie de la protection de l'art. 8 CEDH⁵⁷. L'art. 3 CEDH quant à lui interdit la torture et les traitements inhumains ou dégradants, ce qui a pour effet que le mauvais traitement exercé sous forme de violence sexuelle doit atteindre un certain seuil de gravité pour que cet article trouve application⁵⁸. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, les États ont une obligation positive de poursuivre et de réprimer de manière effective « tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique »⁵⁹, « conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière »⁶⁰. Cette obligation découle également de l'art. 36 par. 2 de la Convention d'Istanbul⁶¹. En revanche, cette même jurisprudence reconnaît également qu'en ce qui concerne « les moyens de garantir une protection adéquate contre le viol, les États jouissent d'une large marge d'appréciation »⁶². En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a à ce jour « pas constaté de violation de ces articles concernant les droits bulgare, turc, italien, croate ou roumain, qui ne sont pas fondés sur le principe du consentement (« oui, c'est oui ») et dont la formulation ne s'écarte pas sensiblement de ce que prévoit le droit suisse »⁶³. La répression des actes sexuels non consentis⁶⁴ repose alors sur « l'interprétation des termes pertinents de la loi (contrainte, violence, coercition, menace [...]) et [sur] une appréciation des éléments de preuve dans leur contexte »⁶⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme semble ainsi accorder une certaine importance au consentement tout en laissant une large marge d'appréciation aux pays. La Cour précise néanmoins que « la force n'est pas un élément constitutif du viol et que le fait de profiter de circonstances coercitives pour accomplir des actes sexuels est également punissable »⁶⁶.

⁵⁶ BROSSET Estelle, *Le consentement en matière de santé et le droit européen*, 2013, fihal-00872135, [Le consentement en matière de santé et le droit européen \(hal.science\)](#) consulté le 26 avril 2024, p. 10.

⁵⁷ CourEDH, J. L. c. Italie (5671/16), par. 141 et 142 ; GONIN LUC/BIGLER Olivier, *Convention européennes des droits de l'homme (CEDH) – Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne, 2018, art. 8 CEDH N°38 ; BARTON (nbp 3), p. 1372.

⁵⁸ BROSSET (nbp 56), p. 10.

⁵⁹ CourEDH, M.C c. Bulgarie (39272/98), par. 166.

⁶⁰ CourEDH, M.C c. Bulgarie (39272/98), par. 166.

⁶¹ PERRIER DEPEURSINGE Camille/CES Laura, *En l'état actuel du droit suisse, le viol suppose la contrainte et la solution du consentement « oui c'est oui » nécessite un changement législatif*, in : <https://www.crimen.ch/108/> du 25 mai 2022 (consulté le 15 mars 2024), p. 3.

⁶² BERTOLIATTI Loris, *L'absence de consentement exprimé par la victime lors de relations sexuelles (« oui, c'est oui ») est-elle suffisante pour une condamnation pénale pour contrainte sexuelle ou viol ? (arrêt 6B_894/2021 du 28 mars 2022 ; ATF 148 IV 234)*, in : Trajilovic Daniel (éd.), *Droit pénal et procédure pénale – Rétrospective 2022*, Zürich 2023, p. 141.

⁶³ BERTOLIATTI (nbp 62), *loc. cit.*

⁶⁴ JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 27-28.

⁶⁵ CourEDH M.C. c. Bulgarie (39272/98), par. 161.

⁶⁶ CourEDH M.C. c. Bulgarie (39272/98), par. 163.

Au niveau du droit international public, le droit onusien, par le biais de l'art. 2 de la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes ⁶⁷ condamne la violence sexuelle sous toutes ses formes, y compris le viol conjugal. Dans sa recommandation générale n° 35 (portant sur violence à l'égard des femmes ⁶⁸), le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes préconise que les parties veillent « à ce que toute agression sexuelle, dont le viol, soit érigée en crime, [...] à ce que la définition des crimes de nature sexuelle, y compris le viol conjugal et le viol commis par un compagnon de sortie, se fonde sur le manque de consentement donné de son plein gré [...] » ⁶⁹. Le droit international humanitaire (DIH) coutumier interdit le viol et les autres formes de violence sexuelle dans les conflits armés, qu'ils soient internationaux ou non internationaux (DIH règle 93, partie V). La définition du viol du Tribunal pénal international a également connu une évolution puisque dans un jugement de 1998, le Tribunal énonce que le viol exige « l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne » ⁷⁰, alors qu'en 2001, le Tribunal a considéré que d'autres facteurs pouvaient faire « de la pénétration sexuelle un acte non consensuel ou non voulu par la victime » ⁷¹, et que ces facteurs devaient être pris en compte dans la définition du viol en droit international ⁷².

On constate que le droit international accorde une place importante au consentement, puisque c'est le consentement à l'acte [d'ordre] sexuel qui définit si celui-ci est licite ou pas. Néanmoins, à ce jour, aucun instrument de droit international ne donne de définition précise du consentement sexuel ⁷³, ce qui est problématique. La Convention d'Istanbul prescrit que les actes d'ordre sexuels non consentis doivent être criminalisés,

⁶⁷ Adoptée le 20 décembre 1993 par l'Assemblée générale de l'ONU.

⁶⁸ Ces recommandations fixent les obligations des États à la suite de leur ratification de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979 (CEDEF – RS 0.108).

⁶⁹ Recommandation générale n°35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n°19 du 26 juillet 2017 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/C/GC/35), p. 14.

⁷⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Le Procureur c. Anto Furundžija, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998, par. 185.

⁷¹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač et Zoran Vuković, affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, par. 438.

⁷² [DIH coutumier - Règle 93. Le viol et les autres formes de violence sexuelle \(icrc.org\)](#)

⁷³ Le consentement sexuel était au centre des débats qui ont animé le Conseil et le Parlement européen dans le cadre de la première directive de l'UE sur les violences faites aux femmes datant du 6 février 2024. Cette directive, qui vise à établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions spécifiques pour lutter contre les violences faites aux femmes, représente une avancée importante, mais souffre d'une lacune de taille puisqu'après deux ans de débats insolubles, la directive a vu le jour sans inclure une qualification du viol défini par l'absence de consentement (Communiqué de presse europa.eu ; SALMI Lila, *Définition européenne du viol: obstacle juridique ou idéologique?* Eurosorbonne Le journal de l'association étudiante de l'Institut d'Études Européennes de la Sorbonne Nouvelle du 7 février 2024, [Définition européenne du viol: obstacle juridique ou idéologique? - \(eurosorbonne.eu\)](#) consulté le 20 mai 2024, p. 1)

mais ne définit ni la forme ni les circonstances de ce consentement ⁷⁴. De même la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ⁷⁵ « souligne que l'absence de consentement est le point de convergence essentiel de la législation moderne sur le viol, sans pour autant définir en quoi consiste le consentement » ⁷⁶. Cette omission est éloquente puisqu'elle montre que seule l'absence de consentement sexuel est pensée comme un problème à résoudre, alors qu'il s'agirait de définir positivement le consentement dans le respect mutuel.

Dans son rapport d'évaluation de référence, le Groupe d'experts du Conseil de l'Europe sur l'action contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) analyse de façon complète la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul en Suisse. S'il reconnaît les mesures prises par le pays pour se conformer aux obligations du traité, il critique le choix législatif relatif à la révision du droit pénal sexuel qui consiste à définir les infractions de viol et d'agression sexuelle en tant qu'actes sexuels commis « contre la volonté de la victime » (variante du refus). Selon lui, cette formulation ne respecte pas pleinement la norme d'incrimination de tous les actes sexuels non consentus requise par l'article 36 CI, ce qui risque d'avoir pour conséquence que « les procédures pénales se concentreront toujours sur les actions de la victime plutôt que sur celles de l'accusé, permettant ainsi aux stéréotypes de genre et aux mythes du viol de se manifester. » ⁷⁷

B. Définition et contours des violences sexuelles

La notion de violence sexualisée telle que comprise dans la statistique policière de la criminalité (SPC – OFS) se base sur les éléments constitutifs des infractions des articles du titre V du livre II du Code pénal suisse (état avant le 1^{er} juillet 2024, aCP) impliquant des actes sexuels imposés par l'exercice ou la menace d'une violence contre une personne mineure ou majeure sans consentement explicite et contre sa volonté ⁷⁸. Selon le site de l'administration fédérale, « la violence sexualisée peut se manifester sous différentes formes et dans différents contextes. Elle comprend entre autres les aspects d'exploitation de la dépendance, d'exercice du pouvoir et de domination » ⁷⁹. Les infractions contre l'intégrité sexuelle se divisent en fonction des biens juridiques qu'elles protègent : les articles 187 et 188 CP protègent le développement sexuel paisible des

⁷⁴ JAQUIER Véronique/MONTAVON Camille, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? 2e partie*, RPS 141/2023 p. 192.

⁷⁵ CourEDH M.C. c. Bulgarie (39272/98), par. 154 ss.

⁷⁶ JAQUIER/MONTAVON (nbp 74), p. 192

⁷⁷ Communiqués du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDEF) – organe onusien chargé de surveiller l'application de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979 (CEDEF ; RS 0.108), entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (cité Rapport GREVIO), ch. 184.

⁷⁸ Statistique policière de la criminalité (SPC), Rapport annuel 2022 des infractions enregistrées par la police, OFS (cité Rapport SPC 2022), p. 29.

⁷⁹ [Violence sexualisée | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#).

mineurs ; les articles 189 à 194 CP répriment les comportements qui portent atteinte à la liberté de se déterminer dans le domaine sexuel ; les articles 195 et 196 CP traitent de l'exploitation de l'activité sexuelle et l'art. 197 CP de la pornographie⁸⁰. Le nouvel article 197a CP légifère sur le phénomène dit de la pornodivulgateur qui consiste à transmettre un contenu non public à caractère sexuel sans le consentement de la personne qui y est identifiable. Enfin les articles 198 et 199 CP répriment les désagréments d'ordre sexuel et l'exercice illicite de la prostitution⁸¹.

Le mouvement MeToo⁸² a mis en exergue le fait que les violences sexuelles et sexistes se manifestent de multiples façons : attention obsessive et non désirée, abus sexuels, harcèlement, contrainte et viol, violences sexuelles au sein du couple⁸³. Sous l'une ou l'autre de ses formes, la violence sexuelle est très répandue au sein de notre société. Cette nouvelle conception des violences sexuelles et sexistes, qui sort de la vision stéréotypée et patriarcale de la sexualité, n'était que partiellement couverte par le droit pénal dans sa version antérieure à la révision, qui présentait d'importantes lacunes de punissabilité pour des comportements aujourd'hui perçus comme n'étant plus tolérables.

La révision du droit pénal sexuel de 1992 a donné lieu à un changement de paradigme, puisque c'est dorénavant la protection de l'intégrité sexuelle en tant que composante essentielle de l'individu qui est au centre⁸⁴. Avant cela, le but des infractions contre les mœurs n'était pas de protéger l'intégrité sexuelle des victimes, mais bien leur honneur. Le droit pénal était conçu de sorte que les relations sexuelles extraconjugales exposaient les femmes à des conséquences pénales et sociales auxquelles elles ne pouvaient échapper que s'il était prouvé qu'elles avaient défendu leur honneur à tout prix, en faisant preuve d'une résistance suffisante vis-à-vis d'un agresseur qui les avait contraintes à l'acte sexuel⁸⁵. L'absence de consentement se déduisait du recours à la contrainte et de la résistance opposée par la victime. Dans son arrêt 87 IV 66, publié en 1961, le Tribunal fédéral définit pour la première fois clairement le niveau de violence⁸⁶

⁸⁰ PC CP (nbp 29), remarques préliminaires aux art. 187 à 200 N° 4.

⁸¹ PC CP (nbp 29), remarques préliminaires aux art. 187 à 200 N° 4.

⁸² Le mouvement #MeToo dénonce l'invisibilité des violences sexistes et sexuelles, dont les femmes sont non pas les seules, mais les principales victimes et met en évidence leur caractère systémique et structurel (JAQUIER Véronique/MONTAVON Camille/ISELIN Charlotte, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? 1ère partie (1/2 : I. - II.)*, RPS 141/2023 p. 2).

⁸³ Collectif, *Violences sexuelles – le poids des représentations*, Amnesty, le magazine des droits humains 97/2019, (cité Magazine Amnesty), p. 13.

⁸⁴ PC CP (nbp 29), remarques préliminaires aux art. 187 à 200, N° 1.

⁸⁵ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 613 ; MONTAVON Camille, *Contenu de l'acte d'accusation et appréciation des preuves (« déclarations contre déclarations ») relatives à un viol*, in : <https://www.crimen.ch/64/> du 30 décembre 2021 (consulté le 4 mai 2024), p. 4 ; SCHEIDEGGER (nbp 54), p. 173.

⁸⁶ ATF 87 IV 66, c. 1 : « 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 ».

et de contrainte ⁸⁷ telles qu'elles doivent se manifester pour qu'un rapport sexuel non consenti soit juridiquement qualifié de viol ⁸⁸, ainsi que le rapport de corrélation entre violence et contrainte ⁸⁹. Aujourd'hui encore les stéréotypes tels que le viol commis par l'inconnu violent dans une ruelle sombre et la « bonne » victime qui se débat de toutes ses forces pour parvenir à s'échapper ⁹⁰ perdurent. Sous le droit en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2024, le viol et la contrainte sexuelle étaient des délits de violence qui supposaient que l'auteur use d'un moyen de contrainte sous la forme notamment de menace, violence ou pressions d'ordre psychique afin de faire céder la victime ⁹¹. La jurisprudence indique qu'il « n'est pas nécessaire que la victime soit mise hors d'état de résister ou que l'auteur la maltraite physiquement [mais] une certaine intensité est néanmoins requise. » ⁹² La violence suppose donc une application plus intense de la force physique que ne l'exige l'accomplissement de l'acte dans les circonstances ordinaires de la vie ⁹³. Le législateur a introduit la notion de « pressions psychiques » comme élément typique de la contrainte pour viser les cas où la victime se trouve dans une situation sans espoir, sans pour autant que l'auteur ait recouru à la force physique ou à la violence ⁹⁴ pour arriver à ses fins. Le moyen de contrainte psychique utilisé par l'auteur doit néanmoins atteindre un certain degré d'intensité sinon l'infraction de viol n'est pas réalisée même si la relation sexuelle s'est déroulée contre la volonté de la victime ⁹⁵.

Sous le droit en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2024, la notion de « violence » des infractions de viol et de contrainte sexuelle n'était donc pas caractérisée par l'absence de consentement à l'acte sexuel lui-même, mais bien par l'élément de contrainte exigé pour la réalisation de l'infraction ⁹⁶. Cette caractérisation archaïque des violences sexuelles en droit pénal suisse, en vigueur jusqu'à il y a peu, soulève la question plus globale de redéfinition de ce qu'est la violence en matière d'infractions sexuelles. En 2024, on peut s'interroger si le fait de ne pas tenir compte de l'absence de consentement d'autrui

⁸⁷ ATF 87 IV 66, c. 2 : « La contrainte suppose, d'une part, que la victime ait voulu se refuser à l'agresseur, d'autre part que la violence - ou la menace grave - ait écarté cette volonté ».

⁸⁸ Le développement ci-dessous vaut également pour l'infraction de contrainte sexuelle visée à l'article 189 CP.

⁸⁹ ATF 87 IV 66, c. 2 : « Pour que l'auteur ait consommé le crime de viol, l'art. 187 al. 1 CP [actuel art. 190 al. 2 CP] exige non seulement qu'il ait usé de violence, mais encore que cette violence ait contraint la victime à subir l'acte sexuel ».

⁹⁰ BARTON (nbp 3), p. 1374.

⁹¹ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 25.

⁹² Arrêt (Tribunal fédéral) 6B_1498/2020, c. 2.2.

⁹³ Arrêt (Tribunal fédéral) 6B_1425/2020 du 05.07.2021 c. 1.1 ; 6B_389/2017 du 31.01.2018 cons. 3.4.1, qui reprennent peu ou prou la définition de l'ATF 87 IV 66, c. 1, publié en 1961.

⁹⁴ Arrêt (Tribunal fédéral) 6B_894/2021 du 28.03.2022 c. 3.3 ; Arrêt (Tribunal fédéral) ; Arrêt (Tribunal fédéral) 6B_287/2011 du 03.11.2011 c. 3.1.1

⁹⁵ CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse – volumes I et II*, 3e éd., Berne, 2010, art. 189 CP N° 18 ; PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 25.

⁹⁶ JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 19.

pour lui imposer un désir sexuel ne constitue pas un acte de violence en soi ⁹⁷. Une redéfinition de la violence sexuelle comme le fait d'imposer un acte [d'ordre] sexuel non consenti à une personne, comme le prône le cadre international, paraît aussi urgente que nécessaire.

C. Statistiques

Les sources de statistiques reflètent cette double conception des violences sexuelles. Si le rapport de la statistique policière de la criminalité (SPC) s'en tient strictement aux définitions des infractions de violence telles qu'énoncées dans le Code pénal (*in casu*, dans son état antérieur à la révision entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024), un rapport de mai 2019 de gfs.bern, mandaté par Amnesty International dans le cadre de la révision du droit pénal sexuel pour mener une enquête sur les violences sexuelles contre les femmes en Suisse, envisage les violences sexuelles sous un spectre plus large en les analysant sous le prisme du consentement. Cette enquête révèle que les violences sexuelles ainsi définies sont extrêmement répandues en Suisse, puisque 22% des femmes de plus de 16 ans ont déjà subi des actes à caractère sexuel non désirés ⁹⁸. Sur les 22% de femmes interrogées ayant explicitement déclaré avoir subi des violences sexuelles, seuls 8% ont porté plainte ⁹⁹, ce qui laisse à penser qu'un nombre important de cas n'est jamais signalé et que les statistiques policières ne montrent qu'une fraction de la réalité ¹⁰⁰.

Les chiffres du tableau ci-dessous (source : www.gfsbern.ch) sont éloquentes puisqu'ils indiquent que seulement 7% des rapports non consentis correspondent à la définition actuelle du viol. Les 8% ayant consenti par peur pourraient éventuellement correspondre aux conditions de typicité de l'art. 193 CP, mais cet article exige que l'auteur ait commis un abus de détresse ou de lien de dépendance ¹⁰¹.

⁹⁷ BOMMER Felix, *Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – Neuerungen der Revision 2023*, ZStrR 142/2024 S. 58, p. 59; MONOD Hadrien, *Viol : la prise en compte du refus de consentir à des rapports sexuels*, in : <https://www.crimen.ch/69/> du 14 janvier 2022 (consulté le 16 mai 2024), p. 3.

⁹⁸ Rapport de ©gfs.bern, *Sexuelle Belästigung und sexuelle Gewalt an Frauen sind in der Schweiz verbreitet Hohe Dunkelziffer im Vergleich zu strafrechtlich verfolgten Vergewaltigungen*, mai 2019 (cité Rapport Amnesty), p. 14, Grafik 11, «Ungewollte sexuelle Handlungen».

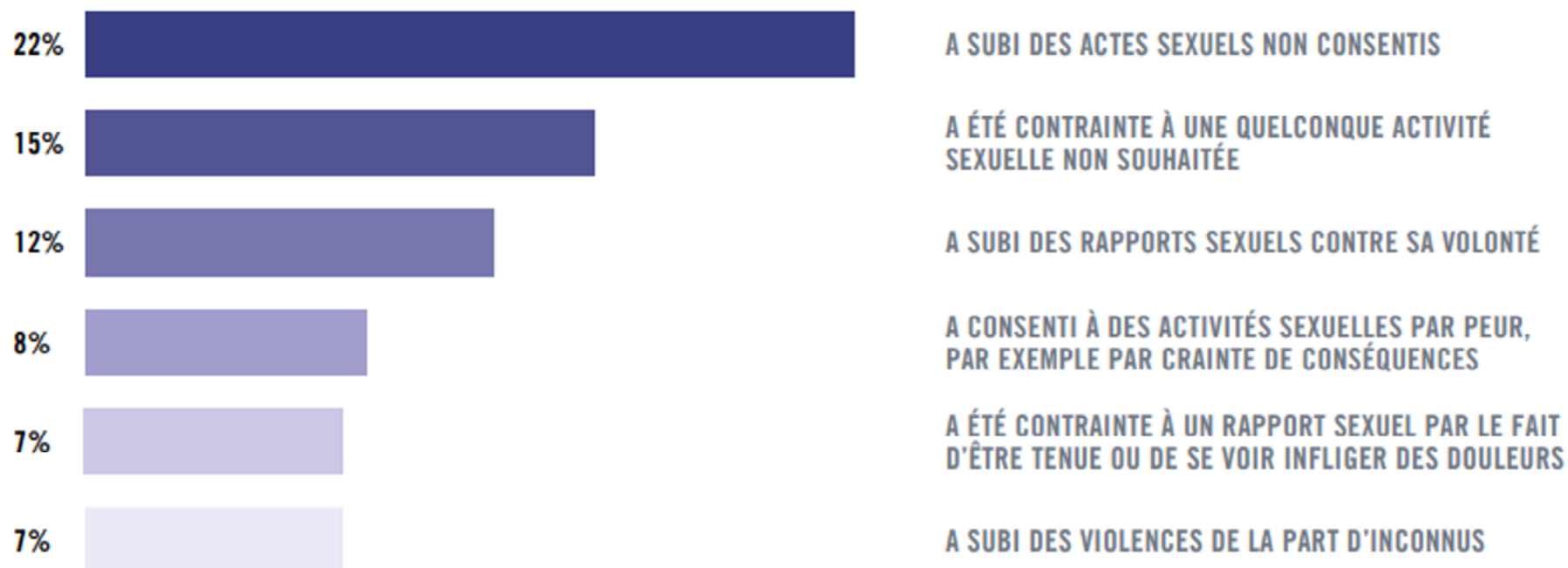
⁹⁹ Rapport Amnesty (nbp 98), p. 16 ; BARTON (nbp 3), p. 1376.

¹⁰⁰ BARTON (nbp 3), p. 1374 et 1377, évoque la « déperdition » des victimes de violences dans la chaîne pénale « en raison, notamment, de la prégnance des stéréotypes sur le genre et la sexualité et des mythes sur le viol. »

¹⁰¹ En effet, l'art. 193 CP trouve application dans les cas où un consentement est discerné, mais qu'il apparaît motivé par une situation de détresse ou un rapport de dépendance, qui doit jouer un rôle causal décisif dans la survenance de l'acte d'ordre sexuel. (ATF 148 IV 57, c. 3.5.3; CORBOZ [nbp 95], art. 193 N° 9 ; QUELOZ Nicolas/MEYLAN Patricia, in: Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal II*, Bâle, 2017, art. 193 N° 18 ; DELACRAUSAZ/MOREILLON [nbp 34], p. 162).

ACTES SEXUELS SUBIS SANS CONSENTEMENT, POURCENTAGE DE FEMMES DÈS 16 ANS

© gfs.bern, sondage violences sexuelles, avril 2019



Le rapport de la statistique policière de la criminalité (SPC) répartit les infractions de violence selon l'intensité de la violence subie ¹⁰² : les infractions de violence grave (exercée), les infractions de violence d'intensité moyenne (exercée), les infractions de violence d'intensité moyenne (menaces). Selon le rapport de la statistique policière de la criminalité 2022, les cas de viols (190 CP) représentent près de 45% des cas de violence grave (soit 867 cas de viols pour un total de 1'942 infractions de violence grave exercée). On retrouve un taux quasi identique en 2021 (757 cas de viols pour 1'665 cas totaux). Le taux de violence à caractère sexuel chute avec l'intensité de la violence exercée ou menacée : sur 32'847 cas relevant d'une violence d'intensité moyenne exercée, seuls 752 cas relèvent de violences sexuelles, et aucun cas de violence sexuelle n'a été signalé dans les cas relevant de la violence d'intensité moyenne se limitant à des menaces ¹⁰³. On déduit de ce qui précède que les infractions sexuelles dans le droit suisse en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2024 étaient majoritairement des infractions de violence grave et que les exigences élevées en termes d'intensité de violence et de contrainte faisaient du viol un délit bénéficiant d'une quasi-impunité ¹⁰⁴.

IV La portée pénale et les limites du consentement en matière de violences sexuelles

A. Les enjeux de la révision du droit pénal en matière sexuelle et le débat autour du consentement

Le débat autour du consentement constitue l'aboutissement du changement de paradigme commencé en 1992 plaçant la libre détermination en matière sexuelle au centre du droit pénal sexuel et s'affranchissant des mœurs ¹⁰⁵. La révision du droit pénal en matière sexuelle adoptée par le Parlement le 16 juin 2023 renonce à l'élément de contrainte dans l'énoncé de l'infraction de base des art. 189 et 190 CP en le remplaçant par l'expression explicite du refus à l'acte sexuel (« *contre la volonté de la personne* »). La nouvelle introduit une gradation des infractions de viol et de contrainte sexuelle (les peines augmentant avec la gravité) : sans contrainte (al. 1), avec contrainte (al. 2) et avec cruauté ou en utilisant des armes dangereuses (al. 3) ¹⁰⁶. L'abandon de l'élément constitutif de contrainte à l'alinéa 1 permet au nouveau droit d'englober les atteintes

¹⁰² [Violence | Office fédéral de la statistique \(admin.ch\)](#)

¹⁰³ Rapport SPC 2022 (nbp 78), p. 30, tableau 3.1.2 « Infractions de violence : élucidations et évolution des infractions ».

¹⁰⁴ Rapport CFQF, 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 (avant-projet), Réponse à la consultation de la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF (mai 2021) (cité Rapport CFQF), p. 3.

¹⁰⁵ MONTAVON, *morale*, p. 44 ; SCHEIDEGGER (nbp 54), p. 208

¹⁰⁶ JAQUIER/MONTAVON (nbp 74), p. 207.

sexuelles commises par surprise¹⁰⁷ et les cas de *stealththing*¹⁰⁸. En ce qui concerne l'infraction de viol (art. 190 CP), la nouvelle l'élargit considérablement en permettant à cette disposition de trouver application sans égard au genre de la victime ou de l'auteur et en englobant toutes les formes de pénétration (orales, vaginales ou anales), effectuées par un doigt, un pénis, une autre partie du corps, voire un objet¹⁰⁹.

L'abandon de l'élément de contrainte reflète la volonté du législateur de réviser le droit pénal sexuel de manière à ce que l'illicéité du viol ne réside plus dans le recours à la violence. Sous l'égide du droit en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2024, les cas que l'on peut qualifier d'agressions sexuelles sans contrainte bénéficiaient d'une quasi-impunissabilité¹¹⁰, ce qui fait fi de la réalité de beaucoup de victimes, qui connaissent leur agresseur¹¹¹ et ne s'opposent pas activement à l'acte sexuel par honte, par peur de la violence, par lassitude, ou parce qu'elles savent que leur refus ne sera pas pris en compte¹¹².

Les débats autour du consentement se sont cristallisés autour des exigences relatives à l'expression de l'absence de consentement. Le projet de loi soumis en février 2022 par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJE) proposait deux variantes d'expression d'absence de consentement. La variante dite du refus retranscrite « *contre la volonté d'une personne* » dans l'énoncé de fait légal, remplace l'élément constitutif de contrainte par celui d'un refus qui doit avoir été signifié par la victime. La seconde variante dite du consentement retranscrite « *sans le consentement d'une personne* », réprime le comportement de l'auteur qui a agi « sans le consentement » de la victime. Dans cette seconde variante, le consentement mutuel devient la condition de tout acte d'ordre sexuel, qui, à défaut, est punissable¹¹³. Après de vifs débats autant politiques que législatifs, c'est la variante du refus qui l'a emporté (« *contre la volonté d'une personne* ») sur celle du consentement¹¹⁴, ce qui, selon nous, perpétue une forme d'impunissabilité de certains comportements pourtant problématiques et n'assure pas une protection efficace de l'autodétermination sexuelle.

Les arguments en faveur de la variante du refus se regroupent essentiellement en trois groupes. Le premier groupe se base essentiellement sur le fait que la variante du re-

¹⁰⁷ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 614.

¹⁰⁸ Le *stealththing* est le fait de retirer le préservatif à l'insu de son ou sa partenaire durant un rapport sexuel (GUISAN Alexandre, *Le stealththing n'est pas punissable en tant qu'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de résistance (art. 191 CP)*, in <https://www.crimen.ch/121/> du 12 juillet 2022, p. 1) ; EL-GHAZI Mohamad, *Die strafrechtliche Bewertung des sogenannten Stealththings*, RSJ 115/2019, p. 675 ss.

¹⁰⁹ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 614 ; BOMMER (nbp 97), p. 64-65.

¹¹⁰ Rapport CFQF (nbp 104), p. 1.

¹¹¹ BARTON (nbp 3), p. 1374.

¹¹² ATF 147 IV 409, c. 5.4.1; SCHEIDEGGER (nbp 54), p. 195-196.

¹¹³ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 614-615.

¹¹⁴ JAQUIER/MONTAVON (nbp 74), p. 207.

fus s'intègre mieux dans le cadre des autres dispositions en vigueur en cela que cette variante « part du principe qu'en règle générale, les rapports sexuels ont lieu avec le consentement des personnes impliquées et ne constituent pas une atteinte, sauf si l'une d'elles manifeste son refus »¹¹⁵. Opter pour la variante du consentement reviendrait, selon les défenseurs de ces arguments, à criminaliser tout acte sexuel « alors même que la sexualité est censée être positive »¹¹⁶. Pour notre part, nous rejoignons MONTAVON et MONOD dans leur conclusion qui consiste à défendre la position que « compte tenu de l'importance du bien juridique protégé et des conséquences physiques et psychiques qu'un rapport sexuel non consenti peut causer, il ne nous semble pas déraisonnable de considérer qu'en l'absence de consentement des partenaires, il n'existe pas par défaut – un droit à un rapport sexuel »¹¹⁷.

Le second groupe d'argument est de nature plus juridique, puisque ces défenseurs mettent en avant un risque de renversement du fardeau de la preuve en défaveur du prévenu doublé d'une remise en cause de la présomption d'innocence¹¹⁸. Néanmoins, comme le soulignent vingt-deux professeur·e·s de droit pénal dans la tribune publique publiée dans le quotidien zurichois *Tages Anzeiger* du 3 juin 2019, la variante du consentement (qu'ils soutiennent) ne modifierait en rien le principe de la présomption d'innocence ni ne conduirait à un renversement de la charge de la preuve dans la mesure où ce serait toujours l'accusation qui devrait prouver que l'auteur présumé a agi contre la volonté de la victime¹¹⁹, plus précisément : sans son consentement. Contrairement à ce que ces arguments avancent, le fardeau de la preuve incomberait donc toujours au Ministère public¹²⁰. Pour ce qui est de la critique en faveur de la variante du refus selon laquelle il est ardu de prouver un fait négatif (l'absence de consentement), on peine à comprendre en quoi la variante du consentement complique fondamentalement l'établissement des faits dans le cadre d'infractions qui relèvent par définition du domaine

¹¹⁵ Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, Rapport du 17 février 2022, FF 2022 687 (cité Rapport CAJE), p. 27.

¹¹⁶ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 617; ce point de vue est clairement exprimé par M. Beat Rieder lorsqu'il dénonce « Meines Erachtens wird mit der Zustimmungslösung suggeriert, dass sexuelle Handlungen grundsätzlich auch zwischen Erwachsenen strafbar sind, ausser man habe die Zustimmung des Gegenübers. Das ist aus meiner Sicht eine falsche Kriminalisierung der Sexualität, die zu einem grossen gesellschaftlichen Wandel führen wird, zwar nicht von einem Jahr auf das andere, aber im Lauf der Zeit. Das ist aus meiner Sicht nicht erwünscht » (BO 2022 E 389).

¹¹⁷ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 617.

¹¹⁸ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 619.

¹¹⁹ « Nachdrücklich halten wir fest: Die von uns unterstützte Reform lässt das Prinzip der Unschuldsvermutung völlig unangetastet. Sie führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Nicht der mutmassliche Täter muss sich entlasten. Es wird nach wie vor die Aufgabe der Anklage sein, zu beweisen, dass der mutmassliche Täter gegen den Willen des Opfers gehandelt hat» (ACKERMANN et al., *Übergriffe angemessen bestrafen [Meinung]*, tribune publiée dans le *TagesAnzeiger*, du 3 juin 2019).

¹²⁰ Rapport CAJE (nbp 115), p. 28.

intime et pour lesquelles les faits sont souvent compliqués à établir et à prouver. Quant à la présomption d'innocence, en cas de doute raisonnable sur le consentement donné au moment des faits, peu importe la solution législative retenue, un acquittement aurait dû être prononcé en vertu du principe *in dubio pro reo* ¹²¹.

Le troisième groupe d'arguments à trait la difficulté pour les autorités de poursuites pénales d'appliquer la variante du consentement dans la pratique, notamment dans des situations ambivalentes, lorsque le rapprochement physique était initialement consenti. Dans pareille situation, la personne qui change d'avis se doit de manifester ce changement « soit en prononçant un «non», soit en adoptant un comportement de refus dépourvu de toute ambiguïté » ¹²², à défaut de quoi, il serait problématique de condamner l'auteur pour viol. En effet, les partisans de cette position sont d'avis qu'un refus exprimé tacitement est objectivement plus facile à reconnaître pour autrui qu'un consentement tacite. Il en découle, selon eux, que la variante du refus a l'avantage d'être plus claire que celle du consentement.

B. L'absence de consentement comme élément de la typicité des infractions sexuelles

Lorsqu'un élément constitutif objectif de l'énoncé de fait légal se réfère à la volonté du lésé (de manière explicite ou implicite), le consentement ou l'absence de consentement du lésé doit être examiné sous l'angle de la typicité ¹²³. Un élément constitutif est dit « objectif » en cela qu'il a trait aux faits ¹²⁴. Dès lors que le consentement est un élément constitutif objectif d'une infraction à caractère sexuel, il caractérise l'acte réprimé et participe à son caractère licite ou illicite. En principe, l'absence d'un élément constitutif de l'infraction rend la réalisation de l'infraction impossible.

Les pratiques sadomasochistes offrent un cadre intéressant pour examiner la façon dont les tribunaux appréhendent le consentement comme élément de typicité objective lorsque celui-ci intervient dans le cadre de violences sexuelles. En cas de pratiques sadomasochistes, lorsqu'il y a consentement (à condition que celui-ci soit donné dans les limites fixées par le droit pénal ¹²⁵), il n'y a pas d'infraction. Cela signifie que deux adultes capables de discernement libre et éclairé peuvent consentir à toutes les pratiques en matière sexuelle à condition que ces pratiques ne mettent pas gravement en danger l'intégrité physique de l'une des personnes impliquées. Dans l'arrêt K.A et A.D c/ Belgique du 17 février 2005, la Cour EDH conclut que « le droit pénal ne peut, en

¹²¹ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 620 ; Rapport CAJE (nbp 115), p. 24.

¹²² Rapport CAJE (nbp 115), p. 27.

¹²³ PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 811.

¹²⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS (nbp 19), N° 201.

¹²⁵ C'est-à-dire qu'il ne porte pas sur la vie ni ne soit à l'origine de lésions corporelles graves, pour lesquelles la validité du consentement est subordonnée à la nature du but poursuivi (PC CP [nbp 29], art. 14 N° 32 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS [nbp 19], N° 728).

principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée [...] une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité. » ¹²⁶

Dans un arrêt récent, dans le cadre de la qualification de certaines pratiques sexuelles en cause, la Cour de justice de Genève souligne qu'il ressort des éléments de fait qu'un couple pratiquait bel et bien le sadomasochisme, mais que « rien ne démontrait que « cela n'était pas consenti » » ¹²⁷. Dans un arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg ¹²⁸, le concept de « safe word » est défini comme « un signal verbal ou corporel qui a pour effet, une fois prononcé ou signalé par le soumis, de mettre un terme [à l'acte] ». Ces extraits de jurisprudence cantonale témoignent du fait que le consentement et les limites de celui-ci (le safe-word) constituent ce que le juge examine et analyse afin de déterminer la licéité de l'acte en cause.

1. Le cas du viol et de la contrainte sexuelle

L'absence de consentement en tant que nouvel élément de typicité objective des articles 189 et 190 al. 1 CP (viol ; atteinte et contrainte sexuelles) et l'abandon de l'élément constitutif objectif de contrainte et de l'exigence du rapport de causalité adéquate entre la contrainte et l'agression sexuelle marquent un changement de paradigme très important dans la manière dont les autorités pénales vont appréhender les infractions découlant des articles 189 et 190 al. 1 CP.

Dans le droit en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2024, l'élément de contrainte était interprété de manière relativement étroite par les tribunaux qui l'envisageaient avant tout comme étant de nature physique ¹²⁹. Dans la jurisprudence de l'ancien droit, l'élément de contrainte est établi en référence à la résistance de la victime ¹³⁰ (« le simple refus [verbal ¹³¹] d'un rapport sexuel apparaît dénué de poids tant qu'il n'est pas performé. » ¹³²) et constitue un critère pour déterminer si le refus de la victime était clairement perceptible par l'auteur ¹³³. L'idée étant que sans opposition manifeste ou résistance physique active de la victime, l'auteur pouvait ignorer qu'elle n'était pas consentante ¹³⁴. Une telle analyse

¹²⁶ Arrêt CourEDH K. A. et A. D. c. Belgique, par. 84.

¹²⁷ ACPR/820/2023 du 20.10.2023, lit. h.

¹²⁸ Arrêt du TC (Fribourg) 501 2023 86, c. 2.2.1.

¹²⁹ QUELOZ Nicolas/ILLÀNEZ Federico, in: Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), *Commentaire romand – Code pénal II*, Bâle, 2017, (cité : CR CP II – QUELOZ/ILLÀNEZ), art. 189 N° 35.

¹³⁰ TF 6B_1164/2020, c. 3.1 ; ATF 133 IV 49, c. 4.

¹³¹ TF 6B_1078/2009 c. 3.4.4 ; l'arrêt 6B_367/2021, c. 5 constitue à cet égard un revirement de jurisprudence.

¹³² JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 38.

¹³³ JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 19.

¹³⁴ JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 38.

de la contrainte nous semble problématique vis-à-vis du droit à l'autodétermination sexuelle des victimes. En effet, ne se souciant aucunement de leur consentement et en leur signifiant qu'elles n'avaient qu'à mieux protéger leur intégrité sexuelle, l'ancien droit érigeait l'exigence de l'élément de contrainte de façon à faire porter aux victimes une responsabilité de l'agression dont elles avaient été objet.

La réécriture de l'infraction du viol en particulier, qui trouve désormais application sans égard au genre de la victime ou de l'auteur et englobe toutes les formes de pénétration, traduit une conception plus égalitaire des sexes¹³⁵. Mis bout à bout avec l'abandon de l'élément de contrainte (dans la forme simple de l'infraction et sa redéfinition en tant que circonstance aggravante¹³⁶), ce changement permet une évolution dans la perception de ce qu'est un viol¹³⁷. Rappelons qu'en 2010 encore, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt dans lequel il constate que si l'état physique et psychique de la victime est intact, la simple exécution de l'acte sexuel contre la volonté de celle-ci ou un effort minime pour y parvenir ne suffit pas à constituer un viol¹³⁸. Cette définition du viol repose sur la prémisse que le corps [féminin] est disponible par défaut, que « l'initiateur de l'activité sexuelle a un droit d'accès aux personnes [...] à condition de ne pas en abuser »¹³⁹ et que l'absence de résistance de la femme permet de conclure qu'elle consent à l'acte sexuel¹⁴⁰. Cette définition, qui nous paraît difficilement conciliable avec la vision moderne de la femme comme sujet de droit à part entière ayant le droit à l'autodétermination sexuelle, se trouve modifiée par la nouvelle, mais pas renversée. Nous sommes d'avis que la variante du consentement (par opposition à la variante du refus retenue par la nouvelle), en posant une exigence de consentement explicite et positif de chaque partenaire, aurait permis une meilleure protection de l'autodétermination sexuelle.

Comme le montre le tableau¹⁴¹ ci-dessous, qui propose un examen schématique des infractions contre l'intégrité sexuelle sous le prisme du consentement, la solution proposant la variante du consentement (« *sans le consentement de la personne* ») aurait

¹³⁵ QUELOZ Nicolas, *Une 'diversité culturelle' appelée à disparaître ? – Le viol d'une personne de sexe féminin (art. 190 CPS) comme lex specialis de la contrainte sexuelle (art. 189 CPS)*, in : Queloz Nicolas/Niggli Marcel/Riedo Christof (édit.), *Droit pénal et diversités culturelles : mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Zurich 2012, p. 456 ; CR CP II – QUELOZ/ILLÁNEZ (nbp 129), art. 189 N° 3 et art. 190 N° 4.

¹³⁶ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 617.

¹³⁷ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 613.

¹³⁸ Arrêt du TF 6B_912/2009 c. 2.1.4. : « Der blosser Vollzug des Geschlechtsverkehrs gegen den vorgängig geäusserten Willen der Beschwerdeführerin bzw. eine nur geringfügige Kraftaufwendung genügt aufgrund des unbeeinträchtigten physischen und psychischen Zustands der Beschwerdeführerin demzufolge nicht für den Tatbestand der Vergewaltigung.»

¹³⁹ LE MAGUERESSE Catherine, *Les pièges du consentement, pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnamarie-Dontilly, 2021, p. 50.

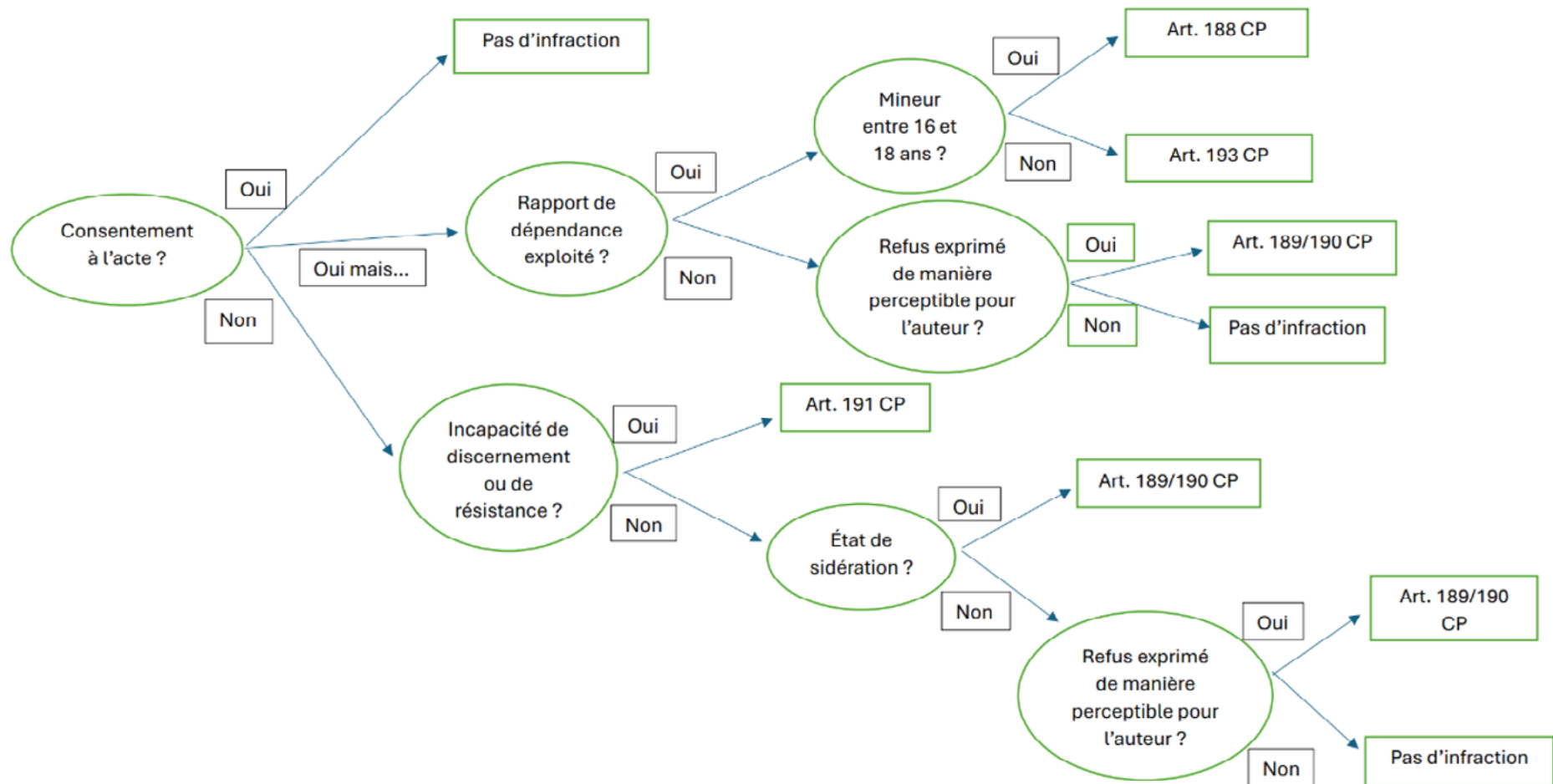
¹⁴⁰ MONTAVON (nbp 85), p. 4 ; SCHEIDEGGER (nbp 54), p. 173.

¹⁴¹ Ce tableau est inspiré de celui proposé par PERRIER DEPEURSINGE/BOYER dans leur article PERRIER DEPEURSINGE Camille/BOYER Mathilde, *Infractions contre l'intégrité sexuelle, Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours*, in : Perrier Depeursing Camille/Nathalie

permis de couvrir un éventail de situations plus large. En effet, ce tableau montre que malgré le progrès réalisé par la révision du droit pénal sexuel, le résultat demeure insuffisant puisque l'exigence d'un refus exprimé de manière perceptible (variante du refus) au détriment d'une exigence de consentement nettement perceptible (exprès ou par actes concluants – variante du consentement) crée une lacune de punissabilité de certains comportements ¹⁴².

Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 1 ss. et a été adapté par nos soins au droit en vigueur depuis le 1er juillet 2024.

¹⁴² Par ex. ATF 148 IV 234 dans lequel le TF constate de manière très factuelle que « l'intimé n'avait prêté aucune attention à la passivité de la recourante et semblait s'être préoccupé de son seul plaisir. » (c. 2.4.5). Ce comportement problématique en termes de recherche du consentement de son/ sa partenaire tout au long de l'acte restera vraisemblablement impuni sous le nouveau droit.



En remplaçant l'injonction pour une victime d'avances sexuelles non désirées de devoir résister physiquement à la personne qui l'agresse par l'injonction pour la victime de signifier son refus de manière perceptible et compréhensible pour l'auteur (donc avec une certaine vivacité), le nouveau droit maintient une forme de responsabilité de la victime dans la qualification de l'infraction, en lieu et place d'une obligation pour chaque partenaire de s'assurer du consentement de l'autre tout au long de l'acte ¹⁴³. Il nous semble que la variante du consentement aurait permis à la jurisprudence d'étoffer la densité normative du consentement sexuel afin qu'il acquière petit à petit une définition plus précise ce qui aurait permis une meilleure protection de l'intégrité sexuelle ¹⁴⁴. Nous sommes d'avis que seul un consentement libre, éclairé, spécifique et continu ¹⁴⁵ permettra aux stéréotypes sexistes et à la culture du viol de reculer.

2. L'élément constitutif objectif « contre la volonté d'une personne »

L'élément constitutif « contre la volonté d'une personne » englobe les actes d'ordre sexuel que l'auteur commet sur une personne ou qu'il lui fait commettre sans user de contrainte, mais en ignorant intentionnellement la volonté contraire exprimée verbalement ou non par la victime ¹⁴⁶. Autrement dit, sous l'égide du droit en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2024, le seul élément déterminant dans la version de base des infractions de viol et de contrainte sexuelle est de savoir si l'acte était consenti ou s'il a eu lieu contre la volonté d'un des partenaires. En droit pénal suisse, la théorie qui prévaut quant à la définition du consentement en matière sexuelle est celle qui consiste à dire qu'une « décision de l'ayant droit concernant sa sphère intime ne peut avoir d'effet sur l'illicéité du comportement de l'auteur que lorsqu'elle est exprimée ; ainsi, une pensée qui reste dans le for interne d'une personne n'est pas juridiquement pertinente. » ¹⁴⁷ Il en découle que pour être valable, le consentement ou le refus de l'ayant droit doit être signifié à l'auteur de manière perceptible, par un comportement verbal ou non verbal.

Il n'est pas réaliste de vouloir établir une liste exhaustive des comportements valant un consentement ou un refus exprimé de manière juridiquement efficace. Contrairement à l'ancien droit, l'opposition de la victime pourra être valablement exprimée de manière verbale et/ou non verbale ¹⁴⁸ sous l'égide de la nouvelle. Les comportements de refus « non verbaux » n'exigeront quant à eux plus la même intensité de résistance que sous

¹⁴³ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 614-615.

¹⁴⁴ SCHEIDEGGER Nora, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz : Grundlagen und Reformbedarf*, Berne 2018, p. 111 ss.

¹⁴⁵ Selon les Principes de La Haye sur la violence sexuelle, le consentement doit être « véritable, volontaire, spécifique et continu ». Elaborés avec la contribution de victimes, d'organisations, de praticiens du droit, de chercheurs et de décideurs politiques, les Principes de La Haye permettent de mieux comprendre les différentes formes de la violence sexuelle, afin de leur apporter des réponses d'un nouveau genre.

¹⁴⁶ Rapport CAJE (nbp 115), p. 2-3.

¹⁴⁷ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 32.

¹⁴⁸ Rapport CAJE (nbp 115), p. 30.

l'ancien droit. Le refus sera considéré comme étant perceptible à l'auteur lorsque la victime adopte des attitudes corporellement actives, soit quand elle pleure, se détourne ou secoue la tête ¹⁴⁹.

L'élément constitutif « *contre la volonté de la personne* » devrait permettre de punir le comportement de *stealthing* ¹⁵⁰, actuellement passible d'une simple amende pour désagrégements causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel en vertu de l'art. 198 CP (sous réserve que la victime ait déposé plainte) ¹⁵¹. Certains auteurs craignent que la formulation « *contre la volonté de la personne* » ne crée une nouvelle lacune de punissabilité pour ce comportement hautement problématique, puisque, la victime n'aurait par définition pas la possibilité d'exprimer sa volonté dans un sens ni dans l'autre quant à si le rapport sexuel commencé avec un préservatif, pouvait se terminer sans ¹⁵². Il apparaît néanmoins que la volonté du législateur consiste à punir le *stealthing* par le biais de l'art. 190 al. 1 CP. En effet, le retrait du préservatif est un comportement contraire à ce qui avait été convenu et directement lié aux modalités de l'acte d'ordre sexuel. Selon le rapport de la CAJE, « les rapports sexuels non protégés et ceux protégés par un préservatif sont deux formes différentes de rapports sexuels. Si une personne ne porte pas de préservatif en dépit de ce qui avait été convenu, le consentement donné ne déploie pas d'effets. [...] On se trouve donc face à un comportement punissable couvert par l'élément constitutif «contre la volonté» » ¹⁵³. Quant aux actes d'ordre sexuel commis par surprise, la novelle considère que l'auteur qui fait usage de surprise sait qu'il « agit contre la volonté implicite de la victime, peu importe que celle-ci l'ait ou non manifestée » ¹⁵⁴. En anticipant la révision, le Tribunal fédéral a d'ores et déjà arrêté que l'absence de refus de la victime face à un acte inattendu et soudain, tout comme en cas de *stealthing*, ne devait pas empêcher l'application de l'art. 190 al. 1 CP ¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Rapport CAJE (nbp 115), *loc. cit.* Le fait pour la victime de repousser les mains de l'auteur, de serrer ses jambes, de se recroqueviller ou de protéger certaines parties de son corps avec ses mains ou ses bras entreront également dans les actes actifs de refus non-verbaux devant être considérés comme explicites et nettement perceptibles par l'auteur (PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL [nbp 48], p. 33).

¹⁵⁰ Le *stealthing* consiste, pour un partenaire sexuel, à enlever son préservatif pendant l'acte sexuel, à l'insu et sans le consentement de l'autre partenaire.

¹⁵¹ Arrêt du TF 6B_34/2020, c.5 ; GUIBAN (nbp 108), p. 4.

¹⁵² DEPEURSINGE Camille/BOYER Mathilde, *Stealthing : Quelle protection pénale ? – de la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle*, in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew/Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), *Cimes et châtiments – mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022, p. 527.

¹⁵³ Rapport CAJE (nbp 115), p. 32.

¹⁵⁴ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 51.

¹⁵⁵ « Unter dem Konzept der Ablehnungslösung muss also nicht unmittelbar auf den Übergriff reagiert werden; die Ablehnung kann aus einer vorgängigen Willensbekundung oder aus den Umständen abzuleiten und auch dann gegeben sein, wenn das (überraschte) Opfer keine Zeit hat, sich entsprechend zu äussern, oder wenn es – wie beim Stealthing – zum Zeitpunkt des Übergriffs die tatbestandsmässige Situation nicht erkennt.» (ATF 148 IV 329 c. 5.4.2 p. 344).

Il n'en demeure pas moins que, selon nous, le choix législatif retenu par la révision qui érige l'absence de refus comme équivalent au consentement est problématique en cela que cette variante dite du refus a pour effet de perpétuer la possibilité de remettre systématiquement la réalité des faits survenus en question, puisqu'à nouveau c'est à la victime de prouver qu'elle a signifié son refus et qu'elle l'a fait de manière suffisamment perceptible pour l'auteur. Ce schéma, intimement lié aux infractions contre l'intégrité sexuelle, choque notre sentiment de justice. En effet, on peine à imaginer qu'en cas de violation de domicile, l'interrogatoire des autorités à la victime porte sur la bonne compréhension par l'auteur de l'infraction quant au fait qu'il pénétrait chez la victime contre la volonté de celle-ci. Il en découle que la victime d'une infraction contre ses biens est protégée de manière plus efficace que la victime d'une infraction contre sa personne et plus particulièrement contre son intégrité sexuelle. À notre sens, ce constat met en exergue une forme d'effacement des femmes, premières victimes des violences sexuelles, en tant que sujets de droit plein et entier dans un système judiciaire pensé par les hommes protégeant les biens juridiques dont ils sont titulaires.

3. L'élément constitutif objectif de « l'état de sidération » et son traitement sous le prisme du consentement

La notion d'état de sidération est une notion juridique indéterminée qui a vu le jour dans le contexte du débat sur le consentement. La variante du refus retenue par le législateur risquait en effet de créer une lacune de punissabilité pour les situations où l'auteur profite de l'absence totale de réaction de la victime pour lui imposer un acte d'ordre sexuel non consenti. Pour combler cette lacune, le législateur a complété la typicité des art. 189 et 190 al. 1 CP par la mise à profit de l'état de sidération¹⁵⁶ qui implique que si la victime est pétrifiée par la peur et n'est pas en mesure d'exprimer son refus ou de se défendre, l'auteur aura à répondre de viol ou d'atteinte et contrainte sexuelles s'il est prouvé qu'il a profité de l'état dans lequel la victime se trouvait¹⁵⁷.

La notion d'état de sidération vient de la vulgarisation de différents états involontaires et temporaires d'inhibition survenus en tant que réaction physiologique à une forte menace¹⁵⁸. De manière très simplifiée, en réponse à un danger menaçant l'intégrité physique (réel ou perçu), l'état de sidération survient lorsque la victime ne peut ni fuir ni combattre, et que pour maximiser sa survie, son cerveau déclenche une série de réactions neurophysiologiques ayant pour but de la couper de la réalité¹⁵⁹ et pour effet

¹⁵⁶ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 34.

¹⁵⁷ Communiqué du Département fédéral de justice et police, de l'Office fédéral de la justice et du Conseil fédéral, les nouvelles dispositions du droit pénal en matière sexuelle entreront en vigueur le 1er juillet 2024, 10 janvier 2024, p. 1.

¹⁵⁸ COURVOISIER Julie, *Techniques d'auditions des victimes en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle*, in : Perrier Depeursinge Camille/Nathalie Dongois (édit.), *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, Berne 2022, p. 126 ; PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 35.

¹⁵⁹ Rapport CAJE (nbp 115), p. 33.

une incapacité de bouger, de crier ou même de simplement réagir ¹⁶⁰. Ce qui est déterminant et pénalement répréhensible en vertu des nouveaux art. 189 et 190 al. 1 CP n'est pas l'acte à l'origine de la sidération, mais le fait que malgré le fait qu'il perçoive l'état anormal de la victime, l'auteur accepte l'éventualité d'en tirer profit pour obtenir un acte d'ordre sexuel (le dol éventuel suffit, art. 12 al. 2 2^e phrase CP) ¹⁶¹. Sur le plan subjectif, le verbe « profiter » signifie que le législateur incrimine la mise à profit.

De nombreux auteurs relèvent que la fréquence du phénomène de sidération chez les victimes d'agressions sexuelles ¹⁶² aurait dû conduire le législateur à adopter la variante dite du consentement (« sans le consentement d'une personne »), puisqu'elle aurait eu le mérite d'exiger « le recueil de l'accord explicite et librement communiqué de l'autre en préalable à une activité sexuelle et tout au long de celle-ci » ¹⁶³, ce qui aurait par définition rendu l'acte commis sur une victime en état de sidération punissable. Afin d'assurer une bonne protection de l'intégrité sexuelle, nous nous rangeons aux côtés de ces auteurs et sommes d'avis que la passivité de la victime ne devrait jamais pouvoir être interprétée comme un signe de consentement ¹⁶⁴.

4. Le cas de la transmission induite d'un contenu non public à caractère sexuel

Le nouvel article 197a CP légifère sur le phénomène dit de la pornodivulgateion, qui consiste à transmettre un contenu non public à caractère sexuel sans le consentement de la personne qui y est identifiable. La particularité réside dans le fait que la personne identifiable sur le contenu multimédia divulgué avait à l'origine donné son consentement au fait que la personne le divulguant soit en possession de ce contenu. Très en vogue au sein de la jeune génération, ces pratiques ont par ailleurs donné lieu à l'ajout des alinéas 8 et 8^{bis} de l'art. 197 CP qui dépénalisent la production, la possession, la consommation et la mise à disposition de contenu de pornographie douce par un mineur ¹⁶⁵. L'infraction visée par l'art. 197a CP entre dans la sous-catégorie des cyberviolences et, comme la majorité des infractions à caractère sexuel, elle frappe principalement les femmes. Cette infraction est caractérisée par une audience presque illimitée, une extrême rapidité de diffusion et une impossibilité d'effacer définitivement les contenus

¹⁶⁰ JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 33-34 ; PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 35.

¹⁶¹ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 36-37.

¹⁶² Une étude suédoise de 2005 a établi qu'une forme de paralysie avait été ressentie par les victimes de viol sous une forme aiguë dans 48% des cas et sous une forme atténuée dans 70% des cas, in : MÖLLER Anna/ SÖNDERGAARD Hans Peter/ HELSTRÖM Lotti, *Tonic immobility during sexual assault - a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica vol. 96/2017, p. 934 ; PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 36.

¹⁶³ LE MAGUERESSE (nbp 139), p. 141.

¹⁶⁴ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 39.

¹⁶⁵ À condition que la personne mineure soit consentante, qu'il ne s'agisse pas d'une activité rémunérée et que la différence d'âge entre les personnes concernées ne dépasse pas trois ans (Rapport CAJE (nbp 115), ch. 3.12.2).

ainsi propagés ¹⁶⁶. La forme simple (transmission à un tiers) n'est poursuivie que sur plainte, alors que l'infraction qualifiée (publication sur internet) l'est d'office vu le risque et la vitesse de propagation du contenu.

L'art. 197a CP vise à protéger le bien juridique qu'est la pudeur ou la sphère intime de la personne représentée sur l'image ou que le contenu à caractère sexuel vise ¹⁶⁷. Les éléments constitutifs objectifs de l'infraction sont : 1) la transmission à un tiers (al. 1) / la publication (al. 2) ; 2) d'un contenu non public à caractère sexuel (c'est-à-dire un contenu d'ordre sexuel qui a été créé selon la volonté de la personne identifiable pour une utilisation purement privée ¹⁶⁸) ; 3) sans le consentement de la personne qui y est identifiable. Sur le plan subjectif ¹⁶⁹, l'auteur doit avoir voulu propager le contenu (le dol éventuel suffit). Dans le cadre de l'infraction qualifiée, l'auteur doit avoir voulu, au moins par dol éventuel, que le contenu soit vu par un nombre illimité de personnes. Cette infraction n'exige pas de motifs particuliers, comme la vengeance (contrairement à la notion de « *revenge porn* »).

Le consentement est donc un élément constitutif objectif de l'infraction, mais contrairement aux autres infractions du titre V, le consentement n'a pas pour objet l'acte [d'ordre] sexuel, mais la retransmission d'un contenu multimédia à caractère sexuel transmis de manière consensuelle à l'origine. À cet égard, l'art. 197a CP se situe à la limite des infractions contre l'honneur, des infractions contre le domaine secret ou le domaine privé et des infractions contre l'intégrité sexuelle ¹⁷⁰. L'art. 197a CP diffère néanmoins de l'art. 179^{bis} CP par ex. (qui exige un consentement exprès des participants à l'écoute ou à l'enregistrement de leur conversation non publique ¹⁷¹) en cela que dans le cas visé par le nouvel article 197a CP, le contenu multimédia a déjà été enregistré par / ou transmis au destinataire. Il n'en demeure pas moins que le consentement à la retransmission de ce contenu à un tiers devrait selon nous être exprès pour être considéré comme un élément excluant l'existence de l'infraction. En effet, que ce soit la personne qui y est identifiable qui ait créé puis transmis le contenu non public à caractère sexuel, ou que cette personne ait consenti à ce que son partenaire la filme, l'objet du consentement ne consiste pas à la retransmission dudit contenu à un tiers, encore moins à un à nombre illimité de personnes.

La formulation de l'art. 197a CP diffère par ailleurs de la formulation retenue pour les nouveaux articles 189 et 190 CP : les termes « sans le consentement de la personne » sont utilisés, ce qui dans le contexte du débat lié au consentement et de la problématique « variante du refus » versus « variante du consentement » laisse penser qu'un

¹⁶⁶ Magazine amnesty (nbp 83), p. 22.

¹⁶⁷ Rapport CAJE (nbp 115), ch. 3.13.2.2 ; Préavis du Conseil d'Etat au Grand conseil vaudois, mars 2023, p. 4.

¹⁶⁸ Rapport CAJE (nbp 115), ch. 3.13.2.3.

¹⁶⁹ Rapport CAJE (nbp 115), ch. 3.13.2.4.

¹⁷⁰ Rapport CAJE (nbp 115), ch. 3.13.1.

¹⁷¹ PC CP (nbp 29), art. 179bis N° 16.

consentement exprès sera exigé, à défaut de quoi, l'infraction sera réalisée et l'auteur punissable

5. Tableau récapitulatif des infractions sexuelles sous l'angle du consentement comme élément de typicité objective¹⁷²

Article du CP	BJ protégé par l'EFL	Consentement comme élément de typicité objective
187 CP – Actes d'ordre sexuel avec des enfants	développement paisible d'un enfant jusqu'à ce qu'il atteigne la maturité pour consentir de manière responsable à des actes d'ordre sexuel	≠ élément de typicité objective ; consentement pas possible (enfant de moins de 16 ans n'a pas encore la capacité pour consentir de façon valable).
188 CP – Atteinte à la liberté et à l'intégrité sexuelles, actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes	développement des mineurs et libre détermination des personnes qui se trouvent dans un rapport inégalitaire en raison de leur jeunesse	≠ élément de typicité objective ; en présence des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'EFL, le consentement est biaisé, il n'est donc pas possible pour la victime de consentir de façon valable.
189 CP – Atteinte et contrainte sexuelle	intégrité sexuelle et libre détermination en matière sexuelle	Al. 1 : élément de typicité objective « contre la volonté d'une personne » ; NB : l'EFL n'exige pas l'expression d'un consentement (oui), mais celle d'un refus (non) exprimé de manière expresse ou tacite. Al. 2 et 3 : ≠ élément de typicité objective ; consentement cède le pas à la contrainte au rang des éléments de typicité objective de l'EFL.
190 CP – Viol	intégrité sexuelle et libre détermination en matière sexuelle	Al. 1 : élément de typicité objective « contre la volonté d'une personne » ; NB : l'EFL n'exige pas l'expression d'un consentement (oui), mais celle d'un refus (non) exprimé de manière expresse ou tacite. Al. 2 et 3 : ≠ élément de typicité objective ; consentement cède le pas à la contrainte au rang des éléments de typicité objective de l'EFL.

¹⁷² Ce tableau laisse de côté l'art 197 al. 8 et 8bis CP relatif à la fabrication, la diffusion, la possession et la consommation de matériel pornographique où sont représentés des mineurs. Le consentement du mineur y est néanmoins un élément de typicité objective parmi d'autres afin que les comportements visés ne soient pas punissables.

191 CP – Actes d'ordre sexuels commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance	Intégrité sexuelle, liberté d'autodétermination et honneur sexuels des personnes qui ne sont momentanément pas en mesure de consentir	≠ élément de typicité objective ; consentement pas possible (personne momentanément incapable de comprendre le sens de l'acte et de former sa volonté vis-à-vis de cet acte) la capacité pour consentir de façon valable fait donc défaut.
193 CP – Abus de la détresse ou de la dépendance	Intégrité sexuelle et libre détermination en matière sexuelle des personnes se trouvant dans un rapport d'infériorité (soumission)	≠ élément de typicité objective ; consentement biaisé (« <i>détermine</i> celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel »), la victime ne consent pas de façon valable.
193a CP – Tromperie concernant le caractère sexuel d'un acte	Intégrité sexuelle, honneur et libre détermination en matière sexuelle des personnes se trouvant dans un rapport soignant/patient	≠ élément de typicité objective ; dans la mesure où l'acte sexuel est commis par tromperie /subi par erreur sur le caractère sexuel de l'acte, il ne peut par définition pas y avoir de consentement ; consentement pas possible.
Art. 197a CP – Transmission induue d'un contenu non public à caractère sexuel	Honneur sexuel et sphère intime de la personne représentée sur le contenu multimédia	élément de la typicité objective « sans le consentement de la personne » ; NB : l'expression d'un consentement exprès est exigé (seul un oui est un oui).

C. Le traitement de l'erreur sur le consentement

Lorsqu'il n'y a pas de consentement effectif, mais que l'auteur part du principe qu'il y a consentement, il s'agit d'un consentement dit putatif (« supposé de bonne foi avoir une existence légale »¹⁷³). En matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, si l'auteur pense à tort que la victime était consentante, il commet une erreur sur les faits¹⁷⁴ au sens de l'art. 13 al. 1 CP et n'est en conséquence pas punissable¹⁷⁵. En effet, sur le plan subjectif, la contrainte sexuelle et le viol sont des infractions intentionnelles. L'auteur doit savoir que la victime n'est pas consentante ou en accepter l'éventualité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « l'élément subjectif 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. »¹⁷⁶ L'instruction doit donc établir les faits afin de déterminer si l'auteur avait conscience du refus de la victime, mais l'a quand même contraint à subir un acte sexuel.

La difficulté supplémentaire propre aux infractions sexuelles est que ces infractions ont en général lieu entre quatre yeux et que les moyens de preuve se limitent souvent aux déclarations des personnes concernées¹⁷⁷, sans compter que même lorsque des preuves matérielles ou scientifiques peuvent être récoltées, elles ne permettent pas forcément de déterminer l'intention de l'auteur¹⁷⁸. La révision ayant retenu la variante du refus, il s'agit d'identifier les éléments qui permettent de retenir la connaissance par l'auteur de l'absence de consentement de la victime. La jurisprudence du Tribunal fédéral a déjà statué sur le fait que l'intention de l'auteur devrait être admise quand la victime a fait preuve « de signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissables pour lui, tels des pleurs, des demandes d'être laissée tranquille, le fait de se débattre, de refuser des tentatives d'amadouement ou d'essayer de fuir »¹⁷⁹. La nature et la durée des rapports doivent également être un facteur permettant de déterminer l'intention de l'auteur¹⁸⁰ : plus l'acte sexuel imposé sort des pratiques classiques de la sexualité entre adultes consentants, « moins il y a lieu de poser des exigences élevées quant à la connaissance par l'auteur de l'absence de consentement de la victime »¹⁸¹.

¹⁷³ *Dixit* Le Trésor de la langue française informatisé.

¹⁷⁴ NIGGLI Marcel Alexander/GÖHLICH Carola, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Strafrecht I : art. 1 – 136 StGB, Basler Kommentar Strafrecht*, 4e éd., Bâle, 2019, Vor Art. 14 N° 59.

¹⁷⁵ ATF 87 IV 66 c. 3 ; Arrêt du TC VD CAPE 2018/32 c. 3.2.2.

¹⁷⁶ Arrêt du TF 6B_1404/2021, c. 3.2 ; Arrêt du TF 6B_894/2021, c. 3.2.

¹⁷⁷ MONTAVON (nbp 85), p. 4.

¹⁷⁸ COURVOISIER (nbp 158), p. 125.

¹⁷⁹ ATF 148 IV 234, c. 3.4 ; Arrêt du TF 6B_774/2014, c. 3.3.

¹⁸⁰ Arrêt du TF 6B_774/2014, c. 3.3.

¹⁸¹ PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (nbp 48), p. 43.

La présomption d'innocence et le principe *in dubio pro reo* impliquent que le fardeau de la preuve incombe à l'accusation et que le doute profite au prévenu ¹⁸². Dans le cadre des infractions contre l'intégrité sexuelle, si un doute persiste quant à la nature de l'acte incriminé et à la compréhension qu'en avait l'auteur au moment des faits, le tribunal a le devoir d'acquitter l'accusé. Notre approche n'a pas pour objet de remettre en question cette garantie du droit à un procès équitable ¹⁸³, mais de porter un regard critique sur la manière dont est appréciée la crédibilité des déclarations de toutes les parties lorsqu'il existe deux versions inconciliables des faits ¹⁸⁴. Nous soutenons que la « manière dont la victime présumée de violences sexuelles est interrogée doit permettre de ménager un juste équilibre entre son intégrité personnelle et sa dignité et les droits de la défense garantis aux prévenus » ¹⁸⁵, afin que le système judiciaire protège les victimes aussi bien qu'il protège les accusés. À ce titre, il nous paraît légitime de se demander pourquoi la volonté subjective de l'auteur est décisive plutôt que l'absence de consentement [subjective ?] de la victime. À notre avis, dans un système juridique plaçant véritablement le droit à l'autodétermination au centre, l'auteur ne devrait plus pouvoir invoquer le fait qu'il croyait « sincèrement » que la victime était consentante. Dit système exigerait de lui qu'il apporte la preuve des mesures par lesquelles il s'est assuré de ce consentement positif ¹⁸⁶. Même sous l'égide du droit en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2024, qui place le refus en lieu et place du consentement, il y a fort à parier que la défense se fondera sur le fait que l'auteur n'avait pas remarqué l'absence de consentement ou que l'expression de l'opposition de la victime était équivoque ou encore que son comportement suite à l'agression ne correspondait pas à celui d'une victime ¹⁸⁷. Selon nous, ces arguments récurrents sont des stéréotypes sexistes agissant dans un système judiciaire qui refuse de reconnaître un droit à l'autodétermination plein et entier aux femmes en remettant constamment leur parole en question. Il en découle que beaucoup de victimes « sont, explicitement ou implicitement, découragées d'engager une procédure judiciaire parce qu'elles pensent qu'on les tiendra en partie pour responsables des actes subis ou qu'on ne les croira pas. » ¹⁸⁸

¹⁸² Arrêt du TF 6B_1285/2018, c. 1.1 ; 6B_389/2017 c. 3.1 ; BARTON (nbp 3), p. 1378.

¹⁸³ PRUIN Ineke, 'Nein heisst nein' und 'Ja heisst ja' : zur Einführung eines konsensorientierten Ansatzes im Sexualstrafrecht in der Schweiz und in Deutschland, ZStrR, 139/2021, p. 143 ss ; SCHEIDEGGER (nbp 54), p. 173 ss ; IDEM, (nbp 144), p. 339 ss.

¹⁸⁴ Arrêt du TF 6B_575/2010, c. 1.3.2 ; COURVOISIER (nbp 158), p. 124.

¹⁸⁵ BARTON (nbp 3), p. 1378. On retrouve cette réflexion dans l'arrêt de la CourEDH Y. *contre Slovaquie*, par. 115. Certains auteurs, comme BOMMER, déduisent au contraire de l'art. 10 al. 3 CPP que « geht der Beschuldigtenanspruch auf Nachweis der belastenden Tatumstände dem Geschädigtenanspruch auf Schonung vor » (BOMMER [nbp 97], p. 72).

¹⁸⁶ DELACRAUSAZ/MOREILLON (nbp 34), p. 165.

¹⁸⁷ Arrêt du TF 6B_774/2014, c. 3.4.2 et 3.5.2 ; JOLY-Coz Gwenola, *Troubles dans le consentement d'Alexia Boucherie – une réaction*, Archives de philosophie du droit 2019/1(Tome 61), p. 392 ; JAQUIER/MONTAVON (nbp 74), p. 198 ; BARTON (nbp 3), p. 1375.

¹⁸⁸ BARTON (nbp 3), p. 1374 ; l'arrêt de la CourEDH J.L. *contre Italie*, par. 141, souligne que « les poursuites et les sanctions pénales jouent un rôle crucial dans la réponse institutionnelle à la violence fondée sur le genre et dans la lutte contre l'inégalité entre les sexes. Il est dès lors essentiel que les

Sur un plan plus global, nous sommes d'avis que la construction juridique du consentement sexuel accorde une place (trop ?) importante à la compréhension que l'auteur a eu du refus de la victime ¹⁸⁹, phénomène qui va de pair avec une « présomption de consentement » aux relations sexuelles. Cette présomption est encore plus difficile à renverser quand prévenus et victimes ne sont pas de parfaits inconnus l'un pour l'autre ¹⁹⁰. L'analyse de la jurisprudence montre qu'il suffit qu'ils aient entretenu des relations sexuelles antérieures, quelques gestes ou actes sexuels, un flirt ou une relation de séduction pour que la compréhension que l'auteur a pu avoir du consentement de la victime soit analysée avec ce que nous qualifierions d'une certaine forme de complaisance ¹⁹¹. Une telle représentation déresponsabilise l'auteur en responsabilisant la victime de ne pas avoir été capable de se faire entendre et comprendre clairement ¹⁹². Ce constat heurte et à défaut d'une législation plaçant le consentement à la base de toute relation sexuelle, nous espérons que la jurisprudence des nouveaux articles 189 et 190 al. 1 CP posera des exigences basses en termes de signification du refus et accordera ainsi plus de poids à l'attention que l'auteur aura prêté aux signes de consentement de son/sa partenaire.

D. Le consentement comme fait justificatif extralégal en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle

Lorsque le consentement est un élément de la typicité objective de l'infraction (à condition qu'il ait été donné), il constitue un élément excluant l'existence de l'infraction, et non pas un fait justificatif ¹⁹³. Nous nous proposons d'examiner si le consentement peut constituer un fait justificatif dans les infractions contre l'intégrité sexuelle qui ne posent pas le consentement comme élément de typicité objective ¹⁹⁴. Il arrive en effet que la victime « consente » à l'acte et qu'un consentement « de fait » soit obtenu ¹⁹⁵.

Dans le cas des nouveaux articles 187 et 188 CP le législateur n'admet pas que la victime, mineure, puisse valablement consentir à l'acte d'ordre sexuel. Ainsi en cas d'acte d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) l'infraction est réalisée et l'auteur

autorités judiciaires évitent de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice. »

¹⁸⁹ LIEBER GABBIANA Marylene/GRESETE Cécile/PEREZ RODRIGO Stéphanie, *Le traitement pénal des violences sexuelles à Genève – Une étude exploratoire*, IRS Working paper n°14 UNIGE, 2019, p. 29.

¹⁹⁰ LIEBER GABBIANA/GRESETE/PEREZ RODRIGO (nbp 189), p. 50 ; JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 38.

¹⁹¹ On pense notamment à l'ATF 148 IV 234 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_894/2021 du 28 mars 2022), dans lequel force est de constater que le fait pour une personne de ne pas se préoccuper de la manière dont son partenaire perçoit l'acte sexuel entrepris n'est pas punissable.

¹⁹² LIEBER GABBIANA/GRESETE/PEREZ RODRIGO (nbp 189), p. 29.

¹⁹³ PC CP (nbp 29), art. 179bis N° 16.

¹⁹⁴ Art. 187, 188, 191, 193 et 193a CP.

¹⁹⁵ BSK StGB I – NIGGLI/GÖHLICH (nbp 174), Vor Art. 14 N° 13.

est punissable (même si l'enfant est âgé de 14 ou 15 ans, capable de discernement et consentant à l'acte d'ordre sexuel), parce que le bien juridiquement protégé justifie de sanctionner l'auteur sans égard au consentement de l'enfant ¹⁹⁶. De même pour l'art. 188 CP, en présence des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'EFL, le consentement du mineur de plus de 16 ans est considéré comme biaisé et n'est donc pas valable. Le consentement peut aussi être obtenu par l'exploitation d'un lien de dépendance ou d'une situation de détresse (art. 193 CP) ou lorsque la capacité de discernement ou la capacité de résistance font défaut (art. 191 CP) ¹⁹⁷. Dans ces cas, il est possible que la victime donne un consentement apparent, qui s'il exclut le viol, n'en reste pas moins biaisé puisqu'il n'a pas été donné de manière libre et volontaire. Enfin si un consentement a été obtenu par tromperie (art. 193a CP), et que dite tromperie se rapporte au bien juridique protégé et qu'elle affecte le contenu, l'étendue ou la portée du consentement donné, ce consentement n'est pas valable ¹⁹⁸.

On constate qu'un consentement de fait ne saurait être retenu comme fait justificatif. Ainsi il apparaît que lorsque le consentement ne constitue pas un élément de la typicité objective de l'infraction, il est systématiquement rendu invalide ¹⁹⁹ par les éléments constitutifs de l'EFL (mineurs de moins de 16 ans, mineurs de plus de 16 ans dans un lien de dépendance, personne incapable de discernement ou de résistance, situation de détresse ou de dépendance, tromperie) et ne peut donc pas être valablement invoqué comme fait justificatif extralégal ²⁰⁰ ce qui permet une meilleure protection des personnes vulnérables visées par ces infractions. Cela confirme que le législateur est capable de protéger les biens juridiques qu'il considère importants. S'il ne nous viendrait pas à l'esprit de critiquer la protection du développement sexuel des mineurs et l'autodétermination sexuelle des personnes vulnérables, nous regrettons que le législateur ne prenne pas plus à cœur la protection de l'autodétermination sexuelle de l'individu « *lambda* ».

En matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, les infractions qui ne contiennent pas l'absence de consentement dans leur typicité objective excluent par définition un quelconque consentement valable donné par la victime. Il en découle que si le consentement peut valablement constituer un fait justificatif extralégal dans d'autres domaines du droit pénal, il ne devrait pas être considéré de la sorte en droit pénal sexuel. En effet, les infractions contre l'intégrité sexuelle étant des infractions contre l'individu, un consentement valable de l'individu exclut la naissance même de l'infraction et non pas seulement son illicéité ²⁰¹.

¹⁹⁶ Sauf exceptions de l'art. 187 al. 2 et 3 CP. PERRIER DEPEURSINGE /PITTET (nbp 11), p. 803 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS (nbp 19), N° 728.

¹⁹⁷ BSK StGB I – NIGGLI/GÖHLICH (nbp 174), Vor Art. 14 N° 13.

¹⁹⁸ BSK StGB I – NIGGLI/GÖHLICH (nbp 174), Vor Art. 14 N° 45.

¹⁹⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS (nbp 19), N° 726.

²⁰⁰ Tableau III, lit. B, ch. 5.

²⁰¹ BSK StGB I – NIGGLI/GÖHLICH (nbp 174), Vor Art. 14 N° 18.

V Conclusion

Centrée sur l'élément de contrainte, accordant une importance secondaire au consentement de la victime (qui ne faisait que se déduire de l'élément de contrainte), l'ancienne législation en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle démontre de manière exemplaire comment le droit, en empêchant concrètement la punissabilité de comportements pourtant hautement problématiques, contribue à reléguer les femmes (principales victimes des violences sexuelles) à une position de sujets de droit de seconde zone. En effet, le consentement des victimes de violences sexuelles n'avait que peu d'importance puisqu'il n'avait pas d'influence sur la possibilité pour elles de faire respecter leurs droits en matière d'autodétermination sexuelle par le biais de la justice pénale. En exigeant l'élément de contrainte, le système judiciaire maintenait les femmes sous le joug de la peur et de la domination puisqu'elles leur parole pouvait facilement être mise en doute. La révision entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024 a érigé le consentement au rang d'élément constitutif objectif des articles 189 et 190 al. 1 CP. Mais en préférant la variante dite du refus à la variante dite du consentement, la nouvelle a pour effet de maintenir une exigence de refus signifié comme condition de validité juridique de l'absence de consentement, ce qui, selon nous, occasionne concrètement un affaiblissement de l'efficacité de la protection du bien juridiquement protégé qu'est l'autodétermination sexuelle.

Nous sommes d'avis que l'absence même de définition de la notion du consentement sexuel dans le droit pénal s'insère dans un ensemble de règles et de pratiques façonnées par des hommes qui résistent à ce que les femmes accèdent au statut de sujets de droit à part entière. On retrouve ici cette « résistance » évoquée par JAQUIER, MONTAVON et ISELIN ²⁰² dans leur article très complet sur les raisons pour lesquelles la révision du droit pénal sexuel n'a pas abouti à la qualification du viol comme un rapport sexuel non consenti. Notre hypothèse est que cette résistance s'explique aussi par la conscience que donner aux femmes la possibilité d'actionner leurs agresseurs en justice lorsque leur consentement sexuel est bafoué reviendrait à poser une pierre de plus à l'accession des femmes au statut de sujet de droit plein et entier.

La variante du consentement aurait placé l'intégrité sexuelle au même rang que les autres biens juridiques protégés par le code pénal, c'est-à-dire que sous réserve du consentement du titulaire du bien, l'atteinte aurait par défaut été illicite. Ce qui paraît légitime vu l'importance du bien juridique protégé qu'est la liberté d'autodétermination sexuelle ²⁰³. Mais le législateur a tranché, sous le droit en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2024, la « simple » absence de consentement ne suffira toujours pas à la qualification de viol ou de contrainte sexuelle. À notre avis, en érigeant l'absence de refus comme

²⁰² JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (nbp 52), p. 16 ss.

²⁰³ MONTAVON/MONOD (nbp 51), p. 617.

équivalent au consentement, la variante du refus retenue par la révision ne parcourt que la moitié du chemin. Le droit d'une victime d'être protégée contre les violences sexuelles devrait naître dès l'instant où il n'y a pas consentement. Toute autre considération (refus, état de sidération) entrave, selon nous, la protection efficace de l'autodétermination sexuelle. En renonçant à consacrer un consentement positif, le législateur perpétue un système judiciaire conçu et bâti sur une présomption implicite²⁰⁴ de consentement [des femmes] aux relations sexuelles. Cette présomption est réfragable lorsqu'il est prouvé que l'agresseur a eu recours à une forme de contrainte (ancien droit) ou lorsque la victime a exprimé un refus (droit en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2024). Mais céder n'est pas consentir et une absence de refus n'est pas un consentement. Nous déplorons que la révision du droit pénal n'ait pas aboli cette présomption, en instaurant l'exigence d'un consentement positif en élément constitutif objectif comme un appel à de nouvelles relations entre les hommes et les femmes basées sur le respect et l'écoute en lieu et place des rapports de domination.

²⁰⁴ LE MAGUERESSE (nbp 4), p. 614.

Je, soussignée Léonore Lebedeva, déclare sur l'honneur avoir rédigé le présent travail de bachelor individuellement en utilisant uniquement les sources et les aides citées (y compris les outils d'aide à la rédaction automatique utilisés pour élaborer le présent texte, en tout ou en partie) et que j'ai indiqué comme tels les passages extraits des sources utilisées, soit littéralement, soit en termes de contenu. Je n'ai pas soumis ce mémoire sous une forme identique ou similaire à un autre organe d'examen. Je suis d'accord pour que le document soit vérifié par un service de détection afin de détecter tout éventuel plagiat. Je suis consciente qu'une infraction aux principes susmentionnés entraînera une sanction conformément aux articles 9 et 11 des Directives pour l'intégrité scientifique de l'Institut Universitaire de Formation à Distance, UniDistance Suisse.

