

Conseil des Etats  
Commission des affaires juridiques  
M. Beat Rieder, Président  
Mme Christine Hauri, Office fédéral de la  
justice

*Par email : christine.hauri@bj.admin.ch*

Genève, le 7 mai 2021

## **Recommandations de l'association des juristes progressistes de Genève (AJP) suite à la mise en consultation de la révision du droit pénal relatif aux infractions sexuelles**

### **1. Présentation de l'association**

Depuis plus de 40 ans, l'AJP regroupe des juristes, magistrat·es, avocat·es, étudiant·es en droit qui ont fait le choix de lutter pour la justice sociale et le respect des droits fondamentaux au travers de leur pratique du droit. Dans le cadre de ses activités, l'AJP participe notamment à promouvoir des réformes législatives qui prennent en compte les personnes les plus vulnérables et garantissent les droits et libertés démocratiques de chacun·e.

La rédaction de la présente prise de position a été confiée plus particulièrement à deux membres du comité de l'association qui accueillent et accompagnent, dans le cadre de procédures pénales, des personnes qui ont été victime de violences sexuelles. Elles peuvent ainsi témoigner des difficultés rencontrées par ces dernières dans le cadre des procédures pénales, des lacunes de la loi actuelle, mais également des traumatismes subis par les victimes de violences sexuelles.

La réforme du droit pénal sexuel est attendue depuis de nombreuses années par les victimes et les professionnel·les qui les accompagnent. Il est aujourd'hui primordial que leurs vécus et leur expertise soient entendues. En effet, l'enquête gfs.bern du mois de mai 2019 a enfin pu démontrer, chiffre à l'appui, l'étendue des violences sexuelles en Suisse et la difficultés pour les victimes d'en parler, auprès de proches ou des autorités pénales. Dans le cadre de notre pratique, nous devons souvent expliquer à nos clientes que le prévenu sera certainement acquitté, non pas parce qu'elles ne seront pas par crues les autorités pénales, mais parce que l'agression qu'elles décrivent n'est pas considérée par la loi comme un comportement répréhensible. Il est temps de mettre fin à de telles situations.



## **2. L'infraction de viol doit contenir toutes formes de pénétration orale, vaginale et anale, avec toute partie du corps ou un objet**

L'actuelle disposition concernant le viol constitue une *lex specialis* de l'infraction de contrainte sexuelle. Elle s'applique uniquement lorsque les faits concernent une pénétration pénovaginale. L'auteur d'un viol est ainsi nécessairement un homme et la victime nécessairement une femme.

L'avant-projet soumis à la consultation contient une variante 1 de l'article 190 CP qui propose le maintien de la situation actuelle précitée. Les arguments avancés sont 1) que la réglementation considérées dans son ensemble, soit les champs d'application des articles 189 et 190 CP, ne conduit pas à des actes impunis, 2) qu'aucune convention internationale n'oblige la Suisse à procéder à des modifications de cet article et 3) que limiter l'infraction de viol aux personnes de sexe féminin se justifie par le qu'une femme peut, suite à un viol, être confrontée à une grossesse non désirée, ainsi qu'à la question de l'avortement ou de l'adoption.

L'AJP recommande de ne pas approuver une telle variante.

En effet, bien que l'intégralité des actes d'ordre sexuel soient couverts par le champ d'application des articles 189 et 190 CP (1), les peines planchers prévues par ces deux dispositions diffèrent. Celle de l'article 189 CP est une peine pécuniaire alors que celle de l'article 190 est une peine privative de liberté d'un an. Une telle distinction indique qu'une pénétration non consentie, autre que pénovaginale, est considérée comme un acte moins grave. Or, toute pénétration du corps non consentie constitue une des formes de violence les plus intenses et graves qu'une personne puisse subir. Il n'y a donc pas lieu de les différencier. Chaque acte d'ordre sexuel non consenti impliquant une pénétration du corps de la victime doit être considéré comme un viol.

Contrairement à ce qui est indiqué, une telle différenciation est interdite par les conventions internationales (2), par le biais des dispositions sur la non-discrimination. Par exemple, à l'article 4 al. 3 de la Convention d'Istanbul il est rappelé que la mise en œuvre des dispositions de la convention, en particulier les mesures visant à protéger les victimes, doit être assurée sans discrimination aucune fondée notamment sur le sexe, le genre, l'orientation sexuelle, l'identité de genre<sup>1</sup>.

Or, la variante 1 proposée dans l'avant-projet discrimine, par exemple, les personnes de sexe masculin qui ne peuvent pas être considérées comme victime de viol. Elle discrimine également les personnes LGBTQI, dans la mesure où tout rapport non consenti qui se déroule entre personnes du même sexe n'est pas considéré comme un viol. La variante 1 de l'infraction de viol est donc contraire au principe de non-discrimination.

Enfin, le fait qu'une femme soit exposée à une grossesse non désirée lorsqu'elle subit une pénétration pénovaginale non consentie ne peut justifier le statut quo de la définition du viol

---

<sup>1</sup> <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/168/fr>

(3). En effet, le fait de subir une pénétration anale ou orale non consentie entraîne les mêmes conséquences traumatiques qu'une pénétration vaginale non consentie. Il en va de même si l'objet de la pénétration est un pénis ou toute autre partie du corps ou un objet. Le traumatisme dépend des circonstances, de la fréquence, de la personnalité et du trajet de vie de la victime et non du type de pénétration ou de l'objet de la pénétration.

### **3. La définition du viol doit contenir toutes les violences sexuelles non consenties**

#### *a) De la suppression de la notion de contrainte dans l'infraction de viol*

La pétition déposée par Amnesty international auprès du Département fédéral de justice et police, ainsi que l'appel qui a suivi revendiquait une modification de l'article 190 CP, afin que tout rapport sexuel non consenti soit considéré comme un viol. L'avant-projet soumis à la consultation a malheureusement choisi de ne pas suivre les sollicitations d'Amnesty international. En effet, la condition de l'utilisation d'une forme de contrainte dans l'infraction de viol est maintenue et aucune des dispositions proposées n'est basée sur l'absence de consentement.

L'avant-projet propose, au contraire, l'introduction dans le code pénal d'une nouvelle disposition intitulée « *atteinte sexuelle* » qui porte sur les agressions sexuelles au cours desquelles l'auteur n'exerce aucune contrainte sur la victime. Le rapport concerné ne contient aucune explication quant au choix de la commission.

Or, ce choix est lourd de sens pour les victimes d'agressions sexuelles car il entraîne une hiérarchisation des violences sexuelles. En effet, la nouvelle infraction de l'article 187a CP entre dans la catégorie des délits et non des crimes. Le code pénal considérerait ainsi les violences sexuelles commises en utilisant une forme de contrainte, plus grave que les autres agressions sexuelles.

Toutefois, ce postulat n'est pas conforme à la réalité. Les difficultés et les souffrances auxquelles doivent faire face les victimes d'une agression sexuelle ne dépendent pas de l'utilisation d'une forme de contrainte, mais dans le fait d'avoir subi un acte sexuel auquel elle n'avait pas consenti. Il n'y a dès lors pas lieu de considérer les agressions sexuelles lors desquelles aucune forme de contrainte n'a été utilisée comme une infraction autre qu'un viol.

Par ailleurs, dans la grande majorité des agressions sexuelles, la victime se retrouve dans un état de sidération qui la fige et ne lui permet ainsi pas de réagir et/ou d'opposer une résistance à l'agression qu'elle subit. Selon les recherches établies par la Dre Muriel Salmona<sup>2</sup> notamment, psychiatre et psychotraumatologue spécialiste des troubles psychotraumatiques et des violences sexuelles, l'état de sidération constitue une réponse physiologique à une menace aiguë, notamment une agression. Elle s'exprime par une immobilité, un ralentissement ou une automatisation des mouvements. La respiration de la victime est également affectée ce qui la rend dans l'incapacité de crier ou de s'appeler à l'aide. Les victimes ne sont donc pas responsables de cet état et de leur absence de réaction.

---

<sup>2</sup> <https://www.memoiretraumatique.org/>

Dans de tel cas, l'auteur de l'agression n'aura pas à utiliser de moyen de contrainte pour imposer l'acte sexuel. Une telle agression n'est pas pour autant moins violente. Au contraire, lorsqu'une victime n'a pas réussi à s'opposer à l'agression sexuelle, elle doit également faire face à un sentiment de culpabilité, qui s'ajoute aux autres traumatismes.

La proposition contenue dans l'avant-projet implique également que la différence entre un viol et « *une relation sexuelle contre la volonté* » de l'article 187a CP dépend de la réaction de la victime lors d'une agression sexuelle, sur laquelle elle n'a aucune emprise. Une telle considération est impensable.

En effet, une telle approche envoie le message suivant aux victimes : « *si vous ne vous êtes pas défendu-e, l'agression que vous avez subie est considérée comme moins grave* ». Or, c'est le comportement de l'agresseur qui est l'objet de la norme pénale. Ce dernier ne doit pas bénéficier du fait que la victime n'a pas pu réagir compte tenu d'un état de sidération.

Différencier les violences sexuelles et leur intensité en fonction de l'utilisation d'une forme de contrainte c'est nier la violence de toutes formes de violences sexuelles non consenties.

D'autre part, il n'y a pas que l'état de sidération qui empêche la victime de réagir. Le contexte relationnel entre la victime et l'agresseur peut lui aussi expliquer qu'une victime ne se défend pas, sans sa faute. Tel est le cas du viol conjugal. Lorsque l'agresseur est la personne avec qui la victime partage sa vie, la contrainte physique est rarement nécessaire.

Enfin, le choix du terme « *atteinte* » est problématique dans la mesure où il suppose des faits de peu d'importance. Le choix des termes est d'une importance capitale pour la victime. Pour bon nombre de victime, le fait d'accepter l'idée selon laquelle elles ont été victimes d'un viol fait partie du processus de reconstruction. Ce terme est donc tout sauf anodin. Pour la victime, être rétrogradée dans sa position en tant que victime d'« *atteinte sexuelle* » serait un affront face à son propre vécu et potentiellement un traumatisme supplémentaire.

Ainsi, l'AJP recommande d'exclure de la définition de l'infraction de viol la notion de recours à un moyen de contrainte.

#### *b) De la notion du consentement*

Dans l'avant-projet de la loi révisant les infractions sexuelles, la commission des affaires juridiques a préféré la formule « *contre la volonté* » qui exige que la victime s'oppose à l'acte sexuel pour que l'infraction d'« *atteinte sexuelle* » soit réalisée au lieu de fonder la définition de l'infraction sur l'absence de consentement.

Notre association regrette ce choix.

L'introduction de la notion de consentement dans le cadre des infractions de violence sexuelle est l'unique solution permettant de renverser l'idée selon laquelle une personne consent d'office à une relation sexuelle, ce qui n'est pas conforme à la réalité. Le renversement de la présomption du consentement à l'acte sexuel permettrait de garantir l'autodétermination

sexuelle de chaque individu. Il est ici important de rappeler que la présomption du consentement n'existe nulle part d'autre dans le code pénal. Aucune autre victime d'infraction, notamment au patrimoine ou à l'intégrité physique, ne doit prouver qu'il ne consentait pas à l'acte pour que les éléments constitutifs soient réalisés. Il doit en est de même pour les infractions contre l'intégrité sexuelle.

Contrairement à ce qui est soutenu par l'avant-projet, la formulation « *contre la volonté* » choisie dans le cadre de l'avant-projet n'est pas conforme aux exigences des normes internationales applicable en Suisse, notamment la Convention d'Istanbul. L'article 36 de ladite convention énumère les comportements qui doivent être érigés en infractions pénales. Le texte de cette disposition utilise le terme « *non consenti* » pour définir ce qu'est une violence sexuelle. Il précise ensuite que « *le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes* »<sup>3</sup>.

Le rapport explicatif de la convention précise que « *dans le cadre de l'examen des éléments constitutifs des infractions, les Parties devraient prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En ce sens, les rédacteurs ont souhaité rappeler que, sous réserve de l'interprétation qui peut en être faite, le jugement M.C. c. Bulgarie du 4 décembre 2003, dans lequel la Cour s'est déclarée « convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu* ».

Le rapport explicatif clarifie encore que les poursuites engagées en cas de commission d'une agression sexuelle **exigent une évaluation contextuelle des preuves afin de déterminer, au cas par cas, si la victime a consenti à l'acte sexuel accompli**. Une telle évaluation doit tenir compte de toute la série de réactions comportementales à la violence sexuelle et au viol que la victime peut adopter et ne doit pas se fonder sur des hypothèses relatives au comportement typique en pareil cas<sup>4</sup>.

A la lecture du texte de la convention d'Istanbul, il ne fait donc aucun doute que la convention exige que la notion de consentement soit au centre des dispositions relatives aux infractions d'agression sexuelle. Tel n'est pas le cas de l'avant-projet soumis à la consultation.

Par ailleurs, la solution retenue par la commission des affaires juridique dans l'infraction d'« *atteinte sexuelle* » continuera de ne pas tenir compte des agressions sexuelles qui ont eu lieu alors que la victime se trouvait en état de sidération. En effet, lorsque tel est le cas, la victime n'est pas en mesure d'opposer une résistance ou de formuler son opposition à l'acte sexuel. Or, lorsqu'une personne est en état de sidération, il ne fait pas de doute qu'elle ne consent pas à l'acte. Pourtant, avec la solution choisie, ces situations ne seront pas considérées comme des infractions.

---

<sup>3</sup> <https://rm.coe.int/16800d38c9> (point 192)

<sup>4</sup> <https://rm.coe.int/16800d38c9> (point 192)

Ce phénomène n'est pourtant pas isolé. Diverses études ont montré que cette réaction se produit chez 37 à 70 % des personnes qui subissent une agression sexuelle. De telles situations aboutiront pourtant à l'impunité de l'agresseur. Exclure la notion de consentement de la réforme du droit pénal sexuel, c'est ignorer une grande partie des agressions sexuelles et le phénomène de sidération.

Le fait d'exiger de la victime qu'elle démontre qu'elle s'est opposée à l'agression a également des répercussions sur cette dernière dans le cadre de la procédure d'instruction de la procédure pénale. En effet, afin de savoir si l'infraction est réalisée ou quelle infraction est réalisée, l'autorité de poursuite pénale va devoir instruire sur le comportement adopté par la victime lors de l'agression. Un nombre important de questions vont lui être posées afin de déterminer, notamment, si elle s'est opposée aux actes de l'agresseur et si son opposition était suffisamment claire selon ce que la jurisprudence aura défini. Le comportement de la victime sera au centre de la procédure pénale. Il sera analysé, décortiqué, apprécié, afin de savoir si elle s'est « suffisamment » défendue afin de condamner l'agresseur. Comme c'est le cas actuellement, c'est le comportement de la victime qui sera évalué, jugé et non pas celui de l'agresseur, pourtant à l'origine de la procédure pénale et des traumatismes de la victime.

Une procédure pénale a dans tous les cas des répercussions importantes sur les victimes de violences sexuelles. La personne victime doit à de nombreuses reprises raconter les faits qu'elle a subi. A chaque fois, elle doit ainsi se replonger dans l'agression afin de s'en souvenir dans les moindres détails et asseoir sa crédibilité auprès des autorités pénales. Ces étapes de la procédure ont un impact sur l'état de santé psychique des victimes. Le fait que la procédure pénale se concentre sur le comportement adopté par la victime afin de déterminer si elle s'est défendue et les questions qui en découlent engendrent un traumatisme supplémentaire pour cette dernière. Or, encore une fois, ce n'est pas le comportement de la victime qui devrait être l'objet de la procédure pénale, mais bien celui de l'agresseur.

Au contraire, si l'infraction de viol était basée sur l'absence de consentement, la procédure pénale se concentrerait sur l'attitude et le comportement adopté par le prévenu. L'autorité de poursuite pénale aurait à rechercher si le prévenu s'est assuré du consentement de son partenaire avant de lui imposer un acte sexuel. Le comportement de la victime ne serait pas l'élément principal de l'instruction du dossier et ne pourrait constituer un élément de reproche à la victime. On ne pourrait lui opposer de ne pas s'être défendue.

Contrairement à ce que certains opposants mentionnent, cette solution n'implique donc pas un renversement du fardeau de la preuve, le Ministère public ayant, comme dans toutes les procédures, la charge de démontrer que les conditions de l'infraction sont réalisées.

L'introduction de la notion de consentement dans l'infraction de viol permettrait d'exclure toute responsabilité de la victime dans son agression. En effet, un acquittement ne pourrait plus être prononcé en raison du fait que la victime ne s'est pas, ou pas suffisamment, défendue, alors qu'elle n'était pas en mesure de le faire.

#### 4. Recommandations

Compte tenu de ce qui précède, l'AJP recommande

- d'exclure de la définition de l'infraction de viol toute mention de recours à la contrainte, qu'elle soit physique ou psychique ;
- d'inclure dans la définition de l'infraction de viol toutes les formes de pénétration orale, vaginale et anale, avec toutes parties du corps ou un objet ;
- d'adopter une définition du viol qui soit neutre quant au genre de l'agresseur et de la victime ;
- d'adopter une définition du viol qui soit basée sur l'absence de consentement ;
- de modifier le titre et le contenu de l'article 189 CP pour qu'il ne soit plus fait référence à la contrainte mais à l'absence de consentement uniquement.

  
Clara SCHNEUWLY, avocate  
Membre du comité de l'AJP

  
Camille MAULINI, avocate  
Membre du comité de l'AJP

