

CONSULTATION DE LA CAJ-E CONCERNANT L'OBJET 18.043, PROJET 3: LOI FÉDÉRALE PORTANT RÉVISION DU DROIT PÉNAL EN MATIÈRE SEXUELLE

Prise de position de la Section suisse d'Amnesty International (version de mars 2021, peut connaître des modifications mineures)

1. Introduction
2. Modifications positives
 - 2.1 Suppression des références à l'«honneur sexuel»
 - 2.2 Suppression du traitement privilégié de l'auteur dans les cas où la victime a contracté mariage ou a conclu un partenariat enregistré avec l'auteur
 - 2.3 Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance – art. 191
3. Principales préoccupations
 - 3.1 Définition du viol basée sur la force/la contrainte – art. 190
 - 3.2 Définition étroite du viol, contrevenant aux normes internationales en matière de droits humains (variante 1)
 - 3.3 Risques de l'infraction proposée «atteintes sexuelles» – art. 187a
 - 3.4 Contrainte sexuelle basée sur la force/la contrainte – art. 189
 - 3.5 Circonstances aggravantes inadéquates
4. Mythes sur les lois en matière de viol basées sur le consentement
5. Législations basées sur le consentement en Europe
6. Résumé des recommandations

1. INTRODUCTION

En 2010, le Conseil fédéral a envoyé en consultation un avant-projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire.

Il a proposé dans ce cadre quelques modifications des infractions contre l'intégrité sexuelle. En avril 2018, le Conseil fédéral a finalement adopté le rapport explicatif, le message et le projet portant sur l'harmonisation des peines, et a proposé d'autres modifications matérielles du droit pénal en matière sexuelle.

En mai 2019, Amnesty International a lancé une campagne contre les violences sexuelles, qui a initié un débat public portant sur l'importance de la criminalisation de tous les actes sexuels non consentis. En janvier 2020, le Conseil des Etats, sur proposition de sa Commission des affaires juridiques et de la cheffe du Département fédéral de justice et police, a décidé de mener une analyse plus approfondie des infractions contre l'intégrité sexuelle, avec pour objectif de les réformer.

La consultation de la loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle a démarré en février et prendra fin le 10 mai 2021. Avec d'autres organisations, la Section suisse d'Amnesty International a été invitée par la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats à se prononcer sur cet avant-projet et sur le rapport explicatif. Amnesty International salue le lancement d'une large consultation de cet avant-projet.

Une étude menée par gfs.bern sur mandat d'Amnesty International en 2019 a révélé à quel point les violences sexuelles faites aux femmes étaient répandues en Suisse¹: 22% des femmes ont subi des actes sexuels non consentis à partir de l'âge de 16 ans; 12% ont eu un rapport sexuel non consenti. De plus, l'impunité entourant le viol et les autres formes de violences sexuelles est énorme: seule la moitié des femmes ayant personnellement vécu des violences sexuelles en a parlé à une amie ou à une personne proche. Les autres se sont tues. Seules 10% ont signalé l'incident à la police et seules 8% ont finalement déposé plainte. Les principales raisons pour lesquelles les femmes ne se sont pas adressées à la police sont la honte (64%), le sentiment qu'elles n'avaient aucune chance d'obtenir justice (62%) et la peur de ne pas être crues (58%). Une faible majorité, à savoir 51%, n'étaient tout simplement pas sûres qu'elles avaient le droit de le faire.

¹ gfs.bern, *Le harcèlement sexuel et les violences sexuelles faites aux femmes sont répandus en Suisse*, 2019, <https://cockpit.gfsbern.ch/fr/cockpit/violence-sexuelles-en-suisse/>

Amnesty International a mené des campagnes dans plusieurs pays européens pour s'assurer que les lois concernant le viol étaient alignées sur le droit et les normes internationales en matière de droits humains, une étape nécessaire pour améliorer l'accès à la justice des victimes de viols². Amnesty International reconnaît que, s'il est primordial de mettre la législation en conformité avec le droit et les normes internationales en matière de droits humains, même les meilleures législations et directives ne préviendront pas le viol ni ne lutteront contre ce phénomène à elles seules. Il est nécessaire qu'elles soient accompagnées de politiques et de pratiques solides garantissant une application adéquate et un renforcement des capacités de la police, des procureur-e-s et du système judiciaire, ainsi que d'une éducation complète en matière de sexualité et de relations amoureuses.

Le fait d'adopter une loi basée sur le consentement n'empêchera pas les infractions sexuelles, mais représente un pas important vers de nouvelles attitudes et l'obtention de la justice. Les lois guident les attitudes et les comportements des gens, raisons pour laquelle elles doivent clairement indiquer que tout rapport sexuel non consenti constitue un viol.

La loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, actuellement en consultation, contient des propositions visant à réformer un grand nombre d'infractions sexuelles dans le code pénal³. Pour diverses infractions sexuelles, elle comprend deux variantes soumises à la discussion. La présente prise de proposition porte sur les modifications proposées de la définition du viol et des infractions de violence sexuelle y relatives dans les deux variantes et sur le rapport explicatif. Amnesty International salue certaines des modifications introduites dans le code pénal, mais est d'avis que les définitions du viol proposées dans les deux variantes ne respectent pas le droit et les normes internationales en matière de droits humains, qui exigent que le viol et les violences sexuelles soient définis sur la base de l'absence de consentement. Le document précise les inquiétudes d'Amnesty International à cet égard, déconstruit les mythes courants concernant une définition du viol basée sur le consentement, résume les développements récents en Europe et fournit des recommandations clés aux autorités.

2. MODIFICATIONS POSITIVES

2.1 Suppression des références à l'«honneur sexuel»

Amnesty International salue le nouvel intitulé proposé dans le cadre de l'avant-projet, à savoir «atteintes à la liberté sexuelle». Il est important de supprimer les références à l'«honneur sexuel» dans le titre. Selon la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)⁴, le viol et tous les autres actes à caractère sexuel non consentis devraient être définis comme des crimes contre l'intégrité physique et l'autodétermination sexuelle d'une personne⁵, par opposition aux crimes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, à l'honneur ou à la famille et à la société. Le fait que l'avant-projet présenté par la Commission des affaires juridiques renomme le deuxième chapitre en «atteintes à la liberté sexuelle» et non plus «atteintes à la liberté et à l'honneur sexuels» représente un développement positif.

2.2. Suppression du traitement privilégié de l'auteur dans les cas où la victime a contracté mariage ou a conclu un partenariat enregistré avec l'auteur

Amnesty soutient entièrement la suppression des dispositions portant sur le traitement privilégié de l'auteur dans les cas où la victime a contracté mariage ou a conclu un partenariat enregistré avec l'auteur; ces

² Amnesty International. Campagne «Parlons de consentement», <https://www.amnesty.org/fr/latest/campaigns/2018/11/rape-in-europe/>.

³ Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle. Avant-projet: <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/vernehmlassung-rk-s-18-043-vorentwurf-f.pdf>

⁴ En Suisse, la Convention d'Istanbul est entrée en vigueur au 1^{er} avril 2018: <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/droit/droit-international/conseil-de-l-europe/convention-d-istanbul.html>

⁵ Voir aussi Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), recommandation générale 35, par. 33; Vertido v The Philippines, CEDAW Communication 18/2008, UN Doc CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010), para. 8.9(b)(ii). Voir aussi Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes, Entité des Nations Unies pour l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes; 2012, p. 24

dispositions apparaissent dans les articles 187, al. 3 (actes d'ordre sexuel avec des enfants), 188, al. 2 (actes sexuels avec des personnes dépendantes) et 193, al. 2 (abus de la détresse ou de la dépendance).

Article 191 Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance

Amnesty International salue la suppression de l'expression «sachant que» dans l'article 191. Nous sommes également en faveur de l'introduction d'un alinéa 2, tel que proposé dans la variante 2. Il est en effet important de clarifier que tout type de pénétration non consentie de nature sexuelle du corps d'autrui doit être puni par le même éventail de peines que le viol.

3. PRINCIPALES PRÉOCCUPATIONS

3.1 Définition du viol basée sur la force/ la contrainte – article 190

La définition légale actuelle du viol se trouve à l'article 190 du code pénal suisse, en tant qu'atteinte à la liberté et à l'honneur sexuels. En voici le libellé:

¹ *Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.*

² ... (abrogé)

³ *Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins*

Le projet en consultation inclut deux propositions différentes visant à réformer l'article 190. La variante 1 inclut des modifications mineures. En voici le libellé (les changements par rapport à la législation actuelle sont soulignés)⁶:

¹ *Quiconque, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, contraint une personne de sexe féminin à commettre ou à subir l'acte sexuel, est puni d'une peine privative de liberté d'un à dix ans.*

³ *Si l'auteur agit avec cruauté, s'il fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, il est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au moins.*

La variante 2 est une formulation neutre quant genre et inclut toutes les formes de pénétration. En voici le libellé (les changements par rapport à la législation actuelle sont soulignés)⁷:

¹ *Quiconque, notamment en usant de menace ou de violence à l'égard d'une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, la contraint à commettre ou à subir l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration de son corps, est puni d'une peine privative de liberté d'un à dix ans.*

³ *Si l'auteur agit avec cruauté, s'il fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, il est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au moins.*

Amnesty International regrette que les deux propositions contenues dans le projet visent à maintenir une définition du viol axée sur la force/la contrainte et la résistance. Cette définition est contraire au droit et aux

⁶ Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle. Avant-projet, p. 7:

<https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/vernehmlassung-rk-s-18-043-vorentwurf-f.pdf>

⁷ Idem

normes internationales, y compris la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul), qui exige que le viol soit défini comme une violation de l'autodétermination sexuelle et sur la base de l'absence d'un consentement librement donné⁸. Cette définition actuelle favorise une approche où la preuve de violence est la clé pour savoir si le système judiciaire ouvre une enquête et lance des poursuites pour viol.

Amnesty International souligne que, conformément au droit international des droits humains concernant la violence sexuelle, il ne faut pas supposer, tant en droit que dans la pratique, qu'une personne a donné son consentement parce qu'elle n'a pas opposé de résistance physique à un acte sexuel non voulu⁹. En 2003 par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé clairement qu'«il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention [européenne des droits de l'homme] commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique.»¹⁰

Dans son commentaire général 35, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) indique que la définition du viol devrait être fondée sur «le manque de consentement donné de son plein gré». Dans *Vertido v. Philippines*, le CEDAW explique longuement que l'absence de consentement est considérée comme critique pour la définition du viol. Toute condition voulant que la violence sexuelle soit accompagnée de contrainte et de violence physique devrait être supprimée¹¹.

Dans le même esprit, la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe a affirmé publiquement il y a peu que:

*«Un rapport sexuel sans consentement est un viol: les lois européennes doivent refléter cela. Le droit de ne pas subir de viol en l'absence de consentement est un droit fondamental des plus essentiels, qui mérite une clarté absolue dans la législation pour garantir aux victimes une protection et un soutien adéquats.»*¹²

La notion de consentement

Aucun instrument international ou régional de droits humains ne donne une définition exacte du consentement et la Suisse peut décider de la formulation spécifique qu'elle utilise dans sa législation et des facteurs à considérer pour exclure le consentement donné librement. Toutefois, l'article 36, paragraphe 2 de la Convention d'Istanbul précise que le consentement «doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes».

Le Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul indique en outre que les poursuites judiciaires «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. Il convient également de veiller à ce que les interprétations de la législation relative au viol et les poursuites engagées dans les affaires de viol ne soient pas inspirées par des stéréotypes et des mythes sexistes visant respectivement les sexualités masculine et féminine»¹³.

⁸ Voir Convention d'Istanbul, art 36(1). Voir aussi Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation Rec (2002) 5 adoptée par le Comité des ministres le 30 avril 2002, et Rapport explicatif (2004), par. 35, qui demande aux Etats de punir tous les actes non consentis, y compris si la victime ne montre pas de résistance.

⁹ M.C. v. Bulgaria (2003) ECHR 651.

¹⁰ M.C. v. Bulgaria (2003) ECHR 651, par. 166

¹¹ <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1700>.

¹² <https://www.coe.int/fr/web/portal/-/sex-without-consent-is-rape-european-countries-must-change-their-laws-to-state-that-clearly->

¹³ Rapport explicatif, par. 192

De plus, le consentement est un accord volontaire et continu de s'engager dans une activité sexuelle particulière, peut être retiré à tout moment¹⁴ et ne peut être donné librement et vraiment que si la libre volonté de l'une des parties consentantes ne succombe pas à des circonstances coercitives et si la personne est capable de consentement.¹⁵

Pour toutes les raisons susmentionnées, nous demandons à la Commission des affaires juridiques et au Parlement de modifier la définition du viol dans le code pénal suisse, de sorte qu'elle soit basée sur l'absence de consentement, la rendant conforme aux obligations de la Suisse en vertu des droits humains internationaux.

3.2 Définition étroite du viol, contrevenant aux normes internationales (variante 1)

La Convention d'Istanbul exige que les Etats érigent en infraction pénale la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet¹⁶. De même, la définition du viol de la Cour pénale internationale se réfère à la prise de possession non consentie «du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps, y compris toute pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet.»¹⁷

Le droit et les normes internationaux exigent aussi que les lois criminalisant le viol soient sans distinction de genre, c'est-à-dire reflètent les crimes commis contre tous les individus, indépendamment de leur genre ou de leur identité de genre mais sans ignorer les inégalités entre les sexes¹⁸. Contrairement à ce qui est énoncé ci-dessus, la définition du viol dans la variante 1 indique que seules les «personnes de sexe féminin» peuvent être victimes de viol, via des rapports vaginaux forcés. Toutes les autres formes de pénétration sont supposées couvertes par l'article 18g («contrainte sexuelle»), définies comme des «actes analogues à l'acte sexuel» dans la variante 1. Ces actes sont aussi considérés comme des crimes graves pour lesquels la jurisprudence prévoit des peines similaires, mais le fait qu'ils ne sont pas définis comme des viols est contraire aux lois et normes internationales, et s'avère problématique puisque cela donne un faux message sur ce qu'est un viol.

Amnesty International demande ainsi à la Commission des affaires juridiques et au Parlement de s'assurer que la définition du viol soit neutre quant au genre et inclue toutes les formes de pénétration. En vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, une définition complète du viol devrait:

- inclure toute pénétration vaginale, anale ou orale **non consentie**, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet¹⁹;

¹⁴ Cela a été affirmé dans des jugements de tribunaux nationaux, par exemple, par la High Court of Justice of England and Wales dans R v. DPP et «A» [2013] EWHC 945 (Admin) et aux Etats-Unis, the Supreme Court of California, 29 Cal. 4th 756, 60 P.3d 183, 128 Cal. Rptr. 2d 783, 2003 Cal.

¹⁵ Cour pénale internationale, «Eléments des crimes» (2011), Eléments 1 et 2 des éléments des crimes concernant les crimes contre l'humanité dont le le viol, en vertu de l'article 7(1)(g)-1, p. 8, et le viol en tant que crime de guerre dans les conflits armés internationaux et non internationaux à l'article 8(2)(b)(xxii)-1 (p. 28) et l'article 8(2)(e)(vi)-1, pp. 36-37. Voir aussi Cour pénale internationale, «Règlement de procédure et de preuve», Doc. ONU ICC-ASP/1/3 (2002), Règle 70(a), (b) and (c)

¹⁶ Convention d'Istanbul, article 36 (1)

¹⁷ Article 7(1)-(g)1(1): Cour pénale internationale, Eléments des crimes, PCNICC/2000/1/Add.2 (2000). Les Eléments des crimes de la Cour pénale internationale se réfèrent en outre à un acte ayant été «commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.» (Article 7(1)-(g)1(2))

¹⁸ Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes

[https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20of%20legislation%20on%20VAW%20\(French\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20of%20legislation%20on%20VAW%20(French).pdf) Page 13

¹⁹ Voir Convention d'Istanbul, article 36 (1) (a) et Cour pénale internationale, «Eléments des crimes» (2011)

- définir le viol comme un **crime contre l'intégrité physique et l'autonomie sexuelle d'une personne** par opposition aux crimes contraires à la moralité publique et aux bonnes mœurs, à l'honneur ou à la famille et à la société ²⁰;
- il ne faut **pas supposer, tant en droit que dans la pratique, qu'une personne a donné son consentement parce qu'elle n'a pas opposé de résistance physique** à un acte sexuel non voulu, que l'auteur ait menacé ou non de faire usage de violence physique ou en ait fait usage ²¹.

Voici à continuation quelques exemples de définitions du viol basées sur le consentement dans d'autres pays européens (la manière dont est définie l'absence de consentement est soulignée):

- **Code pénal suédois:**

Chapitre 6: infractions sexuelles

Section 1

Toute personne qui a un rapport sexuel, ou tout autre acte de nature sexuelle qui, eu égard à la gravité de la violation, est comparable à un rapport sexuel, avec une personne qui ne participe pas volontairement, est coupable de viol et condamnée à une peine d'emprisonnement allant de deux ans à six ans au plus. Lors de l'évaluation du caractère volontaire ou non de la participation, une attention particulière est accordée à la question de savoir si le caractère volontaire a été exprimé en paroles, en actes ou d'une autre manière²².

(...)

- **Code pénal croate**

Viol: article 153

(1) Quiconque, sans le consentement d'une autre personne, commet un rapport sexuel ou un acte sexuel équivalent ou incite une autre personne, sans son consentement, à avoir un rapport sexuel ou un acte sexuel équivalent avec une tierce personne, ou à avoir un rapport sexuel ou une activité sexuelle équivalente sans son consentement, est puni d'une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans.

(2) Quiconque commet l'acte visé au paragraphe 1 du présent article en recourant à la force ou en menaçant de porter directement atteinte à la vie ou au corps d'une personne violée ou d'une autre personne, est puni d'une peine d'emprisonnement de trois à dix ans²³.

(...)

3.3 Risques de l'infraction proposée «atteintes sexuelles» – article 187a

La loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle propose une infraction sexuelle supplémentaire, à savoir les «atteintes sexuelles» (article 187a), couvrant les actes non consentis sans contrainte. Le libellé est le suivant:

¹ Quiconque, contre la volonté d'une personne ou par surprise, commet sur elle ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

²⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), Recommandation générale 35, *Vertido v. The Philippines*, CEDAW Communication 18/2008

²¹ *M.C. v. Bulgaria* (2003), Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (par. 651)

²² Cette définition revue du viol est entrée en vigueur en juillet 2018 en Suède. Voir aussi la traduction anglaise de toutes les dispositions relatives au viol dans le code pénal suédois (chapitre 6):

<https://www.government.se/492a92/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eabo3/the-swedish-criminal-code.pdf>

²³ Traduction par Amnesty. Cette définition revue du viol est entrée en vigueur en janvier 2020 en Croatie. Voir le texte original de toutes les dispositions de l'article 153 du code pénal de la République de Croatie dans la Gazette officielle n° 126/19, disponible ici:

<https://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>.

² Est également puni quiconque, dans l'exercice d'une activité relevant du domaine de la santé, commet sur une personne ou lui fait commettre un acte d'ordre sexuel en profitant de son erreur quant au caractère de l'acte.

De par cet ajout, l'avant-projet entend distinguer deux infractions, dont seule une est considérée comme un viol: un crime continuant à être basé sur la contrainte (article 190), et un délit d'atteinte sexuelle basé sur la notion d'être commis contre la volonté d'une personne (article 187a), sujet à une peine plus faible.

Amnesty International est préoccupée par cette proposition visant à conserver une définition du viol basée sur la force/la contrainte et à introduire une nouvelle infraction nommée «atteintes sexuelles» dans l'article 187a, qui couvrirait les actes sexuels contre la volonté de la victime ou commis par surprise. L'avant-projet actuel indique que l'atteinte sexuelle devrait être punie d'une peine privative de liberté ne dépassant pas trois ans, ou d'une peine pécuniaire. La peine maximale est donc trois fois moins élevée que la peine maximale en cas de viol (à savoir une peine privative de liberté de 10 ans au plus). Selon le rapport explicatif, cela reflète le fait que l'atteinte sexuelle n'est pas considérée comme une infraction violente²⁴, contrairement au viol (article 190) ou à la contrainte sexuelle (article 189)²⁵. Les atteintes sexuelles sont considérées comme un délit et non comme un crime tel que le viol ou la contrainte sexuelle²⁶.

Le rapport explicatif mentionne encore que la peine maximale proposée dans le cadre de l'article 187a est équivalente à celle applicable aux infractions au sens des articles 188, 192 et 193, lors desquelles l'auteur abuse de la position de dépendance ou de détresse de la victime²⁷. Amnesty International pense que cette proposition, sous sa forme actuelle, ne respecterait pas le droit et les normes internationales en matière de droits humains, y compris la Convention d'Istanbul, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018 en Suisse. Une «approche à deux infractions», si elle devait être appliquée, contreviendrait aussi à d'autres normes internationales en matière de droits humains.

Par exemple, en examinant l'introduction dans l'ancien code pénal croate d'un autre crime moins grave de «rapport sexuel non consenti», en plus du crime de viol existant basé sur l'usage de la force, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a été «particulièrement préoccupé» par «l'adoption d'une définition moins stricte du viol, redéfini comme une forme qualifiée de rapport sexuel non consenti, ce qui a pour effet de réduire la gravité du viol en tant qu'infraction pénale et les peines dont il est puni». Dans ses observations finales de 2015, il a recommandé à la Croatie de modifier la définition juridique du viol afin de l'aligner sur les normes internationales acceptées.²⁸

L'infraction «rapport sexuel non consenti» était assortie de peines plus légères que le viol (entre 6 mois et 5 ans, contre 1 à 10 ans pour le viol). Cela a entraîné des conséquences problématiques, entre autres du fait que la plupart des cas de viol conjugal, ainsi que d'autres types de viol étaient poursuivis comme «rapports sexuels non consentis», avec pour résultats des auteurs condamnés à des peines plus légères de six mois.

Amnesty International salue le fait que la Croatie a modifié sa loi sur le viol en 2019 en supprimant l'infraction de «rapport sexuel non consenti» et en considérant désormais tous les rapports sexuels non consentis comme des viols, en vertu des exigences internationales²⁹.

Dans le même esprit, le Comité des Nations Unies contre la torture a critiqué la Norvège de n'avoir pas réussi à modifier le code pénal «en vue de placer l'absence de libre consentement au centre de la définition du viol alors

²⁴ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 28 janvier 2021, p. 25, https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3181/Rapport-expl_fr.pdf

²⁵ ATF 133 IV 49, consid. 4.

²⁶ Selon l'article 10 du code pénal suisse.

²⁷ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 28 janvier 2021, p. 24, https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3181/Rapport-expl_fr.pdf

²⁸ CEDAW, Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Croatie, CEDAW/C/HRV/CO/4-5, 28 juillet 2015, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/HRV/CO/4-5&Lang=En

²⁹ (Gazette officielle 125/11, 144/12, 56/15, 101/17, 118/18, 126/19). Les modifications concernant le viol ont été adoptées en décembre 2019 et sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2020. Voir (en croate) <https://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>

que commettre tout acte sexuel sans consentement est un crime en vertu de la section 297 du code pénal, qui entraîne une peine plus clémente». En 2018, il a recommandé au gouvernement norvégien de changer la définition du viol en soi «en conformité avec les normes internationales et ses obligations imposées par la Convention d'Istanbul, de sorte que les affaires de viol n'entrant pas dans l'étroite définition actuelle ne soient pas traitées comme des infractions sexuelles mineures et classées du fait qu'il n'y a «pas d'acte criminel établi».³⁰

Le modèle proposé par les autorités suisses ressemble aux dispositions actuelles du code pénal espagnol, qui criminalisent les agressions sexuelles, y compris le viol, et les abus sexuels; seuls ces derniers comprennent l'absence de consentement comme un élément du crime. Les deux crimes ont des peines et des circonstances aggravantes différentes (l'«abus sexuel» est considéré comme un crime moins grave parce qu'il n'implique pas de violence ou d'intimidation).³¹

Suite aux nombreuses discussions et protestations suscitées par l'affaire La Manada en Espagne (cas Wolfpack), modifier la législation sur le viol est devenu en Espagne un des principaux thèmes des débats autour des élections parlementaires de 2019, les autorités s'engageant à changer la législation pour que le sexe sans consentement soit reconnu comme viol³². Dans son premier rapport sur l'Espagne en 2020, le GREVIO, panel indépendant chargé de vérifier le respect de la Convention d'Istanbul, a lui aussi signalé la nécessité de rendre la loi espagnole relative au viol conforme aux droits humains³³.

De plus, si elle était adoptée, l'«approche à deux infractions» perpétuerait des mythes dangereux sur le viol, contribuerait à blâmer la victime, et pourrait empêcher la prévention du viol à long terme:

- Telle que proposée, l'infraction de viol basée sur la contrainte implique une peine plus sévère, pouvant mener à penser qu'un «vrai viol» est toujours basé sur la violence. **Cette approche donne naissance à une hiérarchie discutable des infractions et pourrait cimenter les mythes relatifs au viol dans notre société.** En continuant de placer la contrainte et la violence au centre de la définition légale du viol en tant qu'infraction pénale, on reste sur la fausse impression qu'un viol n'est commis que par une personne violente et que la victime aurait dû opposer une résistance. En réalité, dans la plupart des cas, la victime connaît l'auteur et une relation de confiance existe entre eux. Selon l'étude menée par gfs.bern en 2019, 68% des femmes ayant subi des violences sexuelles connaissaient l'auteur³⁴. De nombreuses et nombreux auteur-e-s n'ont pas besoin de faire usage de violence, car ils profitent de l'état de choc ou de surprise de leur victime et de leur relation de confiance. Même si on pourrait s'attendre à ce qu'une victime de viol «typique» s'oppose physiquement à son agresseur, la «sidération» a été reconnue comme étant une réaction physiologique et psychologique couramment constatée en cas d'agression sexuelle, qui empêche la personne de s'opposer à l'agression, l'obligeant même souvent à rester immobile. Par exemple, une étude clinique suédoise³⁵ de 2017 a établi que 70% des 298 femmes victimes de viol ayant participé à l'étude avaient été frappées de «paralysie involontaire» pendant l'agression.
- La création d'une nouvelle infraction pénale, désignée comme « atteinte sexuelle » et entraînant une peine maximale trois fois inférieure à celle pour viol, **ne permet pas d'offrir une réparation suffisante aux victimes de viol qui, par exemple, se sont vues «paralysées par la peur» comme mécanisme de survie.** Si une loi est adoptée sous la forme proposée, la résistance de la part de la victime restera un critère déterminant dans le cadre des procédures pénales: si la victime a opposé une résistance physique, cela pourrait être considéré comme un viol aux yeux de la loi, mais si elle

³⁰ Comité contre la torture, Concluding observations on the eighth periodic report of Norway, adopté à sa soixante-troisième session (23 avril-18 mai 2018), par. 23, p 7, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/NOR/CAT_C_NOR_CO_8_31241_E.pdf

³¹ Code pénal espagnol, articles 178, 179, 181.

³² «Europe: l'Espagne va améliorer la prise en charge des victimes de violences sexuelles et devenir le 10^e pays européen à définir comme un viol toute relation sexuelle non consentie», Amnesty International, mars 2020, Disponible ici:

<https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2020/03/europe-spain-yes-means-yes/>

³³ Rapport (préliminaire) évaluateur du GREVIO sur les mesures législatives et autres mesures portant sur les dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul), ESPAGNE, novembre 2020, par. 219-224. Disponible ici (en anglais): <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>

³⁴ gfs.bern, *Le harcèlement sexuel et les violences sexuelles faites aux femmes sont répandus en Suisse*, 2019, <https://cockpit.gfsbern.ch/fr/cockpit/violence-sexuelles-en-suisse/>

³⁵ Möller Anna/Söndergaard Hans Peter/Helström Lotti, 2017, <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/aogs.13174>

s'est figée ou a dit non, sans résister physiquement, cela ne pourrait être vu que comme «atteinte sexuelle» et entraîner une peine plus légère.

- Une «atteinte sexuelle», considérée comme un délit et non un crime comme le viol ou la contrainte sexuelle, **ne reconnaît pas la gravité de l'acte et de ses conséquences pour les victimes**, parfois tout aussi sérieuses que s'il était accompagné d'un moyen de contrainte. Cela ne garantit pas une reconnaissance adéquate de l'infraction dont a souffert la victime: un viol doit être nommé comme tel, y compris par la justice. La différence entre un viol et « une relation sexuelle contre la volonté » ne devrait pas dépendre du comportement de la victime. De plus, le viol est soumis à prescription après 15 ans, alors qu'il est prévu que l'atteinte sexuelle le soit après 10 ans déjà.
- **Cette nouvelle infraction envoie un message problématique aux victimes et pourrait contribuer à blâmer celles-ci (victim-blaming)**, car elle démontre de manière erronée que l'injustice fondamentale d'une atteinte sexuelle réside dans la contrainte ou la violence, et non dans le mépris de l'autodétermination sexuelle. Ce faux message pourrait contribuer à renforcer le sentiment de culpabilité des victimes qui n'ont pas été en mesure de se défendre, un sentiment dont elles souffrent déjà trop souvent à tort. Le rapport explicatif n'étaye pas l'idée selon laquelle l'auteur-e d'un «rapport sexuel contre la volonté» serait moins à blâmer qu'une personne coupable de viol. Selon le droit et les normes internationales en matière de droits humains, il s'agit du même crime.
- Enfin, cela enverrait un message problématique à l'ensemble de la société et pourrait **entraver les efforts visant à prévenir les violences sexuelles**. En effet, en ancrant des mythes dangereux sur le viol et en ne reconnaissant pas l'absence de consentement comme l'élément de base d'un viol, la loi pourrait affaiblir les mesures de prévention consistant à démontrer l'importance centrale du consentement lors de rapports sexuels pour empêcher le viol. Au cours des dernières décennies, les mentalités ont évolué et on constate que la perception selon laquelle un rapport sexuel sans consentement constitue un viol est largement répandue. Dans une étude récemment menée par gfs.bern, 84% des femmes en Suisse sont entièrement ou plutôt d'accord avec la demande selon laquelle toute pénétration de nature sexuelle sans consentement mutuel devrait être considérée comme un viol³⁶.

L'approche proposée représente une occasion manquée de considérer explicitement tout rapport sexuel non consenti comme un viol. Nous demandons à la Commission des affaires juridiques et au Parlement d'y remédier et de modifier la définition de viol dans le code pénal suisse, de sorte qu'elle soit basée sur l'absence de consentement, la rendant conforme aux obligations internationales de la Suisse en matière de droits humains.

3.4 Contrainte sexuelle – article 189

La définition légale actuelle de la contrainte sexuelle se trouve à l'article 189 du code pénal suisse, en tant qu'atteinte à la liberté et à l'honneur sexuels. En voici le libellé:

¹ *Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

² ... (abrogé)

³ *Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins.*

³⁶ gfs.bern, 2019, «Le harcèlement sexuel et les violences sexuelles faites aux femmes sont répandus en Suisse», <https://cockpit.gfsbern.ch/fr/cockpit/violence-sexuelles-en-suisse/>

L'avant-projet inclut deux propositions différentes visant à réformer l'article 189. Celles-ci sont clairement liées aux propositions de modification de l'article 190. La variante 1 inclut des modifications mineures. En voici le libellé (les changements par rapport à la législation actuelle sont soulignés)³⁷:

¹ Quiconque, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, la contraint à commettre ou à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel, est puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

³ Si l'auteur agit avec cruauté, s'il fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, il est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au moins.

La variante 2 dérive de la définition revue du viol (article 190) proposée dans la variante 2. Dans celle-ci, les pénétrations anales et orales forcées sont considérées comme des viols et n'apparaissent plus à l'article 189. Voici le libellé de la variante 2 de l'article 189 (les changements par rapport à la législation actuelle sont soulignés)³⁸:

¹ Quiconque, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, la contraint à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel, est puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

³ Si l'auteur agit avec cruauté, s'il fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, il est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au moins.

Les deux variantes de l'article 189 poursuivent la même logique que celles de l'article 190 et maintiennent l'exigence de contrainte comme élément central, contrairement à l'absence de consentement.

Au vu de la revendication d'Amnesty International pour une définition complète du viol conforme au droit international relatif aux droits de l'homme, l'organisation s'oppose aux deux variantes de l'article 189 et exige que l'infraction soit basée sur l'absence de consentement. Concrètement, nous demandons la révision de la variante 2 de l'article 189 (qui n'inclut pas les « actes analogues à l'acte sexuel ») pour qu'elle soit basée sur l'absence de consentement et non sur la contrainte.

En outre, Amnesty International propose de changer le nom de l'infraction révisée couverte par l'article 189, car en étant nommée « contrainte sexuelle », elle suggère une définition basée sur la force ou la contrainte. Renommer l'article 189 par exemple en « atteintes sexuelles » serait plus approprié et permettrait d'éviter de suggérer de manière erronée que cette infraction est basée sur la force ou la contrainte.

3.5 Circonstances aggravantes inadéquates

L'article 46 (a) de la Convention d'Istanbul exige que les Etats parties modifient leur législation pour que soient prises en compte en tant que circonstances aggravantes des circonstances telles que, parmi d'autres, des viols et d'autres formes de violence sexuelle commis par des personnes ayant abusé de leur autorité ou commis à l'encontre d'une personne rendue vulnérable du fait de circonstances particulières. La disposition demande aussi que la violence sexuelle, y compris le viol, commise par des partenaires ou d'anciens partenaires soit considérée comme circonstance aggravante.

³⁷ Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle. Avant-projet, p. 7:

<https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/vernehmlassung-rk-s-18-043-vorentwurf-f.pdf>

³⁸ Ibid

L'avant-projet prévoit des circonstances aggravantes pour le viol si l'auteur «agit avec cruauté» ou «s'il fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux». Cependant, l'avant-projet ne mentionne pas d'autres facteurs aggravants qu'un viol peut comporter³⁹. A la place, la loi prévoit une infraction séparée pour traiter les «actes d'ordre sexuel» dans le contexte de l'abus d'une personne se trouvant dans une situation de détresse ou de dépendance, qui ne mentionne pas explicitement les rapports sexuels et requière des peines moindres que pour le viol.

En effet, le libellé de l'article 193 (abus de la détresse ou de la dépendance) prévu dans l'avant-projet est le suivant:

¹ Quiconque, profitant de la détresse où se trouve la victime ou d'un lien de dépendance fondé sur des rapports de travail ou d'un lien de dépendance de toute autre nature, détermine celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Abrogé

Amnesty International demande à la Commission juridique et au Parlement de considérer comme circonstance aggravante le viol et les autres actes sexuels non consentis sans pénétration survenus dans le contexte de l'abus d'une personne se trouvant dans une situation de détresse ou de dépendance.

Le code pénal devrait également être modifié de sorte que la violence sexuelle, y compris le viol, commise par des partenaires ou d'ancien-ne-s partenaires, soit considérée comme circonstance aggravante.

5. MYTHES SUR LES LOIS EN MATIÈRE DE VIOL BASÉES SUR LE CONSENTEMENT

Amnesty International observe que les arguments fournis par le rapport explicatif de la Commission des affaires juridiques s'opposant à une définition du viol basée sur le consentement ne sont pas bien étayés; ils ne devraient pas servir d'appui au maintien d'une définition du viol basée sur la force/ la contrainte⁴⁰. Voici la position d'Amnesty International:

- **L'approche «seulement oui veut dire oui» est applicable**

Contrairement aux arguments du rapport explicatif s'opposant à une approche «seulement oui veut dire oui»⁴¹, Amnesty International est convaincue qu'une telle approche (que le rapport nomme également «solution du consentement»), qui signifie que la personne doit donner son accord expressément ou de manière tacite avant et pendant un rapport sexuel, serait cohérente avec le bien protégé légalement dans le cadre d'un viol, à savoir l'autodétermination sexuelle.

La formulation «contre la volonté d'une personne», choisie dans l'article 187a, est problématique, car elle implique que la victime a un devoir d'au moins opposer une résistance verbale. Cela ne reflète pas les situations dans lesquelles les victimes ne sont pas en mesure de résister, notamment lorsqu'elles se «figent» et ne sont même pas capables d'exprimer verbalement leur absence de consentement. Une approche basée sur le consentement garantirait que l'on se focalise moins sur la résistance verbale de la victime, et davantage sur la manière dont elle a exprimé son consentement préalable et sur les mesures que la personne accusée a prises

³⁹ Il y a lieu de noter que les tribunaux pourraient traiter l'abus de pouvoir ou d'autres facteurs comme des circonstances aggravantes quand ils doivent fixer la peine conformément à l'article 47 du code pénal.

⁴⁰ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 28 janvier 2021, p. 20 et p. 61, https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3181/Rapport-expl_fr.pdf

⁴¹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 28 janvier 2021, p.61, https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3181/Rapport-expl_fr.pdf

pour s'assurer de ce consentement. De plus, il s'agirait d'analyser les circonstances du cas pour déterminer la présence ou l'absence de tout élément de contrainte empêchant un consentement donné librement.

Un deuxième aspect problématique de l'approche «non, c'est non» réside dans le fait qu'elle implique l'existence d'un consentement par défaut dans toute situation où la relation sexuelle n'a pas été refusée expressément, contrairement à l'interprétation du consentement comme une participation active et/ou une expression affirmative. Selon ce modèle, l'on consent toujours à avoir des relations sexuelles, sauf si l'on affirme le contraire. Une approche «seulement oui veut dire oui» permettrait d'insister sur le fait que la sexualité n'est pas (ou plus) un bien dont l'on peut disposer tant qu'une objection n'est pas émise, mais qu'elle exige le consentement préliminaire de l'autre personne. Ainsi, cette approche protège entièrement le droit à l'autodétermination sexuelle.

Dans son rapport d'activité 2020, le GREVIO a clarifié que le modèle adopté par la Suède (selon lequel la définition légale du viol en tant que crime est basée sur l'absence de consentement mutuel, poursuivant une approche «seulement oui veut dire oui») «respectait entièrement l'article 36 de la Convention» et l'a identifié comme «une bonne pratique qui devrait ouvrir la voie à des réformes similaires dans d'autres pays.»⁴²

Avec une approche «non, c'est non», la loi indiquerait que le «non» exprimé par l'autre personne ne peut être ignoré pendant les rapports sexuels. Cela représenterait une occasion manquée d'indiquer clairement qu'il est socialement souhaitable de toujours obtenir le consentement de l'autre personne lors de rapports sexuels.

- **Il n'y a ni renversement du fardeau de la preuve, ni remise en question de la présomption d'innocence**

Selon le rapport explicatif, certain-e-s opposant-e-s à une législation basée sur le consentement craignent un renversement du fardeau de la preuve et la remise en question de la présomption d'innocence⁴³. Cette crainte n'est pas justifiée. Il va sans dire qu'Amnesty International ne remet pas en question la présomption d'innocence. Les règles qui garantissent un procès équitable ne changeraient pas si la définition légale du viol se basait sur l'absence de consentement: même après l'introduction d'une définition du viol sur la base du consentement, l'accusation devra prouver que la personne accusée a commis l'infraction.

Dans les pays appliquant des lois basées sur le consentement, il incombe toujours à l'accusation de démontrer, au-delà de tout doute raisonnable, que les rapports sexuels n'étaient pas consentis et qu'un viol a été commis de manière intentionnelle. Le fait que, pendant l'enquête et les procédures judiciaires, la personne accusée puisse être interrogée sur les mesures prises pour établir le consentement de l'autre personne ne signifie pas qu'elle soit présumée coupable. Il s'agit d'une étape nécessaire pour obtenir des preuves pouvant indiquer l'absence de consentement, qui est l'élément central définissant le viol dans ces juridictions, plutôt que le recours à la violence ou la menace de celle-ci. Si les preuves ne suffisent pas à établir l'absence de consentement, le principe «in dubio pro reo» continuera de s'appliquer et l'auteur-e devra être acquitté-e.

De plus, le code pénal suisse contient déjà des infractions basées sur l'absence de consentement, comme le montrent par exemple l'article 118 Interruption de grossesse punissable (interruption de grossesse sans le consentement de la femme enceinte), les articles 179^{bis} et 179^{ter} Ecoute et enregistrement de conversations entre d'autres personnes (sans la permission de celles-ci), l'article 197 Pornographie (les mineurs de plus de 16 ans ne sont pas punissables en cas de consentement mutuel), l'article 321 Violation du secret professionnel (la personne révélant ce secret n'est pas punissable si elle le fait avec l'accord de l'autre personne).

- **Les difficultés à établir les preuves ne sont pas insurmontables**

Le rapport explicatif mentionne que les opposant-e-s à une définition du viol selon le principe «seulement oui veut dire oui» craignent des difficultés majeures dans l'établissement des preuves. Amnesty International est d'accord qu'une nouvelle loi ne changerait rien au fait que, dans certains cas, il est difficile de fournir des preuves de viol. Actuellement, dans le cadre d'infractions de nature sexuelle, le témoignage de la victime est souvent la

⁴² GREVIO, 1^{er} Rapport général sur les activités du GREVIO, avril 2020, par. 62, <https://rm.coe.int/1er-rapport-general-sur-les-activites-du-grevio/16809e1a42>.

⁴³ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 28 janvier 2021, p. 20, https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3181/Rapport-expl_fr.pdf

source principale de preuves, voire la seule. L'usage de la violence ne laisse pas toujours des traces évidentes, les menaces encore moins, et pourtant nous croyons les autorités de poursuite pénale capables d'élucider de telles infractions et de les poursuivre. L'absence de consentement peut elle aussi être prouvée. Les questions sont alors posées d'une autre manière: l'aspect central n'est plus le degré de violence ou de la pression psychologique dont il a été fait usage, mais si et dans quelle mesure le consentement verbal et non-verbal a été communiqué ou était visible.

L'évolution du droit pénal international a mené à la constatation que le consentement ne peut être donné librement et véritablement que si la libre volonté de l'une des parties consentantes ne succombe pas à des circonstances coercitives et si la personne est capable de consentement. Ainsi, la définition du viol devrait inclure un grand nombre de circonstances coercitives, lors desquelles le consentement ne peut pas être donné librement, alors qu'en l'absence de telles circonstances, lorsque le fardeau de la preuve incombe encore à l'accusation, la personne accusée devrait être interrogée sur la manière dont elle s'est assurée que la personne plaignante était consentante.

Le rapport explicatif de la Convention d'Istanbul indique que les poursuites engagées «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.»⁴⁴

Les procureur-e-s disposent de méthodes leur permettant d'aller au-delà des déclarations contradictoires des parties, afin de prouver un cas au-delà de tout doute raisonnable; il s'agit notamment de preuves médico-légales, de déclarations de témoins et d'autres preuves corroborantes. En résumé, c'est simple: les témoignages de victimes de violence sexuelle devraient être traités comme les témoignages de victimes de tout autre crime; tous les cas doivent inclure ces témoignages dans les preuves, tout comme les autres preuves à examiner. Dans les cas où il n'est pas possible d'établir clairement ce qui s'est exactement passé, le principe «in dubio pro reo» s'applique toujours et l'auteur-e est acquitté-e.

- **Une législation sur le viol basée sur le consentement protégerait mieux les victimes de viol**

Comme le mentionne le rapport explicatif, certain-e-s opposant-e-s à une définition du viol basée sur le consentement affirment qu'une telle approche n'est pas applicable, que les victimes ne seraient pas mieux protégées et que cette nouvelle définition du viol n'entraînerait pas plus de condamnations⁴⁵. L'expérience montre que les réformes législatives en matière de viol dans les autres pays se répercutent sur le nombre de plaintes,⁴⁶ sur le nombre de cas poursuivis et sur le nombre d'auteur-e-s condamné-e-s⁴⁷. Mais une loi basée sur le consentement permettrait en premier lieu de changer la manière dont les autorités judiciaires traitent les cas de violence sexuelle. Lorsque l'absence de consentement est un élément central, l'attention doit se tourner davantage vers la manière dont l'auteur-e savait que la victime n'était pas consentante. Le consentement revêtirait ainsi un aspect central, et non pas les questions, souvent perçues comme une manière de blâmer la victime, portant sur le degré de résistance dont elle a effectivement fait preuve et sur l'éventualité de possibilités de s'échapper ou de résister. De plus, cela permettrait de mieux tenir compte du fait que nombre des personnes concernées se trouvent involontairement en état de choc et sont incapables de se défendre ou de fuir.

Bien entendu, dans certains cas, il sera toujours difficile d'obtenir assez de preuves indiquant un viol. Malgré tout, un amendement selon lequel l'accusation n'a plus à prouver qu'il y a eu violence physique ou coercition revêt un aspect plus que symbolique. Il met en effet l'accent sur l'intégrité et l'autodétermination sexuelle. En outre, un acquittement ou le rejet de l'affaire est toujours un message adressé à la victime. Et c'est un tout autre message pour la victime si l'acquittement est justifié, comme c'est parfois le cas aujourd'hui, par le fait que le comportement incriminé n'est même pas considéré par la loi comme une infraction grave ou si la justification

⁴⁴ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, par. 192 : <https://rm.coe.int/16800d38c9>

⁴⁵ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 28 janvier 2021, p. 20-21 et 62, https://www.admin.ch/ch/f/ggpc/documents/3181/Rapport-expl_fr.pdf

⁴⁶ Office fédéral de la police criminelle d'Allemagne, mai 2020, https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2019/InteraktiveKarten/04_VergewaltigungSexNoetigung/04_VergewaltigungSexNoetigungBundesrepublik.pdf;jsessionid=008E7377586DB6D71F2D5766EB056E50.live0602?_blob=publicationFile&v=2

⁴⁷ Rapport Brå 2020 (Suède), <https://www.bra.se/bra-in-english/home/publications/archive/publications/2020-07-01-the-new-consent-law-in-practice.html>

est qu'en l'absence de preuves claires, on doit décider dans un État de droit en faveur de la personne accusée. L'un des objectifs d'une réforme de la loi est aussi, et peut-être même en premier lieu, de refléter clairement que la société ne tolère pas certains types de comportement et de reconnaître qu'un rapport sexuel sans consentement est un viol.

5. LÉGISLATIONS BASÉES SUR LE CONSENTEMENT DANS D'AUTRES PAYS

12 pays européens sur 31 appliquent des lois qui définissent le viol comme un rapport sexuel non consenti: l'Allemagne, la Belgique, Chypre, la Croatie, le Danemark, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, le Luxembourg, Malte, le Royaume-Uni et la Suède⁴⁸. L'Espagne et les Pays-Bas ont également annoncé vouloir modifier leurs lois pour reconnaître qu'un rapport sexuel sans consentement est un viol. La Finlande et la Slovénie songent elles aussi à réformer leurs lois obsolètes et à introduire une définition du viol basée sur le consentement. La Suisse ne peut ignorer cette situation et a l'opportunité de modifier son code pénal de la même manière, l'alignant ainsi sur cette tendance positive constatée en Europe.

Parmi les pays qui ont récemment introduit une définition du viol basée sur le consentement ou en discutent, plusieurs appliquaient ou appliquent une « approche à deux infractions » similaire à la proposition mentionnée dans cet avant-projet sous la forme de l'introduction de l'article 187a. Cela était par exemple le cas de la Croatie, qui a abandonné cette approche pour adopter une définition basée sur le consentement en décembre 2019⁴⁹.

En Espagne, où une « approche à deux infractions » prévaut actuellement, le gouvernement a annoncé en 2019 qu'il entendait modifier la loi pour reconnaître qu'un rapport sexuel non consenti est un viol. Au début du mois de mars 2020, l'Espagne a finalement annoncé une nouvelle loi répondant de manière globale à la violence sexuelle⁵⁰, et réformant la définition légale du viol pour qu'elle respecte le droit international des droits humains et s'axe sur le consentement⁵¹.

Aux Pays-Bas, en novembre 2020, le ministre de la Justice et de la Sécurité a annoncé la volonté du gouvernement de modifier la législation néerlandaise sur le viol pour que tout rapport sexuel non consenti soit considéré comme un viol. Selon la loi actuelle, sans preuve de contrainte, le délit n'est pas considéré comme un viol. Cette annonce du ministre répondait aux critiques publiques, y compris de la part d'Amnesty International⁵², sur une proposition initiale visant à introduire un nouveau crime: «rapport sexuel contre la volonté d'une personne», punissable par la moitié de la peine appliquée au viol. Une consultation publique est en cours.

6. CONCLUSION: RECOMMANDATIONS D'AMNESTY INTERNATIONAL

Les recommandations ci-après visent à combler les lacunes des dispositions portant sur le viol et les autres formes de violence sexuelle dans l'avant-projet relatif aux infractions sexuelles, afin de les mettre en conformité avec le droit international des droits humains. La révision de la loi soumise à consultation par la Commission des affaires juridiques ne permet pas de pleinement remédier aux limitations légales actuelles.

⁴⁸ Amnesty International, « Parlons de consentement. Les lois relatives au viol fondées sur le consentement en Europe », <https://www.amnesty.org/fr/latest/campaigns/2020/12/consent-based-rape-laws-in-europe/> Amnesty International a procédé à une analyse des lois concernant le viol dans les pays de l'EEE, en Suisse et au Royaume-Uni

⁴⁹ Pour de plus amples détails, se référer au chapitre 3.3

⁵⁰ Amnesty International, « Europe: l'Espagne va améliorer la prise en charge des victimes de violences sexuelles et devenir le 10^e pays européen à définir comme un viol toute relation sexuelle non consentie », <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2020/03/europe-spain-yes-means-yes/>

⁵¹ Pour de plus amples détails, se référer au chapitre 3.3

⁵² Amnesty International, Minister Grapperhaus past verkrachtingswet aan! <https://www.amnesty.nl/actueel/minister-grapperhaus-past-verkrachtingswet-aan>

Amnesty International émet les recommandations suivantes à l'attention de la Commission des affaires juridiques et du Parlement:

- S'assurer que le viol et les autres actes de violence sexuelle soient définis comme des crimes contre l'intégrité physique et l'autodétermination sexuelle d'une personne, par opposition aux crimes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, à l'honneur ou à la famille et à la société;
- Adopter une définition du viol dans l'article 190 qui soit neutre quant au genre et basée sur l'absence de consentement, et s'assurer que toute pénétration non consentie, qu'elle soit orale, vaginale ou anale, de nature sexuelle du corps d'autrui avec tout objet ou toute partie du corps, soit explicitement incluse; la rendant conforme aux obligations de la Suisse en vertu du droit et des normes internationales en matière de droits humains comme la Convention d'Istanbul;
- Modifier l'article 189 de manière à ce qu'il couvre les actes de nature sexuelle différents des rapports sexuels et garantir qu'il soit défini par l'absence de consentement. Son titre actuel, à savoir «contrainte», devrait être modifié pour éviter de suggérer de manière erronée que cette infraction est basée sur la force ou la contrainte.
- Supprimer la proposition d'article 187a «Atteintes sexuelles» pour éviter toute hiérarchisation des victimes de viol et s'assurer que toute pénétration non consentie, qu'elle soit orale, vaginale ou anale, de nature sexuelle du corps d'autrui avec tout objet ou toute partie du corps soit considérée comme un viol aux yeux de la loi;
- Prévoir une série de circonstances aggravantes telles que définies à l'article 46 de la Convention d'Istanbul, y compris, parmi d'autres, la violence sexuelle commise à l'encontre d'un-e ancien-ne ou actuel-le partenaire, celle commise par des personnes ayant abusé de leur autorité et celle commise à l'encontre d'une personne rendue vulnérable du fait de circonstances particulières;
- Garantir que la loi ne considère pas le mariage ou toute autre relation comme un facteur permettant d'éviter les poursuites en cas d'infractions d'ordre sexuel, comme proposé dans « La loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle ».