

L'établissement de l'élément constitutif subjectif en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle

MÉMOIRE

présenté

par

Pauline Schindelholz

sous la direction de

Prof. Camille Perrier Depeursinge

Lausanne, le 30 novembre 2022

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	II
TABLE DES ARRÊTS.....	VIII
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XI
I. INTRODUCTION.....	- 1 -
II. ÉTABLISSEMENT DE L'INTENTION DE L'AUTEUR.....	- 3 -
A. GÉNÉRALITÉS	- 3 -
B. ÉTABLISSEMENT DE LA CONSCIENCE	- 5 -
1. <i>Généralités</i>	- 5 -
2. <i>Erreur sur les faits (art. 13 CP)</i>	- 5 -
3. <i>Influence de la culture du viol</i>	- 7 -
4. <i>Casuistique</i>	- 9 -
a) Absence de consentement.....	- 10 -
(i) Comportement de la victime.....	- 10 -
(ii) Nature, circonstances et durée des rapports.....	- 13 -
(iii) Caractéristiques de l'auteur	- 17 -
b) Usage d'un moyen de contrainte	- 17 -
c) Synthèse.....	- 19 -
C. ÉTABLISSEMENT DE LA VOLONTÉ.....	- 19 -
1. <i>Généralités</i>	- 19 -
2. <i>Degrés d'intention</i>	- 20 -
3. <i>Casuistique</i>	- 22 -
a) Dol direct du premier degré (ou dessein).....	- 22 -
b) Dol éventuel.....	- 23 -
c) Synthèse.....	- 25 -
III. RÉVISION DES INFRACTIONS DE CONTRAINTE SEXUELLE ET DE VIOL	- 26 -
A. HISTORIQUE.....	- 26 -
B. PROJET DE RÉVISION	- 28 -
C. INFLUENCE QUANT À L'ÉTABLISSEMENT DE L'ÉLÉMENT CONSTITUTIF SUBJECTIF	- 31 -
1. <i>Variante « non c'est non »</i>	- 31 -
2. <i>Variante « oui c'est oui »</i>	- 32 -
IV. CONCLUSION.....	- 34 -

Bibliographie

BAIER Dirk, *Entwicklung von Gewaltstraftaten in der Schweiz*, Kriminalistik Schweiz 4/2021, p. 239 ss.

BARCZYK Hanna, *16 façons de lutter contre la culture du viol*, 2019, disponible sous : <https://www.unwomen.org/fr/news/stories/2019/11/compilation-ways-you-can-stand-against-rape-culture> (consulté pour la dernière fois le 29 novembre 2022).

BARTON Justine, *L'appréciation de la crédibilité d'une victime présumée de violences sexuelles*, PJA 2021 p. 1370 ss.

BPEV Genève, *Du sexisme ordinaire aux violences sexuelles : repérer pour agir. Guide à l'intention des professionnel-le-s*, 2019, disponible sous <https://www.ge.ch/document/du-sexisme-ordinaire-aux-violences-sexuelles-reperer-agir-guide-intention-professionnel-2018> (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022) (cité : BPEV Genève).

BROWN Geraldine/DELESSERT Thierry/ROCCA I ESCODA Marta, *Du devoir marital au viol conjugal. Étude sur l'évolution du droit pénal suisse*, Droit et société 2017, p. 595 ss.

CONINX Anna/SCHIEDEGGER Nora, *Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht –Auslegeordnung*, juin 2019, disponible sous : <https://perma.cc/GYD4-CSKY> (consulté pour la dernière fois le 26 novembre 2022).

CORBOZ Bernard, *In dubio pro reo*, RJB 129/1993, p. 403 ss. (cité : CORBOZ, In dubio pro reo).

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse : vol. I*, 3^e éd., Berne 2010 (cité : CORBOZ, les infractions en droit suisse).

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

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

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

GRAVEN Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2^e ed., Berne 1995.

HOVEN Elisa/WEIGEND Thomas, „*Nein heißt Nein*“ – und viele Fragen offen, JuristenZeitung 4/2017, p. 182 ss.

HURTADO POZO José, *Droit pénal : partie spéciale, nouvelle édition refondue et augmentée*, Genève, Zurich, Bâle 2009 (cité : HURTADO POZO, partie spéciale).

HURTADO POZO José/GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 3^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2019.

INEKE Pruin, *"Nein heisst nein" und "Ja heisst ja"*, RPS 2021, p. 129 ss.

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

KUHN André/MOREILLON Laurent/VIREDAZ Baptiste/BICHOVSKY Aude, *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Bern 2006.

LE MAGUERESSE Catherine, *Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien*, Archives de Politique Criminelle 2012, 223 ss.

LIEBER GABBIANI Marlene/GRESET Cécile/PEREZ RODRIGO Stéphanie, *Le traitement pénal des violences sexuelles à Genève. Une étude exploratoire*, Genève 2019.

MACALUSO Alain/MOREILLON Laurent/QUELOZ Nicolas, *Code pénal II : art. 111-392 CP*, commentaire romand, Bâle 2017 (cité : CR CP II - AUTEUR-E, art. X N Y).

MAIER Philipp, *Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen*, Zürich 1994.

MAULINI Camille/PAREIN Loïc, *La loi actuelle favorise le maintien de stéréotypes de genre et le maintien du mythe sur le viol (débat)*, plaidoyer 03.2021, p. 6 ss.

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 2017, p. 932 ss.

MONOD Hadrien, *Viol : la prise en compte du refus de consentir à des rapports sexuels*, 2022, disponible sous : <https://www.crimen.ch/69/> (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022).

MONTAVON Camille, *Contenu de l'acte d'accusation et appréciation des preuves (« déclarations contre déclarations ») relatives à un viol*, 2021, disponible sous : <https://www.crimen.ch/64/> (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022).

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

MOREILLON Laurent/MACALUSO Alain/ QUELOZ Nicolas/DONGOIS Nathalie, *Code pénal I : art. 1-110*, commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CP I - AUTEUR-E, art. X N Y).

MUGGLI Sandra, *Im Netz ins Netz - Pädokriminalität im Internet und der Einsatz von verdeckten Ermittlern und verdeckten Fahndern zu deren Bekämpfung*, RPS 2014, p. 83 ss.

NICOD-PASCHOUD Annik, *Le viol : étude du droit suisse en vigueur et des propositions de révisions*, Lausanne 1983.

NIGGLI Marcel Alexandre/WIPRÄCHTIGER Hans (édits), *Strafrecht I : art. 1 – 136 StGB*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2019. (cité : BSK StGB I - AUTEUR-E, art. X N Y).

NIGGLI Marcel Alexandre/WIPRÄCHTIGER Hans (édits), *Strafrecht II : art. 137 – 329 StGB, Jugendstrafgesetz*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2019. (cité : BSK StGB II - AUTEUR-E, art. X N Y).

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

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*, 2022, disponible sous : <https://www.crimen.ch/108/> (consulté pour la dernière fois le 28 novembre 2022).

PIQUEREZ Gérard, *La preuve pénale à l'épreuve de l'écoulement du temps, en particulier dans le domaine des infractions contre l'intégrité sexuelle*, in Zen-Ruffinen Piermarco (édit.), *Du monde pénal : droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale : mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Bâle 2006, p. 141 ss.

PRUIN Ineke, «*Nein heisst nein*» und «*Ja heisst ja*», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2021, p. 129 ss.

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/Alexander Niggli Marcel/Riedo Christof (édits), *Droit pénal et diversités culturelles – Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Zurich 2012, p. 441 ss.

RENARD Noémie, *En finir avec la culture du viol*, Paris 2018.

RENTELN Alison Dundes, *The Cultural Defense*, Oxford 2005.

RENTMEISTER Alea/WENGER Natalie, *Elles ont subi des violences sexuelles et brisent mythes, tabous et stigmates*, mars 2022, disponible sous : <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/docs/2022/exposition-reforme-droit-penal-sexuel/exposition-nous-en-avons-assez#> (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022).

SALMONA Muriel, *Comprendre et prendre en charge l'impact psychotraumatique des violences conjugales pour mieux protéger les femmes et les enfants qui en sont victimes*, 2017, disponible sous : [https://www.memoiretraumatique.org/assets/files/v1/Articles-Dr-MSalmona/2017_Muriel_Salmona_Violences_conjugales_le_droit_d_être_protégée_DUN_OD.pdf](https://www.memoiretraumatique.org/assets/files/v1/Articles-Dr-MSalmona/2017_Muriel_Salmona_Violences_conjugales_le_droit_d_etre_protégée_DUN_OD.pdf) (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022) (cité : SALMONA, comprendre et prendre en charge).

SALMONA Muriel, *en quoi connaître l'impact psychotraumatique des viols et des violences sexuelles est-il nécessaire pour mieux lutter contre le déni, la loi du silence et la culture du viol, pour mieux protéger les victimes et pour que leurs droits soient mieux respectés ?* 2016, disponible sous : <https://www.memoiretraumatique.org/assets/files/v1/2016-Necessaire-connaissance-de-l'impact-psychotraumatique-chez-les-victimes-de-viols.pdf> (consulté pour la dernière fois le 29 novembre 2022) (cité : SALMONA, impact psychotraumatique).

SALMONA Muriel, *Pour en finir avec le déni et la culture du viol en 12 points*, 2016, réactualisé en 2020, disponible sous : [https://www.memoiretraumatique.org/assets/files/v1/Articles-Dr-MSalmona/Pour en finir avec le deni et la culture du viol-reactualise2020.pdf](https://www.memoiretraumatique.org/assets/files/v1/Articles-Dr-MSalmona/Pour_en_finir_avec_le_deni_et_la_culture_du_viol-reactualise2020.pdf) (consulté pour la dernière fois le 29 novembre 2022) (cité : SALMONA, pour en finir).

SCHEIDEGGER Nora /LAVOYER Agota /STALDER Tamara, *Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht*, sui-generis 2020, p. 57 ss.

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

SCHNEUWLY Clara, *Une définition du viol trop restrictive en Suisse*, Plaidoyer 2018, p. 30 ss.

SUTER Johannes, *Tatbestandsfassung und Beweisschwierigkeiten bei Vergewaltigungen de lege lata und de lege ferenda*, Zürich, Bâle, Genève 2019.

TEMKIN Jennifer/GRAY Jacqueline M./BARRETT Jastine, *Different functions of rape myth use in court : Findings from a trial observation study*, Feminist Criminology 2018, p. 205 ss.

VUILLE Joëlle/KUHN André, *L'expertise culturelle : une nécessité dans une procédure pénale moderne ?* RPS 2019, p. 167 ss.

WEMMERS Jo-Anne, *Introduction à la victimologie*, Montréal 2003.

Textes de loi

Droit international

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), RS 0.311.35.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

Droit fédéral

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP), RS 312.0.

Ancien Code pénal Suisse, version du 21 décembre 1937, FF 1937 III 645.

Statistiques officielles

Office fédéral de la statistique (OFS) : Adultes : condamnations et personnes condamnées pour un délit ou un crime au sens des articles du code pénal (CP), selon l'année de condamnation [dès 2008], 2022, disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/quoi-de-neuf.assetdetail.22665307.html> (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022). (cité : OFS condamnations CP 2021).

Textes officiels

Avis du Conseil fédéral, harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 17 février 2022, FF 2022 1011 (cité : FF 2022 1011).

Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil des Etats), session d'été 2022 (cité : BO CE 2022).

Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil national), session d'hiver 1990 (cité : BO CN 1990).

Communiqué de presse de l'Assemblée fédérale du 1^{er} février 2021, disponible sous : <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2021-02-01.aspx?lang=1036> (consulté pour la dernière fois le 26 novembre 2022) (cité : Communiqué de presse de l'AF du 1^{er} février 2021).

Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 21 octobre 2022, disponible sous : <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-caj-n-2022-10-21.aspx> (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022) (cité : Communiqué de presse de la CAJ-CN du 21 octobre 2022).

Initiative Genève, *Résolution pour une modification des articles 189 et 190 du Code pénal et une redéfinition de la notion juridique de viol*, 14.311, déposée le 21 mai 2014 (cité : Initiative Genève, 14.311).

Interpellation HILTPOLD Hugues, *Définition du viol dans le Code pénal suisse*, 13.3485, déposée le 19 juin 2013 au Conseil national (cité : interpellation HILTPOLD, 13.3485).

Message concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille) du 26 juin 1985, FF 985 1091 ss, 85.047.

Motion FEHLMANN RIELLE Laurence, *Définition du viol en droit suisse. La loi doit changer !*, 17.3992, déposée le 30 novembre 2017 au Conseil national (cité : Motion FEHLMANN RIELLE, 17.3992).

Motion HILTPOLD Hugues, *Code pénal. Stop à la discrimination dans la définition du viol*, 14.3651, déposée le 20 juin 2014 au Conseil national (cité : Motion HILTPOLD, 14.3651).

Prise de position d'Amnesty International en réponse à la consultation de la CAJ-CE concernant l'objet 18.043, projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, , disponible sous : https://www.amnesty.ch/it/news/2021/svizzera-revisione-del-codice-penale-sessuale-necessario-proteggere-lautodeterminazione-sessuale-1/2105_pride-position.pdf (consulté pour la dernière fois le 26 novembre 2022) (cité : Prise de position d'Amnesty)

Projet de loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle du 25 mars 2022, FF 2022 688.

Rapport de la 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 du 25 mars 2022, FF 2022 687 (cité : FF 2022 687).

Rapport sur les résultats de la consultation, loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle du 8 août 2021, disponible sous : <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bericht-ergebnis-vernehmlassungsverfahren-revision-des-sexualstrafrechts-f.pdf> (consulté pour la dernière fois le 26 novembre 2022) (cité : Rapport sur les résultats de la consultation).

Sites internet

Research : Genders Communicate Consent to Sex Differently, disponible sous : <https://news.uark.edu/articles/21460/research-genders-communicate-consent-to-sex-differently> (consulté pour la dernière fois le 26 novembre 2022) (cité : Research : Genders communicate consent to sex differently).

Sondage gfs.bern, *Enquête sur les violences sexuelles pour Amnesty International suisse*, avril 2019, disponible sous : <https://cockpit.gfsbern.ch/fr/cockpit/violence-sexuelles-en-suisse/> (consulté pour la dernière fois le 27 novembre 2022) (cité : Sondage gfs.bern).

Table des arrêts

Cour suprême des États-Unis

People v. Yeng Kong Moua, case n°315972-0 (1985).

Cour européenne des droits de l'homme

CourEDH (Première Section), J. L. c. Tribunal pénal fédéral, arrêt du 27 mai 2021, n° 5671/16.

Tribunal fédéral

TF, arrêt 6B_474/2022 du 9 novembre 2022.

ATF 147 IV 409, JdT 2022 IV 192 (trad.).

TF, arrêt 6B_757/2021 du 14 juillet 2022.

TF, arrêt 6B_1404/2021 du 8 juin 2022.

TF, arrêt 6B_589/2021 du 8 juin 2022.

TF, arrêt 6B_894/2021 du 28 mars 2022.

TF, arrêt 6B_395/2021 du 11 mars 2022.

TF, arrêt 6B_1057/2021 du 10 février 2022.

TF, arrêt 6B_802/2021 du 10 février 2022.

TF, arrêt 6B_367/2021 du 14 décembre 2021.

TF, arrêt 6B_1498/2020 du 29 novembre 2021.

TF, arrêt 6B_147/2021 du 29 septembre 2021.

TF, arrêt 6B_995/2020 du 5 mai 2021.

TF, arrêt 6B_755/2020 du 3 novembre 2020.

TF, arrêt 6B_159/2020 du 20 avril 2020.

TF, arrêt 6B_326/2019, du 14 mai 2019.

TF, arrêt 6B_1285/2018 du 11 février 2019.

TF, arrêt 6B_502/2017 du 16 avril 2018.

TF, arrêt 6B_1014/2017 du 8 mars 2018.

TF, arrêt 6B_601/2017 du 26 février 2018.

ATF 143 IV 241, JdT 2017 IV 357 (trad.).

TF, arrêt 6B_583/2017 du 20 décembre 2017.

TF, arrêt 6B_968/2016 du 25 septembre 2017.

TF, arrêt 6B_267/2016 du 15 février 2017.

TF, arrêt 6B_95/2015 du 25 janvier 2016.

TF, arrêt 6B_1165/2014 du 28 octobre 2015.
TF, arrêt 6B_1149/2014 du 16 juillet 2015.
TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015.
TF, arrêt 6B_75/2015 du 2 mai 2015.
TF, arrêt 6B_129/2013 du 14 janvier 2014.
TF, arrêt 6B_538/2012 du 18 février 2013.
TF, arrêt 6B_287/2011 du 3 novembre 2011.
TF, arrêt 6B_36/2011 du 18 octobre 2011.
TF, arrêt 6B_311/2011 du 19 juillet 2011.
TF, arrêt 6B_103/2011 du 6 juin 2011.
ATF 135 IV 12, c. 2.3.1, JdT 2010 IV 139 (trad.).
TF, arrêt 6B_575/2010 du 16 décembre 2010.
TF, arrêt 6B_140/2007 du 30 juillet 2007.
ATF 130 IV 58, JdT 2004 I 486 (trad.).
ATF 129 IV 238, JdT 2005 IV 87 (trad.).
ATF 128 IV 106.
ATF 125 IV 242, JdT 2002 IV 38 (trad.).
ATF 122 IV 17.
ATF 122 IV 97.
ATF 119 IV 1.
ATF 119 IV 309.
ATF 117 IV 7, c. 3a, JdT 1992 IV 167 (trad.).
ATF 113 IV 309.
ATF 87 IV 66.

Tribunal pénal fédéral

TPF, arrêt de la Cour des affaires pénales 2017.4 du 9 mai 2017.

Cour d'appel pénale du canton de Vaud

Décision n°335 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 29 mars 2022, 2021/306.

Décision n°15 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 15 janvier 2021, 2021/37.

Décision n°97 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 5 février 2021, 2021/123.

Décision n°51 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 23 février 2021, 2021/131.

Décision n°450 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 14 avril 2021, 2020/494.

Décision n°396 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 10 novembre 2021, 2022/23.

Décision n°12 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 24 avril 2020, 2020/77.

Décision n°185 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 10 juin 2020, 2020/216.

Décision n°337 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 15 septembre 2020, 2020/439.

Décision n°174 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 17 avril 2019, 2019/165.

Décision n°32 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 8 février 2018, 2018/54.

Décision n°433 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 19 novembre 2018, 2018/446.

Décision n°399 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 20 décembre 2018, 2018/465.

Décision n°20 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 13 janvier 2016, 2016/28.

Décision n°264 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 23 septembre 2015, 2015/427.

Décision n°73 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 28 avril 2014, 2014/209.

Décision n°38 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 21 mars 2013, 2013/95.

Décision n°33 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 7 mars 2012, 2012/83.

Décision n°152 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 6 juillet 2012, 2012/184.

Chambre d'appel pénale et de révision du canton de Genève

Arrêt de la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice GE du 25 mai 2021, AARP/138/2021.

Cour d'appel pénale du canton de Fribourg

Arrêt de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal FR du 6 mai 2021, 501/2019/170.

Table des abréviations

aCP	Ancien Code pénal suisse
AF	Assemblée fédérale
al.	Alinéa
art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar
c.	Considérant (s)
<i>c.</i>	<i>Contre</i>
CAJ-CE	Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats
CAJ-CN	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, RS 0.101
CN	Conseil national
CourEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CR	Commentaire romand
éd.	Edition
édit./édits	Editeur/éditeurs
<i>et al.</i>	<i>Et alii</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
FR	Canton de Fribourg
GE	Canton de Genève
IMPULSE	Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft
JdT	Journal des Tribunaux
N / n°	Numéro
OFS	Office fédérale des statistiques
p.	Page
PC	Petit commentaire
PJA	Pratique Juridique Actuelle
Prof.	Professeur (-e)
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RPS	Revue Pénale Suisse
RS	Recueil systématique suisse
ss	Et suivants
StGB	Strafgesetzbuch
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
trad.	Traduction
V.	Voir

v.
VD
vol.

Versus
Canton de Vaud
Volume

I. Introduction

Depuis de nombreuses années, les infractions contre l'intégrité sexuelle font l'objet de nombreux débats et critiques. Initialement considéré comme une atteinte à l'ordre divin, puis comme une atteinte à l'ordre social, le viol est dès la fin du 20^{ème} siècle compris dans le sens d'une atteinte à la personne individuelle, touchée dans son autodétermination, dans son intimité et dans sa dignité. Il est aujourd'hui indéniable que les agressions sexuelles ont lieu en Suisse à une échelle choquante et touchent un nombre considérable de femmes¹. Ces agressions sont néanmoins largement invisibles et passées sous silence.

Dans ce sens, une étude parue en 2019² établit que 22% des femmes vivant en Suisse ont subi des actes sexuels non consentis et 12% ont subi un rapport sexuel contre leur volonté. En extrapolant ces chiffres à la population féminine de plus de 16 ans en Suisse, cela correspond à environ 430'000 femmes. Parmi ces agressions, seules 8% sont dénoncées en justice.

D'un point de vue juridique, les violences sexuelles sont principalement sanctionnées par deux normes pénales : l'art 189 CP³ qui prévoit la contrainte sexuelle et l'art. 190 CP qui poursuit le viol. Ces deux dispositions tendent à protéger l'autodétermination et la liberté en matière sexuelle⁴, autrement dit le libre choix de ses rapports sexuels⁵.

D'une part, la contrainte sexuelle constitue une infraction de base⁶, réprimant celui qui contraint une personne à subir un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, soit « *un acte sur le corps humain qui tend à l'excitation ou à la satisfaction de l'instinct sexuel de l'un des participants au moins* »⁷. D'autre part, l'art. 190 CP, réprimant le viol, est une *lex specialis*, constituant une forme spéciale de contrainte sexuelle pour le cas où la victime est une femme à qui l'acte sexuel proprement dit est imposé⁸. Autrement dit, « *l'introduction du pénis dans le vagin* » est nécessaire⁹. L'auteur d'un viol, ne peut donc qu'être une personne de sexe masculin et la victime doit nécessairement être une femme¹⁰.

Les art. 189 et 190 CP sont conçus comme des délits de contrainte, l'auteur doit donc user d'un moyen de contrainte suffisamment efficace afin de soumettre la victime à l'acte sexuel¹¹. Le législateur énumère différents moyens de contraintes, tel la menace, la violence, les pressions physiques et le fait de mettre la victime hors d'état de résister. Néanmoins, selon les cas, d'autres moyens peuvent être reconnus par la jurisprudence.

Finalement, comme nous l'étudierons plus en détail ultérieurement, ces deux infractions sont intentionnelles, l'auteur devant agir avec conscience et volonté.

¹ CONINX/SCHNEIDER.

² Sondage gfs.bern.

³ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS. 311.0.

⁴ ATF 128 IV 106, c. 3a)bb) ; ATF 122 IV 97, c. 2b ; ATF 119 IV 309, c. 7a ; FF 2022 687, p. 29.

⁵ CR CP II - QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 189 N 5.

⁶ PC CP, art. 189 N 1.

⁷ SCHNEUWLY, p. 31 ; HURTADO POZO, partie spéciale, p. 869-870 ; CORBOZ, les infractions en droit suisse, p. 811.

⁸ HURTADO POZO, partie spéciale, p. 882 ; CR CP II - QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 189 N 4 ; ATF 119 IV 309, c. 7b ; ATF 122 IV 97, c. 2a).

⁹ CORBOZ, les infractions en droit suisse, p. 827.

¹⁰ SCHNEUWLY, p. 31 ; CORBOZ, les infractions en droit suisse, p. 827.

¹¹ HURTADO POZO, partie spéciale, p. 872.

Selon les statistiques de condamnations, en 2021, les infractions de viol (77 condamnations) et de contraintes sexuelles (21 condamnations) représentent, parmi l'ensemble des infractions contre l'intégrité sexuelle réprimées en Suisse, les infractions les plus condamnées après l'infraction de pornographie et d'actes d'ordre sexuel avec les enfants¹². Toutefois, en comparant ces chiffres avec l'étude susmentionnée, nous pouvons constater le nombre encore faible de condamnations.

Une autre étude rendue en 2021 démontre également que les viols représentent les infractions avec les taux de condamnations le plus faible parmi les infractions étudiées¹³, avec un taux de 22.8 %. En outre, seul un prévenu sur treize est condamné pour viol dans le canton de Zurich¹⁴.

Ces études nous permettent ainsi de constater qu'un nombre important d'agressions sexuelles ne sont aujourd'hui pas dénoncées ou n'aboutissent pas à une condamnation. Diverses complexités relatives à ces infractions peuvent justifier cette différence. Ainsi, bien qu'il ne s'agisse pas de la seule difficulté, l'établissement de l'intention de l'auteur peut s'avérer malaisée. Les autorités pénales étant tenues d'établir la réelle connaissance et volonté de l'auteur au moment de l'acte sexuel, vont rencontrer certaines complications en raison de la particularité des infractions sexuelles.

Face à cette difficulté pratique, il est important de comprendre comment les autorités pénales parviennent à établir l'intention de l'auteur. Ce travail de mémoire a ainsi pour objectif principal de présenter un aperçu de la pratique quant à l'établissement de l'élément constitutif subjectif des infractions de contrainte sexuelle et de viol.

Dans la première partie de ce travail, il sera ainsi étudié comment les autorités pénales établissent l'intention de l'auteur pour ces infractions, après un bref exposé théorique de ces notions. La conscience ainsi que ses différents critères pour l'établir seront ensuite examinés, avec notamment la question de l'erreur sur les faits et de l'influence de la culture du viol. Puis, une partie sur la volonté de l'auteur sera consacrée aux critères utilisés par les autorités, en distinguant les différents degrés d'intention.

Il sera par la suite abordé l'évolution de la norme pénale et de la jurisprudence relative à l'examen de l'intention. La révision du droit pénal sexuel en cours sera finalement examinée, ainsi que son influence sur l'établissement de l'intention de l'auteur.

Deux précisions doivent encore être ajoutées : tout d'abord, pour des raisons de simplifications de rédaction, il sera toujours fait référence à « la victime » et à « l'auteur », même si parfois aucune infraction pénale n'est reconnue. De plus, lors de l'examen de l'intention, aucune distinction ne sera réellement opérée entre la contrainte sexuelle et le viol puisque les critères pris en considération sont majoritairement identiques.

¹² OFS condamnations CP 2021.

¹³ Soit les infractions d'homicides, de lésions corporelles simples et graves, de brigandage et de contrainte.

¹⁴ BAIER, p. 244 ; SCHEIDEGGER, p. 203.

II. Établissement de l'intention de l'auteur

A. Généralités

Comme déjà mentionné, tant l'infraction de contrainte sexuelle que celle de viol requièrent l'intention de l'auteur.

En vertu de l'art. 12 al. 2, 1^{ère} phrase CP, une infraction est intentionnelle lorsque l'auteur agit avec conscience et volonté. L'intention suppose donc une combinaison des deux composantes qui doivent se référer au comportement décrit dans l'énoncé de fait légal et remplir l'ensemble des éléments constitutifs objectifs¹⁵. Autrement dit, l'auteur doit se représenter correctement la situation et accepter d'agir à l'encontre d'un bien juridiquement protégé¹⁶.

Pour qu'un individu soit reconnu coupable de viol ou de contrainte sexuelle, les autorités doivent déterminer d'une part qu'il a réalisé l'ensemble des éléments constitutifs objectifs, soit qu'il a contraint la victime à un acte sexuel et d'autre part qu'il l'a fait avec conscience et volonté. L'intention de l'auteur est ainsi admise lorsqu'il est conscient ou accepte que la victime n'était pas consentante, qu'il a exercé ou employé un moyen de contrainte sur elle et qu'elle s'est soumise à l'acte sexuel sous l'effet de cette contrainte¹⁷. Il est également nécessaire qu'il souhaite ou accepte le caractère sexuel de son acte¹⁸. Ainsi, si ces éléments ne sont pas prouvés, l'auteur sera probablement acquitté ou condamné pour une autre infraction¹⁹.

Bien que l'établissement de l'élément subjectif puisse sembler clair en théorie, il pose de nombreuses difficultés en pratique.

Tout d'abord, déterminer l'intention de l'auteur revient à rechercher ce qu'il a su, voulu, envisagé ou accepté, ce qui relève de son for intérieur. Dès lors, en l'absence d'aveux sincères, il est extrêmement difficile pour le juge de déterminer les pensées de l'auteur au moment où il a agi, ces dernières échappant à la perception directe de tiers²⁰. Selon le Tribunal fédéral, l'élément subjectif peut se déduire d'une analyse des circonstances, qui permettent de tirer, sur la base des éléments extérieurs, des déductions sur les dispositions intérieures de l'auteur²¹. Les juges vont donc baser leur examen sur des indices extérieurement constatables et sur des règles d'expérience²², tel « *l'importance du risque, connu de l'auteur, de réalisation de l'état de fait légal et l'intensité de violation du devoir de prudence* »²³.

En outre, en vertu de la maxime d'instruction (art. 6 al. 1 CPP²⁴), qui prévaut en procédure pénale, il appartient aux autorités pénales de rechercher les éléments pertinents pour la qualification juridique de l'acte²⁵.

¹⁵ BSK StGB I - NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 22 ; GRAVEN, p. 168.

¹⁶ HURTADO POZO/GODEL, p. 174.

¹⁷ TF, arrêt 6B_159/2020 du 20 avril 2020, c. 2.4.3 ; TF, arrêt 6B_502/2017 du 16 avril 2018, c. 2.1 ; ATF 87 IV 66, c. 3 ; CORBOZ, p. 817 ; CR CP II - QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 189 CP N 45.

¹⁸ CORBOZ, les infractions en droit suisse, p. 817 ; CR CP II - QUELOZ/ILLÀNEZ, art. 189 CP N 45.

¹⁹ NICOD-PASCHOUD, p. 105.

²⁰ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 3 - 4b.

²¹ TF, arrêt 6B_1404/2021 du 8 juin 2022, c. 3.2 ; TF, arrêt 6B_894/2021 du 28 mars 2022, c. 3.2 ; TF, arrêt 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, c. 2.2.2.

²² CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 76 ss.

²³ ATF 130 IV 58, c. 8.4, JdT 2004 I 486 (trad.).

²⁴ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP), RS 312.0.

²⁵ ATF 147 IV 409, c. 5.3.1, JdT 2022 IV 192 (trad.).

Elles sont ainsi tenues d'établir les faits afin de déterminer si l'auteur avait conscience du refus de la victime, et l'a, malgré cette connaissance, contraint à subir un acte sexuel²⁶. A ce titre, une difficulté supplémentaire se présente en matière d'infractions sexuelles. En effet, compte tenu de leur contexte particulier, soit d'infractions « entre quatre yeux » (Vier-Augen-Delikte), les moyens de preuve se limitent généralement aux déclarations des personnes concernées, les preuves matérielles ou scientifiques étant souvent manquantes²⁷. En outre, même lorsque des preuves scientifiques sont récoltées ou un examen médical est effectué, la question de l'intention de l'auteur n'est généralement pas éclairée²⁸.

Au demeurant, les déclarations des parties sont généralement contradictoires. L'autorité pénale est ainsi tenue de les confronter afin de déterminer leur crédibilité et de ce fait choisir sur quelle déclaration se baser. Et même lorsqu'une trame du déroulement des faits peut être établie, le vécu des parties peut être complètement différent²⁹. L'autorité doit donc, pour définir son intention, se baser sur le point de vue de l'auteur afin d'établir ce qu'il a pu et aurait dû percevoir.

De plus, à la suite d'un traumatisme tel qu'une infraction contre l'intégrité sexuelle, certaines victimes vont vivre des distorsions de leurs souvenirs et des trous de mémoire, qui rendront leurs déclarations moins crédibles et l'appréhension de preuves plus complexe³⁰. En outre, d'autres personnes vont, dans certaines situations, prendre du temps à dénoncer les faits. A la suite de l'écoulement du temps, les preuves vont disparaître ou perdre de leur valeur³¹. Lorsque les déclarations des parties sont les seuls moyens de preuve, l'établissement de l'intention s'avère encore plus malaisée, puisque leurs mémoires seront affaiblies ou altérées par le temps³².

Finalement, le principe *in dubio pro reo*, déduit de la présomption d'innocence (art. 6 al. 2 CEDH³³) et reconnu en droit pénal suisse, prévoit qu'en cas de doute sérieux et irréductible, les juges doivent trancher en faveur de l'accusé³⁴. Ainsi, en vertu de ce principe, les juges doivent prononcer un acquittement, lorsqu'un doute sérieux subsiste sur l'intention de l'auteur³⁵. Ce dernier sera donc, dans certaines hypothèses, acquitté, faute d'éléments probants suffisants, même s'il a réalisé l'ensemble des éléments constitutifs objectifs de l'infraction³⁶.

Bien que l'établissement de l'élément constitutif subjectif se divise entre les deux composantes de l'intention, soit la conscience et la volonté, les autorités ne font pas toujours une telle distinction en pratique. Quant aux infractions contre l'intégrité sexuelle, l'établissement de la conscience pose davantage de difficultés, et fait l'objet de nombreuses jurisprudences. La volonté a toutefois de l'importance pour distinguer les degrés d'intention, et influence par conséquent la fixation de la peine.

²⁶ COURVOISIER, p. 128.

²⁷ ATF 143 IV 241, c. 2.2.2, JdT 2017 IV 357 (trad.).

²⁸ COURVOISIER, p. 125.

²⁹ PERRIER DEPEURSINGE/CES.

³⁰ ATF 147 IV 409, c. 5.4.2, JdT 2022 IV 192 (trad.).

³¹ PIQUEREZ, p. 141.

³² *Ibidem*.

³³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

³⁴ CORBOZ, *In dubio pro reo*, p. 415.

³⁵ MONTAVON/MONOD, p. 10.

³⁶ COURVOISIER, p. 129.

B. Établissement de la conscience

1. Généralités

Pour agir intentionnellement l'auteur doit tout d'abord avoir conscience de réaliser les éléments constitutifs de l'énoncé de fait légal³⁷. Il s'agit d'un élément intellectuel s'inscrivant dans le domaine de la connaissance³⁸. L'auteur doit donc se rendre compte, au moment d'agir, de ce qu'il fait. Il est ainsi essentiel qu'il ait conscience des faits qui rendent son comportement répréhensible et de l'ensemble des éléments constitutifs objectifs de l'infraction³⁹.

L'appréhension des éléments objectifs s'avère généralement aisée lorsqu'ils constituent des faits purs, relevant du monde extérieur. En présence de concepts ou d'appréciations juridiques, une connaissance exacte n'est toutefois pas indispensable⁴⁰. La simple conscience de la valeur sociale est suffisante, puisque le droit pénal reprend et renforce, dans son noyau essentiel, les interdits ancrés dans les règles sociales fondamentales⁴¹. Le Tribunal fédéral a par exemple reconnu qu'une femme qui laissait son fils de sept ans téter ses seins, avait conscience du caractère sexuel de l'acte, même en l'absence de compréhension juridique exacte⁴², la signification sociale du geste étant suffisante. Ainsi, l'appréhension sociale « d'acte sexuel non consenti » suffit.

De plus, la conscience doit porter sur l'ensemble des faits. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'auteur y pense constamment⁴³, ils doivent au moins être pris en compte et effleurer ses pensées au moment où il agit⁴⁴. Il est également suffisant qu'il les considère comme sérieusement possible, sans toutefois tenir leur existence ou leur survenance pour certaine⁴⁵.

Concernant les infractions de contrainte sexuelle et de viol, la conscience doit porter sur l'absence de consentement de la victime et sur le fait qu'elle se soumette à l'acte sexuel sous l'effet de la contrainte⁴⁶. Comme nous le verrons, l'établissement de la connaissance du non-consentement est l'élément qui pose le plus de difficultés en pratique.

2. Erreur sur les faits (art. 13 CP)

Il se peut, dans certaines situations, que l'auteur commette l'ensemble des éléments constitutifs objectifs, mais sous l'influence d'une appréciation erronée des faits⁴⁷. Dans cette hypothèse, les juges admettent une erreur sur les faits. Prévue à l'art. 13 CP, l'erreur peut se définir comme une « *fausse représentation de la réalité* »⁴⁸, soit un décalage entre la réalité et ce qu' imagine ou comprend l'auteur.

³⁷ HURTADO POZO, partie générale, p. 188.

³⁸ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 30.

³⁹ NICOD-PASCHOUD, p. 107.

⁴⁰ HURTADO POZO/GODEL, p. 175.

⁴¹ HURTADO POZO, partie générale, p. 188.

⁴² TF, arrêt 6B_103/2011 du 6 juin 2011, c. 2.2.3.

⁴³ HURTADO POZO, partie générale, p. 189.

⁴⁴ HURTADO POZO/GODEL, p. 175.

⁴⁵ HURTADO POZO/GODEL, p. 176.

⁴⁶ PC CP, art. 189 N 37 ; PC CP, art. 190 N 19 - 20.

⁴⁷ TF, arrêt 6B_755/2020 du 3 novembre 2020, c. 2.1.

⁴⁸ CR CP I - PERRIER DEPEURSINGE/GAUDERON, art. 13 N 1 ss.

Autrement dit, la conscience de l'auteur, qui n'a pas connaissance d'un élément constitutif de l'infraction ou qui se base sur une fausse représentation⁴⁹, fait défaut. Il ignore de ce fait qu'il commet une action qui tombe sous le coup d'un énoncé de fait légal⁵⁰, et son intention est donc exclue.

Il est toutefois important de souligner que l'auteur conscient, au moment d'agir, d'ignorer des éléments factuels ou juridiques importants pour apprécier la portée de son comportement, ne peut se prévaloir d'une erreur sur les faits⁵¹.

L'application de l'art. 13 al. 1 CP a pour conséquence que l'auteur sera jugé d'après son appréciation si elle lui est favorable. Toutefois, en vertu de l'al. 2 de la même disposition, l'auteur peut répondre de l'infraction par négligence, pour autant que celle-ci soit prévue dans la loi et que l'on puisse reprocher à l'auteur de ne pas avoir usé des précautions voulues⁵². Ainsi, lorsqu'une infraction est uniquement intentionnelle, l'auteur n'est pas punissable, même si l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction sont objectivement réalisés. L'intention délictuelle fait défaut⁵³.

En matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, le Tribunal fédéral reconnaît une erreur sur les faits, lorsque l'auteur pouvait, au vu des circonstances, croire à l'existence d'une relation sexuelle consentie⁵⁴. L'auteur peut donc s'en prévaloir lorsqu'il est établi que la victime ne souhaitait pas de relation sexuelle, mais qu'il ne pouvait s'en rendre compte⁵⁵.

Les autorités pénales sont ainsi tenues de rechercher si l'auteur était en mesure de percevoir l'absence de consentement de la victime et s'il pouvait penser qu'elle souhaitait entretenir les actes d'ordres sexuels en cause avec lui⁵⁶. Puisque les infractions de contrainte sexuelle et de viol ne peuvent être commises qu'intentionnellement, l'auteur échappe à toute condamnation si une erreur sur les faits est reconnue.

Toutefois, tant pour la contrainte sexuelle, que pour le viol, l'application de l'art. 13 CP reste très théorique. En effet, lorsque l'auteur n'a pas conscience de l'absence de consentement de la victime, les juges retiennent davantage que son intention n'est pas établie. L'infraction ne pouvant pas être commise par négligence, le résultat est identique. Il peut ainsi arriver que le Tribunal fédéral reconnaisse le raisonnement de l'autorité cantonale qui applique l'art. 13 CP, mais qu'il retienne, dans son propre raisonnement, que « *l'intimé n'a pas agi intentionnellement* ». Peu importe le raisonnement, le résultat final demeure le même⁵⁷.

Il sied finalement de mentionner un arrêt récent du Tribunal fédéral⁵⁸, dans lequel les juges rappellent que la vision personnelle de l'auteur sur le couple marié et sur l'amour ne lui permet pas de faire valoir une erreur sur les faits.

⁴⁹ TF, arrêt 6B_147/2021 du 29 septembre 2021, c. 2 ; ATF 129 IV 238, c. 3.1, JdT 2005 IV 87 (trad.).

⁵⁰ HURTADO POZO, p. 199.

⁵¹ ATF 135 IV 12, c. 2.3.1, JdT 2010 IV 139 (trad.).

⁵² CR CP I - PERRIER DEPEURSINGE/GAUDERON, art. 13 N 37.

⁵³ SUTER, p. 8 ; CR CP I - PERRIER DEPEURSINGE/GAUDERON, art. 13 N 18.

⁵⁴ PC CP, art. 190 N 19 - 20 ; TPF, arrêt de la Cour des affaires pénales 2017.4 du 9 mai 2017.

⁵⁵ TF, arrêt 6B_311/2011 du 19 juillet 2011, c. 3.5 ; MAIER, p. 334 ; NICOD-PASCHOUD, p. 107.

⁵⁶ BSK StGB II - MAIER, art. 190 N 17.

⁵⁷ Notamment : TF, arrêt 6B_311/2011 du 19 juillet 2011, c. 3.6 et c. 5.5.

⁵⁸ TF, arrêt 6B_1498/2020 du 29 novembre 2021, c. 3.5.

Ainsi, l'art. 13 CP est très rarement appliquée par les autorités pénales en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, et déploie ainsi peu d'importance.

3. Influence de la culture du viol

Bien qu'aujourd'hui, les infractions contre l'intégrité sexuelle font l'objet d'une forte réprobation morale et juridique, des idées préconçues continuent à circuler dans nos sociétés. Ces dernières contribuent à renforcer la culture du viol, en désresponsabilisant les auteurs et parallèlement en responsabilisant et accusant les victimes⁵⁹.

La culture du viol (ou *rape culture*) est un concept sociologique apparu dans les années 1970 aux États-Unis au sein du mouvement féministe radical⁶⁰. Le concept émerge ensuite dans les publications académiques dès les années 1990, et est désormais largement répandu dans la sphère publique⁶¹. Il désigne « *l'ensemble des valeurs, croyances et représentations qui crée un environnement favorisant la normalisation et la justification des violences sexuelles dans une société et à une époque donnée* »⁶². Noémie RENARD la définit comme « *une culture dans laquelle le viol et les autres violences sont à la fois prégnants et tolérés, avec un décalage entre l'ampleur du phénomène et l'impunité quasi-totale des agresseurs* »⁶³. En outre, la culture du viol reprend un certain nombre de croyances sociales, les « mythes du viol » qui peuvent avoir pour effet d'influencer le traitement pénal des victimes⁶⁴.

De plus, touchant l'ensemble des milieux sociaux et juridiques, il est indéniable que certains acteurs du processus judiciaire y adhèrent et que certaines idées préconçues influencent notre système juridique. Nous verrons ainsi dans ce chapitre son influence lors de l'établissement de l'intention de l'auteur, principalement de sa conscience.

Tout d'abord, dans les représentations sociales, le « vrai » viol est considéré comme les faits d'inconnus, armés, dans la rue avec brutalité ainsi qu'avec pénétration du pénis dans le vagin⁶⁵. Ainsi, comme nous le verrons ultérieurement, les viols correspondant à cette représentation ont davantage de chances d'être reconnus. Au contraire, les agressions ne correspondant pas à cette représentation le seront moins facilement.

Ce stéréotype s'accompagne ensuite du mythe de la « vraie » ou « bonne » victime, soit la victime qui adopte un comportement parfaitement rationnel, en se débattant de toutes ses forces lors de l'agression, en signalant le viol le plus rapidement possible et en faisant un compte rendu précis de l'agression⁶⁶. Cela signifie *a contrario* qu'une « mauvaise » victime sera considérée comme moins crédible, son agresseur moins facilement condamné, et l'acte sera moins reconnu comme constitutif d'une infraction pénale⁶⁷.

A ce titre, la victime est parfois considérée comme responsable de son agression en raison de son attitude.

⁵⁹ LIEBER GABBIANI/GRESETE/PEREZ RODRIGO, p. 26.

⁶⁰ RENARD, p. 17.

⁶¹ BARTON, p. 7.

⁶² BARCZYK ; BARTON, p. 7 ; TEMKIN/GRAY/BARRETT, p. 206.

⁶³ RENARD, p. 17.

⁶⁴ RENARD, p. 65.

⁶⁵ RENTMEISTER/WENGER ; SALMONA, pour en finir.

⁶⁶ RENARD, p. 54.

⁶⁷ RENARD, p. 68.

On lui reproche par exemple d'avoir adopté « une attitude provocante », des comportements à risques (en consommant de l'alcool), d'avoir porté des habits « provoquants » ou encore de ne pas avoir opposé suffisamment de résistance⁶⁸. Dans certaines situations, on reproche également aux victimes d'avoir consenti à embrasser leur partenaire, alors qu'elles ne souhaitaient pas de relations sexuelles. Ces dernières devaient en effet avoir conscience qu'embrasser leur partenaire allait aboutir à des relations sexuelles, ce dont elles avaient par conséquent consenti⁶⁹.

Comme nous l'étudierons, les autorités déterminent la conscience de l'auteur principalement sur la base du comportement de la victime, en regardant si cette dernière a clairement fait part de son refus, de manière à ce qu'il soit perceptible pour son partenaire. Dans le cas contraire, les juges retiennent généralement que l'auteur n'était pas en mesure de reconnaître l'absence de consentement de la victime.

Ainsi, donner autant de poids au comportement de la victime, et non à celui de l'auteur, contribue au mythe du viol, et de la « bonne victime » qui doit exprimer son refus de manière claire, sans adopter une attitude ambiguë⁷⁰.

En outre, en vertu de la représentation du « vrai » viol, les autorités ont parfois tendance à considérer le consentement comme présumé et l'interpréter de manière extensive lorsqu'une personne a donné son accord à des relations sexuelles antérieures dans le cadre d'un couple ou d'une autre relation⁷¹. Les autorités pénales retiennent généralement, dans ces situations, que l'auteur ne pouvait pas avoir conscience du refus de sa victime.

Une étude genevoise publiée en 2019 démontre bien cette tendance⁷². Dans le cadre de cette étude, 68 dossiers relatifs à des agressions sexuelles, jugés entre 2010 et 2017 par le Tribunal pénal de Genève⁷³, ont été examinés. Parmi ces dossiers, 42 ont été retenus et 20 affaires concernaient des victimes de leur (ex-) conjoint ou des cas de flirts. En étudiant ces jugements, les auteurs ont constaté que douze cas ont été acquittés, cinq classés et uniquement trois cas ont fait l'objet de condamnations. Selon les auteurs, il ressort de l'examen des dossiers que le doute l'emporte systématiquement dans le cadre des couples non établis, aboutissant ainsi à des acquittements ou à des classements. Quant aux violences sexuelles dans les couples, elles sont généralement condamnées à titre de voies de fait (126 CP) ou lésions corporelles (123 CP)⁷⁴. Les peines les plus lourdes ont quant à elles été prononcées dans les cas de victimes d'inconnus.

Bien que cette étude ne traite pas directement de l'établissement de la conscience, nous pouvons constater que les viols ne correspondant pas aux idées préconçues sont moins facilement reconnus. Au contraire les viols commis par des inconnus, perçus comme les « vrais » viols, sont davantage admis, et par conséquent punis des peines les plus lourdes.

⁶⁸ LA MAGUERESSE, p. 224 ; BARTON, p. 7.

⁶⁹ TEMKIN/GRAY/BARRETT, p. 217.

⁷⁰ LIEBER GABBIANI/GRESETE/PEREZ RODRIGO, p. 26 ; SALMONA, pour en finir ; TEMKIN/GRAY/BARRETT, p. 217 ; BPEV Genève, p. 10.

⁷¹ LIEBER GABBIANI/GRESETE/PEREZ RODRIGO, p. 47.

⁷² LIEBER GABBIANI/GRESETE/PEREZ RODRIGO.

⁷³ Le Tribunal pénal de Genève statue sur les procédures pénales en tant qu'autorité de première instance.

⁷⁴ LIEBER GABBIANI/GRESETE/PEREZ RODRIGO, p. 40.

Dans le même sens, nous pouvons mentionner un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2019, confirmant une décision rendue par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois⁷⁵. Les faits peuvent être résumés comme suit : une femme porte plainte contre son mari car il l'aurait régulièrement contrainte à entretenir des rapports sexuels avec lui. Elle invoque notamment qu'elle s'exposait à des crises de colère de sa part en cas de refus. Le Tribunal fédéral retient, malgré les déclarations de la femme, que l'auteur ne pouvait pas « *percevoir qu'il passait outre l'opposition de la recourante* »⁷⁶. Les juges définissent ensuite la situation conjugale comme « *relativement ambiguë* » puisque la femme commençait parfois par refuser les rapports, puis acceptait finalement sans débattre, ni crier. Le mari pensait donc que le refus de sa femme évoluait à la suite des préliminaires⁷⁷.

En conséquent, l'auteur pouvait valablement, selon les juges, ignorer le refus de sa femme, alors même que cette dernière l'exprimait clairement au début des rapports.

A ce titre, nous pouvons également lire dans une décision rendue par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois qu'il n'est pas aisé « *d'opérer une distinction entre les rapports consentis et non consentis d'un couple marié* »⁷⁸. Dans leur examen, les juges ont notamment pris en considération que les époux entretenaient une vie sexuelle de couple consentie et que l'époux avait respecté le refus de son épouse à deux occasions. Bien que certains rapports sexuels aient commencé dans le sommeil de la femme et qu'elle était en pleurs au moment des faits, les juges fédéraux n'ont pas considéré comme établie la conscience de l'époux quant à l'absence de consentement de sa femme⁷⁹.

Il ressort ainsi des deux arrêts susmentionnés que les juges ont tendance à considérer le consentement comme présumé dans les relations de couple ou de flirts. Ils rendent même la femme responsable de se débattre suffisamment afin de faire comprendre son absence de consentement à son mari. Nous pouvons ainsi constater que le viol conjugal ne correspondant pas aux stéréotypes du « vrai » viol a encore aujourd'hui de la peine à être reconnu par les autorités pénales, qui considèrent souvent que l'auteur ne pouvait se rendre compte de l'absence de consentement de sa partenaire⁸⁰.

Finalement, comme nous l'étudierons plus en détail ultérieurement, malgré certaines idées véhiculées par la culture du viol, ni le consentement préalable d'une femme ou son comportement antérieur, ni ses relations passées ne doivent permettre aux juges de déterminer la conscience de l'auteur⁸¹.

4. Casuistique

Comme nous l'avons vu, il appartient aux autorités pénales d'établir la conscience de l'auteur lors de l'acte sexuel. Compte tenu de l'absence de critères clairement définis dans la loi, il convient d'analyser la jurisprudence afin de déterminer les éléments pris en compte lors de cet examen.

⁷⁵ Décision n°399 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 20 décembre 2018, c. 3.2.3, confirmée à TF, arrêt 6B_326/2019, du 14 mai 2019.

⁷⁶ TF, arrêt 6B_326/2019 du 14 mai 2019, c. 3.3.4.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Décision n°51 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 23 février 2021, 2021/131.

⁷⁹ Décision n°51 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 23 février 2021, 2021/131, c. 6.2.

⁸⁰ BARTON, p. 10.

⁸¹ TEMKIN/GRAY/BARRETT, p. 218.

Bien que les juges ne divisent pas clairement l'analyse entre les différents éléments constitutifs objectifs, il convient en théorie de rechercher tout d'abord la conscience de l'auteur quant à l'absence de consentement de la victime, et par la suite sa conscience d'utiliser un moyen de contrainte afin d'obtenir l'acte sexuel. Les autorités sont finalement tenues d'établir sa conscience du caractère sexuel de son acte. Toutefois, cette question ne posant aucun problème en pratique et ne faisant l'objet d'aucune jurisprudence, nous considérons qu'il n'est pas nécessaire de la développer davantage.

a) Absence de consentement

Premièrement, l'auteur doit, pour commettre l'infraction de contrainte sexuelle ou de viol, savoir ou du moins accepter que la victime n'est pas consentante à subir les actes sexuels⁸². La détermination de cette conscience est toutefois une question délicate qui ne ressort pas directement du déroulement des faits ou du comportement de l'auteur⁸³. Différents éléments, développés ci-dessous, sont ainsi analysés par les juges afin de la déterminer.

A titre liminaire, il sied de relever une complexité supplémentaire dans le cadre de cet examen. L'interprétation et la compréhension des signes de consentement, respectivement de non-consentement, peuvent s'avérer très subjectifs. Il ressort notamment d'une étude effectuée aux États-Unis⁸⁴ que les hommes et les femmes ne communiquent pas leur consentement de la même manière, et qu'en conséquent les indices pour l'exprimer et le déterminer diffèrent selon le genre des personnes concernées.

Dans ce sens, les juges cantonaux ont reconnu qu'un consentement à faire des « câlins » peut être interprété différemment selon les personnes⁸⁵. Cette distinction peut ainsi aboutir à des relations sexuelles non consenties, sans toutefois que l'auteur n'en soit conscient, en raison d'une mauvaise interprétation des signes de sa partenaire. Dans cette hypothèse, l'auteur sera acquitté, faute de conscience et d'intention.

(i) Comportement de la victime

L'étude de la jurisprudence permet de mettre en avant un premier critère déterminant pour l'établissement de la conscience : le comportement de la victime. En effet, les juges la reconnaissent, dans la majorité des arrêts rendus par le Tribunal fédéral, à l'aune des réactions des victimes au moment des faits.

Ce critère se base sur la jurisprudence constante du Tribunal fédéral selon laquelle un auteur ne peut qu'avoir conscience de l'absence de consentement de son partenaire lorsque ce dernier le manifeste de manière reconnaissable⁸⁶. Tel est le cas lorsqu'il « *a donné des signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissable pour l'auteur – 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* »⁸⁷.

⁸² CORBOZ, les infractions en droit suisse, p. 817.

⁸³ MAIER, p. 333.

⁸⁴ Research : Genders communicate consent to sex differently.

⁸⁵ Décision n°335 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 29 mars 2022, 2021/306, c. 4.3.4.

⁸⁶ MONOD.

⁸⁷ TF, arrêt 6B_1057/2021 du 10 février 2022, c. 2.3.1 ; TF, arrêt 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, c. 2.2.2 ; TF, arrêt 6B_1285/2018 du 11 février 2019, c. 2.2 ; TF, arrêt 6B_267/2016 du 15 février 2017, c. 5.2, TF, arrêt 6B_968/2016 du 25 septembre 2017, c. 2.1.2 ; TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015, c. 3.3.

La conscience de l'auteur est ainsi déduite des refus exprimés par la victime, tant verbalement que physiquement. A ce titre, les juges fédéraux admettent la connaissance de l'auteur dans les situations où d'une part la victime essaie de se débattre physiquement, en pleurant⁸⁸ ou en exerçant des actes de résistance⁸⁹, et d'autre part lorsqu'elle l'exprime verbalement, en indiquant clairement son refus⁹⁰ ou son souhait d'être laissée tranquille⁹¹.

Afin d'être reconnaissables par l'auteur, ces refus doivent, en outre, être exprimés de manière explicite et à plusieurs reprises⁹². Dans ce sens, le Tribunal fédéral considère que la victime qui demande uniquement à son partenaire de la « *laisser tranquille* » et le supplie de « *la laisser une fois pour toutes* » n'exprime pas suffisamment son refus⁹³. En effet, la victime, restée silencieuse et immobile, aurait pu et dû exprimer clairement son refus par la voix et par les gestes. A défaut, l'auteur pouvait valablement croire qu'elle acceptait le rapport sexuel. Néanmoins, dans un arrêt plus récent⁹⁴, le Tribunal fédéral a reconnu que malgré le ton modéré et calme des refus⁹⁵, le fait qu'ils l'aient été de manière répétée et insistante suffisait à faire réagir le partenaire. Compte tenu de son absence de réaction, il a commis l'infraction avec conscience. Il ressort ainsi de ces jurisprudences que les refus doivent être exprimés de manière suffisamment reconnaissables et répétés pour que l'auteur ne puisse les ignorer.

Cependant, lorsque la victime est placée dans une situation telle qu'il est vain de résister physiquement et que l'on ne peut lui imposer les répercussions en cas d'oppositions physiques, le Tribunal fédéral reconnaît un simple refus verbal comme suffisant⁹⁶. Ainsi, lorsqu'un climat de terreur ou de menace est clairement établi, les juges fédéraux concèdent que l'on ne peut exiger de la victime une opposition physique⁹⁷.

A ce titre, les juges fédéraux n'attendent généralement pas des victimes de violences conjugales qu'elles manifestent leur refus physiquement. Notre Haute Cour a notamment retenu dans un tel cas que « *le renoncement de la recourante à une opposition physique s'expliquait par la peur ressentie en raison des réactions potentiellement violentes de l'intimée lorsqu'il était contrarié* »⁹⁸. Ainsi, il est admis que l'auteur a imposé un rapport sexuel à sa femme avec conscience, malgré sa « seule » opposition verbale.

Les juges reconnaissent également d'autres situations pouvant justifier un simple refus verbal de la part de la victime. En ce sens, différentes décisions en lien avec des cas d'actes sexuels commis dans le milieu familial peuvent être citées.

⁸⁸ TF, arrêt 6B_575/2010 du 16 décembre 2010, c. 1.3.2.

⁸⁹ TF, arrêt 6B_1165/2014 du 28 octobre 2015, c. 1.4.

⁹⁰ TF, arrêt 6B_502/2017 du 16 avril 2018, c. 2.2.

⁹¹ TF, arrêt 6B_575/2010 du 16 décembre 2010, c. 1.3.2 ; MONOD.

⁹² TF, arrêt 6B_287/2011 du 3 novembre 2011, c. 3.2.2.

⁹³ TF, arrêt 6B_311/2011 du 19 juillet 2011, c. 4.4.

⁹⁴ TF, arrêt 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, c. 2.3.2.

⁹⁵ TF, arrêt 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, c. 2.3.2 : les déclarations sont citées dans l'arrêt : « " *Tu sais ce que ça s'appelle ça ? C'est du viol.*" ; " *T'es grave, t'es complètement malade. Tu te rends compte que c'est du viol ?*" ; " *Tu seras fier de m'avoir obligée à faire ça. J'espère que tu seras content.*" ; " *Parce que tu crois que je vais prendre du plaisir comme ça, t'es en train de me forcer à te sucer*" ».

⁹⁶ ATF 122 IV 97, c. 2b) ; TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015, c. 4.2.4.

⁹⁷ SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, p. 71.

⁹⁸ TF, arrêt 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, c. 2.3.2, également dans ce sens : décision n°174 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 17 avril 2019, c. 5.2 ; décision n°73 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 28 avril 2014, 2014/209, c. 3.1.2 ; décision n°20 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 13 janvier 2016, 2016/28, c. 5.2.

Tout d'abord, un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2017, relatif à des actes sexuels non consentis commis sur une fille par son « père d'accueil », démontre bien cette situation⁹⁹. Ce dernier tente notamment de se défendre en faisant valoir que sa conscience faisait défaut puisque la victime n'a marqué à aucun moment son refus, se contentant de restée passive. Au contraire, le Tribunal fédéral retient tout d'abord, que la victime a bien exprimé son refus, en se tenant les bras croisés et en répétant à plusieurs reprises « *non je ne peux pas* ». Il met ensuite l'accent sur l'impossibilité pour la jeune fille d'exprimer son refus d'une autre manière, en raison de la dépendance émotionnelle et physique qu'il avait lui-même induite. Le Tribunal fédéral reconnaît donc que l'auteur avait bien conscience de l'absence de consentement, malgré l'absence de refus physique¹⁰⁰.

Pour le surplus, nous pouvons également invoquer une décision rendue par la Cour d'appel pénale du canton de Vaud, dans laquelle la conscience a été admise compte tenu du climat instauré par l'auteur, soit l'oncle de la victime perçu comme « *le chef de la famille, qui dirigeait tout* »¹⁰¹.

Finalement, la même autorité a retenu, dans une autre affaire, la conscience de l'auteur, également l'oncle de la victime, compte tenu de sa position dominante qui empêchait toute opposition de la part de sa nièce¹⁰².

Ces cas démontrent donc bien l'impossibilité pour certaines victimes de s'opposer physiquement à leur agresseur, compte tenu du climat et de la situation généralement créées par l'auteur. Notre Haute Cour néglige malheureusement un autre élément important dans son examen. En effet, il est aujourd'hui reconnu qu'une grande partie des victimes d'agressions sexuelles se trouvent dans l'impossibilité d'exprimer leur refus, tant physiquement que verbalement¹⁰³.

A ce titre, une étude suédoise établit que 48% des victimes de violences sexuelles se trouvent dans un état de sidération aigu lors d'un viol et 70% dans une forme atténuée¹⁰⁴. L'état de sidération, qui touche presque la moitié des victimes de viol, est une « *réaction usuelle du cerveau face à un événement traumatisant* »¹⁰⁵, tel une agression sexuelle. Lorsqu'elle se trouve dans cet état, l'ensemble des représentations mentales de la personne sont balayées, et elle se trouve dans l'incapacité d'analyser la situation et réagir¹⁰⁶. La victime paralysée, est donc empêchée de crier, de se débattre ou encore de fuir¹⁰⁷. Une agression sexuelle peut également provoquer un état de dissociation traumatique chez la personne concernée¹⁰⁸. Dans cette hypothèse, elle est déconnectée de ses émotions, de ses douleurs et dans l'impossibilité d'y réagir¹⁰⁹.

⁹⁹ TF, arrêt 6B_583/2017 du 20 décembre 2017.

¹⁰⁰ TF, arrêt 6B_583/2017 du 20 décembre 2017, c. 3.5 ; dans le même sens : TF, arrêt 6B_1404/2021 du 8 juin 2022, c. 3.4.

¹⁰¹ Décision n°97 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 5 février 2021, 2021/123, c. 3.4.

¹⁰² Décision n°152 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 6 juillet 2012, 2012/184, c. 3.5.

¹⁰³ SCHNEUWLY, p. 35.

¹⁰⁴ MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM, p. 935 ; PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 9.

¹⁰⁵ PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 9.

¹⁰⁶ SCHNEUWLY, p. 34.

¹⁰⁷ SALMONA, impact psychotraumatique.

¹⁰⁸ SCHNEUWLY, p. 34.

¹⁰⁹ SALMONA, pour en finir.

Ainsi, tant dans un état de sidération que de dissociation traumatique, il est impossible pour la victime de s'opposer et de se défendre contre son agresseur¹¹⁰. En vertu du critère développé par la jurisprudence, ignorant ces réactions, la conscience de l'auteur n'est pas reconnue dans de nombreuses affaires. En effet, lorsqu'une victime, en état de sidération ou de dissociation traumatique, est immobilisée et dans l'impossibilité de manifester son refus verbalement ou physiquement, la conscience de l'auteur n'est pas reconnue¹¹¹. L'auteur peut donc commettre sur elle un acte sexuel non consenti, même sans s'en rendre compte¹¹².

D'ailleurs, la résistance passive semble également être négligée par les tribunaux. Ainsi, bien que le refus paraît perceptible lorsqu'une personne ne réagit pas du tout ou reste immobile lors d'un rapport sexuel, les juges considèrent cette opposition comme insuffisante pour fonder l'intention¹¹³.

En outre, la conscience de l'auteur, qui agit par surprise sans laisser la possibilité et le temps à son partenaire d'exprimer une volonté contraire, n'est pas non plus établie à l'aune du comportement de la victime¹¹⁴. Néanmoins, comme nous l'étudierons ultérieurement, les circonstances de l'acte peuvent également être prises en considération dans ces situations.

Finalement, une autre critique peut être soulevée à l'égard de cet examen. Se basant sur le comportement de la victime, il va avoir une influence considérable sur leurs vécus et leurs expériences. Elles vont s'en vouloir de n'avoir pas suffisamment exprimé de refus et de n'avoir rien fait, ce qui va avoir pour effet d'augmenter leur sentiment de honte ou de culpabilité¹¹⁵. A ce titre, SCHEIDEGGER, LAVOYER et STALDER mentionnent notamment la difficulté pour une personne de lire dans son jugement que « *si elle avait opposé la résistance que l'on pouvait attendre d'elle, il n'y aurait pas eu de rapports sexuels en raison des circonstances concrètes de la nuit en question* »¹¹⁶. Ce critère va ainsi être ressenti comme une inversion des rôles et une culpabilisation des victimes, les rendant responsables de leurs agressions¹¹⁷.

Ainsi, le critère du comportement de la victime n'étant pas suffisant pour établir la conscience de l'auteur dans l'ensemble des situations, il sied de relever d'autres critères.

(ii) Nature, circonstances et durée des rapports

Lorsque les oppositions de la victime ne sont pas suffisantes pour reconnaître la conscience de l'auteur, les circonstances de l'acte reproché sont prises en considération par les juges.

¹¹⁰ SALMONA, comprendre et prendre en charge.

¹¹¹ A titre d'exemple : décision n° 264 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 23 septembre 2015, 2015/427, c. 3.2 : « *D'ailleurs, à supposer même que la thèse de l'état de dissociation avancée par la Dresse P. soit suivie, les infractions sexuelles ne seraient de toute manière pas réalisées, faute de pouvoir retenir la réalisation de l'élément subjectif de celles-ci. En effet, entendu comme témoin lors des débats (...), ce médecin a précisé que l'état de dissociation n'aurait été perceptible que par un autre enfant ou un adolescent connaissant bien la jeune fille. Or, aucun des prévenus ne connaissait bien la plaignante et aucun d'eux ne l'a décrite comme apeurée, hypnotisée ou paralysée lors des faits.* »

¹¹² PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 9.

¹¹³ SCHNEUWLY, p. 35.

¹¹⁴ Décision n°433 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 19 novembre 2018, 2018/446, c. 5.2.

¹¹⁵ COURVOISIER, p. 126.

¹¹⁶ SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, p. 72 [notre traduction].

¹¹⁷ WEMMERS, p. 81.

La connaissance de l’auteur est ainsi principalement établie à l’aune de ce critère lorsque la victime n’a pas suffisamment exprimé son refus, ou encore lorsque, prise par surprise, elle n’a pas été en mesure de s’opposer à l’acte reproché.

Pour ces situations, notre Haute Cour considère ainsi que « *la nature, les circonstances et la durée des rapports* »¹¹⁸ peuvent jouer un rôle. Ce critère peut se diviser en plusieurs catégories.

Premièrement, la conscience de l’auteur peut être établie à l’aune de la nature des rapports sexuels en cause. Selon les juges fédéraux, plus la pratique sexuelle et les circonstances de l’acte semblent particulières, plus les exigences quant à la connaissance de l’absence de consentement sont faibles¹¹⁹. Autrement dit, lors de pratiques sexuelles atypiques, les deux partenaires doivent manifester leur consentement très clairement¹²⁰. A défaut, il est généralement admis que l’auteur avait conscience du refus.

Certains arrêts rendus par notre Haute Cour illustrent bien la prise en compte de ce critère. Dans un premier arrêt rendu en mai 2015¹²¹, dans lequel une jeune fille de 14 ans a des relations sexuelles (pénétrations vaginales et anales) avec plusieurs hommes, le Tribunal fédéral a retenu qu’il était peu probable que l’absence de consentement ait échappé aux auteurs, compte tenu de la nature des relations sexuelles et l’âge de la victime¹²². Quelques mois plus tard, le Tribunal fédéral, établit à nouveau la conscience des auteurs en se basant sur la nature particulière de la pratique sexuelle, soit des actes sexuels avec pénétration orale et anale par plusieurs hommes en même temps sur une jeune fille de 17 ans¹²³. Finalement, dans un arrêt de 2016¹²⁴, les juges fédéraux reconnaissent la conscience de l’auteur compte tenu des circonstances et de la nature des rapports, soit le fait qu’il s’agissait d’actes sexuels sur un parking d’entreprise abandonné, durant la nuit, en présence ou avec la participation de quatre hommes inconnus de la victime, alors âgée de 17 ans.

Il est toutefois important de relever, que dans les trois arrêts susmentionnés, la résistance verbale de la victime d’une part et les autres circonstances de l’agression, tel l’âge de la victime d’autre part, ont été pris en compte par les juges fédéraux. Ainsi, nous ne pouvons pas dire avec certitude que la nature des rapports soit suffisante pour établir la conscience de l’auteur.

Cette prise en compte de la nature des rapports sexuels a également une influence dans les cas d’infractions sexuelles commises dans les couples. En effet, comme déjà exposé, la conscience du refus est moins facilement reconnue dans ces cas, compte tenu d’un éventuel consentement présumé. Toutefois, en présence de pratiques sexuelles particulières, cette vision semble nuancée. En effet, notre Haute Cour a retenu dans un arrêt rendu en 2022¹²⁵, qu’on ne pouvait déduire des accords donnés aux rapports sexuels « atypiques » comme un « *assentiment général et illimité pour le futur et en d’autres circonstances* »¹²⁶.

¹¹⁸ TF, arrêt 6B_589/2021 du 8 juin 2022, c. 2.1 ; TF, arrêt 6B_395/2021 du 11 mars 2022, c. 3.2.3 ; TF, arrêt 6B_968/2016 du 25 septembre 2017, c. 2.1.2.

¹¹⁹ TF, arrêt 6B_1149/2014 du 16 juillet 2015, c. 5.11 ; TPF, arrêt de la Cour des affaires pénales 2017.4 du 9 mai 2017, c. 4.1.1.2.

¹²⁰ Décision n°396 de la Cour d’appel pénale du Tribunal cantonal VD du 10 novembre 2021, 2022/23, c. 6.2.2.

¹²¹ TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015.

¹²² TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015, c. 4.2.

¹²³ TF, arrêt 6B_1149/2014 du 16 juillet 2015, c. 6.7.

¹²⁴ TF, arrêt 6B_95/2015 du 25 janvier 2016, c. 4.4.

¹²⁵ TF, arrêt 6B_802/2021 du 10 février 2022.

¹²⁶ TF, arrêt 6B_802/2021 du 10 février 2022, c. 1.4.2.

Il est ainsi intéressant de relever la distinction opérée par les juges fédéraux dans les circonstances d'actes sexuels « atypiques », reconnaissant plus facilement la conscience du partenaire.

Deuxièmement, les juges peuvent reconnaître la conscience de l'auteur à l'aide des circonstances entourant l'acte sexuel litigieux.

Les juges fédéraux l'ont, par exemple, retenu à deux reprises, en raison de la présence d'enfants de la victime au moment du rapport sexuel. Dans le premier cas, l'enfant se trouvait en pleurs à côté de la femme¹²⁷, alors que dans le deuxième, un enfant de la victime était entré dans la chambre au moment des faits, alors qu'il était clairement admis que la femme ne souhaitait pas de relation sexuelle lorsque ses enfants étaient présents¹²⁸. Le Tribunal a ainsi reconnu dans ces deux situations qu'il était reconnaissable pour l'auteur que sa partenaire ne souhaitait entretenir de relations dans de telles circonstances.

Nous pouvons également mentionner un cas exposé par le conseiller aux Etats et avocat, Carlo Sommaruga, au cours de la session parlementaire relative à la modification du droit pénal sexuel¹²⁹ : un photographe sélectionnait tout d'abord ses victimes sur les réseaux sociaux, leur proposait ensuite des shootings photos, durant lesquels il les amenait à prendre des positions sensuelles et de plus en plus dénudées, avant de leur imposer des actes sexuels. Dans ce cas, bien que les victimes n'aient fait part d'aucun signe d'opposition, les juges ont retenu la conscience de l'auteur compte tenu des circonstances de l'acte et en particulier de son stratagème.

Troisièmement, les circonstances précédant l'acte sexuel peuvent également avoir de l'importance. Ainsi, le fait pour une jeune femme de mener la conversation avec son ex-compagnon depuis le balcon tout en le laissant dans la rue, suffit pour reconnaître non seulement son absence de consentement, mais également la conscience de l'auteur. En effet, ce dernier, revenant quelques heures plus tard, savait sans aucun doute qu'elle ne souhaitait avoir un rapport sexuel avec lui¹³⁰.

Les actes perpétrés par l'auteur avant l'acte sexuel peuvent aussi être déterminant. En effet, l'auteur qui, attache les mains et les pieds de sa compagne, lui met une lame de couteau près de l'œil et la traîne jusqu'à la salle de bain pour l'asperger d'eau froide, a évidemment conscience de son refus¹³¹.

Il est toutefois important d'opérer une distinction entre les circonstances antérieures et le comportement antérieur de la victime. S'il est admis que les circonstances antérieures permettent d'établir la conscience, il est au contraire reconnu par la doctrine, que le comportement antérieur de la victime, tel un consentement préalable ou l'échange de caresses, ne doit en aucun cas fonder la conscience du consentement à l'acte reproché¹³².

¹²⁷ TF, arrêt 6B_129/2013 du 14 janvier 2014, c. 2.1.

¹²⁸ TF, arrêt 6B_538/2012 du 18 février 2013, c. 2.4.

¹²⁹ BO CE 2022, 393 (Sommaruga)

¹³⁰ TF, arrêt 6B_36/2011 du 18 octobre 2011, c. 1.2.

¹³¹ Décision n°185 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 10 juin 2020, 2020/216, c. 4.4.

¹³² SUTER, p. 8.

A cet égard, le Tribunal fédéral retient également que le fait d’embrasser son partenaire ne vaut aucunement consentement pour des rapports sexuels¹³³. Nous pouvons, ainsi, relever que sur ce point, notre Haute Cour ne semble pas adhérer à la culture du viol.

Certes, l’art. 48 al. 2 let. b CP prévoit une atténuation de la peine lorsque « *l’auteur a été induit en tentation grave par la conduite de la victime* ». Le comportement de la victime peut donc, dans certaines situations, constituer une circonstance atténuante de la peine de l’auteur. Néanmoins, la jurisprudence la retient, en présence d’infractions sexuelles, uniquement lorsque la conduite de la victime est « *si provocante que même un homme conscient de ses responsabilités aurait eu de la peine à y résister* »¹³⁴. Autrement dit, cette disposition n’est pas applicable si la victime a précédemment flirté avec un partenaire et l’a ensuite accompagné sur le lieu des relations sexuelles, son refus exprimé verbalement doit primer¹³⁵. Ainsi, bien que le comportement de la victime puisse, en théorie, être invoqué comme circonstance atténuante de la peine, cette atténuation n’est rarement admise en pratique.

En outre, l’attitude de la victime postérieurement au rapport sexuel ne permet d’établir ni l’accord ou le refus de la victime, ni la conscience de l’auteur¹³⁶. Le Tribunal fédéral l’a notamment exprimé dans un arrêt déjà mentionné, rendu en mai 2015¹³⁷. A la suite des actes sexuels, la fille de 14 ans a notamment fumé une cigarette avec les auteurs présumés de son agression, avant de se rendre à son foyer avec ces derniers et embrasser l’un d’eux au moment de partir. Le Tribunal cantonal fribourgeois a considéré que cette attitude démontrait son accord à l’acte sexuel, ou à tout le moins l’absence de refus. En conséquence, la conscience des auteurs ne pouvait être admise. Les juges fédéraux ont au contraire reconnu que l’attitude de la victime ne suffisait pas à exclure leur conscience, puisque son comportement découlait entre autres de son souhait de donner l’impression que tout allait bien¹³⁸.

Ainsi, la conscience de l’auteur ne peut être déduite du comportement postérieur de la victime, qui ne se trouve généralement pas dans un état rationnel, en raison de sentiments de honte ou de culpabilité¹³⁹.

De plus, puisque l’intention de l’auteur doit être réunie au moment où il agit¹⁴⁰, sa conscience ne peut qu’être établie à l’aune des circonstances présentes lors de la commission de l’infraction.

Il ressort, ainsi qu’en l’absence de refus gestuels et verbaux clairs de la part de la victime, d’autres critères permettent de définir la conscience de l’auteur. Toutefois, ils visent particulièrement les rapports considérés comme « atypiques » par les autorités, et dans lesquels l’auteur ne pouvait ignorer l’absence de consentement de la victime. Les juges vont, en d’autres termes, déduire la conscience de l’auteur de la particularité des actes sexuels ou du déroulement de ces derniers. Autrement dit, lorsque le déroulement des événements paraît choquant, les autorités considèrent que l’auteur ne pouvait qu’avoir conscience de l’absence de consentement de sa partenaire.

¹³³ TF, arrêt 6B_1014/2017 du 8 mars 2018, c. 1.2.

¹³⁴ TF, arrêt 6B_474/2022 du 9 novembre 2022, c. 2.2.

¹³⁵ CR CPI - PELLET, art. 48a N 28.

¹³⁶ TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015, c. 3.5.2.

¹³⁷ TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015.

¹³⁸ TF, arrêt 6B_774/2014 du 22 mai 2015, c. 3.5.2.

¹³⁹ TF, arrêt 6B_1149/2014 du 16 juillet 2015, c. 5.9.2.

¹⁴⁰ HURTADO POZO, partie générale, p. 189.

En outre, bien que notre Haute Cour mentionne expressément « *la durée des rapports sexuels* » comme critère déterminant¹⁴¹, aucune décision ne semble prendre en compte cet élément.

Il est finalement intéressant de relever l'influence de la culture du viol dans cet examen. En effet, en vertu de ces critères, plus la nature et les circonstances de l'agression se rapprochent des représentations sociales du « vrai viol », plus la conscience de l'auteur sera facilement reconnue.

(iii) Caractéristiques de l'auteur

La personne de l'auteur, son âge, son état au moment des faits ou encore son niveau d'éducation sont parfois invoqués lors de l'établissement de sa conscience.

Toutefois, bien que certains prévenus tentent de faire valoir des capacités réduites ou une éducation limitée qui les empêcheraient d'apprécier correctement le refus de la victime, les juges fédéraux considèrent que des pleurs ou des refus lors de rapports sexuels peuvent être facilement appréhendés¹⁴². En outre, un handicap léger, qui se traduirait par une difficulté à percevoir les codes sociaux, n'a pas non plus pour effet d'empêcher la compréhension des termes « *non* », « *arrête* », ainsi que les gestes tendant à le repousser¹⁴³.

A l'opposé, les tribunaux prennent parfois en considération la personne du prévenu, principalement lorsqu'il présente un certain âge et en conséquent une certaine maturité lui permettant d'apprécier facilement la situation. Notre Haute Cour retient ainsi dans certains cas que, compte tenu de l'âge de l'auteur et son expérience de la vie, il ne pouvait ignorer l'absence de consentement de la victime¹⁴⁴. Les juges fédéraux ont notamment relevé qu'une différence de 31 ans entre la victime et son auteur constitue un indice important afin d'établir la conscience de ce dernier¹⁴⁵.

Finalement, il ressort de l'analyse de la jurisprudence que la conscience de l'auteur n'est jamais déduite de sa manière d'agir. Néanmoins, comme nous l'étudierons plus en détail dans ce qui suit, cet élément va avoir une influence pour l'établissement de sa volonté.

b) Usage d'un moyen de contrainte

Lorsque les autorités parviennent à la conclusion que l'auteur avait conscience du refus de la victime à l'acte sexuel, elles doivent ensuite établir qu'il avait conscience qu'elle s'y soumettait en raison du moyen de contrainte. L'auteur doit ainsi se rendre compte qu'il utilise un moyen ayant pour effet de contraindre la victime à subir un acte d'ordre sexuel¹⁴⁶. Bien que cette question pose moins de difficultés en pratique et fait l'objet de peu de jurisprudence, il sied d'exposer les raisonnements des juges afin de l'établir.

Tout d'abord, les autorités reconnaissent généralement qu'une fois la conscience du refus de la victime établie, l'auteur ne peut qu'être conscient ou au moins accepter d'user un moyen de contrainte.

¹⁴¹ V. les références citées sous note 125.

¹⁴² TF, arrêt 6B_575/2010 du 16 décembre 2010, c. 1.3.2.

¹⁴³ TF, arrêt 6B_995/2020 du 5 mai 2021, c. 2.3 ; TF, arrêt 6B_1057/2021 du 10 février 2022, c. 2.3.2.

¹⁴⁴ TF, arrêt 6B_1404/2021 du 8 juin 2022.

¹⁴⁵ TF, arrêt 6B_583/2017 du 20 décembre 2017, c. 3.5.

¹⁴⁶ TF, arrêt 6B_36/2011 du 18 octobre 2011, c. 1.2.

A contrario, lorsqu'il est préalablement établi que l'auteur n'avait pas connaissance de l'absence de consentement, ils retiennent qu'il n'avait pas non plus conscience de la contraindre¹⁴⁷. Ils considèrent ainsi, à juste titre, qu'un auteur ne peut avoir conscience de forcer son partenaire, s'il ne réalise pas son absence de consentement.

Il ressort également de la jurisprudence, qu'une fois l'usage d'un moyen de contrainte prouvée, sa conscience l'est également¹⁴⁸. Dans ce sens, les autorités parviennent rarement à la conclusion que l'auteur use d'un moyen de contrainte, sans s'en rendre compte. L'examen peut, toutefois, s'avérer malaisé lorsqu'aucun moyen expressément mentionné dans la loi ou reconnu par la jurisprudence n'est utilisé. Néanmoins, dans ce cas, la question est généralement prouvée et établie lors de l'étude des éléments constitutifs objectifs.

Ainsi, si les juges arrivent à la conclusion qu'aucune contrainte n'a été utilisée, l'intention de l'auteur ne sera pas examinée, l'infraction n'étant de toute manière pas réalisée.

De plus, lorsque les faits établissent clairement que l'auteur a usé d'un stratagème afin d'obtenir l'acte reproché, il est indéniable qu'il a consciemment contraint sa victime¹⁴⁹. La conscience est donc reconnue, sans davantage de difficultés, lorsqu'il a obtenu l'acte litigieux à l'aide d'une ruse ou d'un comportement particulièrement réfléchi.

Les tribunaux déterminent également la conscience de l'auteur sur la base de l'intensité des actes imposés. Ainsi, ils retiennent qu'une personne, qui use de violences et/ou instaure un climat de terreur, considère comme sérieusement possible d'user de moyens pour contraindre sa partenaire¹⁵⁰. Dans un arrêt confirmant l'avis du Tribunal cantonal genevois¹⁵¹, le Tribunal fédéral a notamment reconnu que l'auteur ne pouvait « *qu'être conscient que tant le climat de violence que de peur dans lequel il avait placé la partie plaignante, que la force physique employée à son encontre, la contraignaient à subir l'acte sexuel* »¹⁵².

Finalement, un déséquilibre marquant entre la personne de l'auteur et la victime peut être déterminant pour définir la conscience de l'auteur. Les juges parviennent généralement à la conclusion que l'auteur ne pouvait qu'avoir conscience de contraindre son partenaire, lorsque cette dernière se trouvait dans une situation de vulnérabilité, en raison de leur différence d'âge ou de force¹⁵³. Une différence sociale ou psychologique peut également être prise en considération¹⁵⁴.

A l'aune de ce bref exposé, nous pouvons constater que les éléments pris en compte par les autorités pénales lors de cet examen sont majoritairement identiques aux critères appliqués lors de la détermination de la conscience du refus de la victime.

¹⁴⁷ TF, arrêt 6B_267/2016 du 15 février 2017, c. 5.3.

¹⁴⁸ TF, arrêt 6B_129/2013 du 14 janvier 2014, c. 2.2.

¹⁴⁹ TF, arrêt 6B_1057/2021 du 10 février 2022, c. 2.3.2.

¹⁵⁰ Décision n°32 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 8 février 2018, 2018/54, c. 3.4.

¹⁵¹ Arrêt de la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice GE du 25 mai 2021, AARP/138/2021.

¹⁵² TF, arrêt 6B_802/2021 du 10 février 2022, c. 4.2.2.

¹⁵³ TF, arrêt 6B_367/2021 du 14 décembre 2021, c. 2.5 ; TF, arrêt 6B_583/2017 du 20 décembre 2017, c. 3.5 ;

TF, arrêt 6B_1165/2014 du 28 octobre 2015, c. 1.4.

¹⁵⁴ FF 2022 687, p. 30.

c) Synthèse

L'étude de la jurisprudence topique permet de constater le positionnement du Tribunal fédéral et les différents critères utilisées par ce dernier afin d'établir la conscience d'un auteur présumé d'infraction sexuelle. Elle nous permet tout d'abord de relever que les juges examinent principalement la question de la conscience de l'absence de consentement de la victime, puisque la conscience d'user un moyen de contrainte en est généralement déduite.

De plus, malgré les nombreux arrêts rendus en la matière, les critères appliqués pour l'établissement de la conscience par les autorités pénales demeurent en partie flous. Bien qu'il soit indéniablement admis que le comportement de la victime, soit la présence de refus verbaux et gestuels, est déterminant, la position du Tribunal fédéral est moins évidente en leur absence.

D'une part, la jurisprudence ne définit pas clairement les situations dans lesquelles une victime se trouve dans l'impossibilité d'exprimer son opposition physique. Il appartient donc aux autorités d'étudier chaque situation afin d'établir si une simple opposition verbale suffit.

D'autre part, l'ensemble des circonstances entourant l'acte étant peuvent être en considération par les autorités pénales, mais il est important de noter que la présence d'un seul élément n'est généralement pas suffisante. Seuls les critères mis en commun permettent de définir la conscience de l'auteur. Cet élément ne faisant pas non plus l'objet d'une jurisprudence précise, il appartient aux autorités de déterminer pour chaque cas d'espèce.

En résumé, les oppositions de la victime, les circonstances de l'acte ainsi que la personne de l'auteur appréciés en commun permettent aux autorités d'établir la conscience de l'auteur.

Finalement, compte tenu du dol éventuel, que nous étudierons par la suite, il peut arriver que les autorités reconnaissent, même en l'absence de refus clair de la victime, que l'auteur ait accepté de contraindre la victime. Ainsi, l'intention de l'auteur peut être reconnue, même en l'absence d'une conscience clairement établie.

C. Établissement de la volonté

1. Généralités

Lorsque la conscience de l'auteur est définie, les autorités pénales doivent également établir sa volonté. En effet, l'intention ne peut être retenue uniquement si, en plus d'avoir conscience de commettre un acte illicite, l'auteur a la volonté d'agir conformément à la description de l'énoncé de fait légal¹⁵⁵. Autrement dit, en plus de savoir ce qu'il fait, il doit souhaiter le faire¹⁵⁶.

La volonté est établie lorsque l'auteur, disposant d'une certaine marge de manœuvre, choisit de commettre un acte pénalement répréhensible¹⁵⁷. Puisqu'il doit être libre au moment d'agir, la décision de commettre l'infraction doit résulter de sa volonté libre et éclairée¹⁵⁸. Ainsi, l'auteur qui se trouve, au moment des faits, en état de contrainte absolue et obligé de violer la loi¹⁵⁹, n'est pas punissable.

¹⁵⁵ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 47.

¹⁵⁶ KUHN/MOREILLON/VIREDAZ/BICHOVSKY, p. 57.

¹⁵⁷ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 47, CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 48.

¹⁵⁸ HURTADO POZO, partie générale, p. 191.

¹⁵⁹ GRAVEN, p.194.

La volonté doit subsister au moment où l'auteur agit. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il se réjouisse de commettre une infraction, qu'il en souhaite la réalisation ou encore qu'il prévoie expressément les conséquences¹⁶⁰. Une indifférence pour le bien juridiquement protégé est suffisante¹⁶¹.

Pour les infractions de contrainte sexuelle et de viol, la volonté doit, tout comme la conscience, porter sur l'ensemble des éléments constitutifs objectifs. Ainsi, pour que la volonté soit reconnue, l'auteur doit vouloir ou accepter d'exercer ou exploiter un moyen de contrainte sur la victime et qu'elle se soumette à l'acte sexuel sous l'effet de cette contrainte.

En pratique, la volonté de contraindre l'intimée pour lui faire subir un acte sexuel est généralement suffisante¹⁶². Il est donc suffisant que l'auteur adopte un comportement qui démontre une certaine indifférence pour la liberté sexuelle de son partenaire.

2. Degrés d'intention

Afin de mieux comprendre le contenu de la volonté, il convient de distinguer trois degrés d'intention : le dol direct du premier degré, le dol direct du second degré et le dol éventuel.

En premier lieu, on parle de dol direct du premier degré (ou dessein) lorsque l'auteur cherche précisément à produire certaines conséquences¹⁶³. Il agit donc par dessein lorsqu'il souhaite la réalisation de l'infraction en tant que but de son action ou lorsque la réalisation de l'infraction lui apparaît comme une condition nécessaire pour atteindre son but¹⁶⁴. L'infraction constitue donc soit le but, soit le moyen pour atteindre un but. Dans le cas d'un viol ou d'une contrainte sexuelle, on retient notamment que l'auteur agit par dessein lorsqu'il recherche clairement l'acte sexuel¹⁶⁵.

En deuxième lieu, l'auteur réalise l'infraction par dol direct du second degré lorsqu'il ne recherche pas véritablement à commettre l'infraction, mais l'accepte comme corollaire inévitable du but recherché¹⁶⁶. Cette forme d'intention se distingue du dessein par le degré de volonté de l'auteur, qui ne souhaite pas la réalisation de l'infraction mais la considère uniquement comme une conséquence secondaire, tout en étant indifférent à son égard¹⁶⁷.

Le dol direct du second degré n'est toutefois jamais reconnu en matière de viol ou de contrainte sexuelle. En outre, la distinction entre les deux catégories d'intention susmentionnées ne déploie d'importance ni en termes de punissabilité, ni en termes de peines¹⁶⁸. Partant, le dol direct du deuxième degré ne sera pas davantage examiné dans le cadre de ce travail.

En troisième lieu, le dol éventuel, expressément prévu à l'art. 12 al. 2 CP, est reconnu lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable qu'il ne souhaite pas, mais s'en accommode au cas où il se produirait¹⁶⁹.

¹⁶⁰ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, p. 47 ; CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 53.

¹⁶¹ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 53.

¹⁶² TF, arrêt 6B_1498/2020 du 29 novembre 2021, c. 3.5.

¹⁶³ KUHN/MOREILLON/VIREDAZ/BICHOVSKY, p. 58.

¹⁶⁴ BSK StGB II - NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 44.

¹⁶⁵ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 57.

¹⁶⁶ KUHN/MOREILLON/VIREDAZ/BICHOVSKY, p. 58;

¹⁶⁷ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 60 ; HURTADO POZO, partie générale, p. 193.

¹⁶⁸ BSK StGB II - NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 150.

¹⁶⁹ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 60.

Ainsi, l'auteur sait que la commission de l'infraction peut être liée à l'acte qu'il exécute volontairement, alors même qu'il ne le cherche pas¹⁷⁰. En outre, il n'est pas nécessaire qu'il approuve l'infraction, il suffit qu'il en soit indifférent¹⁷¹.

Certes, la distinction entre le dol direct et le dol éventuel influence uniquement la détermination de la culpabilité et la fixation de la peine. Mais, une distinction importante doit être faite avec la négligence consciente, puisque celui qui commet une infraction intentionnelle, par négligence, n'est pas punissable¹⁷².

Malgré son importance, cette distinction peut s'avérer malaisée puisque tant dans le cas de la négligence consciente que du dol éventuel, l'auteur a conscience de la possibilité ou du risque que l'infraction se réalise¹⁷³. Seul l'aspect volitif diffère. Dès lors, celui qui agit par dol éventuel « *accepte le résultat dommageable pour le cas où il se produirait* »¹⁷⁴ alors que l'auteur qui agit par négligence consciente « *escompte que le résultat dont il envisage l'avènement comme possible ne se produira pas* »¹⁷⁵. Autrement dit, l'auteur qui envisage la commission de l'infraction, mais en espérant qu'il ne se produira pas, agit par négligence et n'est pas punissable.

En matière d'infractions sexuelles, le dol éventuel est suffisant tant pour la contrainte sexuelle que pour le viol. Cela a été reconnu pour la première fois dans un arrêt topique du Tribunal fédéral en 1961¹⁷⁶. Dans l'arrêt en question, la victime a, d'une part, repoussé l'homme lorsqu'il l'embrassait, et, d'autre part, essayé de se dégager et entraver ses efforts. Elle n'a toutefois ni crié, ni pleurer. L'auteur se défend en faisant valoir que deux solutions peuvent se présenter dans une telle situation : soit la femme manifeste clairement son refus et il agit avec volonté, soit le refus n'apparaît pas, auquel cas il ne peut pas avoir la volonté d'exercer la contrainte. Les juges fédéraux n'ont toutefois pas retenu ses arguments, et ont au contraire renvoyé la cause à l'autorité cantonale afin de déterminer si l'auteur a agi par dol éventuel¹⁷⁷.

Le dol éventuel est donc retenu pour ces infractions, lorsque l'auteur tient pour possible l'absence de consentement de la victime et s'accommode du fait de la contraindre par la violence¹⁷⁸. Il prend ainsi le risque de réaliser l'infraction, même si la victime n'a uniquement exprimé sa volonté contraire verbalement ou qu'elle n'a donné aucune raison de penser à l'auteur qu'elle n'était pas consentante¹⁷⁹. *A contrario*, si l'auteur ne perçoit pas du tout la résistance de la victime ou ne la prend pas au sérieux, le dol éventuel ne peut pas être retenu¹⁸⁰, et l'auteur sera acquitté, faute de variante punissable par négligence.

¹⁷⁰ TF, arrêt 6B_75/2015 du 2 mai 2015, c. 5,1; ATF 130 IV 58, c. 8.2, JdT 2004 I 486 (trad.).

¹⁷¹ BSK StGB II - NIGGLI/MAEDER, art. 12 N 55a.

¹⁷² ATF 119 IV 1, c. 5.

¹⁷³ CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art. 12 N 71.

¹⁷⁴ ATF 125 IV 242, c. 3c), JdT 2002 IV 38 (trad.) ; ATF 119 IV 1, c. 5a ; TF, arrêt 6B_140/2007 du 30 juillet 2007, c. 6.1.

¹⁷⁵ ATF 125 IV 242, c. 3c), JdT 2002 IV 38 (trad.) ; ATF 119 IV 1, c. 5a ; TF, arrêt 6B_140/2007 du 30 juillet 2007, c. 6.1.

¹⁷⁶ ATF 87 IV 66.

¹⁷⁷ ATF 87 IV 66, c. 3.

¹⁷⁸ MAIER, p. 332.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ MUGGLI, p. 6.

3. Casuistique

En pratique, en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, établir la volonté de l'auteur pose moins de difficultés que la conscience. En outre, lorsque cette dernière ne peut être établie, les autorités n'examinent généralement pas la question de la volonté, puisque l'auteur n'a de toute manière pas agi intentionnellement. Toutefois, dans des situations ambiguës ou peu claires où la conscience ne peut être clairement établie, il arrive que les juges examinent l'intention sous l'angle du dol éventuel.

Ainsi, tout comme la conscience, à défaut d'aveux¹⁸¹, la volonté de l'auteur est examinée à l'aune des circonstances extérieures. En ce sens, différents éléments peuvent jouer un rôle.

Les critères appliqués par les autorités pouvant différer entre le dol direct de premier degré et le dol éventuel, il sied de les distinguer. Le dol direct du second degré ne sera néanmoins, comme mentionné ci-dessus, pas examiné.

A titre liminaire, il sied également de relever qu'une grande partie de la jurisprudence citée est cantonale puisque, pour cette question, la jurisprudence fédérale se limite généralement à reprendre les principes ou en confirmer le contenu.

a) Dol direct du premier degré (ou dessein)

Nous pouvons tout d'abord rappeler qu'agit par dol direct du premier degré, l'auteur qui souhaite directement contraindre la victime à un acte d'ordre sexuel et passer outre son refus¹⁸². Cette volonté peut principalement être déterminée sur la base du comportement de l'auteur, qui néglige complètement le refus de la victime et sa personne.

A ce titre, il est indéniable qu'un auteur agit par dessein lorsqu'il réalise l'acte réprimé sans considération pour son partenaire, en agissant par exemple « *sans égard pour le refus de [la victime]* »¹⁸³, en « *ignorant clairement son refus* »¹⁸⁴ ou en n'accordant « *aucune importance* » au consentement, aux larmes et à la douleur de la victime¹⁸⁵. En outre, celui qui répond immédiatement « *ta gueule* » à une personne qui commence à pleurer au début du rapport sexuel, souhaite clairement le contraindre et passer outre son refus¹⁸⁶.

Agit également par dessein, l'auteur qui use de violences physiques afin d'obtenir les actes sexuels en cause. En effet, en présence de traces de violences d'une certaine intensité, aucun doute ne subsiste quant à sa volonté¹⁸⁷. De surcroît, l'auteur qui « *tire la victime et lui saisit la tête* » afin d'obtenir une fellation de sa part agit sans aucun doute par dol direct du premier degré¹⁸⁸.

¹⁸¹ Pour un exemple dans lequel l'auteur avoue sa volonté d'entretenir des relations sexuelles non consenties : TF, arrêt 6B_1165/2014 du 28 octobre 2015, c. 1.4.

¹⁸² CR CP I - VILLARD/CORBOZ, art.12 N 57.

¹⁸³ Arrêt de la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice GE du 25 mai 2021, AARP/138/2021 confirmé à TF, arrêt 6B_802/2021 du 10 février 2022, c. 4.2.1.

¹⁸⁴ Décision n°33 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 7 mars 2012, 2012/83, c. 4.2.

¹⁸⁵ TPF, arrêt de la Cour des affaires pénales 2017.4 du 9 mai 2017, c. 4.1.1.2.

¹⁸⁶ ATF 119 IV 309, c. 7b).

¹⁸⁷ TF, arrêt 6B_1498/2020 du 29 novembre 2021, c. 3.5 ; décision n°450 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 14 avril 2021, 2020/494, c. 4.3

¹⁸⁸ Arrêt de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal FR du 6 mai 2021, 501/2019/170, c. 4.2, confirmé à TF, arrêt 6B_757/2021 du 14 juillet 2022, dans le même sens : décision n°12 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 24 avril 2020, 2020/77, c. 2.2.3.

A contrario, l'intention n'est généralement pas retenue, faute de volonté de l'auteur, lorsque ce dernier n'utilise d'aucune force physique pour obtenir les actes d'ordres sexuels en cause et qu'aucun autre indice ne permet d'établir son souhait de contraindre son partenaire¹⁸⁹.

Finalement, dans certaines circonstances, la volonté ressort clairement de la situation et du déroulement des faits. Un arrêt rendu en 2011 par le Tribunal fédéral démontre bien cette hypothèse¹⁹⁰.

Les juges fédéraux ont, en l'espèce, considéré comme évident que l'auteur souhaitait imposer des actes sexuels à son ex-compagne compte tenu du climat de terreur qu'il avait intentionnellement instauré, en s'introduisant par effraction chez elle après avoir enlevé les fusibles. Aucun doute ne pouvait en outre demeurer quant à sa volonté puisque la pénétration par l'auteur avait commencé alors que la victime était encore endormie¹⁹¹. Ainsi, l'auteur qui contraint sa victime en usant de la surprise, agit généralement par dol direct du premier degré.

Il ressort ainsi de la jurisprudence que le dol direct du premier degré est admis, sans trop de difficultés, lorsque l'auteur agit sans considération pour la personne de la victime, en usant de violences ou en ignorant clairement ses refus. En ce sens, cette question ne fait l'objet de peu de discussions.

b) Dol éventuel

Le dol éventuel pose, en pratique, davantage de difficultés, notamment pour son établissement et pour sa distinction avec la négligence consciente. Pour rappel, les juges le retiennent lorsque l'auteur accepte de contraindre la victime et d'agir contre sa volonté¹⁹². Afin de déterminer s'il agit par dol éventuel, il convient donc d'examiner si, en plus d'avoir conscience de la possibilité que la victime ne souhaitait pas la relation sexuelle, il en avait également accepté l'éventualité.

En vertu du principe *in dubio pro reo*¹⁹³, les tribunaux admettent généralement que l'auteur agit par dol éventuel lorsque le dol direct de premier degré ne peut être clairement établi.

Ainsi, lorsque l'auteur, pas en mesure d'identifier clairement l'accord ou le refus de sa partenaire, lui impose des actes sexuels, il agit par dol éventuel. En agissant de la sorte, il s'accommode de la contraindre¹⁹⁴.

Le dol éventuel peut donc être établi sur la base des critères développés par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, soit « *la probabilité (connue de l'auteur) de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence* »¹⁹⁵. Les juges fédéraux considèrent que, plus ces dernières sont élevées, plus il est probable que l'auteur ait accepté la réalisation du résultat dommageable¹⁹⁶. De plus, les mobiles de l'auteur et la façon dont il agit peuvent également constituer des éléments révélateurs de la volonté de l'auteur¹⁹⁷.

¹⁸⁹ Décision n°337 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 15 septembre 2020, 2020/439, c. 3.3.

¹⁹⁰ TF, arrêt 6B_36/2011 du 18 octobre 2011.

¹⁹¹ TF, arrêt 6B_36/2011 du 18 octobre 2011, c. 1.2.

¹⁹² TF, arrêt 6B_502/2017 du 16 avril 2018, c. 2.2 ; ATF 113 IV 309, c. 7b) ; ATF 87 IV 66, c. 3.

¹⁹³ V. la référence citée sous note 32.

¹⁹⁴ TF, arrêt 6B_995/2020 du 5 mai 2021, c. 2.2.

¹⁹⁵ TF, arrêt 6B_140/2007 du 30 juillet 2007, c. 6.1 ; ATF 119 IV 1, c. 5a).

¹⁹⁶ TF, arrêt 6B_140/2007 du 30 juillet 2007, c. 6.1 ; ATF 119 IV 1, c. 5a).

¹⁹⁷ TF, arrêt 6B_140/2007 du 30 juillet 2007, c. 6.1 ; ATF 125 IV 242, c. 3c), JdT 2002 IV 38 (trad.).

Puisque cette jurisprudence est applicable pour l'ensemble des infractions pénales, ces éléments sont également pris en considération en matière d'infractions sexuelles.

En outre, dans l'arrêt déjà mentionné, publié en 1961, le Tribunal fédéral formule deux questions auxquelles l'autorité cantonale doit répondre afin de déterminer si l'auteur a agi par dol éventuel. Elles s'articulent comme suit¹⁹⁸ :

- *L'auteur a-t-il tenu sérieusement pour possible au moment de l'acte que la victime voulait se refuser à lui ?*
- *L'auteur a-t-il consenti à contraindre la victime, au besoin à l'aide de la violence ?*

En cas de réponse affirmative à ces deux questions, le dol éventuel est établi et l'auteur punissable. Bien qu'aujourd'hui les juges ne reprennent pas directement ces questions dans leur examen, elles permettent de mieux appréhender cette problématique.

Afin d'illustrer ces différents éléments, nous pouvons mentionner un arrêt rendu en 2017 par notre Haute Cour¹⁹⁹. Les juges fédéraux ont dans ce cas déduit des circonstances et de la nature des rapports, que l'auteur avait accepté l'éventualité d'employer un moyen de contrainte et de forcer la victime, alors même qu'il n'avait pas entendu son refus²⁰⁰. Le Tribunal fédéral prend notamment en considération dans son examen, que l'auteur a rassuré la victime après qu'elle lui ait fait part de ses craintes en lien avec des rumeurs d'abus sexuels, qu'il était conscient de l'état de la fille provoquée par sa consommation excessive d'alcool et qu'il avait remarqué qu'elle appréciait son ami, également présent. Compte tenu de ces circonstances et du fait que l'acte sexuel avait eu lieu sous le regard de son ami, après que ce dernier ait également abusé de la fille, les juges fédéraux ont clairement retenu le dol éventuel. Dans le même arrêt, les juges fédéraux admettent également le dol éventuel pour l'ami de l'auteur qui a agi dans les mêmes circonstances. Ils ont en outre relevé qu'il n'y avait eu ni préliminaires ou propos amoureux, ni d'accord et que l'auteur n'avait pas laissé la possibilité à la victime de réaliser ce qui allait se passer²⁰¹. Cette jurisprudence démontre bien que lorsque ni la situation, ni le consentement de la victime ne sont clairs pour l'auteur, ce dernier est tenu de s'assurer de l'accord de son partenaire, afin de ne pas agir par dol éventuel.

Nous pouvons également relever une jurisprudence de la Cour d'appel pénale du canton de Vaud qui retient qu'un auteur, convaincu d'avoir persuadé sa victime à force d'insistance d'avoir un rapport sexuel, n'agit pas par dol éventuel²⁰². Bien qu'ils aient admis que le comportement de la victime était « *peu affirmé et ambigu* »²⁰³, les juges cantonaux ont retenu que l'auteur, qui ne s'était pas rendu compte de l'impossibilité de résister de sa victime, pouvait penser avoir une relation sexuelle consentie. Selon eux, il n'avait pas la volonté de la contraindre, alors même qu'il était couché sur sa partenaire, puisqu'il était persuadé qu'elle consentait au rapport en raison de son charme²⁰⁴. Finalement, les juges mentionnent également un doute quant à sa volonté étant donné qu'il a renoncé à imposer la relation anale lorsqu'elle a refusé. Ainsi, bien que cette vision puisse surprendre, il ne faut pas oublier que la volonté doit représenter le for intérieur du prévenu. En l'espèce, ce dernier, persuadé d'avoir convaincu la victime, n'avait ni envisagé, ni accepté de la contraindre.

¹⁹⁸ ATF 87 IV 66, c. 3.

¹⁹⁹ TF, arrêt 6B_502/2017 du 16 avril 2018, c. 2.2.

²⁰⁰ TF, arrêt 6B_502/2017 du 16 avril 2018, c. 2.3.

²⁰¹ TF, arrêt 6B_502/2017 du 16 avril 2018, c. 2.2.

²⁰² Décision n°15 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 15 janvier 2021, 2021/37, c. 3.5.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

A ce titre, il est néanmoins intéressant de mentionner un arrêt plus ancien, rendu par la même Cour d'appel pénale, qui reconnaît que l'auteur, qui se couche sur sa victime, agit avec volonté en raison de la force physique qu'il exerce sur elle²⁰⁵. Toutefois, relevons que les autres circonstances (soit le « *jeune âge de la victime, le fait qu'elle se soit trouvée à l'arrière d'une voiture trois portes, alors qu'il faisait nuit et qu'elle ne connaissait pas la région* ») ont également été déterminantes pour l'établissement de sa volonté²⁰⁶.

Il ressort donc des jurisprudences susmentionnées, que lorsque ni la situation, ni l'accord du partenaire ne sont claires, l'auteur est tenu de s'assurer de son souhait. A défaut, il peut agir par dol éventuel. En conséquence, les circonstances et la nature de l'acte doivent également être prises en considération afin de déterminer si l'auteur envisageait et acceptait réellement d'imposer un acte sexuel à son partenaire.

Pour le surplus, nous pouvons relever que, comme pour le dol direct du premier degré, le dol éventuel n'est généralement pas reconnu lorsque l'auteur obtient l'acte litigieux sans faire usage de violence. Les juges considèrent dans cette hypothèse que, faute de violence, l'auteur n'accepte pas de contraindre sa partenaire²⁰⁷.

Finalement, malgré les difficultés relatives à la négligence consciente rencontrées pour la majorité des infractions, cette question ne fait l'objet d'aucune jurisprudence en matière de viol et de contrainte sexuelle. Les autorités se contentent ainsi de reconnaître ou d'exclure la volonté de l'auteur. En outre, bien que le dol éventuel soit une question très délicate en pratique, il n'y a peu de jurisprudence sur cette question. Les autorités considèrent généralement que dès le moment où l'auteur a conscience de l'absence de consentement de la victime, ou du moins accepté son défaut et qu'il a usé d'un moyen de contrainte, l'intention est établie.

c) Synthèse

Il résulte ainsi des affaires étudiées, qu'à ce stade de l'examen, le comportement de l'auteur est déterminant pour établir sa volonté. Ainsi, plus l'auteur fait usage de violences ou ignore la victime et son refus, plus sa volonté est admise.

De plus, l'établissement de la volonté n'est pas abordé dans de nombreuses décisions puisqu'elle est indirectement traitée au préalable. A ce titre, nous pouvons invoquer deux hypothèses.

Tout d'abord, lorsque les autorités parviennent à établir que l'auteur a usé d'un moyen de contrainte, elles reconnaissent généralement qu'il l'a fait volontairement. L'auteur qui use d'un moyen de contrainte, visant à forcer une personne à subir un acte, agit effectivement avec indifférence pour sa liberté de détermination en matière sexuelle. De plus, dans le même sens, lorsque la conscience de l'auteur est admise, les juges ont tendance à également admettre sa volonté. En effet, il est compliqué d'imaginer qu'un auteur, conscient de l'absence de consentement de sa partenaire et de la contrainte, porte de l'importance à sa liberté sexuelle. Autrement dit, lorsqu'il est établi, d'une part, que l'auteur a usé d'un moyen de contrainte et d'autre part, qu'il en avait conscience, sa volonté est généralement admise sans difficulté.

²⁰⁵ Décision n°38 de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 21 mars 2013, 2013/95, c. 3.3.2.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ Décision n°335 de Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal VD du 29 mars 2022, 2021/306, c. 4.3.4.

Néanmoins, lorsque la conscience de l'auteur n'est pas clairement reconnue et que la relation est ambiguë, les juges reconnaissent, selon les circonstances, que l'auteur était tenu de s'assurer du consentement de sa partenaire afin de ne pas agir par dol éventuel.

Nous pouvons finalement mentionner, au contraire, qu'il est parfois clairement établi que l'auteur, qui n'a pas usé de moyens de contrainte, souhaitait passer outre le refus de la victime. Toutefois, les éléments constitutifs objectifs n'étant pas remplis, faute de contrainte, l'auteur sera acquitté²⁰⁸.

III. Révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol

A. Historique

Comme nous l'avons vu, le droit pénal reprend et renforce, dans son noyau essentiel, les interdits ancrés dans les règles sociales. L'interdiction du viol fait ainsi partie, depuis de nombreuses années, des prohibitions fondamentales de notre société. Toutefois, malgré l'évolution de sa perception, l'infraction de viol n'a fait l'objet de peu de modifications depuis son entrée en vigueur dans le Code pénal suisse en 1942²⁰⁹. L'analyse de la jurisprudence s'avère donc plus pertinente pour appréhender l'évolution de l'établissement de l'intention, après un bref exposé historique des normes pénales le réprimant.

Ainsi, dès l'entrée en vigueur du Code pénal fédéral, deux articles poursuivent les infractions sexuelles, l'art. 187 aCP prévoyant le viol et l'art. 188 aCP « *les attentats à la pudeur avec violence* »²¹⁰. Le viol réprime le fait pour un homme de contraindre une femme à subir l'acte sexuel hors mariage, par l'usage de la violence ou d'une menace²¹¹. La disposition vise uniquement les femmes non mariées, compte tenu des répercussions économiques, sociales et juridiques auxquelles ces dernières étaient exposées en cas de grossesse extraconjugale²¹².

Il semble que, pour ces dispositions, l'érection pénienne de l'auteur était suffisante pour prouver son intentionnalité²¹³.

Une première modification entre en vigueur en 1985, prévoyant la mise hors d'état de résister comme moyen de contrainte propre, indépendant de la violence et de la menace grave²¹⁴. En outre, le viol est étendu à « *toute personne de sexe féminin* », incluant ainsi le viol entre époux, mais poursuivi sur plainte.

A l'initiative du Conseil national, la liste des moyens de contrainte est à nouveau modifiée en 1990, les « *pressions d'ordre psychique* » et l'adverbe « *notamment* » y sont ajoutés²¹⁵. Cela résulte de la volonté d'englober tous les moyens de contrainte, y compris ceux auxquels le législateur n'a pas songé²¹⁶. La forme aggravée, prévoyant une peine minimale de trois ans lorsque la victime était rendue inconsciente ou hors d'état de résister, est également abrogée.

²⁰⁸ SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, p. 67.

²⁰⁹ QUELOZ, p. 456.

²¹⁰ BROWN/DELESSERT/ROCCA I ESCODA, p. 597.

²¹¹ Ancien Code pénal Suisse, version du 21 décembre 1937, FF 1937 III 645, p. 695.

²¹² MONTAVON/MONOD, p. 613.

²¹³ MONTAVON/MONOD, p. 613.

²¹⁴ FF 1985 1021, p. 1091.

²¹⁵ BO CN 1990, 2302 (Cotti)

²¹⁶ ATF 122 IV 97, c. 2b.

On lui reproche, en effet, de renverser les rôles des parties en recherchant si la victime était capable de résister et si elle aurait pu et dû le faire davantage²¹⁷.

Le titre relatif aux infractions sexuelles fait à nouveau l'objet d'une révision en 1992, prévoyant principalement un remplacement de l'idée de protection des mœurs ou de moralité publique, par une protection de l'autodétermination en matière sexuelle. Les dispositions relatives au viol et à la contrainte sexuelle ne subissent néanmoins pas de modification déterminante²¹⁸.

Finalement, la dernière révision, prévoyant la poursuite d'office pour le viol entre époux, entre en vigueur en 2005.

Quant à l'évolution de l'examen de l'intention, il est premièrement intéressant de noter la place importante que le comportement antérieur de la victime ainsi que sa relation avec l'auteur occupent depuis de nombreuses années dans le cadre des infractions sexuelles.

En effet, déjà en 1983, NICOD-PASCHOUD écrit dans sa thèse que l'auteur « *pourrait être fondé à invoquer une erreur [sur les faits] (...), si par exemple la victime a accepté des privautés de sa part jusqu'à un certain stade* »²¹⁹. Autrement dit, elle considère qu'une erreur sur les faits soit l'absence d'intention, peut être retenue lorsque la victime a initialement accepté de participer à des préliminaires.

En outre, dès leur modification en 1985, les art. 189 et 190 aCP préoyaient à leur deuxième alinéa, une forme atténuée lorsqu'il existait entre l'auteur et la victime des relations personnelles. Ainsi, les situations dans lesquelles une femme se rétracte brusquement après avoir consenti à une relation sexuelle étaient inclus dans cette hypothèse²²⁰. Le Conseil fédéral a mentionné en ce sens la situation dans laquelle : « *l'auteur et la victime ont entretenu des rapports étroits avant l'acte, par exemple lorsqu'ils ont eu pendant quelque temps des relations sexuelles librement consenties et que, subitement, la partenaire refuse l'acte sexuel* »²²¹.

Certes, cette hypothèse ne déploie aucune conséquence pour l'établissement de l'intention de l'auteur. Mais le rapport entre les personnes concernées avait encore une grande importance, puisque l'auteur bénéficiait, dans ce cas, d'une peine plus douce que s'il avait commis l'acte sur une inconnue.

Aujourd'hui, comme nous l'avons déjà mentionné, la doctrine reconnaît clairement qu'un éventuel consentement préalable de la victime ne doit pas permettre aux autorités d'établir son consentement, et partant la conscience de l'auteur²²². Nous pouvons toutefois relever l'importance que certains tribunaux accordent, encore aujourd'hui à d'éventuels accords antérieurs des victimes. En effet, les violences sexuelles commises dans le cadre d'un couple ou de flirts sont en pratique moins reconnues, en vertu de la tendance à retenir l'absence de conscience de l'auteur sur la base d'un consentement présumé²²³.

²¹⁷ BO CN 1990, 2303 (Spoerry).

²¹⁸ MONTAVON/MONOD, p. 613.

²¹⁹ NICOD-PASCHOUD, p. 107.

²²⁰ BROWN/DELESSERT/ROCCA I ESCODA, p. 597.

²²¹ FF 1985 1021, p. 1089.

²²² V. les références citées sous notes 131 et 132.

²²³ LIEBER GABBIANI/GRESETE/PEREZ RODRIGO, p. 47.

Ainsi, bien que théoriquement ni le passé entre les personnes concernées, ni le comportement de la victime avant l'acte reproché ne doivent plus être examinés, nous pouvons constater que l'intention se détermine encore parfois sur cette base.

Toutefois, un arrêt rendu en 2022²²⁴ peut nous faire espérer une évolution de la jurisprudence sur cette question. En effet, dans cette affaire, notre Haute Cour reconnaît que l'on ne peut admettre un consentement explicite pour l'ensemble des actes sexuels dans les couples, et que le partenaire ne peut l'ignorer. Il est néanmoins important de rappeler que l'arrêt susmentionné concerne des rapports sexuels considérés « atypique ». Une évolution jurisprudentielle en lien avec d'autres relations sexuelles n'est donc pas certaine.

Nous pouvons deuxièmement souligner l'importance que continuent à accorder les tribunaux au comportement de la victime, malgré les modifications législatives. En effet, alors que le législateur ait déjà souhaité abroger cet examen en 1990, nous ne pouvons que constater que l'accent est toujours mis sur sa réaction. Comme nous l'avons vu, il s'agit d'un élément central lors de l'établissement de la conscience de l'auteur. Ainsi, la problématique soulevée en 1990 semble toujours autant présente en 2022.

Troisièmement, le critère de la nature et des circonstances de l'acte sexuel litigieux semble quant à lui être moins pris en compte par les juges. Il résulte effectivement de l'examen de la jurisprudence, que notre Haute Cour ne l'a pas pris en considération depuis 2015. Il ne ressort toutefois pas de ces décisions qu'il ne pourra être à nouveau invoqué et utilisé à l'avenir.

Quatrièmement, un certain allègement du degré de réaction requis de la part de la victime semble être admis. En effet, l'évolution jurisprudentielle de la notion de contrainte a également une influence sur l'examen de l'intention. A ce titre, les juges reconnaissent notamment, depuis quelques années, qu'un refus verbal est suffisant dans certaines situations²²⁵.

Toutefois, malgré ces différentes évolutions jurisprudentielles, le droit pénal sexuel actuellement en vigueur reçoit de nombreuses critiques puisqu'un nombre élevé d'abus sexuels ne sont pas punis ou le sont de manière inappropriée²²⁶. Il fait, par conséquent, l'objet d'une révision qui touche en particulier la question de la définition du viol.

B. Projet de révision

La révision actuelle du droit pénal sexuel résulte d'une part de plusieurs interventions parlementaires, en 2013²²⁷, 2014²²⁸ et en 2017²²⁹ et à une initiative cantonale genevoise de 2014²³⁰, sollicitant une redéfinition de l'infraction de viol. D'autre part, au vu de l'évolution de la société, des mœurs et des différentes modifications législatives en Europe, une adaptation de la définition du viol s'impose, afin de moderniser le droit pénal sexuel et combler les nombreuses lacunes.

²²⁴ TF, arrêt 6B_802/2021 du 10 février 2022.

²²⁵ V. les références citées sous notes 97 à 101.

²²⁶ SCHEIDEGGER, p. 190.

²²⁷ Interpellation HILTPOLD, 13.3485.

²²⁸ Motion HILTPOLD, 14.3651.

²²⁹ Motion FEHLMANN RIELLE, 17.3992.

²³⁰ Initiative Genève, 14.311.

Cette révision fait également suite aux approches préconisées par les accords internationaux liant la Suisse.

Tout d'abord, l'art. 36 de la Convention d'Istanbul²³¹, signée par la Suisse et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018, prévoit l'obligation pour les Etats partis de « *prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale, lorsqu'ils sont commis intentionnellement : la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet (...)* ».

En outre, la Cour européenne des droits de l'homme déduit des art. 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²³² une obligation positive pour les États « *d'adopter des dispositions pénales incriminant et punissant de manière effective tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique* »²³³.

En juin 2020, le Conseil des Etats décide donc de traiter la révision des infractions sexuelles de manière séparée, la supprimant ainsi du projet plus global de révision des peines du CP. Dès lors, la CAJ-CE charge l'Office fédérale de la justice de prévoir un avant-projet portant révision du droit pénal en matière sexuelle. Ledit avant-projet est mis en consultation le 1^{er} février 2021, proposant une modification des sanctions, une reformulation des éléments constitutifs du viol (art. 190 CP) et l'introduction d'une nouvelle infraction générale recouvrant les rapports sexuels non consentis (art. 187a CP)²³⁴.

Au vu des critiques sur ce projet, la CAJ-CE expose en février 2022 une nouvelle proposition qui contient à nouveau deux articles réprimant le viol et la contrainte sexuelle. Les diverses adaptations majeures contiennent ainsi la suppression définitive de la condition de la contrainte aux art. 189 et 190 CP, l'introduction d'une définition non genrée du viol, tant pour la victime que pour l'auteur, et incluant toutes les formes de pénétration et la reconnaissance en tant que viol le fait d'imposer un acte d'ordre sexuel²³⁵.

Bien que le principe du projet soit unanimement accepté par les participants à la consultation²³⁶ et que la majorité souhaite la suppression de la contrainte comme élément constitutif du viol, une divergence persiste sur l'expression de la volonté d'entretenir des rapports sexuels²³⁷. A ce titre, deux variantes sont proposées.

La première variante, soit la solution du refus, également appelée la variante du « non c'est non », vise à remplacer la contrainte par la méconnaissance du refus signifié par la victime²³⁸. En d'autres termes, l'infraction est réalisée lorsque l'auteur ignore intentionnellement ou par dol éventuel la volonté contraire exprimée verbalement ou non verbalement par son partenaire²³⁹.

²³¹ 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), RS 0.311.35.

²³² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101.

²³³ CourEDH (Première Section), J.L. c. Italie, arrêt du 27 mai 2021, n° 5671/16, § 117 ; TF, arrêt 6B_894/2021 du 28 mars 2022, c. 3.7.2 (et références citées) ; BO CE 2022, 388 (Sommaruga).

²³⁴ Communiqué de presse de l'AF du 1^{er} février 2021.

²³⁵ BO CE 2022, 388 (Sommaruga).

²³⁶ Rapport sur les résultats de la consultation, p. 6.

²³⁷ BO CE 2022, 388 (Sommaruga).

²³⁸ MONTAVON/MONOD, p. 614.

²³⁹ SCHEIDEGGER, p. 199 ; FF 2022 687, p. 2 ; BO CE 2022, 388 (Sommaruga).

On part donc de l'idée que les rapports sexuels ont lieu avec le consentement des personnes concernées, sauf si l'une d'entre elles manifeste un refus²⁴⁰. Cette variante est soutenue par majorité de la CAJ-CE qui la considère plus réaliste et optimiste que la deuxième solution²⁴¹.

Soutenue par une minorité de la CAJ-CE, la deuxième variante, soit la solution du consentement ou du « oui c'est oui » vise à réprimer la personne qui agit sans le consentement de son partenaire²⁴².

L'acte sexuel constitue donc une infraction, à défaut de consentement exprès ou tacite²⁴³. Il n'est en conséquence plus attendu de la victime qu'elle manifeste son refus puisque l'auteur est tenu de s'assurer de son accord²⁴⁴.

Durant la session d'été 2022, le Conseil des Etats se rallie aux recommandations du Conseil fédéral²⁴⁵ et de la CAJ-CE en se prononçant en faveur de la première solution, préconisant la solution du refus à celle du consentement²⁴⁶. Néanmoins, le 16 octobre 2022, la CAJ-CN vote en faveur d'un droit pénal plus moderne, préconisant ainsi la solution du consentement²⁴⁷. Elle motive notamment sa décision par son souhait que les autorités pénales se concentrent davantage sur le comportement de l'auteur et moins sur celui de la victime²⁴⁸.

Le Conseil national doit quant à lui se prononcer sur cette question lors de la session d'hiver 2022. Il n'est ainsi pas encore possible, lors de la rédaction de ce travail, de savoir quelle solution sera finalement retenue.

En résumé, les infractions de contrainte sexuelle (art. 189 CP) et de viol (190 CP) peuvent se présenter, suivant la solution finalement adoptée, comme suit²⁴⁹ :

« Quiconque, contre la volonté d'une personne [selon la deuxième variante : sans le consentement d'une personne], 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 ».

« Quiconque, contre la volonté d'une personne [selon la deuxième variante : sans le consentement d'une personne], commet sur elle ou lui fait commettre l'acte sexuel ou un acte analogue qui implique une pénétration du corps, est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

²⁴⁰ INEKE, p. 131; FF 2022 687, p. 27.

²⁴¹ FF 2022 687, p. 27.

²⁴² MONTAVON/MONOD, p. 614 ; FF 2022 687, p. 28.

²⁴³ PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 27.

²⁴⁴ MONTAVON/MONOD, p. 615.

²⁴⁵ FF 2022 1011, p. 2.

²⁴⁶ BO CE 2022, 409.

²⁴⁷ Communiqué de presse de la CAJ-CN du 21 octobre 2022.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ FF 2022 688, p. 8 ; MONTAVON/MONOD, p. 615 ; CONINX/SCHWEIDEGGER.

C. Influence quant à l'établissement de l'élément constitutif subjectif

Bien que la révision relative aux infractions sexuelles touche principalement les éléments constitutifs objectifs, elle devrait également influencer l'établissement de l'intention.

D'une part, l'abandon du moyen de contrainte comme élément constitutif de l'infraction implique l'abandon de la conscience et de la volonté de contraindre la victime à l'aide de ce moyen. Cet élément, bien qu'il pose déjà peu de difficultés en pratique, ne devra ainsi plus être recherché par les autorités.

D'autre part, l'examen de l'intention, principalement de la conscience, pourrait être modifié compte tenu des nouveaux éléments constitutifs objectifs. Etant donné que ces derniers diffèrent selon les variantes proposées, il sied de les examiner séparément.

1. Variante « non c'est non »

Comme développé auparavant, cette variante prévoit la solution du refus de la victime. Un acte sexuel est ainsi punissable lorsqu'il est commis contre la volonté d'une personne, exprimée verbalement ou non verbalement²⁵⁰. Autrement dit, on part de l'idée que les rapports sexuels se déroulent avec le consentement des partenaires et ne constituent pas une agression, sauf si l'un d'eux exprime son refus, explicitement ou implicitement²⁵¹.

L'intention de l'auteur est donc reconnue si, avec conscience et volonté, il passe outre le refus de son partenaire²⁵². L'accusation est donc tenue d'établir la conscience de l'auteur de cette opposition. En conséquence, la victime doit de se défendre suffisamment, afin de faire part de son souhait à son partenaire et fonder la conscience de ce dernier²⁵³.

Selon les défenseurs de cette solution, elle s'avère plus claire que celle du consentement, puisqu'un « non », même exprimé tacitement, est facilement reconnaissable. L'intention peut notamment être reconnue lorsque la victime secoue la tête en signe de refus, pleure ou fait un geste d'opposition²⁵⁴.

Néanmoins, bien que cette solution présente un pas vers la modernité, elle ne semble pas suffisante sur plusieurs aspects en lien avec l'intention de l'auteur²⁵⁵.

Tout d'abord, les victimes supportent toujours l'obligation d'exposer leur refus de manière suffisamment claire et perceptible pour l'auteur. Elles doivent ainsi toujours expliquer pourquoi et comment elles ont refusé l'acte sexuel²⁵⁶ et supporter le risque qu'à défaut d'opposition suffisante, l'acte litigieux ne sera pas considéré comme un viol. Cette vision de l'intention reprend tout simplement les idées véhiculées par la culture du viol, en faisant porter une lourde responsabilité sur la victime, et non sur l'auteur.

²⁵⁰ SCHEIDEGGER, p. 195.

²⁵¹ FF 2022 687, p. 35.

²⁵² FF 2022 687, p. 35.

²⁵³ MONTAVON/MONOD, p. 617.

²⁵⁴ FF 2022 687, p. 27.

²⁵⁵ MONTAVON/MONOD, p. 617.

²⁵⁶ PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 27.

Au demeurant, cette variante ne résout pas le problème lié à l'impossibilité pour certaines victimes d'exprimer leur refus. En effet, la victime qui se trouve dans un état de sidération, de dissociation traumatique ou qui est prise par surprise se trouve le plus souvent empêchée de s'opposer. L'intention de l'auteur ne peut toujours pas être établie et l'acte ne sera juridiquement pas considéré comme un viol.

Ainsi, cette variante du « non c'est non » ne modifie pas l'appréciation actuelle de l'intention, faisant toujours peser sur la victime l'obligation d'exprimer son refus et de réagir clairement, au détriment de l'auteur. L'ensemble des problématiques liées à l'intention, déjà présentes dans le droit pénal sexuel actuel, semblent malheureusement reprises²⁵⁷.

2. Variante « oui c'est oui »

La variante du consentement prévoit que l'auteur d'un acte sexuel est punissable sauf s'il a obtenu le consentement implicite ou explicite de son partenaire²⁵⁸. Toute personne doit donc s'assurer du consentement avant une relation sexuelle.

En conséquent, l'intention est établie lorsque l'auteur, qui a un doute sur le consentement de son partenaire ou est certain de son absence, décide de le passer outre en commettant un acte sexuel²⁵⁹. Ainsi, une réaction de la part de la victime n'est en principe pas nécessaire. L'accusation doit uniquement établir si l'accord a valablement été donné et perçu par l'auteur. A défaut, l'intention est reconnue²⁶⁰.

Une telle approche a pour conséquence que l'attention des juges se recentre sur le comportement de l'auteur, en examinant notamment les mesures qu'il a pris pour s'assurer du consentement²⁶¹ et les raisons qui l'ont poussé à croire à la présence dudit consentement²⁶². Les tribunaux se focalisent donc moins sur le refus de la victime, mais davantage sur la manière dont elle a exprimé son consentement²⁶³. En conséquent, les moyens de défense, telle l'absence de fuite ou la non-réaction de la part de la victime, ne pourront plus être invoqués par la défense²⁶⁴.

Il sied également de relever qu'à l'opposé de la variante du refus, cette solution clarifie les cas dans lesquels le refus verbal ou même non verbal ne peut être clairement exprimé, en raison d'un état de sidération ou de surprise²⁶⁵.

Cette solution peut également avoir une influence positive dans les contextes de viols conjugaux, puisque l'intention devrait être plus facilement reconnue compte tenu de l'importance portée au comportement de l'auteur, tenu de s'assurer des souhaits de son partenaire.

²⁵⁷ PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 27.

²⁵⁸ MONTAVON/MONOD, p. 617.

²⁵⁹ BO CE 2022, 395 (Mazzone).

²⁶⁰ CONINX/SCHIEDEGGER.

²⁶¹ Prise de position d'Amnesty, p. 14.

²⁶² Rapport sur les résultats de la consultation, p. 13.

²⁶³ Prise de position d'Amnesty, p. 14.

²⁶⁴ SCHIEDEGGER, p. 205.

²⁶⁵ FF 2022 687, p. 27-28.

Toutefois, puisqu'un consentement implicite suffit, un problème demeure. En effet, dans les cas moins clairs ou ambivalents, le changement d'avis d'un partenaire doit être exprimé par un « non » explicite ou un comportement implicite permettant à l'auteur de comprendre clairement l'absence de consentement²⁶⁶. A défaut, il sera retenu, faute de preuves, que l'auteur ne pouvait avoir conscience du non-consentement de son partenaire. L'examen se fera dans cette hypothèse, à nouveau sur la base du comportement de la victime.

A ce titre, il appartiendra à la jurisprudence de clarifier l'attention requise par l'auteur et les situations dans lesquelles une absence de réaction peut être objectivement considérée comme un consentement implicite²⁶⁷.

Dans ce sens, la majorité de la CAJ-CE²⁶⁸ et certains auteurs, tel PRUIN²⁶⁹, craignent que la reconnaissance d'un consentement tacite ait pour conséquence que la victime soit toujours tenue de décrire son comportement et les éléments ayant poussé l'auteur à croire qu'elle souhaitait les rapports litigieux.

En outre, puisque la contrainte sexuelle et le viol demeurent des infractions « entre quatre yeux », l'attention portera toujours sur les déclarations des parties, leurs impressions et leurs comportements²⁷⁰. Ainsi, malgré une modification législative, on continuera à interroger la victime sur les raisons pour lesquelles « *elle ne s'est pas plus défendue et n'a pas fui* »²⁷¹.

Finalement, les opposants de cette variante craignent des difficultés quant à l'établissement de la preuve, principalement un renversement du fardeau de la preuve et une violation de la présomption d'innocence²⁷².

Néanmoins, le principe d'accusation étant applicable à l'ensemble du droit pénal, un changement législatif ne peut le modifier. L'accusation sera donc toujours tenue de prouver l'absence de consentement et l'intentionnalité de l'auteur²⁷³. Il sied finalement de rappeler qu'une infraction fondée sur le consentement ne constitue pas une nouveauté dans notre droit pénal²⁷⁴.

Ainsi, bien qu'elle présente toujours des difficultés, cette solution semble la plus satisfaisante pour l'établissement de l'intention de l'auteur. En se fondant sur le comportement de l'auteur, et non sur la réaction de la victime, elle faciliterait même l'examen de son for intérieur²⁷⁵.

²⁶⁶ CONINX/SCHIEDEGGER ; SCHIEDEGGER, p. 199-200.

²⁶⁷ PRUIN, p. 156 ; FF 2022 687, p. 27.

²⁶⁸ FF 2022 687, p. 27.

²⁶⁹ PRUIN, p. 156.

²⁷⁰ FF 2022 687, p. 27.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Rapport sur les résultats de la consultation, p. 40.

²⁷³ Prise de position d'Amnesty, p. 14.

²⁷⁴ CONINX/SCHIEDEGGER ; PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 28, *qui mentionnent l'art. 179^{bis} CP à titre d'exemple qui réprime le fait d'enregistrer une conversation privée « sans le consentement » des participants.*

²⁷⁵ PERRIER DEPEURSINGE/BOYER, p. 27.

IV. Conclusion

Définir ce qu'un auteur savait et voulait au moment des faits, étant déjà une tâche extrêmement complexe, cette question s'avère encore plus malaisée dans les cas d'agressions sexuelles. Certes, l'établissement des faits pose de nombreuses difficultés pour ce type d'infractions, puisque les déclarations des parties, souvent opposées, constituent généralement le seul moyen de preuve. Mais ce travail nous a également permis de relever de nombreuses lacunes dans notre droit pénal sexuel.

Ces dernières ont d'une part pour conséquence que de nombreuses victimes renoncent à dénoncer leurs agressions, en raison d'un sentiment de honte et/ou de crainte face à la procédure pénale. D'autre part, l'examen de la jurisprudence démontre que plusieurs comportements, socialement perçus et vécus comme des viols, ne le seront pas juridiquement, compte tenu de ces lacunes²⁷⁶.

En effet, la perception actuelle de la conscience, exigeant de la victime qu'elle s'oppose tant physiquement que verbalement, de manière claire et répétée, ignore les différentes réactions possibles de la part d'une victime, telle une éventuelle impossibilité de réagir en raison d'un état de sidération, de surprise, d'un manque de maturité ou encore de peur. Il se peut donc qu'un auteur néglige et ignore clairement le souhait de sa partenaire en lui imposant un acte sexuel non consenti, sans toutefois être punissable. A ce titre, nous pouvons lire dans certaines décisions rendues par notre Haute Cour que « *la victime, dans son for intérieur, ne souhaitait incontestablement pas les actes sexuels en cause, mais l'auteur pouvait ne pas en avoir conscience* »²⁷⁷. Dans ces cas, l'auteur est finalement acquitté, alors même qu'il est clairement établi que la victime n'était pas consentante.

De plus, des lacunes peuvent également être constatées du fait que les critères développés par la jurisprudence adhèrent et véhiculent les stéréotypes ancrés dans la culture du viol. En déterminant l'intention de l'auteur sur la base du comportement de la victime, les juges reprennent tout d'abord l'idée de la « bonne victime » en mesure de se débattre suffisamment. Ainsi, le sentiment de culpabilité de la victime est à nouveau accentué. En outre, la prise en compte de la nature « atypique » de l'acte s'inspirant également de l'idée du « vrai viol », a pour conséquence que les viols conjugaux, ne correspondant pas à cette idée, sont rarement reconnus.

Nous pouvons néanmoins souligner l'influence positive de la reconnaissance du dol éventuel par les tribunaux. En effet, en admettant que l'auteur doit, dans certaines situations, s'assurer du consentement de son partenaire, les juges focalisent à nouveau leur examen sur son comportement. Dans certaines hypothèses, un viol peut donc être reconnu alors même que la victime n'a pas fait part d'oppositions claires.

Au vu de ces éléments, il est clair qu'une modification du droit, en vigueur depuis plus de 40 ans, s'impose afin de tenir compte de l'ensemble des circonstances, de l'évolution des mœurs et de la réalité.

Il ne faut néanmoins pas espérer qu'une réforme permette de remédier à l'ensemble des difficultés relatives à l'établissement de l'intention.

²⁷⁶ SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, p. 74.

²⁷⁷ TF, arrêt 6B_894/2021 du 28 mars 2022, c. 3.6 ; TF, arrêt 6B_311/2011 du 19 juillet 2011, c. 5.6.

Bien que la solution du consentement prenne davantage en considération l'ensemble des circonstances et clarifie un certain nombre d'hypothèses, les auteurs seront toujours acquittés lorsqu'un doute quant à leur intention demeure. La procédure en matière de preuves restant identique, les éléments probatoires ne permettront pas toujours de forger la conviction des juges. Il semble toutefois, plus acceptable pour une victime de voir sa procédure classée pour manque de preuves plutôt qu'au motif qu'elle ne s'est pas suffisamment opposée à l'auteur²⁷⁸.

Finalement, les déclarations du Ministre de la justice suédois, lors de l'ajout de la notion de consentement dans leur droit pénal sexuel, démontrent bien l'importance d'une modification : « *It should sit in the spines of every boy and man in Sweden, that [...] you have to make sure that the one that you intend to have sex with is a voluntary participant* »²⁷⁹. Le droit ayant indéniablement une fonction éducative, une modification permettrait de faire passer un message important à la population, soit que le corps d'autrui n'est pas disponible par défaut et qu'un consentement est nécessaire avant tout acte sexuel²⁸⁰.

Ainsi, puisqu'il est évident que le droit pénal ne peut punir l'ensemble des agressions sexuelles, nous pouvons espérer qu'il ait un effet éducatif en diminuant la commission de telles infractions. Un changement de paradigme décidé par nos parlementaires pourrait donc avoir une incidence sociétale et contribuer à l'évolution de la notion de sexualité.

En conclusion, l'établissement de l'intention de l'auteur sera toujours une question complexe en matière d'infractions sexuelles. Une modification législative pourrait toutefois permettre de faciliter l'examen en prenant en compte un nombre plus élevé de réactions, améliorer le vécu des victimes et ainsi encourager ces dernières à faire reconnaître leur vécu devant un tribunal. La prise en charge des victimes étant également très importante à la suite de tels événements, nous ne pouvons qu'encourager la mise en œuvre de services et d'aides permettant de faciliter l'établissement des preuves et améliorer le vécu des victimes.

²⁷⁸ SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER, p. 74.

²⁷⁹ MONTAVON/MONOD, p. 619.

²⁸⁰ MONTAVON/MONOD, p. 619 ; PAREIN/MAULINI, p. 9.