

# Du devoir marital au viol conjugal. Étude sur l'évolution du droit pénal suisse

Geraldine Brown \*, Thierry Delessert \*\*, Marta Roca i Escoda \*\*

---

\* Institut des Études genre, Université de Genève, 24 rue du Général-Dufour, CH-1211 Genève.  
<Geraldine.Brown@unige.ch>

\*\* Centre en études genre, Institut des Sciences sociales, Université de Lausanne, Quartier UNIL-Mouline, Bâtiment Géopolis, CH-1015 Lausanne.  
<Thierry.Delessert@unil.ch>  
<Marta.RocaEscoda@unil.ch>

## ■ Résumé

À partir d'un examen sur l'évolution de la définition du viol dans le Code pénal suisse (CPS), cet article met en lumière la « circulation » des normes juridiques entre les droits pénaux et civils. Les auteur-e-s effectuent une généalogie de la catégorie juridique du « viol d'une femme hors mariage » formulée dans le CPS entré en vigueur en 1942. En 1992, le CPS reconnaît un viol conjugal. En prenant appui sur des moments clés du processus de construction de l'article pénal sur le viol (premier Code pénal unifié ; travaux d'experts, projet de loi et débats parlementaires portant sur la révision du CPS), cet article montre comment un référentiel de droit civil définissant le mariage influence, de manière différenciée, un article pénal sur le viol.

*Droit civil – Droit pénal – Mariage – Rapports sociaux de sexe – Viol conjugal – Suisse.*

## ■ Summary

### **From Conjugal Duty to Marital Rape. A Study of the Evolution in the Swiss Criminal Code**

This article analyses the evolution of rape's definition in the Swiss Criminal Code. It describes the genealogy of the legal categories, from its inception in the first unified Swiss Criminal Code (1942) to the revision of 1992. The revision of the Criminal Code focuses on key moments of the process, which have led to the renegotiation to new definitions of rape including marital rape. The authors show the importance of marital definitions contained in Swiss civil law – used as a legal resource against the criminalization of marital rape. This article contributes to an historical and sociological study on the transmission between different areas of law and of joint constructions of gender norms by civil and criminal codes.

*Civil Law – Criminal Law – Gender relations – Marital rape – Marriage – Switzerland.*

## Introduction

Le 21 juin 1991<sup>1</sup>, les deux chambres du Parlement suisse – le Conseil national (CN) et le Conseil des États (CÉ) – entérinent la révision du Titre 5 de la *Partie spéciale* du Code pénal suisse (CPS) sur les « infractions contre l'intégrité sexuelle », précédemment dénommées « infractions contre les mœurs ». Ce faisant, le Parlement fédéral introduit le viol conjugal comme un délit poursuivi sur plainte. En effet, depuis la révision des peines prévues sous les « conditions de la répression » dans le CPS entrée en vigueur depuis juillet 1971<sup>2</sup>, une réclusion inférieure à trois ans est interprétée comme un délit<sup>3</sup>. À la suite d'un référendum<sup>4</sup> lancé par un parti d'obédience chrétienne protestante, l'Union démocratique fédérale, et par l'organisation anti-avortement « Oui à la Vie » (« *Ja zum Leben* »), cette révision sectorielle du CPS est adoptée en « votation populaire » par 73,1 % des citoyen-ne-s le 17 mai 1992<sup>5</sup>.

Ce ralliement massif derrière le nouveau « droit pénal en matière sexuelle », dépenalisant l'homosexualité, fixant la majorité sexuelle à 16 ans, libéralisant la pornographie ou encore autorisant le proxénétisme et la publicité pour les moyens contraceptifs, masque d'intenses débats et revirements ayant ponctué l'ensemble du processus législatif. Comme le démontrent les arguments des deux comités ayant lancé le référendum, cette révision soulève des enjeux « moraux » considérés comme importants pour une partie de la population qui pourrait percevoir les nouvelles dispositions pénales comme une menace pour les « valeurs chrétiennes », les « rapports entre les sexes », les « droits des parents » ou encore à l'encontre de la « famille »<sup>6</sup>. Par ailleurs, certains articles du nouveau texte suscitent des controverses particulières – dont celui sur le viol prévoyant désormais de poursuivre le viol conjugal.

Cette nouvelle incrimination par le CPS – l'objet de cet article – pourrait être considérée comme la traduction de l'extension des droits à l'autodétermination et au consentement à une relation sexuelle de la part des femmes mariées. En effet, elle se produit dans un contexte de revendications féministes voulant inscrire la reconnaissance juridique du viol conjugal comme l'une des dimensions clés de ses

---

1. Cette contribution s'insère dans le cadre de deux recherches financées par le Fonds national suisse pour la recherche scientifique (FNS), « Émergence et reconfigurations d'un problème public. Les violences faites aux femmes en Suisse (1970-2012) » (N° FNS 100017\_149480) et « Homosexualités en Suisse de la fin de la Seconde Guerre mondiale aux années sida » (N° FNS 100017\_144508/1). Les auteurs tiennent à remercier les évaluateurs anonymes et l'ensemble de la Rédaction de la revue pour leurs remarques critiques.

2. Hans SCHULTZ, « Quelles réformes du droit pénal ? », in Martial GOTTRAUX et Marianne BORNICCHIA (dir.), *Prisons, droit pénal : le tournant ?*, Lausanne : Éditions d'En bas, 1987, p. 13-24.

3. Voir art. 10 CPS, état au 1<sup>er</sup> novembre 2016.

4. En Suisse, toutes les lois adoptées par le Parlement fédéral peuvent mener à des « votes populaires ». Pour cela, il faut que 100 000 signatures de citoyen-ne-s soient récoltées par les opposants dans un délai de trois mois, puis validées par la Chancellerie fédérale qui fixe la date du vote.

5. « Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 17 mai 1992 », *Feuille fédérale* [ci-après FF], 1992 V, p. 444.

6. Voir « Droit pénal en matière sexuelle. Arguments des comités référendaires », in *Votation du 17 mai 1992. Explications du Conseil fédéral*, p. 66.

luttés à l'encontre des violences subies par les femmes<sup>7</sup>. Néanmoins, dans les arènes juridiques et législatives, les tentatives de reconnaissance du viol conjugal se heurtent à un souci explicite de préservation du mariage et de la famille avec des arguments idéels et économiques visant à maintenir une « morale familiale »<sup>8</sup>.

Cet article propose une analyse fondée sur des sources inédites croisant plusieurs scènes législatives, pénales et civiles, et retrace les multiples travaux des commissions « expertes », tout autant que les débats parlementaires portant sur la définition du viol intervenus en Suisse au cours du xx<sup>e</sup> siècle. Il s'intéresse dans un premier temps à la construction de l'article pénal sur le « viol d'une femme hors mariage » qui s'avère *in fine* s'inscrire, à la fois, dans des conceptions eugénistes, comme un accompagnement du Code civil suisse (CCS) consacrant la primauté de l'union maritale et du *Pater familias*, mais aussi comme un consensus entre les traditions juridiques allemandes et françaises. En effet, avant l'entrée en vigueur du CPS en 1942, chaque État fédéré, dénommé « canton », possédait son propre code pénal. Les cantons alémaniques s'inspiraient du droit allemand, tandis que les cantons latins reprenaient le Code Napoléon. En conséquence, le processus de construction du CPS, débuté en 1888, s'avère être un long travail de compromis entre des conceptions pénales parfois fort différentes, puis freiné par le fonctionnement non professionnel du Parlement suisse<sup>9</sup>.

S'agissant des violences sexuelles, deux articles les poursuivent depuis 1942 : l'un sur le viol et l'autre sur les « attentats à la pudeur avec violence ». Ils sont remis en question au cours des années 1970 par une commission chargée de réviser les « infractions aux mœurs » et de rédiger un avant-projet législatif. Au terme de multiples revirements, les expert-e-s adoptent le viol conjugal, mais uniquement poursuivi sur plainte. Cette proposition est retirée du projet de loi par le Gouvernement suisse en 1985, en dépit de son accueil favorable lors de la procédure de consultation. En conséquence, le viol, en tant que dispositif pénal, doit se voir compris comme une norme garante d'un ordre hétéronormé et d'une définition de relations maritales au sein desquelles les femmes occupent une place subordonnée<sup>10</sup>. Cette conception du mariage, « cristallisée » dans le CCS de 1907, va néanmoins se voir remise en question lors de sa révision civile en 1988. La nouvelle définition du mariage, paritaire, tout autant que l'adoption populaire d'un article constitutionnel<sup>11</sup> sur « l'égalité des sexes » en 1981 vont devenir des arguments politiques pour une coalition d'élues

---

7. Alice DEBAUCHE et Christelle HAMEL, « Violence des hommes contre les femmes : quelles avancées dans la production des savoirs ? », *Nouvelles questions féministes*, 32 (1), 2013, p. 4-14.

8. Voir Rémi LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Paris : Seuil, 2003 ; Marta ROCA I ESCODA, Anne-Françoise PRAZ et Eléonore LÉPINARD, « Luttés féministes autour de la morale sexuelle », *Nouvelles questions féministes*, 35 (1), 2016, p. 6-13.

9. Les deux chambres parlementaires, le Conseil national (CN) – l'équivalent de l'Assemblée nationale – et le Conseil des États (CÉ) – un Sénat ayant, en revanche, un pouvoir législatif similaire à la chambre basse –, ne se réunissent qu'au cours de quatre sessions de trois semaines par année.

10. Carol PATEMAN, *The Sexual Contract*, Cambridge : Polity Press, 1989 ; Myra Marx FERREE, « Beyond Separate Spheres: Feminism and Family Research », *Journal of Marriage and the Family*, 52, 1990, p. 866-884.

11. Les révisions constitutionnelles sont automatiquement soumises au vote populaire. Elles doivent obtenir la double majorité des votant-e-s et des cantons pour entrer en vigueur.

fédérales de tout bord politique pour réintroduire le viol conjugal dans la révision du CPS adoptée en 1992.

### Démarche méthodologique

En se fondant sur des sources inédites issues des travaux sur la genèse du CPS, puis sur la révision du Titre 5 CPS entre 1971 et 1991 – travaux des commissions d'experts, résultats de la procédure de consultation, *Message* du Conseil fédéral<sup>12</sup> et débats parlementaires – nous effectuerons la généalogie de la catégorie juridique du viol conjugal afin d'en saisir les enjeux plus larges en terme de normativité de genre. À cette fin, il est nécessaire de croiser cette pluralité de scènes avec deux temporalités législatives : les révisions du CPS et celles du CCS concernant le droit de la famille.

Cette contribution propose ainsi une étude sur la circulation entre le droit civil et le droit pénal, en éclairant la façon dont la définition juridique du mariage en Suisse ainsi que la poursuite ou non du viol conjugal co-construisent une norme de genre. Pour ce faire, nous avons saisi des moments clés de ce long processus, ceux où les acteurs législatifs sont amenés à se justifier, à argumenter et exprimer leur avis. En effet, lors d'un processus législatif, les positions et arguments antagonistes des un-e-s et des autres peuvent amener à des renversements de positions spectaculaires – ce qui va être le cas s'agissant du viol conjugal – tout autant que générer de l'incertitude quant à la bonne compréhension (et résolution) de l'objet juridique porté à l'attention des parlementaires.

L'étude sociologique et socio-historique du travail juridico-politique doit prendre en considération le jeu et les enjeux des luttes politiques. De ce fait, nous verrons dans l'espace de « lutte des discours »<sup>13</sup> des débats parlementaires, les astuces que quelques député-e-s ont employées pour établir un consensus minimal. Mais aussi, comme le souligne Jean-Philippe Heurtin, les débats parlementaires, lorsqu'il est question de déléguer, doivent se dérouler de façon à ce que les efforts s'ordonnent dans la recherche, puis dans l'expression, d'une volonté commune, et cela à partir d'une diversité d'opinions inscrites dans le cadre d'un pluralisme accepté d'intérêts<sup>14</sup>. L'intérêt général, dans notre cas, est mis en avant *via* un consensus quant au statut des femmes et au sens du mariage monogame hétérosexuel. Les discussions sur les différents points de vue s'avèrent légitimes dès lors qu'elles se tiennent sur ce référentiel commun devenant « consensuel » selon la logique helvétique.

## I. La définition du viol dans le Code pénal suisse de 1942

### I.1. Les éléments historiques de définition

Le CPS adopté fin 1937 par le Parlement fédéral entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1942 et poursuit les violences sexuelles par deux articles pénaux. Ceux-ci opèrent plusieurs distinctions en termes de durée des peines, de gravité pour les victimes, ainsi qu'entre les sexes et les statuts matrimoniaux. Ainsi, le viol est défini de la manière suivante :

Celui qui, en usant de violence ou de menace grave, aura contraint une femme à subir l'acte sexuel hors mariage sera puni de la réclusion.

12. Le Conseil fédéral est l'organe exécutif suisse.

13. Marcel DETIENNE, « Des pratiques d'assemblée aux formes du politique. Pour un comparatisme expérimental et constructif entre historiens et anthropologues », in ID. (dir.), *Qui veut prendre la parole ?*, Paris : Seuil, 2003, coll. « Le genre humain », p. 8-32.

14. Jean-Philippe HEURTIN, « Architectures morales de l'Assemblée nationale », in Marcel DETIENNE (dir.), *Qui veut prendre la parole ?*, op. cit., p. 49-81.

Celui qui aura fait subir à une femme l'acte sexuel hors mariage, après l'avoir, à cet effet, rendue inconsciente ou mise hors d'état de résister, sera puni de la réclusion pour trois ans au moins (art. 187 CPS 1942) <sup>15</sup>.

Selon sa définition légale, le viol ne concerne donc qu'une « femme hors mariage ». En conséquence, le commettant ne peut être qu'un homme – mais non l'époux de sa victime – et l'acte n'est consommé que sous la seule condition de la pénétration pénovaginale, même s'il n'y a pas eu éjaculation. Cette interprétation restrictive de l'acte sexuel est admise depuis le projet officiel de CPS de 1918 et n'est pas discutée lors des débats parlementaires entre 1929 et 1931 <sup>16</sup>. Un arrêt du Tribunal fédéral (la Cour pénale supérieure) confirme cette interprétation en 1953 en qualifiant l'acte sexuel « d'union naturelle des parties génitales entre un homme et une femme », ce qui est encore actuellement l'élément constitutif du viol <sup>17</sup>. Ensuite, le viol est puni de la réclusion criminelle dans un pénitencier, pour un minimum d'une année, ce qui en fait un crime selon les dispositions du CPS avant sa révision de 1971 vue plus haut. Par ailleurs, « il n'est pas nécessaire que la victime soit vierge [...] ou] de mœurs irréprochables » et peu importent un système de défense entachant sa vie passée ou des doutes policiers sur la « vertu » des femmes impliquées, ce qui permet d'englober les prostituées dans le rang des potentielles victimes <sup>18</sup>. De manière logique, ce n'est que l'érection pénienne de l'homme qui prouve juridiquement son intentionnalité. Enfin, le mari contraignant son épouse à un acte sexuel pénovaginal non consenti par celle-ci échappe au dispositif pénal, sauf en cas de « lésion corporelle ou [d'] atteinte à [s]a santé » <sup>19</sup>.

Les autres agressions sexuelles sont rangées sous un second article punissant les « attentats violents à la pudeur » englobant tous les actes non pénovaginaux. Aussi peuvent-ils être autant des pénétrations buccales ou anales forcées – même lorsque la victime est une femme –, des attouchements, des compressions péniennes et l'exhibitionnisme, que des actes commis par une femme sur un homme ou entre des individu-e-s du même sexe <sup>20</sup>. Pour constituer ce délit, la « consommation » érectile n'est pas obligatoire, ce qui permet également d'y inclure la tentative d'acte sexuel et « la brutalité dans les rapports conjugaux » <sup>21</sup>. En comparaison du viol, ces délits se voient punis par des minima pénaux moindres allant de trois jours d'emprisonnement à cinq ans de réclusion criminelle <sup>22</sup>.

Le droit pénal unifié suisse de 1942 supprime les 26 codes pénaux cantonaux de la Confédération helvétique et leurs profondes variations en matière de contraintes

---

15. Code pénal suisse (du 21 décembre 1937), FF, 1937 III, p. 695.

16. *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale* [ci-après BO], CN, séance du 14 mars 1929, p. 406 ; CÉ, séance du 23 septembre 1931, p. 188.

17. José HURTADO POZO, *Droit pénal. Partie spéciale*, Genève : Schulthess, 2009, p. 829.

18. Paul LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse. Partie spéciale*, Neuchâtel : Delachaux & Niestlé, tome I, 1955, p. 297-298.

19. Emil ZÜRCHER, *Code pénal suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, Berne : Staempfli, 1914, p. 207-208.

20. Paul LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse. Partie spéciale, op. cit.*, p. 302.

21. Emil ZÜRCHER, *Code pénal suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908, op. cit.*, p. 207-208.

22. Art. 188, Code pénal suisse (du 21 décembre 1937), FF, 1937 III, p. 695.

sexuelles. Par ailleurs, et pour rappel, au-delà de ces deux seuls articles, le CPS se caractérise par un nécessaire compromis entre deux traditions pénales différentes – française et allemande – pour forger une « dogmatique pénale » similaire<sup>23</sup>. Dans le cas des agressions sexuelles, nous assistons à un cumul de ces deux logiques pénales. Ainsi, la définition du viol comme ne concernant qu'une femme hors mariage contrainte à commettre un acte sexuel, au sens d'un coït potentiellement reproductif (« *aussereheliches Beischlaf* »), et la poursuite d'office sans le dépôt d'une plainte formelle reprennent la formulation du paragraphe 177 du Code pénal allemand de 1871-1872<sup>24</sup>.

Ce référentiel pénal avait été adopté dans la majorité des cantons germanophones. Mais, plus profondément, il s'est vu conforté par le droit français. Depuis 1832, le Code pénal français poursuit le viol à la suite d'une plainte, mais sans définir ses éléments constitutifs. En 1857, un arrêt de la Cour de cassation française considère que le viol est « l'abus sexuel par contrainte d'une personne et à forte gravité pour l'honneur de la famille et la victime »<sup>25</sup>. En conséquence, le viol, pour être reconnu comme tel, est un acte sexuel commis par un homme sur une femme contrainte et dont la principale conséquence pourrait être une grossesse déshonorant la famille. Aussi une jeune femme vierge violée perd-elle sa valeur patrimoniale pour sa famille, et le mariage avec le violeur peut devenir la meilleure réparation pour prévenir une « bâtardise » ou un scandale lors d'un procès<sup>26</sup>. Ce dispositif légal et jurisprudentiel est repris, en Suisse, par les codes des cinq cantons francophones, du Tessin (italophone), de Berne (bilingue allemand et français) et de Soleure (germanophone)<sup>27</sup>.

## I.2. Un dispositif au service de la famille restreinte (« *Kleinfamilie* »)

Avec la poursuite d'office dans les deux cas de violences sexuelles, le CPS marque une prise de distance avec « des arrangements plus ou moins inavouables entre la victime – ou sa famille – et l'agresseur [... créant] une situation privilégiée au profit du délinquant riche ou à son aise »<sup>28</sup>. Dans le même temps, le législateur helvétique opère une profonde distinction entre les femmes mariées ou non. En effet, dans le cas de contraintes sexuelles d'une femme en général, le bien juridique protégé ne s'avère pas être la victime, mais bien plus celui de sa famille pouvant perdre ainsi une valeur matrimoniale/virginale. Plus encore, si mariée, son « devoir conjugal » devient, en Suisse, inséré dans un eugénisme répondant aux impératifs de la « reproduction de la race »<sup>29</sup>.

23. Voir José HURTADO POZO, « Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité : réflexions sur la dogmatique pénale », *Revue pénale suisse*, 104 (1), 1987, p. 23-56.

24. Tanja HOMMEN, « Körperdefinition und Körpererfahrung. "Notzucht" und "unzüchtige Handlungen an Kindern" im Kaiserreich », *Geschichte und Gesellschaft*, 4, 2000, p. 577-601, p. 582.

25. Cité par Emil ZÜRCHER, *Code pénal suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, op. cit., p. 208.

26. Voir à ce propos Janine MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour. Les politiques de la sexualité en France (1950-2002)*, Paris : Petite Bibliothèque Payot, 2002 (éd. complétée), p. 226-227.

27. Emil ZÜRCHER, *Code pénal suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, op. cit., p. 208-209.

28. BO, CN, séance du 13 mars 1929, p. 378.

29. Sur la notion de race en Suisse, voir Véronique MOTTIER, « Eugenics, Politics and the State: Social Democracy and the Swiss "Gardening State" », *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 39, 2008, p. 263-269.

En conséquence, avec la mention explicite « hors mariage », l'article intitulé « viol » peut se voir comme un complément du CCS de 1907. En effet, celui-ci entérine la subordination de l'épouse au « chef de famille », tout en promouvant, paradoxalement, l'idée d'une solidarité entre les époux. Ainsi, le CCS de 1907, entré en vigueur en 1912, est marqué par le souci de promouvoir le modèle bourgeois et protestant de la famille restreinte comme socle de la société – un modèle néomalthusien considéré à même de contrer divers maux menaçant la société suisse sans pour autant peser économiquement sur les institutions publiques. Ce modèle de la « *Kleinfamilie* » se caractérise par une séparation stricte des sphères publiques et privées et par une distinction – ainsi qu'une complémentarité – des rôles de genre faisant essentiellement peser l'éducation des enfants sur les épaules de la « responsable du ménage »<sup>30</sup>.

Néanmoins, les auteurs du texte de 1907 se sont heurtés au problème de dispositions fédérales datant de 1881 garantissant des capacités d'actions pénales égales aux deux sexes et rendant peu légitime un tel maintien d'une tutelle sur les femmes. La solution adoptée, pour dépasser cette contradiction, consiste en l'affirmation d'un « intérêt supérieur du mariage » – prolongeant de facto la tutelle économique, politique, mais également sexuelle des épouses. Aussi, dans son projet de CCS du 16 juin 1904, le Conseil fédéral argumente-t-il :

[L]a femme mariée, quoiqu'elle ne soit pas sous la tutelle du mari, ne saurait jouir de la même indépendance que si elle était célibataire. Associée au destin de la communauté conjugale, elle se doit à celle-ci. Assurément, l'opinion générale est que les charges du mariage sont supportées par le mari ; il n'en peut pas moins exiger de sa femme qu'elle lui prêle assistance et qu'elle n'agisse pas à l'encontre des intérêts communs<sup>31</sup>.

## II. La remise en cause durant les années 1970

### II.1. La tenue d'une commission d'expert-e-s

Une première modification de la double norme punissant les actes sexuels commis sous contrainte s'inscrit dans le contexte plus global d'une révision de la *Partie spéciale* du CPS, qui comprend, entre autres, les « infractions contre les mœurs, crimes et délits contre la famille ». Au cours de l'été 1971, le Département fédéral de justice et police (DFJP) charge une commission d'experts, composée de 30 membres dont 6 femmes, d'examiner l'ensemble de ces dispositions sous la présidence du professeur de droit pénal bernois Hans Schultz (1912-2003). Ce dernier estime d'ailleurs qu'une telle révision est devenue nécessaire, tant celles-ci reflètent une pruderie datant de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle devenue, entretemps, totalement dépassée<sup>32</sup>.

L'agenda fédéral se voit également dicté par l'émergence d'un débat public sur l'interruption de grossesse et par l'activisme du nouveau mouvement féministe

30. David GUGERLI, « Das bürgerliche Familienbild im sozialen Wandel », in Thomas FLEINER-GERSTER, Pierre GILLIAND et Kurt LÜSCHER (dir.), *Familles en Suisse*, Fribourg : Éd. Universitaires, 1991, p. 59-74.

31. *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse (du 28 mai 1904)*, FF, 1904 I, p. 26-27.

32. Archives fédérales suisses [ci-après AFS] E 4001E#1988/20#99\*, Hans SCHULTZ, *Revision des Strafgesetzbuches (strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie)*, 26 janvier 1977, p. 33.

suisse<sup>33</sup>. En effet, dans le sillage de l'obtention du droit de vote et d'éligibilité féminin au niveau fédéral début 1971<sup>34</sup> – fort tardivement en comparaison de l'Allemagne (1918) et de la France (1944) –, les féministes de la « seconde vague » s'attachent à revendiquer des droits en matière de sexualité, de reproduction et contre toutes les formes de violences, qui accompagnent une critique de la sphère privée et, partant, de la conjugalité et de la famille<sup>35</sup>. C'est également dans le cadre de ces revendications sociales que va être adopté en 1981 un nouvel article constitutionnel sur l'égalité des sexes<sup>36</sup>. En outre, les travaux de la commission Schultz sont parallèles à ceux de la révision du droit de la famille lancée en 1968 par le DFJP. Celle-ci est menée en quatre étapes : droit d'adoption (1973), droit de filiation (1978), effets du mariage (1988) – dont nous verrons ensuite les incidences s'agissant du viol conjugal – et droit du divorce (2000).

La Commission révisé les 26 articles composant le droit pénal en matière sexuelle entre 1973 et 1976. En plus des contraintes sexuelles, l'âge de majorité sexuelle, la pornographie, le proxénétisme ou encore l'homosexualité sont assortis de modifications plus libérales et en phase avec la « révolution sexuelle » en cours<sup>37</sup>. Signe d'une modernisation du vocabulaire, l'ensemble est désormais intitulé « infractions contre l'intégrité sexuelle », pour bien distinguer le consentement du non-consentement à une relation sexuelle. S'agissant du viol, renommé en allemand « *Vergewaltigung* » (« viol ») au lieu de « *Notzucht* » (littéralement « contrainte sexuelle par une mise en état de détresse ») jugée archaïque, la Commission adopte une extension du statut de victime à « toute personne de sexe féminin » – ce qui maintient l'exception sexuée –, le viol entre époux poursuivi sur plainte, ainsi que des circonstances atténuantes.

L'introduction d'atténuations sur les peines entérine des arrêts du Tribunal fédéral les ayant admis, par exemple dans les cas où une femme consent à la relation sexuelle avant de se rétracter brusquement, ce qui la fait passer pour une « provocatrice »<sup>38</sup>. Plus profondément, et bien que non prévues dans le CPS de 1942, les circonstances atténuantes ont été largement appliquées par les juges helvétiques. En effet, les *Statistiques des condamnations pénales* entre 1950 et 1979 révèlent que la

33. Kristina SCHULZ, Lena SCHMITTER et Sarah KIANI, *Frauenbewegung – die Schweiz seit 1968. Analysen, Dokumente*, Archive, Baden : Hier & Jetzt, 2014.

34. Voir Brigitte STUDER, « L'État c'est l'homme. Politique, citoyenneté et genre dans le débat autour du suffrage féminin après 1945 », *Revue suisse d'histoire*, 46, 1996, p. 356-382.

35. Voir Carole VILLIGER, « Congrès, anti-congrès : deux vagues de féminisme », in ASSOCIATION SUISSE POUR LES DROITS DE LA FEMME/ SCHWEIZERISCHER VERBAND FÜR FRAUENRECHTE (Hrsg.), *Der Kampf um gleiche Rechte, Schweizerischer Verband für Frauenrechte*, Bâle : Schwabe Verlag, 2009, p. 226-233 ; Id., « Notre ventre, leur loi ! ». *Le mouvement de libération des femmes de Genève*, Neuchâtel : Alphil, 2009 ; Kristina SCHULZ, Lena SCHMITTER et Sarah KIANI, *Frauenbewegung – die Schweiz seit 1968. Analysen, Dokumente*, op. cit.

36. Elisabeth JORIS, « "Gleiche Rechte für Mann und Frau" : Vom spannungsgeladenen Zwist zur erfolgreichen Abstimmung », in ASSOCIATION SUISSE POUR LES DROITS DE LA FEMME/ SCHWEIZERISCHER VERBAND FÜR FRAUENRECHTE (Hrsg.), *Der Kampf um gleiche Rechte, Schweizerischer Verband für Frauenrechte*, op. cit., p. 234-245.

37. Julie DE DARDEL, *Révolution sexuelle et mouvement de libération des femmes à Genève (1970-1977)*, Lausanne : Antipodes, 2007.

38. AFS E4800.3#1993/17#127\*, Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches. Protokoll, 16. Sitzung vom 30. November / 1. Dezember 1973 in Chur, p. 144-146.

bonne moitié des peines prononcées pour viol – 50 cas annuels en moyenne – se voit assortie d'un sursis<sup>39</sup>.

## II.2. Les oppositions entre les logiques juridiques et de genre germaniques et françaises

Les questions du sexe de la victime et du viol conjugal ont suscité les plus vives controverses et permettent de mettre en évidence une opposition entre les expert-e-s germanophones et francophones. Ces désaccords éclairent, en outre, l'imbrication de divers enjeux de genre au cœur de la définition du viol. Ainsi, le débat sur le sexe de la victime se fonde sur une proposition écrite de l'Organisation suisse des homosexuels, connue sous l'acronyme germanophone de SOH, envoyée à Hans Schultz en novembre 1971<sup>40</sup>. Le but principal de cette association de lutte pour des droits homosexuels est la suppression de l'article pénal intitulé « débauche contre nature »<sup>41</sup>. De manière subsidiaire, la SOH réclame l'introduction d'un viol homosexuel en remplaçant la notion de « femme hors mariage » par « personne ».

Lors de la séance du 1<sup>er</sup> décembre 1973, cette proposition est plutôt bien accueillie par des expert-e-s à nette dominante alémanique. Il ressort que l'avantage de la formulation en « personne » est de pouvoir étendre l'article sur le viol à des actes commis sur des enfants, des femmes ou des hommes, mais aussi que l'agresseur peut être également de sexe féminin. Cette formulation épïcène est adoptée par neuf voix contre quatre<sup>42</sup>. C'est au cours de la discussion sur la portée pénale de l'article que le viol conjugal est proposé comme un nouvel alinéa spécifique. En effet, la notion de personne supprime le statut marital et englobe le viol entre époux dans les actes poursuivis d'office. Toutefois, plusieurs experts masculins soulèvent qu'une telle disposition peut mener des épouses à exercer des chantages lors de divorces ou, plus encore, à enquêter dans la sphère privée, puis argumentent que de tels procès pourraient causer encore plus de torts à une épouse violée et aux enfants du couple. En conséquence, il est adopté que le viol conjugal ne peut être poursuivi que sur plainte<sup>43</sup>.

L'ensemble de ces décisions est complètement remis en cause lors de la séance suivante, le 18 janvier 1974, par les expert-e-s francophones. Tout d'abord, c'est le viol conjugal qui est mis sur la sellette.

Dans le cas du mariage, les conjoints renoncent à la liberté de choisir leur partenaire sexuel. Dès lors, s'il y a viol entre époux, il y a peut-être atteinte à la liberté de

39. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, collection historique, *Statistiques de la criminalité en Suisse*, 1950-1968, *Les condamnations pénales en Suisse*, 1969-1979 ; pour une lecture complémentaire, voir Nicolas QUELOZ, « 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 Nicolas QUELOZ, Marcel Alexander NIGGLI et Christof RIEDO (dir.), *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Genève : Schulthess, 2012, p. 441-459.

40. Sur la SOH, voir Thierry DELESSERT et Michael VOEGTLI, *Homosexualités masculines en Suisse. De l'invisibilité aux mobilisations*, Lausanne : PPUR, 2012, p. 63-70.

41. Voir Thierry DELESSERT, « L'homosexualité dans le Code pénal suisse de 1942. Droit octroyé et préventions de désordres sociaux », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 131, 2016, p. 125-137.

42. AFS E4800.3#1993/17#127\*, Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches. Protokoll, 16. Sitzung vom 30. November / 1. Dezember 1973 in Chur, p. 143.

43. *Ibid.*, p. 137-139.

choisir le lieu ou le moment de l'acte sexuel ; au contraire, dans le viol extra-conjugal, c'est une atteinte à la liberté de choisir son partenaire en matière sexuelle. Mais cette différence de fait est négligée si l'on incrimine le viol aussi bien entre époux qu'extra-conjugal<sup>44</sup>.

Dans la même veine, les expert-e-s romand-e-s invoquent la « pratique de la justice française, [en] constat[ant] qu'elle a toujours refusé d'entrer en matière sur le viol entre époux, bien que l'article 330 du Code pénal [français] soit théoriquement applicable »<sup>45</sup>, sauf s'il s'agit d'actes « contraires à la fin légitime du mariage » – donc la procréation. Celles/ceux-ci demandent de réintroduire la notion de « femme hors mariage », dans le but d'éviter « d'intervenir dans la vie intime des conjoints » ou encore « scandalisé[e-s] que l'on mette le viol d'une femme sur le même pied que le viol pédérastique »<sup>46</sup>. Le bien juridique à protéger ressort donc le mariage monogame, hétérosexuel et inégalitaire, tel que défini par le CCS de 1907. En effet, le juge civil (en allemand « *Eheschutzrichter* », littéralement « juge de protection du mariage ») a pour mission – jusqu'en 2000, date de l'introduction du divorce par consentement mutuel – de préserver l'union maritale *via* des mesures protectrices pour les épouses ou d'assistances éducatives pour les enfants.

En conséquence, par dix-sept voix et six abstentions, la notion de « personne » est complétée pour devenir « personne de sexe féminin », ce qui constitue un quasi-retour à la situation initiale, et la notion de « hors mariage » est ensuite réintroduite<sup>47</sup>. Un dernier renversement de situation se produit lors de la seconde lecture de l'article sur le viol, le 21 janvier 1976. Les six expertes féminines, à majorité germanophones, s'unissent pour remettre en cause la notion de « hors mariage » en arguant qu'une épouse a également le droit au consentement à un acte sexuel. De leurs points de vue, il est injuste de laisser *a priori* les maris hors du champ d'application de la loi et de considérer les épouses plus à même d'exercer des chantages. Par ailleurs, elles soulèvent l'injustice faite dans la distinction entre le concubinage et le mariage, alors que ces deux modes d'unions sont de fait similaires<sup>48</sup>.

Les questions du libre consentement d'une femme mariée à l'acte sexuel et de son droit de refus sont donc devenues des plus aigües. Il se produit ainsi un ralliement des expert-e-s germanophones à l'idée de punir les viols conjugaux. Pour leur part, les expert-e-s francophones continuent à se ranger derrière l'interprétation du droit français, tout en se montrant bien moins inflexibles sur le maximum des peines entre le viol et la « contrainte à un autre acte d'ordre sexuel » – la nouvelle dénomination des précédents « attentats violents à la pudeur ». Ce faisant, il en résulte un nouveau consensus entre les expert-e-s : suppression de la notion de « hors mariage », mais sous la condition de l'introduction de la poursuite sur plainte en cas de viol conjugal. Au final, après relecture et validation de l'ensemble des décisions précédentes –

44. AFS E4800.3#1993/17#127\*, Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches. Protokoll, 17. Sitzung vom 18. Januar 1974 in Bern, p. 150.

45. *Ibid.*, p. 151.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*, p. 153-156.

48. AFS E4800.3#1993/17#128\*, Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches. Protokoll, 31. Sitzung vom 21. Januar 1976 in Bern, p. 717-720.

consacrant que seule une femme puisse être la victime d'un viol – l'article adopté par la commission Schultz a la facture suivante :

Art. 191, Viol :

1. Celui qui, usant de violence ou de menace grave, ou ayant mis une personne du sexe féminin hors d'état de résister, l'aura contrainte à l'acte sexuel, sera puni de la réclusion pour dix ans au plus.

2. Si la victime a, par son comportement, laissé croire à l'auteur qu'elle serait consentante ou s'il existe entre eux des rapports personnels qui rendent l'acte moins grave, la peine sera l'emprisonnement.

3. Le viol conjugal n'est poursuivi que sur plainte <sup>49</sup>.

### III. La procédure de consultation et la prise de position du Conseil fédéral

#### III.1. Une consultation controversée

Selon le processus législatif suisse, la procédure de consultation est une étape consistant à recueillir les avis « des acteurs intéressés » – cantons, partis politiques, associations et groupements jugés concernés – sur des avant-projets de loi avant que ceux-ci ne soient examinés par le Parlement fédéral<sup>50</sup>. Le Conseil fédéral envoie l'avant-projet de la commission Schultz le 18 février 1981, avant d'en avoir officiellement pris connaissance<sup>51</sup>. Les résultats de cette procédure sont publiés en 1983 et dévoilent des avis contrastés. Alors que le courage de la Commission est à maintes reprises salué pour avoir abouti sur un texte dépénalisant un grand nombre de comportements sexuels lorsqu'ils sont librement consentis, l'avant-projet est parfois considéré trop en avance sur son temps, mais, plus encore, comme une invitation à commettre des actes sexuels contraires à la morale familiale/liste. Ainsi, les décisions novatrices de la commission Schultz, tels l'abaissement de la majorité sexuelle à 14 ans, la suppression de l'article sur l'homosexualité ou encore la modification de l'article sur l'inceste, sont perçues par certains acteurs comme excessives et à même d'entraîner une « dégradation des mœurs »<sup>52</sup>.

S'agissant de la pénalisation du viol conjugal, plusieurs cantons, partis et organes intéressés émettent des réserves à son sujet, voire invitent à sa suppression. Une majorité de répondants – dont toutes les organisations féminines majeures<sup>53</sup> – se prononce, en revanche, en faveur de son maintien. Parmi les problèmes soulevés par les opposants à la pénalisation du viol conjugal et dans les avis mitigés, nous retrouvons ceux déjà évoqués par certain-e-s expert-e-s de la commission Schultz –

---

49. Archives Arcados, Bâle, *Rapport explicatif relatif aux Avant-projets de la Commission d'experts pour la révision du Code pénal. Annexe*, n. d [1980], p. 20.

50. Voir Jeremias BLASER, « Le système de consultation en Suisse : esquisse réflexive d'une analyse empirique », *A contrario*, 1 (1), 2003, p. 11.

51. AFS E4110B#1990/139#102\*, Eidgenössisches Justiz – und Polizeidepartement, Einladung zur Vernehmlassung, 18. Februar 1981.

52. AFS E4110B#1990/139#102\*, Réponse du gouvernement de la République et canton du Jura au Département fédéral de justice et police concernant la modification du Code pénal suisse, 27 octobre 1981, p. 2.

53. La Commission pour les questions féminines de l'Union démocratique du centre (UDC), l'Alliance des sociétés féminines suisses, la Fédération suisse des femmes protestantes, la Ligue suisse des femmes catholiques (ces dernières avec une petite réserve néanmoins) et la Commission fédérale pour les questions féminines, première institution fédérale de promotion des droits des femmes.

des problèmes constituant de véritables impasses juridiques selon eux. Aussi la crainte d'une irruption du pénal dans la sphère du civil est-elle souvent évoquée.

On peut se demander si la pénalisation du viol d'une femme mariée n'exigerait pas que le droit civil également lui donne un droit au divorce. Le Code civil ne connaît toutefois pas de motif de divorce pour viol. Il devrait suffire de rendre le viol conjugal punissable sur plainte uniquement lorsque les époux ne font pas ménage commun, c'est-à-dire quand la communauté de vie a *de facto* cessé<sup>54</sup>.

Par ailleurs, la pénalisation du viol conjugal signifierait également une remise en question du rôle du juge matrimonial comme arbitre légitime lors d'une procédure en divorce. Enfin, certains craignent explicitement pour la pérennité de l'institution du mariage.

Dans les cas de familles déchirées, des bagatelles peuvent se transformer en conflits pénaux. L'institution matrimoniale se retrouve par là inutilement affectée. Dans de tels cas, il sera toujours difficile de fournir la preuve d'un comportement délictueux dans la sphère intime. Dans la plupart des cas, celle-ci pourra être traînée en public de manière quasi illimitée. Or c'est justement la sphère privée et intime du mariage qui doit être prise en compte, même dans un mariage brisé<sup>55</sup>.

Malgré une majorité numérique se ralliant en faveur de la répression du viol conjugal, le Conseil fédéral (CF) semble avoir été marqué par les arguments des opposants, puisque dans son projet de loi de 1985, il juge « prépondérants » plusieurs problèmes. Ceux de la preuve, notamment, de l'ingérence dans la sphère privée, au risque de briser un mariage fragilisé, du risque d'abus pour appuyer une procédure en divorce, puis du potentiel préjudice causé aux enfants confrontés à une plainte pour viol conjugal. Aussi ces arguments sont-ils évoqués par le CF pour justifier son rejet de la proposition de la commission d'experts dans son projet de loi<sup>56</sup>.

### III.2. Le mariage. Une institution en danger ?

Tant les travaux de la commission Schultz que les résultats de la procédure de consultation et le *Message* du CF démontrent que les craintes formulées sur la définition du viol vont de pair avec des soucis touchant l'institution du mariage. En replaçant ces débats dans le cadre de la révision du CCS qui remet fondamentalement en question le rôle du CPS comme un « garde-fou » de certaines « mœurs et valeurs », nous sommes amenés à considérer les obstacles juridiques évoqués comme des problèmes dépassant la seule question du viol et faisant émerger un enjeu plus profond : celui de la définition du mariage.

En se plaçant du point de vue des autorités helvétiques, nous pouvons mettre en évidence que le viol conjugal imbrique trois thématiques : la préservation du mariage, le rôle du juge civil et la question de la preuve. Celles-ci sont à mettre en perspective avec l'émergence de la problématique des violences faites aux femmes

54. AFS E4110B#1990/139#102\*, Jugendgericht Bern-Mittelland, Revision des ersten, fünften und sechsten Titels der besonderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, 28. August 1981, p. 9.

55. AFS E4110B#1990/139#102\*, Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri, Vernehmlassung zur Revision des Strafgesetzbuches und der entsprechenden Bestimmungen des Militärstrafgesetzes, 5. Oktober 1981, p. 6.

56. 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, 1985 II, p. 1088.

en Suisse, tout autant qu'avec les temporalités des révisions du CCS pour mieux restituer des dialectiques plus subtiles entre les normes juridiques pénales et civiles. Rappelons tout d'abord que les révisions des parties du CCS sur les effets du mariage et du droit du divorce ne vont être adoptées respectivement qu'en 1988 et 2000. En effet, ce n'est qu'au début des années 1980 que des changements législatifs commencent à être envisagés avec la révision du Code de la famille qui se doit d'introduire le principe constitutionnel sur l'égalité des sexes. La norme juridique en vigueur durant les travaux de la commission Schultz, la procédure de consultation, la présentation du projet de loi, ainsi que, comme nous le verrons par la suite, les débats au sein du CÉ, n'envisage pas encore une parité entre les époux et, encore moins, la possibilité d'une dissolution d'un mariage par « consentement mutuel ».

Concernant le divorce, il est du devoir du juge civil d'apprécier et de soupeser les motifs des époux pour dissoudre leur union maritale. L'intervention du juge ne peut survenir que lors d'une violation par l'un ou l'autre des époux de leur « devoir de famille », tels la fidélité, le devoir d'assistance, le respect de l'autorité maritale ou encore en cas d'atteinte ou menace contre l'intégrité physique, morale ou économique de l'un-e des conjoint-e-s. Le CCS de 1907 a donc enraciné légalement les bases morales définissant la nature juridique de la relation familiale, en se basant sur la croyance d'un bien commun supérieur à l'individu et nécessaire à l'ordre social qui ne peut être assuré que par l'institution de la famille conjugale. De ce fait, jusqu'à la fin du xx<sup>e</sup> siècle, le mariage est considéré comme une unité indissoluble.

Ensuite, le problème de la preuve est un thème ancien et récurrent dans les affaires d'agressions sexuelles<sup>57</sup> et au centre de normes et de représentations différentes sur les sexualités féminines et masculines, ce que dénoncent les écrits féministes « classiques »<sup>58</sup>. Il résulte en effet que la « preuve » tend à consacrer la séparation sexuée des sphères – celle-ci devant être amenée par les femmes –, mais plus encore assoit la sphère privée comme le lieu d'exercice légitime de la « domination masculine »<sup>59</sup>. Par ailleurs, au moment de la publication du *Message* du CF, les violences à l'encontre des femmes peinent encore à être admises comme un problème public<sup>60</sup> et l'activisme des associations de défense des victimes, essentiellement présentes dans quelques grandes villes, n'est pas encore reconnu « légitime » au niveau fédéral. L'argument du « problème de la preuve » en cas de viol conjugal peut ainsi être déployé d'une manière difficilement imaginable actuellement<sup>61</sup>. Enfin, les débats publics et politiques suisses contrastent avec la France. En effet, depuis le procès d'Aix-en-Provence de 1978 criminalisant le viol, une très nette majorité de

57. Georges VIGARELLO, *Histoire du viol. xv<sup>e</sup>-xx<sup>e</sup> siècles*, Paris : Seuil, 1998 ; Christine KÜNZEL (Hrsg.), *Unzucht – Notzucht – Vergewaltigung. Definitionen und Deutungen sexueller Gewalt von der Aufklärung bis heute*, Francfort : Campus Verlag, 2003.

58. Liz KELLY, *Surviving Sexual Violence*, Cambridge : Polity Press, 1988 ; Catharine MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge (MA) : Harvard University Press, 1991.

59. Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris : Seuil, 1998.

60. Joseph GUSFIELD, *The Culture of Public Problems. Drinking-Driving And The Symbolic Order*, Chicago : The University of Chicago Press, 1981.

61. Voir Marylène LIEBER et Marta ROCA I ESCODA, dossier « Violences envers les femmes en Suisse », *REISO. Revue d'information sociale* [en ligne], 2015, <<http://www.reiso.org/spip.php?article5321>>.

député-e-s et de sénateurs/trices s'engagent en faveur d'une définition et d'une poursuite étendue du viol, englobant autant l'imitation d'objets que le viol conjugal, et d'une mise en égalité juridique avec une définition large des attentats à la pudeur<sup>62</sup>. En résulte la Loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs<sup>63</sup>.

#### IV. La phase parlementaire

##### IV.1. Le viol conjugal comme un impensable politique et juridique

Le projet du CF est d'abord examiné par la commission pré-parlementaire du CÉ. Celle-ci y présente ses conclusions lors de sa session d'été de 1987. Concernant le viol conjugal, une majorité de la commission s'oppose à sa pénalisation, en réaffirmant la non-intervention de l'État dans la sphère privée. Les débats dans les chambres fédérales sont toutefois bien plus qu'une simple redite d'arguments. S'ils prolongent les étapes précédentes, ils sont d'une valeur cruciale pour statuer législativement sur les limites du droit de regard de l'État, sur la définition du mariage et sur la place des femmes au sein de celui-ci.

Pour les opposants à la pénalisation, il est impensable qu'un viol puisse avoir lieu dans un mariage considéré juridiquement non dissout. Des relations sexuelles imposées relèveraient dans ce cas davantage d'une « injure grave, un profond manque de respect à l'égard de son conjoint »<sup>64</sup>. Le délit pénal est, quant à lui, considéré incompatible avec la définition du mariage, comme le mentionne le rapporteur de la commission.

Nous ne voyons pas quelle est la signification d'un mariage où une femme introduit une action pénale contre son mari pour cela. Nous ne voyons pas ce qu'il subsiste d'un mariage<sup>65</sup>.

Cette vision du mariage comme une union indissoluble entre un homme et une femme qu'il convient de sauvegarder et de promouvoir transparait encore clairement dans le *Message* suivant du Conseil fédéral de la fin du xx<sup>e</sup> siècle :

Le devoir du législateur est sans conteste d'aider les époux à surmonter leurs difficultés lors d'une crise familiale [...]. Il n'en demeure pas moins qu'une union conjugale qui a définitivement échoué et qui est privée de toute justification interne doit pouvoir être dissoute [...]. La mise en place d'une simple procédure administrative n'est pas satisfaisante [...]. L'échec définitif du mariage devra par conséquent être constaté par un juge. Cette solution permet d'éviter un divorce précipité<sup>66</sup>.

La volonté de durabilité du lien matrimonial se retrouve également lors du changement de loi sur la majorité civile et la capacité matrimoniale<sup>67</sup>.

---

62. Voir notamment, JO, AN, séance du 11 avril 1980, p. 323-353.

63. Loi n° 80-1041, JORF du 24 décembre 1980, p. 3028-3029.

64. BO, CÉ, séance du 18 juin 1987, p. 388.

65. *Ibid.*

66. Message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF, 1996 I, p. 27-28.

67. Notons que l'âge de capacité matrimoniale fixé par le CCS de 1907 s'élevait à 20 pour les hommes et 18 pour les femmes et n'a été modifié qu'en 1993 lors de la révision du droit de la famille.

La possibilité d'une émancipation matrimoniale des femmes âgées de 17 à 18 ans (art. 96, 2<sup>e</sup> al., CC) est abandonnée. Son maintien, ainsi que son extension aux hommes, n'a été requise que par quelques rares organismes dans la procédure de consultation. La grande majorité des personnes consultées étaient d'accord pour admettre qu'il convient d'y renoncer. Compte tenu du fait que le taux des divorces est d'autant plus élevé que les mariages sont conclus entre de très jeunes conjoints, il n'y a pas lieu d'étendre davantage les possibilités de contracter mariage<sup>68</sup>.

L'impossibilité juridique d'un viol commis dans une union considérée intacte, ainsi que la crainte de voir le CPS empiéter sur le CCS, se donnent également à voir dans les alternatives proposées au CÉ afin de néanmoins le punir. Ainsi, un sénateur propose de s'en remettre aux articles sur la protection de la personnalité et sur la protection de l'intégrité corporelle du CPS, ou encore aux dispositions de protection matrimoniale du CCS<sup>69</sup>. Pour un autre, il faudrait faire dépendre la possibilité d'une pénalisation d'une décision du juge matrimonial<sup>70</sup>. Il s'agirait donc de définir clairement les contours des juridictions pénales et civiles comme le propose un énième conseiller aux États.

On pourrait peut-être établir la règle générale suivante : l'épouse qui veut sauver et s'accrocher au mariage ira plutôt chez le juge matrimonial. Si la rupture est déjà avancée au point qu'on prévoit un divorce, alors on appellera le juge pénal<sup>71</sup>.

Les parlementaires se prononçant clairement en faveur de la pénalisation du viol conjugal vont user de plusieurs principes légaux, dans le but de définir de manière alternative la sphère d'application du CPS. Principe de protection des victimes, d'abord, qu'une non-pénalisation du viol conjugal reviendrait à ignorer<sup>72</sup>. Principe de cohérence, ensuite, par une non-compatibilité avec l'article 4 de la Constitution suisse garantissant l'égalité entre les sexes adopté en 1981<sup>73</sup>. Principe de non-congruence, enfin, avec le droit à la protection de l'intégrité sexuelle censée garantie par le nouveau droit pénal en matière sexuelle en cours de discussion.

Nous avons souligné à maintes reprises ces derniers jours que le droit pénal se doit de protéger la dignité et la protection de chaque être humain, y compris son intégrité sexuelle, et par là également l'intégrité de la femme. Dans ce cas [...], le droit de la personnalité doit suffire comme justification pour la pénalisation du viol conjugal<sup>74</sup>.

Les parlementaires en faveur d'une pénalisation insistent en outre sur la portée symbolique d'un droit pénal devant « ancrer [...] un droit fondamental assuré à chaque être humain » et « indiquer les limites d'un comportement acceptable ou non »<sup>75</sup>. Ce faisant, ils et elles vont s'immiscer dans une (re)définition des frontières entre le droit pénal et le droit civil. En effet, la sénatrice démocrate-chrétienne lucernoise Josi Meier, qui soutient par ailleurs la poursuite sur plainte du viol conjugal, propose une

---

68. Message concernant la révision du Code civil suisse (abaissement de l'âge de la majorité civile et matrimoniale, obligation d'entretien des père et mère) du 17 février 1993, FF, 1993 I, p. 1106.

69. BO, CÉ, séance du 18 juin 1987, p. 395.

70. *Ibid.*, p. 397.

71. *Ibid.*, p. 393.

72. *Ibid.*, p. 395-396.

73. *Ibid.*, p. 396.

74. *Ibid.*, p. 391

75. *Ibid.*, p. 395-396.

alternative au cas où la pénalisation échouerait : il s'agit de poursuivre sur plainte le viol « entre époux autorisés à vivre séparés »<sup>76</sup>.

Cette proposition, qui fait dépendre la poursuite d'une prononciation préalable d'un juge civil quant à une potentielle rupture, trouve un écho favorable auprès de plusieurs membres du CÉ<sup>77</sup>. Ainsi, cette première issue, adoptée par vingt-deux voix contre neuf [sur quarante-quatre membres], préserve les prérogatives du juge aux affaires matrimoniales sur l'appréciation de la validité des motifs pour une séparation ou un divorce. Toutefois, la proposition de la conseillère aux États ouvre une brèche sur la possibilité d'un viol commis dans le cadre de relations conjugales, certes mises à mal, et autorise le regard de l'État sur une institution privée et intime.

#### IV.2. Une timide reconnaissance du viol conjugal sous conditions

À l'inverse de la majorité de la commission du CÉ, l'ensemble de la commission pré-parlementaire du CN estime que le viol conjugal doit être poursuivi. La notion de contrainte est en outre élargie. Le rapporteur de la commission du CN signale enfin la suppression des alinéas sur les circonstances atténuantes en cas de contraintes sexuelles prévoyant une diminution de peine dans le cas où auteur et victime entretenaient des « rapports personnels rendant l'acte moins grave ». En effet, « dès que reconnue, la gravité de l'acte de contrainte ne justifie plus une telle réserve »<sup>78</sup>.

Les prises de position de la Commission des affaires juridiques du CN se distinguent nettement de celle du CÉ et du Gouvernement suisse à l'époque de son *Message*, en condamnant unanimement le viol conjugal. Ce faisant, elle octroie *a posteriori* une légitimité renouvelée à l'avant-projet de la commission Schultz vu plus haut, tout autant qu'aux positions en faveur de la pénalisation exprimées lors de la procédure de consultation. Néanmoins, la majorité de la commission estime qu'une poursuite sur plainte doit suffire, tandis qu'émerge parmi les positions minoritaires la proposition d'une poursuite d'office du viol conjugal<sup>79</sup>. Déjà revendiquée par la Commission fédérale pour les questions féminines lors de la procédure de consultation, cette conception repose essentiellement sur deux idées. D'une part, il convient de reconnaître la poursuite du viol comme relevant d'un intérêt public – le viol devenant ainsi un problème de société avec une poursuite d'office revêtant une dimension préventive<sup>80</sup>. Nous pouvons percevoir ici l'influence d'une légitimation grandissante du problème des violences conjugales, mais aussi une continuité avec les arguments des années 1930, vus plus haut, voulant éviter des arrangements à l'amiable. D'autre part, la poursuite d'office est considérée nécessaire pour établir une cohérence avec le droit du mariage révisé instituant l'égalité paritaire entre les époux dès 1988<sup>81</sup>.

76. Proposition de la Minorité III (Meier Josi), BO, CÉ, séance du 18 juin 1987, p. 387.

77. BO, CÉ, séance du 18 juin 1987, p. 389, 393-394 et 397-398.

78. BO, CN, séance du 12 décembre 1990, p. 2302.

79. Ceci avec deux variantes : poursuite d'office avec délai d'opposition pour la victime (proposition Jeanprêtre) et poursuite d'office sur demande de la victime uniquement (proposition Eppenberger), BO, CN, séance du 12 décembre 1990, p. 2253 et 2302.

80. BO, CN, séance du 12 décembre 1990, p. 2304, 2312-2314 et 2317-2318.

81. *Ibid.*, p. 2256, 2319-2320 et 2315-2316.

Cette modification du CCS offre un nouveau référentiel pour certain-e-s parlementaires requérant une égalité de traitement pour les épouses. En effet, l'égalité entre époux octroie un statut de sujet juridique aux femmes mariées, qui permet de concevoir les relations sexuelles dans un couple non seulement comme un « devoir » – une « soumission librement consentie »<sup>82</sup> –, mais aussi comme un droit à l'auto-détermination des femmes au sein de l'institution maritale<sup>83</sup>. Malgré l'unanimité sur le principe de pénalisation du viol conjugal et en dépit du lobbysme de plusieurs élu-e-s pour faire accepter la poursuite d'office, leurs arguments se heurtent à un souci de protection du mariage. Celui-ci est tantôt exprimé de manière explicite<sup>84</sup>, tantôt de manière sous-jacente par des rhétoriques soulignant l'importance de laisser aux épouses une plus grande liberté d'appréciation.

Bien que favorables à une protection de la liberté des épouses, les député-e-s opposé-e-s à la poursuite d'office continuent de se ranger derrière des conceptions normatives de longue date restreignant de fait cette même « liberté ». Outre l'argutie récurrente de la protection des enfants contre les désagréments d'une telle procédure<sup>85</sup>, certains parlementaires évoquent les risques d'une dénonciation par des tiers, bien ou mal intentionnés, qui pourrait ouvrir la porte à une intrusion sociale généralisée dans les affaires conjugales<sup>86</sup>, mais aussi ceux de railleries et calomnies susceptibles d'accompagner des procès dans certains villages<sup>87</sup>. Enfin, la possibilité d'une réconciliation entre époux et d'une sauvegarde de l'union – toutes deux supposées relevant du libre arbitre de l'épouse – sont réaffirmées comme autant d'arguments en faveur de la poursuite uniquement sur plainte<sup>88</sup>.

Aussi indissolubilité du mariage et pénalisation du viol conjugal se côtoient-ils dans un ensemble de référentiels qui tend à réaffirmer les rôles et les responsabilités des épouses vis-à-vis de l'institution matrimoniale. De manière paradoxale, les « intérêts supérieurs du mariage » ayant servi à justifier un inégal traitement entre époux dans le CCS de 1907, se retournent à l'encontre d'épouses supposées plus à même d'attaquer en justice leurs maris. Au final, la position atténuée s'agissant du viol conjugal est adoptée au Parlement. Le texte accepté en 1992 se présente comme suit :

Art. 190, Viol :

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

---

82. Geneviève FRAISSE, *Les deux gouvernements : la famille et la cité*, Paris : Gallimard, 2001 ; Carol PATEMAN, *The Sexual Contract*, *op. cit.*

83. Pour une réflexion approfondie du devoir conjugal dans le droit français, voir Jean-Michel BRUGIÈRE, « Le devoir conjugal. Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 10.

84. BO, CN, séance du 11 décembre 1990, p. 2256 ; séance du 12 décembre 1990, p. 2311, 2315 et 2318-2319.

85. BO, CN, séance du 11 décembre 1990, p. 2255 et 2260 ; séance du 12 décembre 1990, p. 2302 et 2314-2315.

86. BO, CN, séance du 12 décembre 1990, p. 2314-2315.

87. *Ibid.*, p. 2319.

88. BO, CN, séance du 11 décembre 1990, p. 2255 ; séance du 12 décembre 1990, p. 2310.

2. L'acte sera poursuivi sur plainte si l'auteur est marié avec la victime et s'il fait ménage commun avec elle. Le droit de porter plainte se prescrit par six mois. L'article 28, 4<sup>e</sup> alinéa, n'est pas applicable.

3. Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la réclusion pour trois ans au moins. L'acte est dans tous les cas poursuivi d'office<sup>89</sup>.

Il est à noter que ce consensus relève d'un « triangle de velours » fort similaire aux analyses d'Alison Woodward sur les politiques publiques genrées européennes<sup>90</sup>. En effet, la presse alémanique salue les décisions parlementaires sur le viol conjugal en les attribuant à deux élues emblématiques, bien que soulignant la progression d'élues de tous bords politiques, les démocrates-chrétiennes : Josi Maier, vue plus haut, et la lucernoise Judith Stamm<sup>91</sup>. Pour autant, cette double référence ne doit pas être prise pour une vérité intangible, car le Parti démocrate-chrétien se montre encore actuellement comme le « gardien de la famille » hétérosexuelle. Néanmoins, elle révèle une logique bien plus ténue : ces élues appartiennent à la première ou deuxième génération du mouvement féministe, à comprendre, en Suisse, comme « l'ensemble des groupements et organisations ayant pour but d'améliorer la position sociale, politique et civile des femmes suisses »<sup>92</sup>.

## Conclusion

La séparation entre les sphères juridiques publiques et privées, tout comme la contrainte validée par un droit civil encadrant le mariage, ont durablement occulté les violences maritales. En retour, la problématisation du viol encore confirmée dans l'actuel CPS a contribué à renforcer cette dichotomie et à enfermer toute forme de violence conjugale dans la sphère privée. Bien que le CPS de 1942 ait inscrit différentes punitions dans les relations de couple, tels l'adultère et l'atteinte à l'honneur sexuel, l'acceptation des violences conjugales, et plus spécifiquement du viol conjugal, est tardif.

La reconnaissance d'un viol conjugal s'opère en Suisse par des controverses juridictionnelles, mais non par des juriciarisation françaises<sup>93</sup>. Aussi la question qui a retenu le plus longtemps l'attention des expert-e-s et député-e-s est-elle moins celle du viol *per se*, mais bien plus la définition du mariage. Il s'est opéré ainsi un double mouvement, sous le couvert de la même définition du mariage : à la fois, pour remettre en question le droit à la protection de l'intégrité sexuelle de toutes les femmes, mais aussi pour délégitimer la pénalisation du viol conjugal et l'intervention d'office de l'État sous le couvert d'une union indissoluble. Ironiquement, alors que le

---

89. « Code pénal suisse, Code pénal militaire (Infractions contre l'intégrité sexuelle). Modification du 21 juin 1991 », FF, II, 1991, p. 1448-1449.

90. Alison WOODWARD, « Building Velvet Triangles: Gender and Informal Governance », in Thomas CHRISTIANSEN et Simona PIATTONI (eds.), *Informal Governance in the European Union*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2003, p. 76-93.

91. « Eidgenössische Abstimmung vom 17. Mai », *Neue Zürcher Zeitung*, 19 mai 1992, p. 21.

92. Elisabeth JORIS, « Mouvement des femmes », *Dictionnaire historique de la Suisse*, <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/F/F16497.php>>.

93. Jean BÉRARD, *La justice en procès*, Paris : Presses de Sciences Po, 2014.

lien entre le viol et l'institution matrimoniale a été rendu saillant par les milieux – cantons, organisations, partis, député-e-s – que l'on pourrait qualifier « conservateurs/trices », cette imbrication entre viol(ence) et mariage renvoie aux critiques féministes des formes d'oppression plus ou moins diffuses. En analysant la circulation entre les normes juridiques pénales et civiles et la mobilisation du droit dans un contexte précis, celui du travail législatif pour réviser le CPS, nous avons mis en lumière des mécanismes subtils de fabrication des rapports sociaux de sexe.

L'histoire ne s'arrête toutefois pas à 1992 : en décembre 1996, deux initiatives parlementaires exigeant la poursuite d'office d'actes de violences conjugales (viol, contrainte sexuelle, lésions corporelles simples), y compris entre conjoints séparés ou divorcés, sont déposées au CN. Le projet d'article pénal<sup>94</sup>, élaboré à la suite de l'adoption de ces initiatives, ainsi que la prise de position du CF à son propos<sup>95</sup>, témoigne d'un changement de paradigme majeur quant à la manière de comprendre les violences faites aux femmes. La sphère privée, domestique, est désormais reconnue comme représentant un lieu clé d'exercice de ces violences notamment à la suite des résultats de l'enquête nationale *Domination et violence envers la femme dans le couple*<sup>96</sup>. Le Gouvernement suisse déclare ainsi que « la protection du couple et de la famille ne signifie pas que la relation de couple est *de facto* un espace en marge du droit »<sup>97</sup>.

La nouvelle mouture du CPS entrée en vigueur en 2004 étend la poursuite d'office aux menaces et voies de fait. Elle comporte néanmoins une possibilité de suspendre, voire de classer, la procédure à la demande de la partie plaignante avec l'accord du juge, hormis dans les cas de viol et de contrainte sexuelle. Dès lors, si la gravité du viol conjugal et des formes de violence est incontestée, la volonté de conservation du couple s'exprime désormais en des termes plus « techniques », telle la suspension de procédure, mais aussi par une non-remise en cause d'un viol péno-vaginal, ce qui tend à nous montrer encore tout le poids de la sphère civile sur le pénal dans ce domaine.

---

94. Initiatives parlementaires 96.464 & 96.465 (von Felten), Rapport de la CAJ-CN du 28 octobre 2002.

95. Initiatives parlementaires 96.464 & 96.465, *op. cit.*, Avis du CF du 19 février 2003.

96. Lucienne GILLIOZ, Jacqueline DE PUY et Véronique DUCRET, *Domination et violence envers la femme dans le couple*, Lausanne : Payot, 1997.

97. Avis du CF du 19 février 2003, *op. cit.*, p. 1781.

## ■ Les auteur-e-s

**Geraldine Brown** est doctorante à l'Institut des Études genre de l'Université de Genève et chargée de projets au Bureau pour la promotion de l'égalité entre femmes et hommes et de prévention des violences domestiques. Sa thèse porte sur les redéfinitions du viol au cours de la révision du Code pénal suisse dans les années 1970-1990 et sur le rôle des militantes soutenant les droits des femmes au cours de ce processus. Ses récentes communications sont :

- « Criminalising Marital Rape: A Look at Women's and Feminist Advocacy in the Swiss Legislative Arena », 5<sup>th</sup> European Conference on Politics and Gender, Lausanne, juin 2017 ;
- « Entre mariage et morale : le viol dans la procédure de consultation de 1981 », colloque « Genre des violences / Violences de genre », Lausanne, novembre 2016 ;
- « Entre droits des femmes et droit du mariage : la reconnaissance juridique du viol conjugal en Suisse », 6<sup>e</sup> Congrès de l'Association française de sociologie, juillet 2015.

**Thierry Delessert** est docteur ès sciences politiques de l'Université de Lausanne et historien. Actuellement, il est chercheur postdoctoral au Centre en Étude Genre de l'Université de Lausanne. Ses recherches portent sur les croisements entre le droit, la politique et la médecine en tant que producteurs de genre et sur l'histoire des homosexualités en Suisse au XX<sup>e</sup> siècle. Il a récemment publié :

- « Le VIH/sida en Suisse. Préventions et visibilités publiques originales », in Sandra SUNIER (dir.), *SIDA. Une lutte en images*, Genève : Musée international de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, 2017 ;
- « L'homosexualité dans le Code pénal suisse de 1942. Droit octroyé et préventions de désordres sociaux », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 131, 2016 ;
- « La révision du droit pénal suisse et les débuts d'un lobbysme homosexuel (1974) » (avec Céline NAEF), *Annuaire suisse d'histoire économique et sociale*, 31, 2016.

**Marta Roca i Escoda** est docteure en sociologie de l'Université de Genève. Actuellement, elle est la codirectrice du Centre en Études Genre de l'Université de Lausanne. Ses recherches portent sur les mobilisations du droit et l'action publique dans une perspective de genre et des sexualités. Elle a récemment publié :

- « L'utilisation politique du langage moral de la reconnaissance : une neutralisation du concept de discrimination ? », *Genre, sexualité et société* [En ligne], 15, 2016 ;
- « Nouvelles modalités d'entrer en parenté et d'établir la filiation. La maternité partagée par les couples lesbiens en catalogne », *Journal des anthropologues*, 144-145, 2016 ;
- « L'expérience juridique de l'action collective. Le cas de l'association catalane Familles Gaies et Lesbiennes », *Nouvelles pratiques sociales*, 28 (1), 2016.