

Genève, le 10 mai 2021

## Prise de position de la Fédération genevoise des associations LGBT

### Consultation 18.043 : Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions - Projet 3 : Loi fédérale portant révision du droit pénal relatif aux infractions sexuelles (avant-projet)

---

La Fédération genevoise des associations LGBT regroupe cinq associations membres dont les buts sont la défense et la reconnaissance des droits des personnes LGBTIQ+. Travaillant depuis de nombreuses années sur les violences lesbophobes, homophobes et transphobes, la Fédération dispose d'une expertise importante en la matière. S'agissant des violences sexuelles au sein et à l'encontre de la communauté, on constate l'absence de données en la matière, résultant d'une part, d'une invisibilisation de cette thématique, et d'autre part, de la non-reconnaissance du viol à l'égard de personnes indépendamment de leur sexe, caractères sexuels et (identité de) genre.

La Fédération genevoise des associations LGBT salue ce projet de révision du droit pénal relatif aux infractions sexuelles, révision attendue depuis longtemps. Dans ce cadre, elle tient à relever deux aspects importants qui doivent impérativement être modifiés : **toute personne peut être victime d'un viol** indépendamment de son sexe, ses caractères sexuels et de son (identité de) genre (**A.**) et le critère décisif pour considérer l'infraction de viol comme réalisée doit être **l'absence de consentement et non pas la présence d'un élément coercitif**, tel que notamment la contrainte physique ou psychique (**B.**).

#### **A. Toute personne peut être victime de viol, indépendamment de son sexe, ses caractères sexuels et de son (identité de) genre.**

En vertu du droit actuel, seule la « pénétration vaginale » non désirée subie par « une personne de sexe féminin » est considérée comme un viol.

Votre Commission a déjà pu se prononcer contre cette vision archaïque et hétéronormée, en soutenant, tout comme la CAJ-N, l'initiative cantonale genevoise 14.311 « Résolution pour une modification des articles 189 et 190 du code pénal et une redéfinition de la notion juridique de viol »<sup>1</sup>. C'est d'ailleurs ce que prévoit la Variante 2 de l'Avant-Projet de modification de l'art. 190 CP.

Entre les deux, nous ne pouvons que soutenir cette variante, dans la mesure où toute personne peut être victime de viol, indépendamment de son sexe, ses caractères sexuels, voire de son (identité de) genre, au vu du fait que le viol est la violation de l'autonomie sexuelle de la victime<sup>2</sup>. Toute autre solution constituerait une inégalité et une deuxième forme de violence envers les personnes dont l'intégrité sexuelle a été violée, si elles ne devaient pas être considérées comme des « personnes de sexe féminin » voire pour les « personnes de sexe féminin » dont un autre orifice que le vagin a été pénétré. En maintenant cette définition très étroite du viol, la question se pose de savoir si un homme transgenre n'ayant pas fait recours à une phalloplastie peut donc être victime

---

<sup>1</sup> N° d'objet 14.311. La CAJ-E a donné suite à l'iv. pa. le 10 février 2015, la CAJ-N le 26 juin 2015.

<sup>2</sup> TPIY, *Le Procureur v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Chambre de première instance, Jugement du 22 février 2001, para. 457.

d'un viol au sens de l'art. 190 CP alors qu'une femme transgenre ne pourrait pas l'être tant qu'elle n'a fait recours à une vaginoplastie. Par ailleurs, comment seraient traitées les personnes intersexes, soit « les personnes nées avec des caractères sexuels (génitaux, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins »<sup>3</sup> ? Une définition du viol qui soit indépendante du sexe, des caractères sexuels ainsi que de l'identité de genre de l'auteur et de la victime crée davantage de clarté, de sécurité juridique et permet une application égale et non-discriminante de la norme pénale réprimant le viol.

En outre, il sied de souligner que la Variante 2 est aussi la seule qui est en accord avec le droit pénal international, standard minimum en la matière. La question de l'harmonisation du droit pénal relatif aux infractions sexuelles avec le Statut de Rome et la pratique des Tribunaux internationaux avait déjà été présentée par le conseiller national H. Hiltbold en 2013<sup>4</sup>. Cependant, le Conseil fédéral a indiqué vouloir repousser cette discussion à la procédure d'harmonisation des peines dans le code pénal<sup>5</sup>, soit la présente procédure.

Or, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>6</sup>, dont la Suisse est signataire, énumère le viol et les violences sexuelles parmi les différents crimes contre l'humanité et les crimes de guerre<sup>7</sup>. Plus spécifiquement, la Cour pénale internationale (CPI) définit clairement que le viol (et non pas simplement des violences sexuelles) est matériellement réalisé si « [l'] auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps »<sup>8</sup>. La doctrine souligne que la définition est neutre du point de vue du genre tant de la victime que de l'auteur<sup>9</sup>. Par ailleurs, dans l'affaire *Bemba*, la CPI a reconnu que le viol par pénétration anale d'un homme civil par trois soldats était un viol et non pas une violence sexuelle<sup>10</sup>. En outre, la tendance est à étendre la définition de viol, alors même que les violences sexuelles sont également réprimées séparément par le Statut de Rome, par exemple dans l'affaire *Češić*, l'accusé a été reconnu coupable de viol, et non pas de violences sexuelles, pour avoir forcé deux frères musulmans à se faire une fellation devant d'autres prisonniers<sup>11</sup>. Au vu de ce qui précède, seulement la Variante 2 de l'art. 190 CP intègre une définition du viol qui est conforme au droit pénal international et respectueuse du principe d'égalité.

## **B. Le critère décisif pour considérer l'infraction de viol comme réalisée doit être l'absence de consentement et non pas la présence d'un élément coercitif, tel que notamment la contrainte physique ou psychique.**

---

<sup>3</sup> Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, Note d'information « intersexe », disponible [https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE\\_Intersex\\_Final\\_FRENCH.pdf](https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf) consulté le 10 mai 2021. Cf. aussi <https://www.inter-action-suisse.ch/definitions>.

<sup>4</sup> Interpellation du 19 juin 2013 N° 13.3485.

<sup>5</sup> Avis du Conseil fédéral du 13 septembre 2013 sur l'interpellation du 19 juin 2013 N° 13.3485.

<sup>6</sup> RS 0.312.1 ; ci-après : Statut de Rome.

<sup>7</sup> Art. 7 1) g) et art. 8 2) b) xxii) Statut de Rome.

<sup>8</sup> « Article 7 1) g)-1 Viol » et « Article 8 2) b) xxii)-1 Viol », in Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, 2013, disponible à <https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-des-crimes.pdf> consulté le 10 mai 2021.

<sup>9</sup> Maria Sjöholm, "Article 7(1)(g)-1" et Maria Sjöholm, "Article 8(2)(b)(xxii)-1", in Mark Klamberg and Jonas Nilsson (Eds.) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute*, 2017, disponibles respectivement à <https://cilrap-lexsitut.org/clicc/7-1-g-1/7-1-g-1> et <https://cilrap-lexsitut.org/clicc/8-2-b-xxii-1/8-2-b-xxii-1>, consultés le 10 mai 2021.

<sup>10</sup> CPI, *Le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire II, Décision du 15 juin 2009, para. 171.

<sup>11</sup> TPIY, *Le Procureur c/ Ranko ČEŠIĆ*, Chambre de première instance I, Jugement portant accusation, du 11 mars 2004, para. 33-34.

A teneur du droit actuel, la contrainte est une condition nécessaire à la réalisation de l'infraction de viol. Cependant, le fait d'exploiter des relations de dépendance ou d'amitié ne suffit pas en règle générale à constituer des pressions d'ordre psychique au sens de l'art. 189 ou 190 CP<sup>12</sup>.

Depuis de nombreuses années, la modification de ces normes a été demandée. La définition du viol qu'elles contiennent est irrelevante et laisse de trop nombreux auteurs de viols impunis. En effet, il est désormais notoire que dans la plupart des cas le violeur ou la violeuse est connu de sa victime et que celui-ci ou celle-ci profite d'une relation de confiance et/ou d'un état de sidération (aussi appelée : « *freezing* ») de sa victime<sup>13</sup>.

Ces considérations sont à juste titre reprises dans le Rapport d'Avant-Projet de loi<sup>14</sup>. Toutefois, le résultat proposé est – quant à lui – encore lacunaire à l'aube du mouvement #MeToo, étant souligné que, de manière surprenante, aucune mention dudit mouvement n'est faite dans le Rapport.

L'Avant-Projet se limite en effet à l'ajout de l'article 187a CP nommé – à tort - « atteintes sexuelles ». Ce faisant, cette nouvelle infraction tend à punir plus légèrement celui qui aura profité d'un lien de confiance et/ou aura « bénéficié » de l'état de sidération de sa victime.

Il convient de rappeler que le bien juridique protégé en cas de viol est l'intégrité sexuelle, comprenant l'intégrité physique et psychique. Partant, l'absence de résistance – qui s'explique souvent par la peur de violences supplémentaires – ne signifie pas pour autant l'absence d'atteinte significative des biens juridiques protégés. Cette absence de résistance est un mécanisme de survie<sup>15</sup> dont il est encore plus crucial de tenir compte pour les personnes particulièrement marginalisées qui auront déjà vécu des violences à répétition. *A fortiori* le *freezing* de la victime démontre les prémisses d'une atteinte à son intégrité psychique. Ainsi, l'auteur d'une infraction de l'art. 187a CP bénéficierait du résultat de la violation de l'intégrité psychique causée par lui-même.

Par ailleurs, le Statut de Rome réprime également le viol en l'absence de contrainte. A cet égard, le droit international retient que le principe fondamental véritablement commun à tous les systèmes juridiques est que doivent être réprimées les violations graves à l'autonomie sexuelle. Cette dernière est violée chaque fois que la victime se voit imposer un acte auquel **elle n'a pas librement consenti ou auquel elle ne participe pas volontairement**<sup>16</sup>.

En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour Européenne des droits de l'Homme (ci-après : « CourEDH ») a considéré contraire aux articles 3 et 8 CEDH une « approche rigide [des Etats] de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger **dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, [une approche qui] risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu** »<sup>17</sup>. La CourEDH commande par conséquent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique<sup>18</sup>. La CEDH reprend du reste la définition retenue par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie

---

<sup>12</sup> ATF 131 IV 107, consid. 2.2.

<sup>13</sup> Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 28 janvier 2021, p. 19, § 3.4.2.

<sup>14</sup> Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 28 janvier 2021, p. 19.

<sup>15</sup> Fabienne Engler, Une réaction complètement normale, in « AMNESTY – Magazin der Menschenrechte » Décembre 2020, disponible à <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/docs/une-reaction-complementement-normale>.

<sup>16</sup> TPIY, *Le Procureur v. Kumarac, Kovac and Vukovic*, Chambre de première instance, Jugement du 22 février 2001, §457.

<sup>17</sup> ACEDH, Affaire M.C. c. Bulgarie, requête n°39272/98 du 4 décembre 2003, §163 à 166.

<sup>18</sup> ACEDH, Affaire M.C. c. Bulgarie, requête n°39272/98 du 4 décembre 2003, §163 à 166.

considérant qu'elle reflète une « tendance universelle à considérer l'absence de consentement comme l'élément constitutif essentiel du viol et des violences sexuelles »<sup>19</sup>.

En conclusion, nous recommandons l'adoption d'une modification du droit pénal relatif aux infractions sexuelles qui comprend une définition du viol conforme au droit international et à la vision actuelle socialement reconnue du viol, soit que **toute personne peut être victime d'un viol** indépendamment de son sexe, ses caractères sexuels et de son (identité de) genre et que le critère décisif pour considérer l'infraction de viol comme réalisée doit **être l'absence de consentement et non pas la présence d'un élément coercitif**, tel que notamment la contrainte physique ou psychique

Fédération genevoise des Associations LGBT

---

<sup>19</sup> ACEDH, Affaire M.C. c. Bulgarie, requête n°39272/98 du 4 décembre 2003, §163.