

# Victimisation secondaire et droit pénal sexuel : l'influence de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit pénal national

Depuis 2024, la CourEDH utilise régulièrement la notion de victimisation secondaire dans sa jurisprudence portant sur les violences sexistes et sexuelles. Une nouveauté, dans l'emploi de cette notion, est sa mobilisation en lien avec les obligations procédurales positives des autorités dans le cadre de leur enquête. Un état est condamné lorsque l'enquête n'est pas effective. En particulier, dans les cas où elle a également causé une victimisation secondaire en raison de l'usage de stéréotypes sexistes. Dans ce cas, l'absence d'efficacité découle d'une absence d'exhaustivité, elle-même causée par la focalisation sur des éléments non pertinents et/ou l'oubli d'éléments indispensables à l'enquête. L'emploi de tels stéréotypes est de nature à réduire la confiance des femmes dans le système judiciaire et viole les art. 3, 8 et parfois 14 CEDH. La définition du viol a aussi été reprochée à la France, tout comme ses manquements procéduraux. Une comparaison avec la nouvelle définition du viol suisse sera présentée.

<b>I. Introduction</b>	112
<b>II. La victimisation secondaire</b>	112
<b>III. Les obligations positives</b>	113
<b>IV. Les enquêtes et la définition pénale du viol</b>	115
<b>V. Conclusion</b>	120

## Citation :

CLARA BRAMBILLA, *Victimisation secondaire et droit pénal sexuel : l'influence de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit pénal national*, sui generis 2026, p. 111

Clara Brambilla (Genève), MLaw, doctorante et assistante d'enseignement et de recherche au Département de droit pénal de l'Université de Genève (clara.brambilla@unige.ch). Je tiens à remercier la Professeure Katia Villard, Alexia Blanchet, avocate-stagiaire, Amal Ounali, Joanna Baumann, assistantes doctorantes à l'Université de Genève, ainsi que le/la réviseur-euse anonyme et l'équipe éditoriale de sui generis pour leurs relectures et leurs précieux conseils.

DOI : <https://doi.org/10.21257/sg.296>

Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution – Partage dans les mêmes conditions 4.0 International.

## I. Introduction

- 1 En seulement deux ans, la CourEDH a rendu au moins une dizaine d'arrêts mobilisant le concept de victimisation secondaire<sup>1</sup>. L'un de ces arrêts, l'arrêt L. et autres c. France, a eu un effet retentissant en francophonie. Cet arrêt a mis en lumière la notion de victimisation secondaire, pourtant loin d'être nouvelle, mais qui s'était jusqu'alors imposée de manière relativement discrète<sup>2</sup>. Dans cinq arrêts portant sur des affaires de viol, le manque d'enquête effective, et donc la violation de l'obligation procédurale positive, a été reconnu. Ces différentes affaires sont intrinsèquement liées à l'usage de stéréotypes sexistes et aux rôles de ces stéréotypes dans les violations reconnues des art. 3, art. 8 et parfois art. 14 CEDH<sup>3</sup>.
- 2 Cet article vise à déterminer l'impact de la récente jurisprudence de la CourEDH sur le concept de victimisation secondaire, en lien avec les obligations positives des États membres en matière de droit pénal sexuel et le droit pénal suisse. Nous commencerons par définir brièvement la victimisation secondaire (N 3 ss) et les obligations positives (N 9 ss). Puis, nous examinerons les exigences de la CourEDH en matière d'enquêtes et de définition pénale du viol (N 20 ss).

## II. La victimisation secondaire

- 3 La notion de victimisation secondaire a d'abord été théorisée par les psychologues. Selon SYMONDS, il explique le phénomène par le sentiment de honte et la recherche de reconnaissance et de soutien des victimes, qui est la conséquence d'une perte de contrôle engendrée par la victimisation criminelle. Lorsque cette honte est renforcée ou que le besoin de reconnaissance et de soutien n'est pas comblé par le comportement d'autrui, cela peut provoquer une victimisation secondaire<sup>4</sup>. La victimisation secondaire est définie, en psychologie, comme une seconde blessure

provoquée par les réactions d'autrui<sup>5</sup>. Le Conseil de l'Europe adopte une définition très similaire : il exige une victimisation qui ne résulte pas directement de l'infraction pénale, mais de la réponse donnée à la victime par « les institutions publiques ou privées, et les autres individus »<sup>6</sup>.

Des débats existent à propos de ce à quoi renvoie la notion de victimisation/blessure. Certain-es auteur-ice-s exigent un niveau minimal de gravité de la seconde victimisation pour la qualifier de victimisation secondaire, soit une durée des conséquences qui dépasse au moins celle de la procédure pénale au sein de laquelle elle a eu lieu et causée une blessure atteignant un niveau de préjudice comparable à celui d'une maladie<sup>7</sup>. Alors que d'autres auteur-ice-s n'exigent pas de niveau minimal de gravité et se contentent d'effets subjectivement perçus comme négatifs par la victime<sup>8</sup>. Ces deux doctrines allemand-e-s sont cependant unanimes sur l'importance d'établir une distinction, notamment par des groupes témoins, entre la seconde victimisation et la victimisation primaire, c'est-à-dire la victimisation causée par l'infraction<sup>9</sup>. Tout cela a pour conséquence que la victimisation secondaire est un concept diffus<sup>10</sup>.

Les dispositions procédurales pénales introduites par la première loi sur l'aide aux victimes<sup>11</sup>, en 1991, visaient à aménager la procédure pénale afin d'éviter qu'elle provoque un nouveau traumatisme, c'est-à-dire une victimisation secondaire<sup>12</sup>. Au moment de l'unification du droit procédural pénal, ces dispositions ont été transférées dans le CPP<sup>13</sup>. Il s'agit, par exemple, des art. 117 et art. 152 al. 1 CPP<sup>14</sup>.

1 Arrêt de la CourEDH 35640/22 du 31 mars 2026 (arrêt non définitif) (X. c. Géorgie) ; arrêt de la CourEDH 3538/21 du 13 avril 2026 (Z. c. Islande) ; arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France) ; arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre) ; arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France) ; arrêt de la CourEDH 36436/22 du 27 février 2025 (I.C. c. République de Moldova) ; arrêt de la CourEDH 40733/22 du 27 février 2025 (X. c. Chypre).

2 ANNA GLAZEWSKI, Conférence du Centre international de criminologie comparée CICC, *Prise en compte des risques de seconde victimisation par les juges : apports de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, YouTube du 20 octobre 2025, 2 min 30.

3 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 28 novembre 1974 (CEDH ; RS 0.101).

4 MARTIN SYMONDS, *The «second injury» to victims of violent acts*, *The American Journal of Psychoanalysis* 2010 (republication du texte de 1980), p. 36 s. ; JO-ANNE WEMMERS (traduit par Louis COURTEAU), *Victimologie, Une perspective canadienne*, Québec 2017, p. 142 s.

5 WEMMERS (n. 4) p. 143.

6 Recommandation du 15 mars 2023, CM/Rec(2023)2 du Comité des Ministres aux États membres sur les droits, les services d'aide et le soutien des victimes de la criminalité, art. 1 ch. 4.

7 RALF KÖLBEL / LENA BORK, *Sekundäre Viktimisierung als Legitimationsformel*, Berlin 2012, p. 41 et p. 46.

8 MARIE TÖRNIG, *Sekundäre Viktimisierung durch Strafverfahren wegen sexualisierter Gewalt*, Narrative Interviews mit Betroffenen sexualisierter Gewalt zu Erfahrungen in Strafverfahren, Opferschäden und ihrer Verursachung, thèse Cologne 2025, Cologne 2026, p. 247.

9 TÖRNIG (n. 8), p. 247 ; KÖLBEL/BORK (n. 7), p. 46.

10 KÖLBEL/BORK (n. 7), p. 41.

11 Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) du 4 octobre 1991 (LAVI ; RS 312.5).

12 Message du 25 avril 1990 concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (FF 1990 II 909), p. 912 et p. 920.

13 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0) ; au moment de l'unification du droit fédéral, Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (FF 2006 1057), p. 1149.

14 ATF 129 I 151, consid. 3.2 ; GORAN MAZZUCHELLI / MARIO POSTIZZI, in : Niggli/Herr/Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2023, art. 117 N 2 ; OLIVIER THORMANN / GRÉGOIRE MÉGÉVAND, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (édit.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019, art. 147 N 24 (cit. CR CPP<sup>2</sup>-AUTEUR-E) ; GABRIELA LEUBIN MÜLLER, *Die Stellung und Rechte des erwachsenen Opfers im Strafprozess*, PJA 2012,

- 6 Au sein du Conseil de l'Europe, deux Conventions – ratifiées par la Suisse – exigent de leurs États signataires d'éviter la victimisation secondaire. Il s'agit de la Convention d'Istanbul<sup>15</sup>, visant la lutte contre les violences domestiques et les violences faites aux femmes (art. 18 al. 3 et art. 56) et la Convention de Lanzarote<sup>16</sup> qui vise la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (art. 30 al. 2 et art. 31). Les deux Conventions demandent, en substance, la protection des droits et des besoins des victimes dans les procédures judiciaires.
- 7 C'est par une interprétation dynamique de la Convention d'Istanbul que la CourEDH a introduit la victimisation secondaire dans sa jurisprudence<sup>17</sup>. Les obligations positives découlant de ces articles doivent être interprétées à la lumière des instruments internationaux, en particulier de la Convention d'Istanbul, des rapports du GREVIO<sup>18</sup>, de la Convention de Lanzarote<sup>19</sup> et de la jurisprudence relative aux violences faites aux femmes<sup>20</sup>.
- 8 La notion a également été régulièrement mobilisée par la CourEDH, notamment en lien avec l'importance de limiter la confrontation entre le/la prévenu·e et la victime<sup>21</sup>. Dès 2015, la notion s'élargit dans sa jurisprudence avec l'arrêt *Y c. Slovénie* qui exige une prise en charge adéquate des victimes<sup>22</sup>. La CourEDH affirme que la procédure pénale est souvent vécue comme une épreuve par les victimes de violences sexuelles<sup>23</sup> et que les obligations posi-

tives issues des art. 3 et/ou art. 8 CEDH imposent aux États de prendre des mesures de protection et de respecter les droits des victimes pour éviter la victimisation secondaire et respecter la dignité et les informations personnelles des victimes<sup>24</sup>.

### III. Les obligations positives

Les obligations prévues par la CEDH peuvent être positives ou négatives. Lorsqu'une obligation impose de renoncer à un comportement, elle est négative. Alors que lorsqu'une obligation impose aux autorités d'agir, elle est positive<sup>25</sup>. La CourEDH reproche alors aux États, l'absence ou l'insuffisance de leur intervention<sup>26</sup>.

Les obligations positives, en lien avec l'art. 1 CEDH, ont pour but de permettre une application effective des droits protégés par la Convention, pour que ces droits soient concrets et effectifs et pas uniquement illusoires<sup>27</sup>. Elles sont issues du devoir de protection des personnes sous la juridiction de l'État en question, notamment entre les particuliers avec l'effet horizontal de la Convention<sup>28</sup>.

L'art. 3 CEDH interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, commis par l'État et entre particuliers<sup>29</sup>. Le viol et les agressions sexuelles graves entrent dans le champ d'application de l'art. 3 CEDH<sup>30</sup>. Mais également de l'art. 8 CEDH, car en général ces atteintes touchent également des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée<sup>31</sup>.

Deux types d'obligations positives existent : les obligations matérielles, aussi dites substantielles, et procédurales<sup>32</sup>. Les premières exigent des autorités des mesures pour

p. 1585 et p. 1587; Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Zwischenbericht der Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Stellungnahme und Vorschläge zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Strafprozessordnung du 5 février 2001, Berne 2001, p. 5; sur la peur d'être confronté à l'auteur·ice comme facteur de stress, DORRIT SCHLEIMINGER, *Konfrontation im Strafprozess, Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK mit besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Opferschult im Bereich von Sexualdelikten gegen Minderjährige*, thèse Fribourg 2000, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 311.

15 Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011 (Convention d'Istanbul); RS 0.311.35).

16 Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007 (Convention de Lanzarote); RS 0.311.40).

17 GLAZEWSKI (n. 2), 5 min 20.

18 Arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 73 et § 89.

19 Arrêt de la CourEDH 6406/21 du 20 février 2024 (M.G. c. Lituanie), § 98.

20 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 193; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 66.

21 Arrêt de la CourEDH 34209/96 du 2 octobre 2002 (S.N. c. Suède), § 47; arrêt de la CourEDH 37019/97 du 14 mars 2000 (A.M. c. Italie), § 16; plus récemment dans arrêt de la CourEDH 9308/18 du 14 avril 2025 (Vasile Pruteanu et autres c. Roumanie), § 63.

22 Arrêt de la CourEDH 41107/10 du 28 mai 2015 (Y. c. Slovénie); la protection des victimes dans la procédure pénale est abordée dans l'arrêt de la CourEDH 16696/90 du 20 octobre 1994 (Baegen c. Pays-Bas), § 77; voir aussi, arrêt de la CourEDH 5671/16 du 27 mai 2021 (J.L. c. Italie), § 119.

23 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail

c. France), § 138; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 70.

24 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 73; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 68.

25 JEAN-FRANÇOIS AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg 2006, p. 11.

26 AKANDJI-KOMBE (n. 25), p. 15.

27 AKANDJI-KOMBE (n. 25), p. 8 et p. 10; OLIVIER BIGLER-DE MOOIJ / LUC GONIN, in : *Gonin/Bigler-de Mooij* (édit.), *Commentaire de la CEDH, Art. 1 à 18*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2025, art. 3 N 233 (cit. *Commentaire CEDH<sup>2</sup>-AUTEUR E*).

28 AKANDJI-KOMBE (n. 25), p. 14.

29 Arrêt de la CourEDH 6045/24 du 23 septembre 2025 (Scuderoni c. Italie), § 81.

30 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 192; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 65.

31 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 192; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 65.

32 AKANDJI-KOMBE (n. 25), p. 16; NATHANAËL PÉTERMANN, *Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne*

assurer la jouissance des droits. Elle impose une action matérielle de l'État, une protection directe des droits<sup>33</sup>. Alors que les secondes exigent des mesures visant la mise en place d'une procédure interne adéquate pour faire valoir ces droits, permettant d'assurer des suites judiciaires aux atteintes aux droits protégés et de ne pas les laisser impunis<sup>34</sup>.

## 1. Les obligations matérielles

- 13 Les obligations positives matérielles exigent souvent dans le cadre de l'art. 3 CEDH l'incrimination pénale de comportements constituant des atteintes<sup>35</sup>. L'art. 3 CEDH impose plus spécifiquement aux États d'adopter des dispositions pénales pour sanctionner le viol<sup>36</sup>, qui réprime les actes sexuels non consentis, même en l'absence de résistance physique<sup>37</sup>.
- 14 Les obligations positives déduites de l'art. 8 CEDH permettent habituellement le choix des mesures de protection à adopter et n'imposent pas la voie pénale. Cependant, pour une atteinte aussi grave que le viol, la Cour exige également la mise en place de dispositions pénales<sup>38</sup>.

## 2. Les obligations procédurales

- 15 Une fois informés de la commission potentielle d'un viol, les États sont obligés de mener une enquête officielle et effective permettant l'établissement des faits, notamment de l'identité de l'auteur-ice<sup>39</sup>. Il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat<sup>40</sup>. Cependant, les autorités natio-

nales ne doivent pas se montrer prêtes à laisser impuni de tel acte. Sinon, elles portent atteinte à la confiance du public et peuvent sembler complices ou tolérantes de ces actes illégaux<sup>41</sup>.

Selon les paramètres les plus pertinents en lien avec le cas d'espèce, les exigences posées par l'enquête effective doivent être évaluées en prenant en compte quatre critères : l'adéquation et l'approfondissement qui peuvent aussi prendre la forme du critère d'exhaustivité, l'indépendance, la célérité de l'enquête et la publicité<sup>42</sup>. Les obligations d'enquête effective concernent le système judiciaire entier et donc toute la procédure pénale dont son jugement s'il a lieu<sup>43</sup>.

En fonction des circonstances du cas d'espèce, certains critères ci-dessus seront pertinents. Une fois ces facteurs pertinents identifiés, ils doivent être appréhendés ensemble et pas séparément les uns après les autres, car ils sont liés<sup>44</sup>. Même si ces éléments évalués séparément ne s'avèrent pas problématiques, leur appréciation globale peut mener à un constat de violation de l'obligation d'enquête effective<sup>45</sup>. En lien avec la victimisation secondaire, c'est en général l'exhaustivité de l'enquête qui fait défaut.

L'exhaustivité définit les faits que les autorités doivent tenter d'établir à deux moments de l'enquête<sup>46</sup>. D'abord, ce principe exige que des mesures d'enquête soient prises pour récolter toutes les preuves pertinentes, afin d'établir la vérité matérielle sans conclusion hâtive<sup>47</sup>. Ensuite, elle

des droits de l'homme, Théorie générale, incidences législatives et mise en oeuvre en droit suisse, thèse Lausanne 2014, Berne 2014, p. 49.

33 PÉTERMANN (n. 32), p. 49.

34 NESA ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, thèse Genève 2021, Genève/Zurich 2022, N 891 et N 894 ; AKANDJI-KOMBE (n. 25), p. 16.

35 PÉTERMANN (n. 32), p. 50.

36 Arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 66.

37 Voir N 41 ss sur la définition pénale du viol ; arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 58 et § 67 ; arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 52.

38 Arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 51 s. ; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 67.

39 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 135 ; arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 196 ; arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 59 ; arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 53 ; Commentaire CEDH<sup>2</sup>-BIGLER-DE MOOIJ/GONIN, art. 3 N 237 ; AKANDJI-KOMBE (n. 25), p. 35.

40 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 135 ; arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 196 ; arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 59 ; arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 53.

41 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 196 ; arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 59 ; arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 53 ; Commentaire CEDH<sup>2</sup>-BIGLER-DE MOOIJ/GONIN, art. 3 N 233.

42 Arrêt de la CourEDH 6045/24 du 23 septembre 2025 (Scuderoni c. Italie), § 112 ; arrêt de la CourEDH 28935/21 du 3 décembre 2024 (M.S.D. c. Roumanie), § 149 ; MARC THOMMEN / JANA HESSE / SILVAN KELLER, Tödliche Polizeigewalt : strafrechtliche und strafprozessuale Überlegungen zum Fall Mike Ben Peter, in : Brunner/Josuran-Binder/Zumsteg (édit.), Der Mensch als Massstab des Rechts : Liber amicorum für Regina Kiener, Zurich 2025, p. 193 s. ; AKANDJI-KOMBE (n. 25), p. 35 s. ; Commentaire CEDH<sup>2</sup>-BIGLER-DE MOOIJ/GONIN, art. 3 N 240 ss ; PÉTERMANN (n. 32), p. 366 ; Partie VI. Critères d'une enquête effective des lignes directrices adoptées par le Comité des Ministres le 30 mars 2011, lors de la 1110<sup>ème</sup> réunion des Délégués des Ministres.

43 VLADISLAVA STOYANOVA, Positive obligations under the european convention on human rights, Within and Beyond Boundaries, Oxford 2023, p. 156.

44 Arrêt de la CourEDH 6045/24 du 23 septembre 2025 (Scuderoni c. Italie), § 112.

45 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 137 ; arrêt de la CourEDH 28935/21 du 3 décembre 2024 (M.S.D. c. Roumanie), § 149.

46 Commentaire CEDH<sup>2</sup>-BIGLER-DE MOOIJ/GONIN, art. 3 N 247 s. ; STOYANOVA (n. 43), p. 152.

47 ATF 140 IV 196, consid. 4.4.1 et consid. 4.4.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1045/2021 du 16 septembre 2022, consid. 3.2.1 ; Commentaire CEDH<sup>2</sup>-BIGLER-DE MOOIJ/GONIN, art. 3 N 242 ; CR CPP<sup>2</sup>-ROTH/VILLARD, art. 6 N 5.

impose que l'appréciation des preuves soit également propre à atteindre cette vérité matérielle<sup>48</sup>. Pour cela, l'appréciation des preuves doit être approfondie, objective et impartiale<sup>49</sup>.

- 19 En Suisse, le tribunal apprécie librement les preuves (art. 10 al. 2 CPP). Toutefois, cela ne signifie pas que l'appréciation des preuves doit être complètement subjective ou objective. La conviction personnelle des juges doit être approuvable<sup>50</sup> : elle est intersubjective<sup>51</sup>. Les autorités doivent se fonder sur des éléments objectifs, soit sur toutes les connaissances empiriques et scientifiques, comme celles concernant les stéréotypes sexistes<sup>52</sup>. C'est en particulier dans l'appréciation des preuves que la victimisation secondaire s'est manifestée dans les arrêts de la CourEDH rendus en 2025 et 2026.

#### IV. Les enquêtes et la définition pénale du viol

- 20 La CourEDH affirme qu'il est essentiel que les autorités nationales évitent de reproduire des stéréotypes sexistes et un langage culpabilisant et moralisateur dans leur décision portant sur des affaires de viol. Le but visé par cette exigence est d'éviter une diminution de la confiance des femmes à l'égard du système judiciaire<sup>53</sup>. Les autorités peuvent exposer les victimes à une victimisation secondaire en faisant référence à des stéréotypes sexistes qui les mènent à minimiser la gravité des violences et à remettre en cause la crédibilité des victimes<sup>54</sup>. Cela implique des obligations procédurales, impactant leurs enquêtes et des obligations matérielles leur imposant les contours de leur définition du viol.
- 21 Nous examinerons donc l'impact des stéréotypes sexistes sur les obligations procédurales lors de l'établissement du consentement (N 22 ss), sur l'obligation matérielle de pénaliser du viol, notamment quand il est commis sur une personne en état de sidération (N 41 ss) et la recon-

48 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 136 et § 152.

49 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 198 ; arrêt de la CourEDH 28935/21 du 3 décembre 2024 (M.S.D. c. Roumanie), § 147 ; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 69.

50 CR CPP2-VERNIORY, art. 10 N 35.

51 CR CPP2-VERNIORY, art. 10 N 35.

52 JUSTINE BARTON, L'appréciation de la crédibilité d'une victime présumée de violences sexuelles, Une analyse à l'aune des mythes sur le viol, PJA 2021, p. 1371 ; CR CPP2-VERNIORY, art. 10 N 41.

53 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 73 ; arrêt de la CourEDH 5671/16 du 27 mai 2021 (J.L. c. Italie), § 139 ss.

54 Premier rapport d'évaluation thématique, Établir un climat de confiance en apportant soutien, protection et justice, Italie, du GREVIO, publié le 2 décembre 2025, § 133.

naissance du caractère discriminatoire de telle violation (N 53 ss).

#### 1. L'appréciation des preuves dans les enquêtes pour viol

Lors de l'établissement du consentement, les stéréotypes sexistes peuvent influencer les autorités à différentes étapes. Plus particulièrement, ils peuvent amener les autorités à établir un consentement qui n'existe pas. Ces stéréotypes peuvent impacter le sens donné à une dénonciation tardive et à des variations dans le témoignage (N 23 ss), au comportement de la victime (N 27 ss) ou à la raison pour laquelle elle a ou pas résisté et à sa possibilité de le faire (N 35 ss).

##### a) Le moment de la dénonciation et ses variations

Une dénonciation tardive a longtemps eu un effet négatif sur l'évaluation de la crédibilité des victimes. Elle était comprise comme indiquant une intention mensongère de la victime, visant une volonté de vengeance ou de protection de sa réputation<sup>55</sup>.

La CourEDH s'est prononcée sur un cas contre Chypre portant sur une dénonciation d'un viol, par une victime, dix ans après les faits, commis par un camarade de classe. Les autorités chypriotes ont clos la procédure en raison d'incohérences dans les déclarations de la victime et du fait qu'elle ait reconnu aimer le prévenu. Selon les autorités, elle lui avait peut-être envoyé de mauvais signaux<sup>56</sup>. La CourEDH a répondu aux autorités chypriotes que lors de l'analyse d'une plainte tardive, l'âge, la relation antérieure, les liens affectifs entre le/la prévenu-e et la victime et l'effet du traumatisme doivent être pris en compte, toutefois non pas pour nier toute crédibilité à la victime, mais plutôt pour comprendre l'impact de son état sur son témoignage, expliquant la raison des incohérences<sup>57</sup>.

Dans le même sens, le Tribunal fédéral affirme que les victimes d'infractions sexuelles renoncent souvent à porter plainte, notamment par peur ou honte<sup>58</sup>. L'état de choc et de sidération peut aussi mener à un refoulement ou un déni qui les empêche de parler des faits<sup>59</sup>. Un dépôt tardif ne peut donc pas avoir pour conséquence de nier toute crédibilité aux déclarations de la victime<sup>60</sup>.

55 JULIE DEROSIERS, Le traitement des victimes d'agression sexuelle devant les tribunaux canadiens : entre les avancées juridiques et la persistance des stéréotypes, Revista Esmat 2018, p. 209.

56 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 5 ss.

57 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 77.

58 ATF 147 IV 409, consid. 5.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_816/2024 du 22 juillet 2025, consid. 4.1.3.

59 ATF 147 IV 409, consid. 5.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_816/2024 du 22 juillet 2025, consid. 4.1.3 ; voir définition de l'état de sidération N 28 ss.

60 ATF 147 IV 409, consid. 5.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_816/2024 du 22 juillet 2025, consid. 4.1.3.

26 Pour le Tribunal fédéral ne peuvent pas être des motifs mobilisés pour nier la crédibilité d'une victime : l'évolution de son récit, lorsqu'il peut être expliqué par une thérapie suivie par la victime qui lui a permis de comprendre qu'un viol pouvait être commis au sein du couple<sup>61</sup> ; l'évocation par une victime mineure de doutes dans ses premières déclarations quand ces hésitations sont dues à la difficulté de la victime à mettre en mots ce qu'elle a vécu et son sentiment de culpabilité<sup>62</sup> ; et le retrait d'une plainte et l'affirmation d'avoir fait de fausses déclarations à la police, si ce retrait et cette affirmation s'expliquent par la difficulté de la victime à se positionner dans une relation avec une personne pour qui elle a encore des sentiments tout en étant en même temps victime de violence de sa part<sup>63</sup>.

### b) Le comportement de la victime

27 Le consentement est parfois établi par les autorités en se basant sur le comportement de la victime et en concluant à un lien entre ce comportement et le consentement qui repose pourtant sur des stéréotypes sexistes<sup>64</sup>. Un tel raisonnement est culpabilisant, moralisateur et sexiste<sup>65</sup>. La Cour a reconnu la victimisation secondaire provoquée par ce type de conclusion qui rejette la responsabilité du viol sur la victime<sup>66</sup>.

28 L'un des arrêts topiques sur la question des atteintes portées aux victimes par les propos des autorités pénales est l'arrêt J.L. c. Italie<sup>67</sup>. Il s'agit d'un cas de violences sexuelles commises en réunion par sept hommes acquittés par l'Italie. Dans son jugement, les autorités italiennes ont souligné la couleur de la lingerie de la victime, sa bisexualité, ses relations sentimentales et sexuelles en amont des faits et son ambivalence vis-à-vis du sexe. La CourEDH a qualifié ces propos d'inutiles pour évaluer la crédibilité de la victime et le caractère stigmatisant et hors de propos des références intimes à la vie de la victime<sup>68</sup>.

29 Dans l'arrêt I.C. c. République de Moldavie, la victime porte un handicap mental et a été prise en charge par l'État, puis placée auprès d'un couple. La victime dénonce des viols

de la part de l'époux du couple<sup>69</sup>. Dans ce cas, la CourEDH a reproché aux autorités moldaves d'avoir établi le consentement de la victime, notamment en s'appuyant sur le plaisir qu'elle affirmait avoir ressenti pendant les relations sexuelles litigieuses<sup>70</sup>.

Dans une affaire d'agression sexuelle commise par un beau-père sur une victime de treize ans, la CourEDH a reconnu la victimisation secondaire causée par la question des enquêteurs demandant à la victime si elle avait souhaité l'attention sexuelle de son beau-père<sup>71</sup>. La CourEDH a affirmé que la question avait été posée de manière suffisamment non professionnelle pour risquer de provoquer un sentiment de culpabilité chez la victime et de l'humilier davantage<sup>72</sup>.

La CourEDH s'est prononcée sur un cas nommé X. c. Chypre portant sur le viol d'une victime par douze individus dans un hôtel à Chypre. Les autorités chypriotes ont interrompu l'enquête, notamment en se fondant sur le comportement antérieur de la victime, ce que la CourEDH reproche à Chypre dans cette affaire<sup>73</sup>.

Dans une autre affaire, également contre Chypre, N.T. c. Chypre présentée ci-dessus, ce sont les sentiments de la victime pour l'auteur qui n'ont pas été admis par la CourEDH comme raison valable pour établir le consentement de la victime<sup>74</sup>.

L'affaire E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France porte sur un cas de viol et de harcèlement d'une victime dans une relation décrite comme sadomasochiste et où la victime travaille sous la supervision directe du prévenu dirigeant le service de pharmacie au sein d'un hôpital<sup>75</sup>. La CourEDH a reproché à la France une victimisation secondaire provoquée par les conclusions des autorités pénales françaises, soit l'établissement du consentement de la victime sur la base d'un contrat écrit<sup>76</sup>. Le Tribunal fédéral a récemment également été amené à examiner un jugement cantonal portant sur des relations sexuelles dans un

61 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_342/2024 du 24 juin 2024, consid. 1.4.2.

62 Arrêt du Tribunal fédéral 7B\_108/2023 du 11 septembre 2024, consid. 4.3.2.

63 Arrêt du Tribunal fédéral 7B\_506/2023 du 28 mars 2024, consid. 3.2, consid. 3.3.1 et consid. 3.3.4.

64 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 78 ; arrêt de la CourEDH 40733/22 du 27 février 2025 (X. c. Chypre), § 119.

65 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 78.

66 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 78 ; arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 170 ; arrêt de la CourEDH 36436/22 du 27 février 2025 (I.C. c. République de Moldovie), § 197 ; arrêt de la CourEDH 40733/22 du 27 février 2025 (X. c. Chypre), § 119.

67 Arrêt de la CourEDH 5671/16 du 27 mai 2021 (J.L. c. Italie), § 134 ss.

68 Arrêt de la CourEDH 5671/16 du 27 mai 2021 (J.L. c. Italie), § 134 ss.

69 Arrêt de la CourEDH 36436/22 du 27 février 2025 (I.C. c. République de Moldovie), § 8 ss.

70 Arrêt de la CourEDH 36436/22 du 27 février 2025 (I.C. c. République de Moldovie), § 197.

71 Arrêt de la CourEDH 35640/22 du 31 mars 2026 (arrêt non définitif) (X. c. Géorgie), § 129.

72 Arrêt de la CourEDH 35640/22 du 31 mars 2026 (arrêt non définitif) (X. c. Géorgie), § 129.

73 Arrêt de la CourEDH 40733/22 du 27 février 2025 (X. c. Chypre), § 119.

74 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 78.

75 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 4 ss.

76 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 170.

contexte que le prévenu qualifie de « sadomasochisme »<sup>77</sup>. Le Tribunal cantonal a admis le consentement sur la base d'un message écrit de la victime plusieurs heures avant la relation sexuelle<sup>78</sup>. Dans les deux cas, les éléments ayant mené à l'acquittement des prévenus ont été reconnus comme arbitraires. Le consentement ne peut être admis sur la base d'aucune forme d'engagement passé, un contrat ou un message, car il est révocable<sup>79</sup>.

34 Si la CourEDH a clairement reconnu la violence de la référence à un contrat pour établir le consentement de la victime<sup>80</sup>. Le Tribunal fédéral a été bien plus prudent : il a affirmé qu'un message ne peut permettre de retenir l'acceptation d'une relation sexuelle, mais n'a tout de même pas qualifié un tel raisonnement de sexiste et culpabilisant et ne s'est pas prononcé sur une quelconque atteinte aux droits fondamentaux de la victime<sup>81</sup>.

### c) L'exigence de résistance

35 Pour la CourEDH, l'exposition à des attitudes sexistes et misogynes, la compréhension insuffisante de certain-e-s procureur-e-s du changement de paradigmes en matière de viol et les méthodes utilisées pour évaluer le consentement empêche une protection effective des victimes, les exposant à une victimisation secondaire<sup>82</sup>.

36 Une enquête pénale pour viol doit viser à établir avant tout l'absence du consentement de la victime, soit déterminer si la relation sexuelle s'est déroulée avec ou sans la libre volonté des personnes impliquées<sup>83</sup>. Pour cela, la Cour exige que le consentement ou son absence soit évalué en prenant en compte le contexte l'entourant, soit l'ensemble des circonstances environnantes, comme l'âge, si une relation lie les parties, sa nature, la consommation d'alcool ou de stupéfiants, etc.<sup>84</sup>.

37 Dans l'affaire nommée M.L. c. France, sur laquelle la CourEDH s'est prononcée dans l'arrêt L. et autres c. France,

77 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_399/2024 et 6B\_405/2024 (destiné à publication) du 5 septembre 2025, consid. 4.6.2.

78 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_399/2024 et 6B\_405/2024 (destiné à publication) du 5 septembre 2025, consid. 4.6.2.

79 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 169; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_399/2024 et 6B\_405/2024 (destiné à publication) du 5 septembre 2025, consid. 4.5.

80 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 170.

81 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_399/2024 et 6B\_405/2024 du 5 septembre 2025, consid. 4.5.

82 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 84.

83 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 140.

84 Arrêt de la CourEDH 30556/22 du 4 septembre 2025 (E.A. et association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France), § 140 ss.

la victime dénonce un viol par un homme de 18 ans, lors d'une soirée. Au moment des faits dénoncés, elle avait 16 ans<sup>85</sup>. La CourEDH a reproché, à la France, l'établissement d'un consentement reposant sur un comportement passif sans prendre en compte la vulnérabilité de la victime, sa minorité, sa consommation d'alcool et d'autres substances toxiques, sa virginité et son état psychologique<sup>86</sup>. La Cour a également reproché l'absence de prise en compte des connaissances actuelles sur le comportement des victimes de viol, en particulier lorsqu'elles sont jeunes, soit que les victimes ont tendance à rester passives et à ne pas exprimer leur opposition<sup>87</sup>. De plus, elle a regretté que l'analyse de l'effet des éléments précités sur la passivité n'ait pas été abordée dans l'expertise psychiatrique<sup>88</sup>.

Toujours en lien avec la déduction du consentement de la passivité d'une victime, dans deux affaires contre la République tchèque, la CourEDH a refusé de déduire le consentement de la passivité des victimes en donnant un poids particulier à deux circonstances entourant l'absence de consentement<sup>89</sup>. D'abord, elle a exigé la prise en compte de la relation de dépendance, de soumission ou du déséquilibre de pouvoir entre la victime et le prévenu<sup>90</sup>. Puis, elle a aussi exigé une prise en compte de leurs vulnérabilités en raison de leurs états psychologiques, qui ne peut être exclue uniquement en raison de leurs majorités<sup>91</sup>.

La CourEDH est encore plus claire dans un arrêt contre l'Islande<sup>92</sup>. Le prévenu entre dans une tente et touche les seins d'une victime de 16 ans, endormie ou somnolente. Il s'arrête quand il remarque qu'il semble la déranger. C'est pour cette raison que les autorités islandaises l'ont acquitté<sup>93</sup>. La CourEDH refuse cette approche, car la question que les autorités auraient dû explorer est celle des

85 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 61.

86 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 242 s.

87 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 242 s. ; dans le même sens sur l'importance d'explorer la potentielle absence de consentement en prenant en compte la consommation d'alcool et de cocaïne, arrêt de la CourEDH 40733/22 du 27 février 2025 (X. c. Chypre), § 117; voir aussi à propos des circonstances du consentement la prise en compte du déséquilibre dans la relation, la minorité et l'état de santé de la victime, arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 221.

88 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 242.

89 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 242.

90 Arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 61 et § 69; arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 57 ss.

91 Arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 61 et § 69; arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 57 ss.

92 Arrêt de la CourEDH 3538/21 du 13 avril 2026 (Z. c. Islande).

93 Arrêt de la CourEDH 3538/21 du 13 avril 2026 (Z. c. Islande).

éléments ayant permis au prévenu d’imaginer l’existence d’un consentement avant de commencer l’acte sexuel et non la question de l’arrêt à la perception d’un malaise une fois l’acte sexuel débuté<sup>94</sup>. L’approche adoptée par les autorités islandaises ne respecte pas l’exigence d’un consentement exprimée sans ambiguïté, conforme à l’importance donnée aujourd’hui à l’autonomie sexuelle<sup>95</sup>.

40 Une enquête est donc effective lorsqu’elle est exhaustive. C’est-à-dire dans ce contexte, lorsqu’elle permet de déterminer les circonstances entourant le consentement, notamment l’âge, l’expérience sexuelle, l’alcoolémie et l’existence et l’impact d’une relation de domination. Une fois ces circonstances déterminées, elles doivent encore être prises en compte au moment de l’appréciation des preuves. Cet examen des preuves doit donc se fonder sur ces éléments et ne pas être influencé par des stéréotypes sexistes. Comme la croyance, par exemple, qu’une victime passive est toujours consentante, car sinon elle aurait exprimé son refus. La CourEDH exige un examen qui tient compte de la nouvelle compréhension des réactions des victimes, en particulier mineures, montrant qu’elles n’opposent souvent aucune résistance physique en raison de facteurs psychologiques ou de leur crainte de la violence de l’auteur-ice<sup>96</sup>.

## 2. La définition pénale du viol

41 L’exigence posée ci-dessus se retrouve également sous la forme d’une obligation positive matérielle. En 2022, le Tribunal fédéral affirmait que la CourEDH laissait une marge de manœuvre aux États membres dans leur définition du viol. Le Tribunal fédéral affirmait également que dans le contexte d’un état ne s’étant pas doté d’une législation adoptant la solution du oui c’est oui, la CourEDH ne s’était jamais exprimée sur l’obligation de poursuivre une relation sexuelle avec une absence de consentement sous une forme uniquement passive<sup>97</sup>.

42 Depuis 2022, la CourEDH s’est exprimée à ce propos en reprochant à la France son ancienne définition du viol. À l’époque, le viol, selon le droit français, exigeait la réalisation d’un élément de violence, de contrainte, de menace ou de surprise. La Cour reproche l’insécurité juridique provoquée par cette définition, l’absence de protection des victimes en état de sidération et le manquement à ses obligations positives, procédurales et matérielles, en raison de son cadre juridique<sup>98</sup>.

94 Arrêt de la CourEDH 3538/21 du 13 avril 2026 (Z. c. Islande), § 47.

95 Arrêt de la CourEDH 3538/21 du 13 avril 2026 (Z. c. Islande), § 47.

96 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 202.

97 ATF 148 IV 234, consid. 3.7.2.

98 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 206 et § 250; voir définition de l’état de sidération N 47.

Selon la CourEDH, la volonté de la victime doit être centrale dans la définition du viol<sup>99</sup>. Cela signifie que tout acte sexuel imposé à la victime contre sa volonté doit être poursuivi, même si aucune résistance physique n’a été opposée<sup>100</sup>. Exiger une résistance physique provoque l’impunité de certain-e-s auteur-ice-s, notamment en cas de consentement invalide en raison d’un abus de vulnérabilité ou des réactions psychologiques possibles des victimes d’agressions sexuelles, et compromet la protection effective de l’autonomie sexuelle<sup>101</sup>.

### a) Sous l’ancien droit

Sous l’ancien droit suisse, pour établir un viol ou une contrainte sexuelle, le Tribunal fédéral exigeait que l’auteur-ice ait surmonté ou déjoué la résistance qu’on peut raisonnablement attendre de la victime. Il s’agit en général d’une résistance physique et d’un refus verbal<sup>102</sup>. Sauf dans les cas de pressions d’ordre psychique qui englobent les situations dans lesquelles la victime ne peut résister en raison de la peur ou du désespoir de la situation<sup>103</sup>, par exemple, dans des relations de couples, en cas d’intimidation, de tyrannie ou de psychoterreur permanente<sup>104</sup>. La pression psychique peut aussi être causée par une instrumentalisation des liens sociaux, d’une dépendance émotionnelle et sociale, que la jurisprudence appelle violence structurelle<sup>105</sup>.

En cas de pressions psychiques, il n’est plus exigé de la victime de résister physiquement à la contrainte. Mais il est toujours exigé qu’elle exprime son refus verbalement<sup>106</sup>.

99 Arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 206 et § 250.

100 Arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 51; arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 56 ss; arrêt de la CourEDH 38588/21 du 13 février 2024 (X. c. Grèce), § 67.

101 Arrêt de la CourEDH 10145/22 du 12 décembre 2024 (Y. c. République tchèque), § 58 et § 67; arrêt de la CourEDH 37782/21 du 20 juin 2024 (Z. c. République tchèque), § 52 et § 58.

102 ATF 133 IV 49, consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_159/2020 du 20 avril 2020, consid. 2.4.1.

103 ATF 131 IV 107, consid. 2.2; ATF 122 IV 97, consid. 2.b; ATF 119 IV 309, consid. 7.b; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1012/2024 du 18 septembre 2025, consid. 2.1.3; Ils défendent qu’il s’agit plutôt de cas d’incapacité de résistance, STEFAN TRECHSEL / CARLO BERTOSSA, in: Trechsel/Pieth/Geth (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 4<sup>ème</sup> éd., Zurich / St. Gall 2021, art. 189 N 6.

104 ATF 131 IV 167, consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1012/2024 du 18 septembre 2025, consid. 2.1.3.

105 ATF 131 IV 107, consid. 2.2; VÉRONIQUE JAQUIER / CAMILLE MONTAVON / CHARLOTTE ISELIN, Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle « résistance » ? [1<sup>re</sup> partie], RPS 2023, p. 24; CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE / MATHILDE BOYER, Infraction contre l’intégrité sexuelle, Jurisprudence récente, difficultés pratiques et modifications législatives en cours, in: Perrier Depeursinge/Dongois (édit.), Infractions contre l’intégrité sexuelle, Berne 2022, p. 12.

106 ATF 148 IV 234, consid. 3.6; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_543/2024 du 22 mai 2025, consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_922/2023 du 19 mars 2024, consid. 1.4.3 et consid. 1.5; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_367/2021 du 14 décembre 2021, consid. 2.4 s.; arrêt du Tribunal

Une condamnation a été possible en raison de pressions psychologiques et d'un refus verbal, par exemple, en raison de la vulnérabilité psychologique d'une victime et du lieu, soit la chambre de la victime, dans lequel le viol s'était déroulé<sup>107</sup>, mais aussi, lorsque le viol s'est déroulé dans un contexte de peur et où la victime était impressionnée et inexpérimentée<sup>108</sup>. Cette exigence de refus verbal, même dans les circonstances qui viennent d'être décrites, viole clairement, selon nous, les obligations posées dans la jurisprudence européenne présentée ci-dessus.

46 Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral, dans le contexte de pressions psychiques associées à un état dissociatif lors de shootings photo, a admis que l'auteur aurait dû prendre en compte la passivité totale de ses victimes<sup>109</sup>. Il admet cela en prenant en compte les circonstances particulières de ces viols et contraintes sexuelles, soit une différence d'âge, d'expérience dans la photographie et dans la vie, la vulnérabilité des victimes nues face au photographe habillé, directif, sûr de lui et les relations asymétriques qui les lient<sup>110</sup>. Cette récente approche du Tribunal fédéral nous semble davantage compatible avec une approche sensible au contexte et donc aux exigences de la CourEDH.

#### b) Sous le nouveau droit

47 La nouvelle définition du viol, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2024, se base sur l'absence de volonté de la victime. L'établissement d'un refus verbal, non verbal, explicite ou implicite, est exigé<sup>111</sup> et déterminé en fonction du contexte<sup>112</sup>. L'auteur-ice qui profite de l'absence de réaction de la victime pourra être puni-e en prenant en compte l'état de sidération<sup>113</sup>, une condition chez la victime qui rend l'expression de son refus impossible<sup>114</sup>.

48 En cas de manifestation non verbale du refus, l'examen doit d'abord porter sur l'existence d'un refus et, donc d'un acte contre la volonté, pouvant, en fonction des circonstances, prendre une forme passive et, subsidiairement,

fédéral 6B\_159/2020 du 20 avril 2020, consid. 2.4.1; JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (n. 105), p. 38 s.

107 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_88/2023 du 8 février 2024, consid. 2.4.

108 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_922/2023 du 19 mars 2024, consid. 1.4.3 et consid. 1.5.

109 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_535/2025 du 10 septembre 2025, consid. 4.1.2.

110 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_535/2025 du 10 septembre 2025, consid. 4.1.3.

111 NICOLAS QUELOZ / FEDERICO ILLÁNEZ, in: Macaluso/Moreillon/Queloz (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2025, art. 189 nouveau CP N 33 ss (cit. CR CP II<sup>2</sup>-AUTEUR-E).

112 WOLFGANG WOHLERS / YASMINE MÜLLER, Das neue Sexualstrafrecht: die prozessualen Aspekten, forum poenale 2025, p. 278; CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE / JUSTINE ARNAL, Révision du viol en droit suisse, RPS 2024, p. 32.

113 PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (n. 112), p. 34.

114 PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (n. 112), p. 37.

l'existence et l'exploitation d'un état de sidération<sup>115</sup>. PERRIER DEPEURSINGE et ARNAL soutiennent que la passivité durant tout l'acte ne peut fonder le consentement et est un indice de l'état de sidération<sup>116</sup>.

Le refus ou l'état de sidération doit avoir été perçu par l'auteur-ice pour mener à sa condamnation. En d'autres termes, l'auteur-ice doit accepter d'exploiter cette condition chez la victime et envisager cet état, c'est-à-dire que la victime a refusé ou était involontairement passive, incapable de s'exprimer activement<sup>117</sup>. Une partie de la doctrine affirme qu'un-e auteur-ice qui ne se préoccupe pas de la passivité de sa victime accepte d'agir contre sa volonté<sup>118</sup>. PERRIER DEPEURSINGE et ARNAL affirment qu'«une totale passivité de la victime est un signe fort et reconnaissable par l'auteur[-ice] qu'i[e]l profite de son état de sidération»<sup>119</sup>. Pour VILLARD, s'il est établi que l'auteur-ice a accepté et envisagé d'agir sans le consentement de la victime, alors iel a accepté et envisagé d'agir contre sa volonté<sup>120</sup>. Nous la rejoignons et pensons que pour respecter les exigences de la CourEDH, l'intention de l'auteur-ice doit être admise si iel a au moins accepté l'hypothèse que la passivité de la victime signifie une absence de consentement et donc de volonté, cette passivité étant un indice fort et reconnaissable de son absence de volonté.

Selon nous, le Tribunal fédéral, pour respecter les exigences posées par la CourEDH, devra admettre que la passivité peut être une forme d'expression de l'absence de volonté de la victime ou d'état de sidération comme proposée par QUELOZ, ILLÁNEZ, PERRIER DEPEURSINGE, ARNAL, et VILLARD.

La passivité devra être interprétée comme un signe d'absence de volonté en particulier lorsque la victime est mineure, alcoolisée ou droguée, dans une relation déséquilibrée avec l'auteur-ice et/ou vulnérable en raison notamment de son état psychologique, même sans atteindre le niveau d'intensité exigé pour l'art. 191 CP<sup>121</sup>, acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de l'art. 193 CP, abus de détresse ou de dépendance. Cela est pertinent, car la CourEDH exige une prise en compte des circonstances dans leur globalité et c'est donc l'accumulation de facteur comme la consommation

115 CR CP II<sup>2</sup>-QUELOZ/ILLÁNEZ, art. 189 nouveau CP N 60; pour VILLARD l'état de nécessité est toujours un cas d'absence de volonté, KATIA VILLARD, Le (non) consentement dans les infractions sexuelles: réflexions sur l'élément-clé de l'interdit pénal, SJ 2025, p. 415.

116 PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (n. 112), p. 39 s.

117 PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (n. 112), p. 41 s.

118 WOHLERS/MÜLLER (n. 112), p. 280; PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (n. 112), p. 44.

119 PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL (n. 112), p. 45.

120 VILLARD (n. 115), p. 414 s.

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

d'alcool, l'âge et la relation de dépendance qui peuvent mener à nier l'existence d'une volonté de la victime.

- 52 Face à l'un ou plusieurs de ces éléments, le consentement ne pourra être déduit de sa passivité. Cette solution permet également de ne pas faire reposer sur la victime la responsabilité de ce qui lui est arrivé, reproche qui sera typiquement sexiste et constitutif d'une victimisation secondaire quand la victime était incapable d'exprimer son refus activement.

### 3. La reconnaissance du caractère discriminatoire

- 53 La CourEDH traite la question de l'égalité entre les genres sous l'angle des discriminations systémiques. Elle ne vise pas une pratique, mais des séries de causes indépendantes entre elles ou des discriminations institutionnelles. C'est-à-dire un « échec collectif d'une organisation à satisfaire les besoins de certaines catégories d'usager[·ère]s, en raison d'une indifférence à leur situation, ou une forme de mépris à leur égard »<sup>122</sup>.
- 54 Deux conditions doivent donc être remplies pour que la CourEDH reconnaisse la violation de l'art. 14 CEDH : une discrimination dans le cas d'espèce, ici l'usage d'un stéréotype sexiste et l'inscription de cette discrimination spécifique dans un contexte systémique de discrimination. En lien avec la victimisation secondaire, la CourEDH l'a admise pour la première fois en 2025 dans trois arrêts présentés ci-dessus, l'arrêt L. et autres c. France, dans l'affaire L. c. France, portant sur des viols commis sur une victime de 14 ans par des pompiers acquittés par la France, dans l'affaire N.T. c. Chypre et dans l'affaire I.C. c. République moldave, où la discrimination a un caractère sexiste et validiste<sup>123</sup>.
- 55 En particulier dans les arrêts contre la France et Chypre, la victimisation secondaire et la discrimination ont été reconnues, en se fondant sur la loi nationale ou le rapport du GREVIO. La mobilisation de ces textes a permis de démontrer le caractère institutionnel ou répété de la discrimination<sup>124</sup>. Il s'agit de deux cas où la Cour reproche aux

122 GWÉNAËLE CALVÈS, L'introuvable définition « européenne » de la discrimination indirecte. L'exemple du sexe et de l'orientation sexuelle, in : Borrillo/Lemaire (édit.), Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Paris 2020, p. 103 ; SOFIA BALZARETTI, Défis et perspectives à la lutte contre le sexisme par les droits humains, in : Gresset/Cottier/Lieber (édit.), De quel droit ? Genre et sexualités au croisement des sciences sociales et juridiques, Genève/Zurich 2025, p. 146.

123 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 84 ; arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 232 s. ; arrêt de la CourEDH 36436/22 du 27 février 2025 (I.C. c. République de Moldova), § 204 ss.

124 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 84 ; arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et

États leurs méthodes utilisées pour évaluer le consentement des victimes, les préjugés, les attitudes patriarcales et la violation du principe de célérité<sup>125</sup>.

## V. Conclusion

La CourEDH dans plusieurs arrêts récents fait un lien 56 que nous trouvons pertinent entre l'usage de stéréotype sexiste, la victimisation secondaire et l'obligation procédurale d'enquête effective et matérielle de pénalisation du viol. En exigeant des États, une législation pénalisant aussi les viols commis sur des victimes en état de sidération et des enquêtes pénales exhaustives sans usage de stéréotypes sexistes, la CourEDH propose de vraies solutions visant à diminuer la victimisation secondaire dans les procédures pénales pour viol de ses États membres.

Pour respecter les exigences d'enquête effective, dont 57 d'exhaustivité de l'enquête, les autorités pénales suisses doivent établir les faits et apprécier les preuves sans mobiliser aucun stéréotype sexiste. Elles doivent éviter toute responsabilisation des victimes, en admettant leur consentement notamment en se basant sur leur passé sexuel, leurs sentiments pour l'auteur·ice, le caractère mensonger de leurs déclarations déduit de la tardiveté de leur plainte ou leur absence de résistance physique et/ou verbale.

Dans l'arrêt suisse portant sur le sadomasochisme, nous 58 regrettons l'absence de conclusions de la recourante exigeant une réparation de l'État pour l'atteinte à sa personnalité provoquée par la mention de messages antérieurs qui établiraient son consentement<sup>126</sup>.

S'il devait être conclu que le renvoi à l'autorité cantonale 59 ne suffit pas à réparer la violation de ses droits (art. 3 et art. 8 CEDH), comme ARNAL, nous défendons qu'une réparation peut être exigée par l'art. 434 CPP<sup>127</sup>. Bien que la partie plaignante – *in casu* la recourante est victime et partie plaignante – ne fasse pas partie des tiers visés par cette norme, aucune autre norme du CPP ne lui permet de demander une réparation à l'État. Selon nous, rien ne justifie de choisir une interprétation stricte de l'art. 434 CPP

autres c. France), § 232 s. ; voir aussi l'arrêt de la CourEDH 36436/22 du 27 février 2025 (I.C. c. République de Moldova), où la discrimination a été reconnu mais en raison du genre et du handicap.

125 Arrêt de la CourEDH 28150/22 du 3 juillet 2025 (N.T. c. Chypre), § 84 ; arrêt de la CourEDH 46949/21 et 2 autres du 24 avril 2025 (L. et autres c. France), § 232 s. ; voir aussi l'arrêt de la CourEDH 36436/22 du 27 février 2025 (I.C. c. République de Moldova), où la discrimination a été reconnu mais en raison du genre et du handicap.

126 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_399/2024 et 6B\_405/2024 (destiné à publication) du 5 septembre 2025, consid. 3.

127 JUSTINE ARNAL, Violations des art. 3, 8 et 14 CEDH : la France condamnée pour de graves défaillances dans la protection des mineures victimes de viols, *crimen.ch* 2025, p. 5.

qui limiterait les droits d'une victime s'étant constituée partie plaignante en comparaison à celle qui ne l'a pas fait et qui est donc tierce. L'institution de la partie plaignante vise exactement la logique inverse, soit l'acquisition de plus de droits au sein de la procédure pénale<sup>128</sup>.

60 Les obligations positives matérielles imposent également à la Suisse une interprétation de la nouvelle définition du viol reconnaissant la passivité de la victime comme une absence de volonté ou de capacité d'exprimer sa volonté. Une condamnation doit donc avoir lieu quand l'auteur·ice du viol a envisagé la passivité de la victime comme une absence de volonté ou subsidiairement, un cas d'état de sidération doit être reconnu, s'il est possible de l'établir et que cet état a été perçu par l'auteur·ice.

128 CR CPP<sup>2</sup>-BENDANI, art. 104 N 21 ; CR CPP<sup>2</sup>-BENDANI, art. 105 N 4.

En particulier, ces circonstances doivent être prises en compte, lorsqu'il existe une relation de pouvoir ou que la victime se trouve en situation de vulnérabilité en raison de son âge ou de son état de santé. Le niveau exigé d'intensité de la relation ou de l'incapacité par les art. 191 et art. 193 CP ne doit pas être atteint, car c'est l'appréciation globale de toutes les circonstances qui permet de définir si le consentement a été donné.

Sans une telle interprétation, les autorités suisses ne pourront pas mener des enquêtes exhaustives et donc effectives et provoqueront de la victimisation secondaire en reprochant l'absence de refus verbal à des victimes incapables de l'exprimer.

### Abstract

*Seit 2024 verwendet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Rechtsprechung zu geschlechtsbezogener und sexueller Gewalt regelmässig den Begriff der Sekundärviktimsierung. Neu ist dabei insbesondere, dass dieser Begriff im Zusammenhang mit den positiven verfahrensrechtlichen Verpflichtungen der staatlichen Behörden im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen herangezogen wird. Ein Staat wird verurteilt, wenn die durchgeführte Untersuchung den Anforderungen an eine wirksame Ermittlung nicht genügt. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Ermittlungsführung aufgrund des Rückgriffs auf geschlechtsstereotype Annahmen selbst zu einer Sekundärviktimsierung geführt hat. In solchen Konstellationen beruht die mangelnde Effektivität der Untersuchung auf deren fehlender Vollständigkeit, die ihrerseits dadurch verursacht wird, dass die Ermittlungen auf irrelevante Gesichtspunkte fokussiert werden und/oder wesentliche, für die Sachverhaltsabklärung unerlässliche Elemente ausser Acht bleiben. Der Einsatz derartiger Geschlechterstereotype ist geeignet, das Vertrauen von Frauen in das Justizsystem zu beeinträchtigen, und stellt eine Verletzung von Art. 3, Art. 8 und in bestimmten Fällen auch von Art. 14 EMRK dar. Gegenüber Frankreich wurden sowohl die gesetzliche Definition der Vergewaltigung als auch verfahrensrechtliche Defizite beanstandet. Diesbezüglich wird ein Vergleich mit der neuen schweizerischen Vergewaltigungsdefinition vorgenommen.*