

Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et la santé: art. 111-136 CPS

© Notes de cours du Prof. Nicolas QUELOZ

(Oct. – nov. 2006)

1. Garanties constitutionnelles ou protections fondamentales:
 - de la *vie*: art. 2 ch. 1 CEDH et art. 10 al. 1 Cst. féd.
 - de la *dignité humaine*: art. 7 Cst. féd.
 - de *l'intégrité physique et psychique*: art. 10 al. 2 Cst.
 - de *l'intégrité et du développement des enfants* et des jeunes: art. 11 Cst. féd.

2. Systématique des dispositions pénales:
 - 1) Art. 111-117 CPS: Homicides
Bien juridique: *vie* d'une *personne physique*
 - 2) Art. 118-120 CPS: Interruption de grossesse
Biens juridiques: - *vie intra-utérine* (embryon, puis fœtus)
- *liberté* (de décision et d'action) *de la femme enceinte*: art. 118 al. 2 CPS
 - 3) Art. 122-126 CPS: Lésions corporelles
Biens juridiques: - *intégrité corporelle* (d'une personne physique)
- *santé physique et mentale*
 - 4) Art. 127-136 CPS: Mise en danger de la vie ou de la santé
Biens juridiques: - *vie*
- *santé* d'une personne physique + 136
CPS: des mineurs de 16 ans
- *dignité humaine*: 135 al. 1 CPS
 - 5) Art. 264 CPS: Génocide
Bien juridique: - *intérêts de la communauté internationale* = valeurs universelles = infraction internationale (cf. p. ex. Conv. ONU contre le génocide)

= BJ collectif - *vie, intégrité corporelle, santé* de *groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux*

3. Art. 111-117 CPS: norme de base et normes dérivées

→ cf. schéma ci-après (normes et sanctions)

4. Analyse de la typicité d'un homicide: le comportement de l'auteur doit déjà au moins remplir les conditions de l'art. 111 CPS 'Meurtre', qui est la *norme de base* ou l'énoncé de fait légal *principal*:

a) Objectivement:

1) Auteur: aucune spécification = *celui qui* ou *quiconque* = infraction *ordinaire* (ce qui n'est pas le cas de l'*infanticide*: art. 116 CPS = la *mère*).

2) Comportement: *aura tué* (= *action* ou *commission*, voire *omission improprement dite*, mais cf. alors les conditions strictes de la doctrine et de la jurisprudence); aucune spécification quant aux moyens homicides.

3) Cible: une *personne physique* → le point de départ de la protection de la *personne physique* (qui permet de la distinguer de la protection de l'*embryon* et du *fœtus* et, par conséquent, de distinguer un homicide d'une interruption de grossesse), ce sont soit les premiers travaux ou efforts naturels de l'accouchement, soit le premier acte d'une intervention médicale en vue de la naissance ; en droit pénal (contrairement au droit civil : cf. art. 31 CCS, commencement de la personnalité), il n'est pas nécessaire que l'enfant vive et respire de manière autonome.

4) Résultat: *mort* d'une personne; aucune spécification quant à la *victime*, si ce n'est qu'elle doit être une *personne physique*;
cas particuliers: - la victime a exprimé '*la demande sérieuse et instante*' que l'auteur lui donne la mort (art. 114 CPS);
- la victime est l'*enfant* de l'auteur (art. 116 CPS).

N.B. Dès 1969, l'*Académie suisse des sciences médicales* a édicté des *Directives pour la définition et le diagnostic de la mort*, selon lesquelles: «Un être humain doit être considéré comme mort lorsque l'une des deux ou les deux conditions suivantes sont réalisées:

- a) *Arrêt cardiaque irréversible, entraînant l'interruption de la circulation sanguine dans l'organisme et, par là-même, dans le cerveau;»*
- b) *Défaillance complète et irréversible des fonctions du cerveau.»*

5) Rapport de causalité: entre le *comportement* de l'auteur et le *résultat*, il faut pouvoir établir

- d'abord le lien de causalité '*naturelle*', *objective* ou *matérielle* démontrant (preuves à l'appui) que le comportement de l'auteur est bien la condition sans laquelle la mort de la victime ne serait pas survenue ('*condicio sine qua non*')
- et, si cette preuve est faite, analyser ensuite le lien de causalité *normative*, notamment au moyen de la causalité *adéquate*, où l'on examine si le cours des choses était ou non *ordinaire*, s'il était ou non *prévisible* que le comportement de l'auteur entraîne des risques mortels et si l'auteur aurait pu ou non *éviter* de faire courir des risques mortels à autrui: si l'on peut répondre positivement à ces diverses questions, c'est alors que le comportement de l'auteur est bien *la cause la plus adéquate* du résultat survenu; sinon, cette personne doit être disculpée, car son comportement est atypique.

→ cf. notamment: [ATF 115 IV 100](#) / [122 IV 17](#) / [131 IV 145](#)

b) *Subjectivement:*

6) Acte intentionnel: l'auteur doit avoir agi avec *conscience* (d'avoir affaire à une personne physique et que son comportement est apte à causer la mort) et *volonté* de tuer;

7) éventuellement: aspects *subjectifs aggravants* ou *dol qualifié* (art. 112 CPS: intention + '*absence particulière de scrupules*' (cf. ci-dessous); art. 115 CPS: '*mobile égoïste*') ou aspects *subjectifs atténuants* ('*émotion violente*' ou '*profond désarroi*' excusables de l'art. 113 CPS (cf. ci-dessous); art. 114 CPS: '*mobile honorable*');

8) éventuellement, négligence ou *imprévoyance coupable* de l'art. 117 CPS: - cf. les conditions posées par l'art. 18 al. 3 CPS ([ATF 122 IV 145](#)); - cf. les *devoirs de prudence* que l'auteur devait respecter et leur *source* (*légale*: ex. LCR; *normes privées*: ex. règles de la Fédération internationale de ski; *contractuelle*; *circonstances du cas*).

NB: Les circonstances aggravantes ou atténuantes spéciales ci-dessous constituent des *notions juridiques indéterminées* (non définies par le législateur), qui ont été précisées par la doctrine et par la jurisprudence:

➤ Art. 112 CPS, «*absence particulière de scrupules*» (et comportement «*sans scrupules*», art. 129 CPS):

= Circonstance(s) *aggravante(s) spéciale(s)*

→ Cf. notamment: [ATF 118 IV 122](#) et [127 IV 10](#)

- cette expression concerne le *comportement* de l'auteur (et non lui-même ou sa personnalité);
- elle caractérise un comportement faisant l'objet d'une *désapprobation morale forte*;
- le comportement de l'auteur doit être *particulièrement répréhensible* et dénoter une *absence marquée de considération de la vie humaine*, plus forte encore que dans le cas du meurtre 'simple' de l'art. 111 CPS:

«*la destruction intentionnelle de la vie d'autrui est toujours d'une gravité extrême; comme le montre cependant la différence de peine, il faut, pour retenir la qualification d'assassinat, que la faute de l'auteur, par son caractère particulièrement odieux, se distingue nettement de celle d'un meurtrier au sens de l'art. 111 CP* » (ATF 118 IV 122, p. 126).

➤ Art. 113 CPS:

→ Cf. notamment: [ATF 118 IV 233](#)

1) «*émotion violente*» ('*heftige Gemütsbewegung*'):

= Circonstance *atténuante spéciale*

- état psychologique particulier
- qui n'est pas d'origine pathologique
- mais résulte d'une pression aiguë, relativement subite
- provoquant chez l'auteur un sentiment irrésistible (violent, '*vis absoluta*')
- qui restreint sa faculté d'analyser correctement ou raisonnablement la situation et/ou l'empêche de se maîtriser (perte de contrôle de soi).

2) «*profond désarroi*» (‘*grosse seelische Belastung*’):

= Circonstance *atténuante spéciale*

- état d’émotion (donc: état psychologique particulier, sans origine pathologique),
- qui mûrit pendant une longue période, progressivement ou couve pendant longtemps,
- jusqu’à ce que l’auteur soit complètement désespéré et ne voie plus d’autre issue que l’homicide.

3) Emotion violente ou profond désarroi que «*les circonstances rendaient excusables*»:

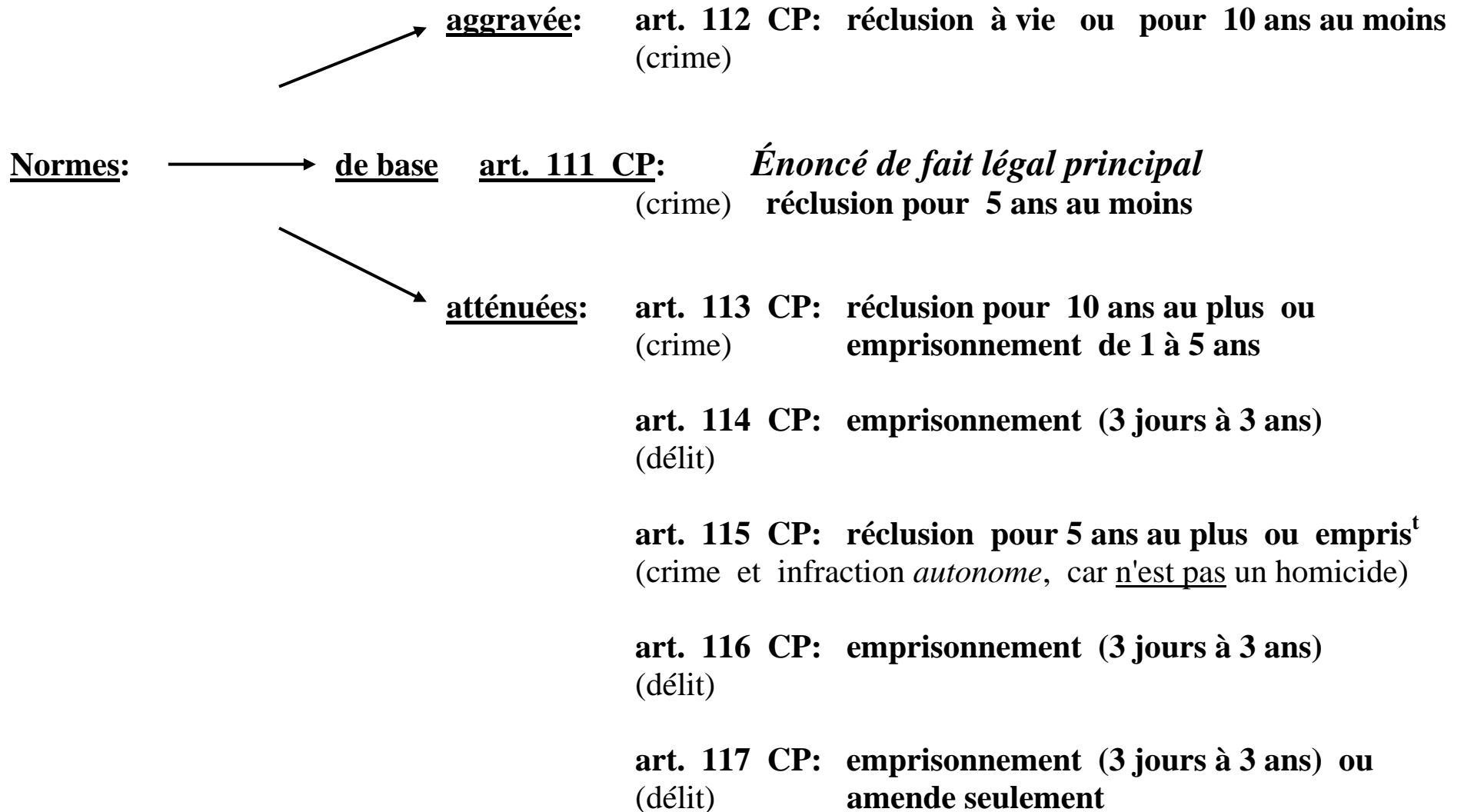
- Les circonstances doivent être telles, qu’au moment même de l’acte elles entraînent un état (émotion violente ou profond désarroi) qui altère la *faculté de jugement* et/ou la *capacité* de l’auteur *de se maîtriser*, rendant ainsi *excusable* cet état (d’émotion violente ou de profond désarroi) et non le comportement lui-même, qui est homicide et donc illégal.
- Les circonstances doivent être *indépendantes de la volonté de l’auteur*. Ni l’émotion violente, ni le profond désarroi ne doit être du à une faute de l’auteur ou provoqué par lui.

Exemple ATF 118 IV 233: l’état d’émotion violente dans lequel se trouvait l’auteur était principalement dû aux brutalités qu’il commettait à l’égard de son épouse; par son comportement, il a lui-même provoqué son état d’excitation.

La situation peut être différente avec le profond désarroi, puisqu’il s’agit d’un état qui a évolué et mûri parfois longuement. SCHULTZ (1980) donnait l’exemple d’une personne qui, par accident, a rendu invalide un de ses proches, le soigne ensuite avec affection pendant de nombreuses années, puis, ne supportant plus de le voir souffrir, se résout à le tuer... Ce profond désarroi est ici lié, de façon lointaine ou médiate, à une faute de l’auteur, mais devrait être admis dans le cadre de l’art. 113 CPS.

NB: Si l’*émotion violente* ou le *profond désarroi* est tel qu’il entraîne un sérieux trouble de la conscience, le concours de 113 CPS (circonstance *atténuante spéciale*) avec l’art. 11 CPS (ou 19 al. 2 nCPS, comme circonstance *atténuante générale*) est possible et admis. Pour les mêmes raisons, l’art. 66bis CPS peut aussi être appliqué complémentirement, selon les circonstances du cas.

Art. 111-117 CPS, homicides:



Statistiques: Nombre de personnes condamnées pour *homicides* en Suisse

Personnes condamnées selon:	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Art. 111 CPS	54	65	53	54	65	63	63	65	70	74	48	46	73	61
Art. 112 CPS	18	21	13	28	18	14	21	14	16	23	18	10	33	17
Art. 113 CPS	3	7	5	9	3	8	13	4	9	6	5	3	4	4
Art. 114 CPS	0	0	2	0	0	0	0	0	1	0	0	2	1	2
Art. 115 CPS	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1
Art. 116 CPS	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0
TOTAL Homicides intentionnels	75	96	73	92	86	85	97	83	96	103	73	62	112	85
Art. 117 CPS Homicides par négligence	291	314	269	220	247	196	224	199	185	222	160	202	194	165

Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel (état de la banque de données au 30.08.2006)

5. ***L'intégrité corporelle et la santé*** comme biens juridiques protégés par les articles 122 à 126 CPS:

Définitions:

1) **L'intégrité corporelle** comprend:

a) le ***corps*** défini comme:

la partie *matérielle* d'une personne physique, son *enveloppe* anatomique et morphologique (tronc, peau, visage, cuir chevelu, cheveux, barbe, dents, ongles, etc.)

b) les ***membres*** ou parties du corps reliées au tronc et qui ont une *fonction mécanique ou motrice* (les bras, les jambes, les mains, les pieds)

c) les ***organes*** ou parties du corps qui ont une *fonction physiologique* (cerveau, coeur, poumons, foie, oeil, oreille, nez, langue, organes génitaux, etc.)

d) les ***membres et organes artificiels*** qui sont *si intimement liés au corps* qu'ils ne peuvent en être détachés que par violence ou par une intervention chirurgicale

(sinon, les autres appareils ou prothèses sont considérés comme des *choses*, protégées contre les dommages à la propriété: art. 144 CPS).

2) **La santé** protégée par les art. 122-126 CPS comprend la santé *physique* et *psychique* ou *mentale*, soit *l'état* du corps et de l'esprit.

N.B. La notion de santé protégée par le CPS est *plus restreinte* que la définition large qu'en donne l'OMS (Organisation mondiale de la santé) et qui considère la santé comme un «*état de complet bien-être physique, mental et social*».

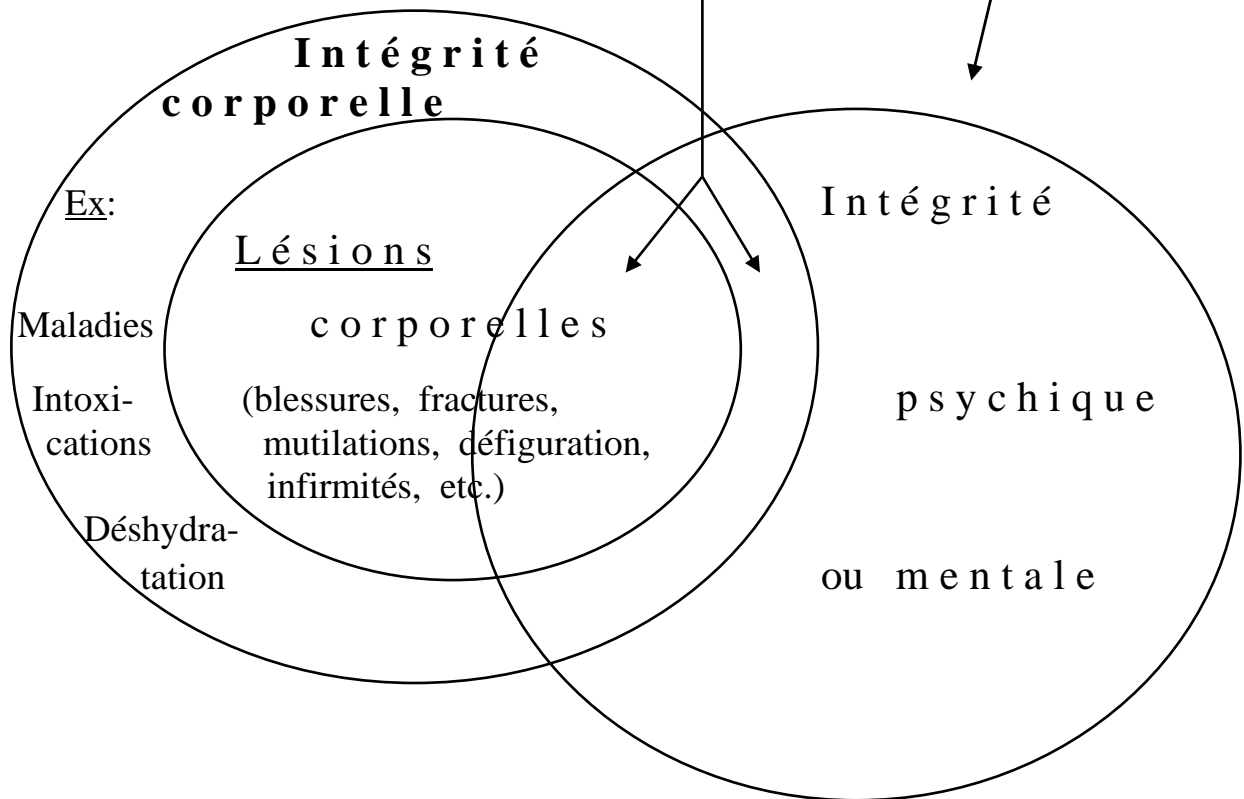
ATTEINTES

à l'intégrité corporelle
et à la santé

PHYSIQUES
ou somatiques

PSYCHIQUES

**PSYCHO-
SOMATIQUES**



→ Critères de classification des atteintes des art. 122 à 126 CPS:

➤ caractéristique commune: toutes ces dispositions sanctionnent des infractions de *lésion* (= infractions matérielles ou de résultat, y compris l'art. 126 CPS !), qui nécessitent l'analyse d'un rapport de causalité;

➤ 2 grands critères de classification ou de distinction:

1) critère *objectif*: le *degré de gravité* de l'atteinte

- l'art. 122 CPS énumère les critères juridiques et médicaux permettant de qualifier une atteinte ou une lésion de *grave*;
- l'art. 126 CPS 'Voies de fait' ('*Tätlichkeiten*' / '*Vie di fatto*') définit 'par défaut' ce qui est '*bénin*', à savoir qui n'est ni une lésion corporelle ni une atteinte à la santé, mais représente néanmoins, selon la doctrine et surtout la jurisprudence, une *atteinte à l'intégrité physique ou psychique qui excède ce qu'il est convenu d'admettre selon les habitudes sociales*;
- entre ces 2 extrêmes, l'art. 123 CPS, qui est d'ailleurs la *norme de base* ou l'énoncé de fait légal *principal* (et statistiquement la plus retenue par les tribunaux) sanctionne les lésions corporelles *simples* ou les *autres atteintes* (intentionnelles) à l'intégrité physique ou psychique (= ni lésions graves, ni voies de fait);
- cf. **ATF 129 IV 1**: distinction entre lésions *simples* et *graves* + *simples* et *simples aggravées* !

+ 2) critère *subjectif*:

- les art. 122, 123 et 126 CPS sanctionnent des comportements *intentionnels*,
- les lésions corporelles ou les atteintes à la santé commises *par négligence* étant expressément incriminées par l'art. 125 CPS (al. 1: lésions ou atteintes *simples*; al. 2: lésions ou atteintes *graves*).

Condamnations pour infractions au Code pénal: lésions corporelles et mises en danger de la vie/santé

		1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Total	Condamnations en application de 111 à 136 CPS	2898	2954	3150	3440	3656	3836	3971	4360	5136	5365
122	Lésions corporelles graves	53	50	56	53	65	61	71	79	75	78
123	Lésions corporelles simples	1078	1171	1266	1400	1448	1540	1667	1843	2235	2342
125	Lésions corporelles par négligence	906	873	881	938	1005	1077	1089	1062	1133	1052
126	Voies de fait	424	457	509	589	631	646	722	800	1106	1353
127	Exposition	5	3	6	4	3	6	0	0	2	3
128	Omission de prêter secours	15	29	17	21	23	18	25	18	11	30
128bis	Fausse alerte (en vigueur: 1.1.1995)	19	31	35	28	25	29	40	30	44	43
129	Mise en danger de la vie d'autrui	95	100	95	111	118	104	97	96	128	126
133	Rixe	102	120	127	240	216	198	242	327	344	334
134	Aggression (en vigueur: 1.1.1990)	105	96	103	96	118	132	84	185	205	220
135	Représentation de la violence (en vigueur: 1.1.1990)	6	11	15	17	18	17	15	17	27	55
136	Remettre à des enfants des substances nocives (en vigueur: 1.1.1990)	8	8	5	16	17	42	27	26	46	61

© Office fédéral de la statistique, Neuchâtel, Statistique des condamnations pénales / Etat de la banque de données au 30.08.2006

C A S et A T F

a) Un dimanche après-midi, Daniel, biologiste et grand connaisseur de champignons, se promène en forêt avec sa famille. Son neveu Philippe, en visite chez lui, cueille quelques amanites phalloïdes (champignons vénéneux mortels) et les montre fièrement à son oncle. Celui-ci sourit et ne dit rien. Le soir, le neveu rentre chez lui et mange sa récolte de champignons. Dans la nuit, il meurt d'une violente intoxication...

b) En pleine période de crise conjugale et de dépression psychique, Mme Y. tire un soir des coups de feu sur ces 2 enfants endormis, âgés de 2 mois et de 18 mois. Les 2 enfants ont été tués, puis Mme Y. a tenté vainement de se donner la mort...

c) A la sortie d'un match de hockey sur glace très animé, Xavier, fâché de la défaite de son équipe, donne un violent coup de coude dans le ventre d'une femme portant les couleurs de l'équipe adverse. Au cours de la nuit, cette femme, qui était enceinte de 5 mois, doit être conduite à l'hôpital, où elle va perdre son enfant des suites d'une fausse couche...

d) V. Humbert, devenu tétraplégique et aveugle à la suite d'un accident de la route, a écrit une lettre dans laquelle il demande que l'on respecte son droit de mourir dignement et que l'on mette fin à ses souffrances et à sa vie.

Sa mère lui a fait une injection intraveineuse pour lui procurer une mort douce (*euthanasie*: du grec *thanatos* = mort et *eu* = douce). La mort n'est pas survenue, mais V. Humbert est tombé dans le coma.

L'équipe médicale qui le soigne a, face à cette situation, décidé de ne plus prolonger la vie de V. Humbert et a arrêté les appareils qui le maintenaient en vie. V. Humbert est décédé.

Question: quels sont les principaux éléments d'analyse de la typicité de cette situation en droit pénal suisse ?

→ cf. ci-dessous [Texte de N. Queloz relatif à l'euthanasie.](#)

e) Dans le canton de Zurich, Max, qui se savait atteint du virus VIH, a entretenu des relations sexuelles régulières et non protégées avec cinq hommes pendant trois ans et en a contaminé quatre. Des 5 partenaires, seul

Boris a eu connaissance de la séropositivité de Max et a malgré tout continué d'entretenir des relations sexuelles non protégées avec lui...

→ cf. ci-dessous **Commentaire de l'ATF 131 IV 1** par N. Queloz et R. Brossard

f) Un tournoi de football amical a eu lieu dans un village. Un des matches a opposé l'équipe de Daniel à l'équipe de Simon.

A une ou deux minutes de la fin du match, Daniel s'est trouvé en possession du ballon à proximité du but de l'équipe adverse. Alors qu'il venait de faire une passe en retrait et qu'il n'était plus en possession du ballon, Simon, qui était défenseur, s'est précipité sur lui. A la suite du choc, Daniel a subi une double fracture de la jambe droite et a été incapable de travailler à 100% pendant un mois, puis à 50% pendant deux mois.

Simon clame son innocence et invoque le fait qu'il a déjà été puni par l'arbitre d'une expulsion (avec 3 matches de suspension).

→ cf. **ATF 109 IV 102**: 125 CPS, *négligence*

→ cf. **ATF 121 IV 249**: 123 CPS, *dol éventuel* = changement de jurisprudence en matière de lésions causées dans le sport !

→ **ATF 127 IV 62**: art. 125 al. 2 CPS, devoirs de prudence du maître d'équitation lors d'une leçon

→ **ATF 128 IV 49**: art. 125 al. 2 CPS, devoirs de prudence et responsabilité des parents dans le cas de blessure causée par leur enfant qui a tiré avec une carabine à air comprimé sur un autre enfant

→ **ATF 129 IV 216**: art. 126 et 126 al. 2 CPS, limites du droit de correction sur des enfants

→ **ATF 121 IV 18**: art. 128 CPS, cas de Marie, morte d'une 'overdose'

→ **ATF 6S.394/2003**: 129 ou 128 CPS ?

→ **ATF 6S.184/2005**: 133 CPS, définition de la rixe et du comportement non punissable de l'art. 133 al. 2 CPS

Euthanasie, assistance au décès, droit de mourir dans la dignité: développements relatifs à la Suisse

Nicolas QUELOZ¹

1. Introduction

Entre-deux, entre la vie *et* la mort, puis le passage de la vie à la mort... Si la mort est humaine, si sa survenance est l'une des rares choses absolument certaines de l'existence, son échéance (jour, heure) reste en revanche un mystère, tantôt angoissant, tantôt réconfortant. La question de l'euthanasie, mêlée à celle de la souffrance, est intrinsèquement liée à ces interrogations existentielles. Si elle a été une problématique récurrente de toute la seconde moitié du 20^e siècle (aux plans éthique, juridique, médical), la question de l'euthanasie rebondit avec vigueur depuis le début des années 1990. Il est vrai qu'elle interpelle surtout les autorités des Etats occidentaux (d'Europe, Etats-Unis, Canada et aussi d'Australie). N'est-elle toutefois qu'une problématique de pays vieillissants et opulents (dont les besoins sanitaires primaires de la population sont généralement satisfaits), voire de sociétés rongées par la crise des valeurs morales et l'individualisme forcené? Au-delà du constat relatif aux très nombreuses réflexions concernant l'euthanasie (comme en témoignent le choix de publications citées en références), ces interrogations dépassent très largement le cadre de notre contribution.

En Suisse en particulier, la question de l'euthanasie a régulièrement fait l'objet de discussions publiques et politiques et il est possible de mettre en évidence cinq phases significatives de ces débats au cours de la seconde moitié du 20^e siècle:

- après la 2^e Guerre Mondiale, les atrocités commises par les autorités nazies ont bien sûr influencé très négativement les représentations sociales relatives à l'euthanasie (comprise surtout sous l'angle des pratiques eugéniques les plus excessives, consistant à tuer les personnes dont la vie était autoritairement qualifiée de 'sans valeur')².

- L'affaire de la thalidomide, à la fin des années 50 (qui a fait monter la fièvre publique jusqu'aux lendemains du 'procès de la thalidomide', en 1962, à Liège, à l'issue duquel une mère et un médecin ont été acquittés après avoir donné la mort à un nouveau né dont les malformations étaient dues à ce médicament) a conduit en Suisse à un renversement d'attitudes et à un fort courant de légitimation de l'euthanasie.

- En 1975, l'affaire du Dr. Haemmerli (médecin chef d'un hôpital de Zurich, qui avait admis avoir renoncé à faire servir des aliments solides à 27 patients gravement atteints au cerveau ou en phase terminale du cancer et qui bénéficia finalement d'un non-lieu, le ministère public estimant qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre ce comportement et la mort survenue des malades) a eu le même effet de mobilisation de l'opinion publique dans un

¹ Ce texte constitue la version un peu remaniée d'un article paru dans la **Revue internationale de criminologie et de police scientifique**, 1998, 2, 140-153.

² Ce triste souvenir explique la raison pour laquelle, dans la littérature de langue allemande, le terme d'euthanasie a dès lors été remplacé par celui d'assistance au décès (*Sterbehilfe*).

sens favorable à l'euthanasie dans des situations bien délimitées³. En 1975 également, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait adopté une résolution relative aux droits des personnes malades en fin de vie ainsi qu'une recommandation invitant les Etats membres à créer des commissions nationales d'éthique pour le traitement des personnes mourantes: en 1976, l'Académie suisse des sciences médicales édicta ses premières directives éthiques concernant l'euthanasie (qui, comme nous le verrons ci-dessous, jouent encore aujourd'hui un rôle majeur).

- Le mouvement pour la reconnaissance du droit de mourir dans la dignité, qui s'est considérablement étendu en Suisse depuis 1982 (par les actions des associations *Exit*) a encore amplifié la sensibilisation de la population à la question de l'euthanasie et de l'assistance au suicide.

- Enfin, depuis 1993, à la suite du 'modèle hollandais', les actions politiques ont repris avec vigueur en Suisse, en particulier avec l'acceptation par le Parlement fédéral (en septembre 1994) d'une motion en faveur d'une légalisation de l'euthanasie active dans des conditions bien déterminées (voir ci-dessous): bien qu'il n'y soit pas favorable, le Gouvernement suisse a ainsi été poussé à mettre en marche une procédure (créant d'abord un groupe de travail 'Assistance au décès') qui pourrait aboutir à une révision du code pénal suisse. Ceci serait d'ailleurs conforme aux vœux de l'opinion publique qui, dans les sondages assez fréquents réalisés en Suisse depuis 1988, s'est toujours déclarée favorable (dans une proportion s'élevant constamment entre 75 et 80% d'opinions positives) à ce que l'on reconnaisse explicitement le droit d'une personne atteinte d'une maladie incurable de demander à un médecin de mettre fin à ses souffrances en lui donnant la mort.

Nous précisons encore que, si les statistiques policières font état d'un nombre moyen (pour les années 1987 à 1996) de 171 homicides intentionnels découverts chaque année en Suisse (dont près de la moitié ou 48% ne sont cependant que des tentatives d'homicides), ce sont en réalité 68 personnes qui ont été effectivement condamnées (moyenne des années 1987 à 1996) pour homicide volontaire, parmi lesquelles les auteurs de *meurtre à la demande de la victime* (8 personnes condamnées en application de l'art. 114 CPS) et d'*incitation ou assistance au suicide* (4 personnes condamnées en application de l'art. 115 CPS) ne représentent qu'une petite fraction de moins de 2%. Notons encore que les personnes condamnées pour meurtre à la demande de la victime et pour incitation ou assistance au suicide au cours des années 1984 à 1992 étaient toutes des *hommes* et qu'*aucun* d'eux n'était un médecin.

2. Cadre éthique et juridique

Si l'on peut définir brièvement l'*euthanasie* comme la mort intentionnellement donnée à autrui à sa demande (*mort douce, assistance au décès*), c'est en étant bien conscient qu'une telle définition ne va pas de soi et que le cadre global des régulations (mais aussi des lacunes) à la fois éthiques et juridiques relatives aux pratiques euthanasiques doit être précisé.

Il est en effet extrêmement difficile de parvenir à englober dans une définition adéquate, le large spectre des comportements humains qui peuvent relever de l'euthanasie. Albin Eser

³ A la suite de cette affaire, en septembre 1977, les citoyennes et citoyens du canton de Zurich ont d'ailleurs accepté (par 58% des voix) une initiative populaire visant à légaliser l'euthanasie réalisée par un médecin à la demande expresse d'un patient souffrant d'une maladie incurable. Cette acceptation donnait mandat au gouvernement du canton de Zurich de déposer une initiative devant le Parlement fédéral, lequel décida finalement de la rejeter et de ne pas la soumettre au vote de toute la population suisse.

(1975), en soulignant cette difficulté, avait proposé quelques critères opératoires aptes à dresser une typologie des cas d'euthanasie, notamment: les caractéristiques des auteurs, leurs mobiles, leurs buts, les moyens et méthodes auxquels ils recourent, leurs liens avec la personne-cible (Eser parlait de 'victime', mais le terme n'est pas forcément judicieux) et, d'autre part, les caractéristiques des personnes auxquelles la mort a été donnée, leur état de santé, leur capacité de discernement et d'expression de volonté (au moment de l'acte ou, surtout, lorsque la demande a été exprimée, ce qui renvoie aussi à la question importante du 'testament biologique'). Une telle approche, que l'on peut qualifier de phénoménologique, permet de dépasser les distinctions classiques et insatisfaisantes d'euthanasie active (par action) et passive (par omission) ainsi que d'euthanasie directe (qui vise prioritairement à causer la mort) et indirecte (qui vise d'abord à atténuer les souffrances).

2.1. *Les directives médico-éthiques*

Dans le domaine médical et de la santé, il existe de très nombreuses chartes éthiques et déontologiques, à commencer par le fameux serment d'Hippocrate ou le serment de Genève adopté par l'Association médicale mondiale en 1948.

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) par exemple, a adopté des recommandations éthiques dont l'importance et la portée sont très largement reconnues, notamment:

1) Dès 1969, les *Directives pour la définition et le diagnostic de la mort*, selon lesquelles il importe de ne pas considérer la mort comme un événement ponctuel mais bien comme un processus évolutif et dynamique.

2) Dès 1976, les *Directives concernant l'euthanasie* (légèrement modifiées en 1981 et 1988) et qui ont été fondamentalement révisées en **1995** sous le nouveau titre de *Directives médico-éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes*.

a) Ces directives rappellent d'abord le principe fondamental selon lequel le médecin a l'obligation "*d'assister le patient dans tous les cas en l'aidant et en soulageant sa souffrance et en s'efforçant de préserver sa vie*";

b) elles prévoient ensuite, pour les personnes en fin de vie amenées par leur affection à une mort inéluctable, de même que celles atteintes de troubles cérébraux extrêmes (entraînant un état végétatif chronique) l'exception suivante à ce devoir général: "*Chez ces patients, le médecin soulage les douleurs sans prolonger leurs souffrances. Il peut soit renoncer à administrer des traitements de survie, soit interrompre ces derniers*" (cf. ci-dessous les développements sous l'angle du droit pénal);

c) toutefois, elles enjoignent d'utiliser toutes les techniques de la *médecine palliative* et interdisent les "*interventions ayant pour but direct de mettre fin à la vie*";

d) enfin, elles énoncent clairement que "*l'assistance au suicide n'est pas une activité médicale*".

Ces directives ont acquis, bien au-delà des frontières helvétiques, une réputation considérable et justifiée. Cependant, la littérature juridique (notamment: Borghi, 1990; Kehl, 1989; Sprumont, 1994) soulève à juste titre le fait qu'elles sont trop souvent considérées comme une base légale, ce qui ne correspond évidemment ni à leur nature, ni à leur but (qui

relèvent de l'éthique médicale et non du droit). Preuve en est que le Parlement aussi bien que le Gouvernement fédéraux ont jusqu'ici constamment renvoyé à ces directives pour justifier l'absence de nécessité d'édicter des dispositions légales relatives à l'euthanasie, ce qui est selon nous une erreur.

Il est donc indispensable, après avoir résumé cette approche médico-éthique, de préciser le cadre juridique concernant l'assistance au décès.

2.2. La protection constitutionnelle de la vie

Le respect et la protection de la vie humaine appartiennent aux droits constitutionnels fondamentaux. Il s'agit là non seulement d'un droit individuel, mais d'une valeur collective et sociale essentielle. Si la Constitution fédérale de 1848 (révisée en 1874) ne garantissait pas expressément le droit à la vie (qui constituait un droit constitutionnel non écrit)⁴, celui-ci était toutefois explicitement assuré par l'art. 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (qui fait partie intégrante de l'ordre juridique interne d'un Etat dès que celui-ci l'a ratifiée, ce qui est le cas de la Suisse depuis 1974). Au chapitre des droits fondamentaux que garantit la nouvelle Constitution fédérale de 1999 (entrée en vigueur en janvier 2000), figurent prioritairement le respect de la *dignité humaine* (art. 7), puis à l'art. 10 la protection du *droit à la vie* (précisant que la peine de mort est interdite⁵) et du *droit à la liberté personnelle*, notamment à l'intégrité physique et psychique.

Il faut mentionner encore que le droit à l'autodétermination de la personne (notamment le droit au suicide) a été reconnu en Suisse depuis 1919 par le Tribunal fédéral comme droit non écrit dérivant de la garantie constitutionnelle de la liberté personnelle.

2.3. Le droit pénal et ses limites dans la protection de la vie

A l'heure actuelle et malgré de nombreux projets de réformes, les codes pénaux ignorent les termes d'euthanasie ou d'assistance au décès et prohibent l'acte consistant à donner la mort à autrui pour abrégé ses souffrances et lui permettre de mourir dans la dignité. En général, cette aide est incriminée, selon les circonstances, soit comme *meurtre à la demande de la victime* (art. 114 CPS, qui est souvent une forme d'homicide atténué), soit comme *assistance au suicide* (art. 115 CPS).

Ce sont donc les dispositions relatives aux homicides (intentionnels ou par négligence) qui doivent alors être examinées dans le but de déterminer si le comportement de l'auteur (médecin ou non médecin) est typique ou non de l'un des énoncés du code pénal.

La vie d'une personne physique (nous ne parlerons pas ici de la vie intra-utérine qui renverrait au débat relatif à l'avortement) est donc protégée par les codes pénaux d'une façon absolue dans un double sens: d'abord quelle que soit la personne concernée (qu'elle soit malade ou âgée aussi bien que jeune ou en bonne santé), ensuite nonobstant le consentement qu'elle aura pu donner à l'auteur.

⁴ En 1980, une initiative populaire dite '*Pour le droit à la vie*' avait été déposée en Suisse: elle proposait l'introduction d'un art. 54^{bis} de la Constitution fédérale qui aurait strictement interdit tout acte d'atteinte à la vie, en particulier d'avortement et d'euthanasie. Cette initiative, tout comme le contre-projet du gouvernement (moins restrictif) ont été nettement rejetés par les citoyennes et citoyens suisses dans un vote de juin 1985 (dans une proportion de 69% des votants).

⁵ C'est en 1992 que la dernière trace de peine capitale a été effacée dans le droit suisse avec la révision du code pénal militaire, qui n'autorise plus la peine de mort même en cas de guerre.

Il faut alors distinguer, de cas en cas, les situations suivantes:

- 1) **Euthanasie par action directe** (par exemple, donner la mort à une personne que l'on ne peut plus supporter de voir souffrir ainsi): c'est le seul cas généralement absolument clair où l'acte (quel que soit son auteur) est considéré comme un homicide volontaire (meurtre), même s'il y a consentement de la victime (éventuellement meurtre 'privilegié' en raison de la demande de celle-ci et du mobile honorable de l'auteur).

- 2) **Euthanasie par action indirecte** (par exemple, arrêter le maintien artificiel de la vie ou injecter de fortes doses de morphine à un malade incurable): dans ce cas, si l'auteur n'est pas un médecin, son action est également considérée comme un homicide volontaire. Si l'auteur est un médecin, cet acte sera considéré comme licite (selon les *Directives éthiques* de l'ASSM mentionnées ci-dessus) à condition que son intention ait été prioritairement d'apaiser les souffrances du malade et qu'il y ait eu accord explicite ou clairement présumé du patient ou de ses proches. Il est vrai qu'il est ici difficile de faire comprendre au profane pourquoi le comportement d'un médecin qui abrège la vie d'un patient pour prévenir des souffrances inutiles est considéré comme illégal et punissable alors que le fait d'atténuer les souffrances en sachant qu'indirectement cela va aussi abrégé la vie du patient est perçu comme légal et non punissable. Un praticien des soins intensifs parle à juste titre du risque de "*ce type de morale de l'intention*" (Chevrolet, 1994). C'est l'un des paradoxes auquel mène le silence de la loi pénale actuelle sur la question de l'assistance au décès.

- 3) **Euthanasie par omission** (par exemple, ne pas hospitaliser une personne malade en fin de vie ou ne pas utiliser d'appareils pour prolonger sa vie): dans le premier exemple, si l'auteur n'est pas un médecin, cette omission doit être analysée sous l'angle des dispositions relatives à la mise en danger intentionnelle de la vie d'autrui (soit sous la forme aggravée de l'art. 127 CPS si l'auteur avait une *position de garant* par rapport à la personne malade, soit sous la forme générale de l'*omission de prêter secours* à une personne en danger de mort imminent de l'art. 128 CPS).

Si l'auteur est un **médecin**, il faut distinguer alors deux situations:

- a) Le patient est conscient et capable de discernement: il faut alors obtenir son *consentement éclairé* après l'avoir dûment informé. Si tel est le cas, selon les règles du contrat de *mandat*⁶ liant ici le médecin à son patient, ce dernier peut refuser un traitement ou demander de s'abstenir d'un traitement: le médecin (comme mandataire) doit alors suivre les instructions de son client (mandant) et ne peut donc pas encourir d'action pénale s'il renonce à des soins selon les vœux du patient (qui avait ainsi relevé le médecin de son devoir de garant).

- b) Le patient est inconscient ou incapable de discernement: le médecin, selon les règles du contrat de *gestion d'affaires sans mandat*⁷, doit alors agir dans le respect:
 1. de l'intérêt du patient,
 2. de sa volonté présumée (et peut se poser alors la question de la validité du *testament biologique* qui sera abordée ci-dessous),

⁶ En droit suisse, le contrat de mandat est régi par les art. 394ss du code des obligations.

⁷ En droit suisse, la gestion d'affaires sans mandat est régie par les art. 419ss du code des obligations dont la règle de base est que "*Celui qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui, est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître*" (art. 419 CO).

3. de la dignité humaine,
4. des règles de l'art médical,
5. et de l'avis des proches du patient: le médecin doit les entendre et, selon les directives de l'ASSM (1995), “s’appliquer à adopter un comportement qui puisse être approuvé” par eux.

Si toutes ces conditions sont réalisées, le médecin n'encourra alors pas d'action pénale pour son éventuelle abstention ou interruption d'un traitement.

4) *Suicide* et étendue du *devoir d'intervention* des tiers: la question se pose aussi de savoir quelle est l'obligation d'intervenir qui peut incomber à la personne qui est confrontée au comportement suicidaire d'autrui? Si elle ne fait rien pour dissuader ou stopper son auteur, peut-on lui reprocher d'avoir abandonné une personne en danger de mort imminent? A côté du débat éthique et du conflit de conscience que suscite justement cette question, sur le plan légal c'est surtout l'aspect (interactif) de la volonté ou du signe exprimé par l'auteur suicidaire *et* de la conscience qu'en a le tiers qui est confronté à cet acte qui est déterminant: si cette volonté suicidaire est manifeste, il ne peut en aucun cas être reproché au tiers de ne pas s'être immiscé dans cette forme d'expression du droit individuel de mourir, sauf si ce tiers est une personne qui a un devoir particulier d'agir (comme personnel soignant ou d'intervention policière, par exemple). On peut considérer en droit pénal que le consentement de la 'victime' à ce qu'on ne lui prête pas secours (pour empêcher son acte suicidaire) constitue un fait justificatif indiscutable. Lorsque cette volonté suicidaire n'est pas claire, on peut alors douter que le tiers ait conscience d'avoir affaire à une personne en danger de mort imminent et il ne sera donc pas possible de lui reprocher son inaction.

2.4. Les relations médecin-patient sous l'angle du droit privé et du droit de la santé

Le rapport entre un médecin et son patient demeure encore classiquement examiné d'abord sous ses aspects de droit privé ou contractuel: règles du contrat de *mandat*, voire de la *gestion d'affaires sans mandat* et de la *responsabilité civile* privée. Néanmoins, vu l'importance considérable du contexte public et des implications socio-économiques de ces relations, ce rapport est de plus en plus soumis également à des normes de droit public (droit de la santé et des assurances sociales surtout). Il faut rappeler d'ailleurs que le droit fondamental d'un patient d'accepter ou de refuser un traitement relève de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle et du respect de la personnalité.

1) Sous l'angle du droit privé, il est une question qui reste encore souvent controversée: c'est celle qui concerne la reconnaissance ou la validité accordée (par les équipes soignantes en particulier) au *testament biologique* (ou '*living wills*'). Le testament biologique exprime la volonté d'une personne vivante et, au moment où il a été établi, capable de discernement, de mourir de 'mort naturelle', c'est-à-dire sans subir d'acharnement thérapeutique ni de mesure artificielle de maintien en une vie qualifiée de 'végétative'.

En Suisse notamment, cette question a émergé vers la fin des années 1970 avec les revendications du mouvement pour la reconnaissance du droit de mourir dans la dignité et elle a démontré aussi bien la sensibilité du débat sur le droit à l'autodétermination individuelle qu'une méfiance accrue à l'égard du monde sanitaire et médical. Ce d'autant plus que ce dernier a longuement peiné à admettre la validité du testament biologique et à accepter les conséquences de cette expression de volonté individuelle. L'argument généralement invoqué est de dire qu'une personne qui signe un tel testament alors qu'elle est en parfaite possession

de ses ressources physiques, intellectuelles et psychiques ne peut pas présager de sa volonté (de mourir ou de vivre ?) lorsqu'elle sera éventuellement soumise (parfois bien des années plus tard) à la maladie et à la souffrance. L'Académie suisse des sciences médicales avait d'ailleurs requis un avis de droit relatif à la nature et à l'efficacité du testament biologique. Ses auteurs (cf. Guillod/Guinand, 1988) s'étaient montrés extrêmement clairs, considérant que la validité juridique de ce testament devait être reconnue non seulement dans le cadre d'une relation de mandat déjà existant entre le médecin et son patient, mais également en l'absence d'un tel mandat, le testament biologique démontrant alors l'évidence de la 'volonté présumée du patient' requise par les directives éthiques⁸. Ce n'est qu'en 1995, en adoptant la révision de ses Directives éthiques, que l'Académie suisse des sciences médicales a finalement admis entièrement ce point de vue: "*Lorsque le médecin est en présence d'une déclaration écrite rédigée antérieurement par le patient alors qu'il était encore capable de discernement, celle-ci est déterminante*"⁹.

2) Dans le domaine de la santé publique, dont l'organisation et la gestion relèvent, dans l'Etat fédéral suisse, de la compétence des cantons, il existe des règles de droit public qui traitent notamment:

- de la promotion de la santé,
- des relations entre médecins et patients dans les hôpitaux et centres publics de soins¹⁰,
- du respect de la dignité et de la personnalité du patient, voire de la garantie du droit de mourir dans la dignité¹¹,
- de la composition et des compétences de comités d'éthique ou de conseils supérieurs de la santé publique,
- des soins palliatifs en faveur des personnes en fin de vie,
- et, exceptionnellement, de la question de l'euthanasie à proprement parler, la plupart des législations cantonales se contentant de renvoyer aux Directives éthiques de l'ASSM déjà mentionnées. Toutefois, un canton a édicté une disposition spécifique¹², qui rappelle l'interdiction absolue de l'euthanasie 'active' et autorise l'euthanasie 'passive' (y compris des patients inconscients) aux trois conditions suivantes: qu'il soit constaté que la poursuite du traitement ne mènerait qu'à prolonger les souffrances du patient, que le processus de la maladie ait évolué dans un sens irréversible et que la décision de renoncer au traitement soit en accord avec la volonté présumée du patient, les membres de la famille devant être entendus par le médecin.

⁸ Guillod et Guinand (1988) posaient au préalable les conditions suivantes: 1) que l'auteur du testament biologique n'exige pas que l'on mette fin à ses jours; 2) que la formulation du testament soit suffisamment claire et précise; 3) qu'il ne se soit pas écoulé un temps trop long entre la date d'expression de la volonté et celle où cette dernière devrait être reconnue; enfin 4) qu'un tel testament puisse être librement révoqué en tout temps.

⁹ Point 3.4 des *Directives médico-éthiques* du 24.02.95. Jusqu'à cette révision de 1995, l'Académie continuait en effet de considérer que, juridiquement, la décision ultime appartenait au *médecin* dans le cas où le patient était devenu incapable de se prononcer et de confirmer sa volonté exprimée dans le testament biologique.

¹⁰ La loi genevoise concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (1987) a été complétée en 1996 d'une disposition (art. 5 al. 3) précisant que "*Les directives anticipées rédigées par le patient avant qu'il ne devienne incapable de discernement doivent être respectées par les professionnels de la santé s'ils interviennent dans une situation thérapeutique que le patient avait envisagée dans ses directives*" ('testament biologique').

¹¹ Cette garantie est expressément prévue dans une ordonnance (de 1988) sur les droits des patients en établissements publics du canton de Bâle campagne.

¹² Art. 54 de la Loi sur la santé publique du canton d'Argovie de 1987.

3. Conclusion

Dans les sociétés occidentales en particulier, on constate que la recherche d'un juste équilibre est rendue toujours plus difficile entre, d'une part, la volonté de protéger la vie comme valeur fondamentale à la base de l'ordre social et, d'autre part, l'exigence de respect de l'autonomie individuelle, dont l'un des aspects est l'exercice du droit personnel de vivre et de mourir librement.

Le cadre légal, généralement hérité de la fin du 19^e siècle, n'est plus apte à répondre aux défis que représentent ces situations limites, entre la vie et la mort, là où, dans le processus de soins et d'accompagnement des personnes malades, la volonté individuelle s'est substituée à un code de croyances collectives.

Les règles d'éthique médicale se sont développées et ont pris une importance qui dépasse considérablement leur nature et leur objectif. Nous avons vu qu'en Suisse, par exemple, les directives éthiques de l'Académie des sciences médicales sont trop souvent considérées par les autorités politiques elles-mêmes comme une sorte de base légale sensée combler les vides de la loi, ce qui est une erreur ou une regrettable confusion. Nous partageons pleinement l'avis de Preston (1994) lorsqu'il déclare qu'une éthique professionnelle n'est pas apte à fournir une réponse globalement adéquate aux niveaux humain et social.

Il est par conséquent frappant de constater que les projets de modifications législatives relatifs à la question de l'assistance au décès tombent eux aussi dans le travers de la reconnaissance de la toute puissance du corps médical, puisqu'ils attribuent généralement aux seuls médecins la responsabilité de la décision d'accepter ou non la demande de mourir exprimée par un patient puis, éventuellement, d'y donner une suite concrète par l'acte euthanasique. Ce rôle d'*ultimes arbitres* ainsi dévolu aux médecins est à notre avis inadéquat et excessif et une bonne partie du corps médical lui-même n'en veut d'ailleurs pas ou se trouve mal à l'aise face à de telles attentes. Puisque la délicate question de l'euthanasie est à la frontière (au moins) des disciplines éthiques, médicales et juridiques, les médecins ne sont donc évidemment pas les seuls référents ou médiateurs concernés.

Pour notre part, nous sommes favorables à ce qu'un cadre juridique clair soit élaboré sur le thème de l'assistance au décès et nous souhaitons que les instances de décision et de contrôle relatives à l'interruption volontaire de la vie soient composées non seulement de médecins, mais aussi de philosophes, de sociologues, d'éthiciens, de juristes et de représentants des associations de défense des droits des patients.

Enfin, le débat sur la mort et l'euthanasie doit renvoyer plus largement à la responsabilité civique et politique prioritaire qui est de sauvegarder la *qualité de la vie dans nos sociétés*. Lorsque l'on observe, pour la Suisse en particulier, que le taux de suicide est très élevé à la fois chez les adolescents (14 à 18 ans) et chez les personnes âgées (dès 65 ans et plus encore dès 85 ans)¹³, on doit alors sérieusement s'inquiéter des tristes conditions de

¹³ Selon les statistiques de l'OMS, entre 1990 et 1994, le taux global moyen a été de 20 suicides pour 100'000 habitants en Suisse, ce qui est proche, en Europe, des taux de la France, de l'Autriche et du Danemark. La Finlande (avec 27,7), la Russie (33,1) et la Hongrie (36) ont des taux supérieurs. Les taux de suicide les plus faibles (toujours en Europe) sont enregistrés au Royaume-Uni (7 pour 100'000) et dans les pays du soleil méditerranéen: Italie, Espagne, Portugal et Grèce (dont le taux moyen de 3,3 suicides pour 100'000 habitants est le plus faible).

relations psycho-sociales qui peuvent exister dans une société de 'bien-être'! En ce sens, une réglementation de la question de l'euthanasie, bien que tout à fait judicieuse, ne revêt alors plus qu'un caractère subsidiaire ou complémentaire: elle doit s'insérer dans une *politique globale de promotion de la santé et de la qualité de la vie* en société.

Références

- A propos**, *Proposition d'introduction d'un article 115^{bis} dans le Code pénal suisse*, Lausanne, Groupe de travail 'Interruption volontaire de la vie', septembre 1993.
- ASSM** (Académie suisse des sciences médicales), *Directives médico-éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes*, adoptées le 24 février 1995.
- Blad, J.R.**, Ceci n'est pas l'euthanasie. Chronique du débat sur la mort douce aux Pays-Bas, *Déviance et Société*, 1991, 1, 93-121.
- Borghi, M.**, L'image de la mort en droit public, in Steinauer, P.H. (Ed.), *L'image de l'homme en droit - Das Menschenbild im Recht*, Fribourg, Editions universitaires, 1990, 27-68.
- Cassani, U.**, Euthanasie et droit pénal, *Médecine et Hygiène*, novembre 1994, 2276-2280.
- Chevrolet, J.C.**, Quelques réflexions d'un clinicien sur l'article 'Euthanasie et droit pénal', *Médecine et Hygiène*, novembre 1994, 2280-2281.
- Desveaux, E. et al.**, *La fin de la vie: qui en décide ?* Paris, PUF, 1996.
- Diez Ripollés, J. L., Muñoz Sánchez, J.** (Coordinadores), *El tratamiento juridico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- Eser, A.**, Sterbehilfe und Euthanasie in Rechtlicher Sicht, in Eid, V. (Hrsg.), *Euthanasie oder soll man auf Verlangen töten ?* Mainz, Matthias-Grünwald-Verlag, 1975, 45-70.
- Eser, A., Koch, H.G.**, *Materialien zur Sterbehilfe. Eine internationale Dokumentation*, Freiburg i. Br., Max-Planck-Institut für ausl. und intern. Strafrecht, 1991.
- Guillod, O., Guinand, J.**, Validité et efficacité du testament biologique, *Revue de droit suisse*, 1988 (107), 4, 401-433.
- Kehl, R.**, *Sterbehilfe. Ethische und juristische Grundlagen*, Bern, Zytglogge Verlag, 1989.
- Kehl, R.**, Gesetzesentwurf betreffend Patientenrechte und Sterbehilfe, *Aktuelle juristische Praxis - Pratique juridique actuelle*, 1994, 2, 155-160.
- Preston, T.A.**, Professional norms and physicians attitudes toward euthanasia, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, Spring 1994, 36-40.
- Queloz, N.**, Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza, in Diez Ripollés, J. L., Muñoz Sánchez, J., *op. cit.*, 1996, 189-231.
- Sampedro, R.**, *Mourir de vivre*, Paris, Ramsay, 1997.
- Seminara, S.**, Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 3, 670-727.
- Sénat du Canada**, *De la vie et de la mort*, Rapport du Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide, Ottawa, juin 1995.
- Sibony, D.**, *Entre-deux. L'origine du partage*, Paris, Seuil, 1991.
- Sprumont, D.**, Réflexions sur la réglementation des recherches sur l'être humain, *Plaidoyer*, 1994, 2, 46-53.
- Tak, P.J.P.**, *Euthanasia in the Netherlands*, Leipzig, Leipziger Universitätsverlag, 1997.

Les limites de la liberté individuelle en matière de protection de la santé publique

Réflexions suscitées par l'ATF 131 IV 1: propagation du VIH, notamment avec consentement d'un partenaire

Nicolas Queloz et Raphaël Brossard

1. Résumé de l'ATF 131 IV 1

1.1. *En fait*

Dans le canton de Zurich, Monsieur X., qui se savait atteint du virus VIH, a entretenu des relations sexuelles régulières et non protégées avec cinq hommes pendant trois ans et en a contaminé quatre. Des 5 partenaires, seul B. a eu connaissance de la séropositivité de X. et a malgré tout continué d'entretenir des relations sexuelles non protégées avec lui.

1.2. *En droit*

La Cour d'assises du canton de Zurich a retenu X. coupable de tentatives répétées de lésions corporelles graves (art. 22 al. 1, parfois 21 al. 1 et 122 al. 1 CPS) et de tentatives répétées de propagation d'une maladie de l'homme (art. 22 al. 1, parfois 21 al. 1 et 231 ch. 1 CPS). X., qui a été condamné à une peine de 3 ans et demi d'emprisonnement, a recouru contre ce jugement auprès du TF (pourvoi en nullité). Il conteste en effet:

- avoir causé des lésions corporelles graves mettant la vie en danger (art. 122 al. 1 CPS), invoquant les possibilités actuelles de traitement qui font que la probabilité de mort n'est pas élevée;
- avoir agi par dol éventuel, mais bien plus par négligence;
- avoir tenté de causer des lésions corporelles graves à l'égard de B., le consentement de ce dernier valant comme fait justificatif;
- avoir pu commettre une propagation d'une maladie de l'homme à titre de tentative seulement, le consentement de B. constituant en outre un fait justificatif.

2. Du VIH au sida: rappel de notions importantes

Le sujet qui nous occupe, bien qu'il ait déjà retenu l'attention de la doctrine suisse¹⁴, est malheureusement toujours d'actualité. Afin de mieux comprendre les enjeux de l'ATF 131 IV 1, nous allons brièvement rappeler les notions suivantes:

¹⁴ Cf. notamment: K.L. KUNZ, « Sida et droit pénal », in: Office fédéral de la santé publique et Office fédéral de la justice, *Droit et sida*, Berne 1992, p. 103 ss; C. HUBER, « Ausgewählte Fragen zur Strafbarkeit der HIV-Übertragung », *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1997 (115), p. 113-129; O. GUILLIOD, « Lutte contre le sida: quel rôle pour le droit pénal ? », *Revue pénale suisse*, 1997 (115), p. 130-146.

- une personne est séropositive lorsqu'elle est infectée par le virus HIV (« *human immunodeficiency virus* », en français VIH, soit virus de l'immunodéficience humaine);
- le sida (syndrome d'immunodéficience acquis ou en anglais AIDS, « *acquired, immunodeficiency syndrome* ») est le stade ultime de la maladie générée par l'infection du VIH.

En ce qui concerne les stades de développement de la maladie, il faut distinguer principalement¹⁵:

- la primo-infection aiguë: au cours des trois premiers mois suivants la propagation du VIH dans l'organisme, 20 à 50% des personnes contaminées développent une maladie fébrile aiguë. La maladie se guérit sans traitement particulier. Au terme de ce premier stade, le sujet fabrique des anti-corps anti-VIH décelables dans le sang: l'individu est alors devenu séropositif;
- la séropositivité anti-VIH: au cours des cinq années suivant la primo-infection aiguë, un séropositif sur deux ne présente aucun symptôme clinique de la maladie. On parle de porteurs asymptomatiques ou porteurs dits 'sains' du virus mais qui sont des sources potentielle d'infection;
- « *AIDS-related complex* » (ARC): certaines personnes contaminées par le VIH développent une maladie chronique. Cet état peut durer plusieurs années et certains malades développeront ultérieurement un sida déclaré;
- sida: ce stade est caractérisé par l'apparition d'infections opportunistes sévères et/ou de cancers ou de lésions du système nerveux central. L'issue en est fatale.

3. Typicité du comportement de X. dans l'affaire en cause

Deux types de biens juridiques sont concernés par le comportement de X.:

- biens juridiques individuels: la vie, l'intégrité corporelle et la santé, protégés par le titre premier du CPS;
- bien juridique collectif: la santé publique, protégée par le titre huitième du CPS.

3.1. Du point de vue des biens juridiques individuels: vie, intégrité corporelle et santé

Quatre des cinq partenaires avec lesquels X. a entretenu des relations sexuelles non protégées ont été contaminés par le VIH (séropositivité).

a) Le comportement de X. n'ayant pas entraîné la mort de ses compagnons, les articles 111 à 117 CPS (sanctionnant les atteintes à la vie) n'ont donc pas été retenus. En Suisse, il n'existe d'ailleurs aucun cas de jurisprudence où l'homicide a été reproché à une personne ayant transmis le VIH à autrui; le lien de causalité (aussi bien matériel que normatif) entre le comportement de l'auteur et la mort d'une victime du sida serait d'ailleurs bien difficile à établir. En outre, si le comportement de X. a bien constitué une mise en danger de la vie d'autrui, il est toutefois atypique de l'art. 129 CPS, puisque cette disposition exige que

¹⁵ D. BERTRAND, « Sida, droit pénal et médecine pénitentiaire », *Bulletin de criminologie*, 1989, p. 29-57.

l'auteur ait mis autrui en danger de mort « imminent » (le processus d'évolution de la maladie rappelé ci-dessus infirmant l'imminence du danger de mort) et en agissant « sans scrupules » (soit avec une absence d'égard particulièrement répréhensible pour la vie d'autrui).

b) La contamination d'une personne par le VIH constitue en revanche une atteinte à son intégrité corporelle et à sa santé (art. 122 à 125 CPS). À l'art. 122 CPS, le législateur donne quelques critères de définition des lésions corporelles graves, notamment le fait d'avoir « blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger » (art. 122 al. 1 CPS). Deux questions se posent ici: transmettre le VIH constitue-t-il une « blessure » ? La jurisprudence y répond positivement puisqu'elle retient que « par blesser ... le Code entend également une atteinte à la santé que le délinquant provoque sans porter à l'intégrité du corps ... une atteinte telle que mutilation, coupure, fracture ... ou autres lésions du même genre »¹⁶. En outre, cette « blessure » par contamination satisfait-elle aux exigences de l'art. 122 al. 1 CPS puisqu'elle crée un danger de mort latent (et non pas immédiat) ? Là également, la réponse est positive puisque, même si la mort n'intervient pas, il « est en revanche décisif que la blessure subie soit telle qu'à un certain moment une issue fatale ait pu survenir »¹⁷ ou soit d'une « probabilité élevée » et non pas seulement potentielle¹⁸: la jurisprudence a donc retenu que la transmission du virus VIH remplit cette condition même si le danger de mort n'est pas forcément imminent.

C'est bien ce dernier point que X. a contesté: il niait avoir causé des lésions corporelles graves mettant la vie d'autrui en danger en invoquant les possibilités actuelles de traitement qui, selon lui, font que la probabilité de mort n'est plus élevée. Le TF a rejeté cet argument en ces termes¹⁹: « Malgré certains progrès de la médecine et des traitements médicamenteux plus performants », le fait « que l'infection par le virus VIH entraîne chez beaucoup de sujets l'immunodéficience du sida après un temps relativement long et, par conséquent, conduise à la mort avec une probabilité élevée ... est suffisant pour retenir » l'art. 122 al. 1 CPS.

c) Sur le plan subjectif, le CPS incrimine les lésions corporelles graves aussi bien lorsqu'elles ont été commises intentionnellement (art. 122) que par négligence (art. 125 al. 2). Dans le cas de X. ce sont des lésions corporelles graves par dol éventuel qui ont été retenues. Son objection consistant à faire valoir que le risque d'infection lors de chaque acte sexuel particulier est statistiquement faible a été rejetée. Le TF admet que, même s'il existe un risque de contamination faible (de 1 rapport non protégé sur 300²⁰), cette éventualité doit être envisagée lors de chaque acte sexuel puisqu'il n'est pas possible de savoir quel rapport sera plus dangereux qu'un autre. Ainsi, X. étant au courant des conséquences mortelles possibles pour chacun de ses partenaires sans pour autant les avoir recherchées, le dol éventuel a été retenu contre lui²¹. Le dol éventuel est en effet réalisé dès que l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins ou ne fait pas ce qui est en son pouvoir pour l'éviter ou

¹⁶ ATF 91 IV 194, JdT 1966 IV 35.

¹⁷ B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Berne 2002, vol. 1, p. 129; J. HURTADO POZO, *Droit pénal, Partie spéciale I*, 3^e éd., Zurich 1997, n° 453.

¹⁸ ATF 125 IV 242 cons. dd, 116 IV 133 cons. 4 et 5.

¹⁹ Notre traduction, ATF 131 IV 1 cons. 1 *in fine*.

²⁰ Le TF souligne toutefois que cette probabilité moyenne de 0,3% vaut pour la pénétration vaginale et que le risque de contamination est nettement plus élevé lors de relations anales non protégées comme pratiquées par X. (consid. 2.2 et 2.3).

²¹ Jurisprudence constante en matière de contamination par le VIH, malgré de nombreuses critiques de la doctrine alémanique.

en atténuer les conséquences, s’accommodant ainsi du résultat pour le cas où il se produirait, même s’il ne le souhaite pas²².

3.2. Du point de vue du bien juridique collectif: la santé publique

Celui qui transmet le virus VIH à autrui par un rapport sexuel non protégé commet également l’infraction de propagation d’une maladie de l’homme au sens de l’art. 231 CPS, qui protège la santé publique.

L’art. 231 CPS ne concerne que les maladies pouvant affecter l’être humain et exige qu’elles soient « dangereuses », c’est-à-dire pouvant entraîner la mort ou de graves atteintes à la santé et « transmissibles ». Les maladies transmissibles sont celles qui sont « produites par des agents pathogènes » (notamment des virus) et peuvent « être transmises directement ou indirectement à l’homme »²³. Le fait qu’elles soient curables ou non n’entre pas en ligne de compte. Les maladies sexuellement transmissibles sont aussi visées par l’art. 231 CPS²⁴. Ainsi, « une personne infectée par le virus VIH doit être considérée comme malade, même si elle ne présente pas (encore) des symptômes de maladie »²⁵.

Le TF a également reconnu que le virus VIH est une maladie dangereuse et transmissible et que la personne infectée par le VIH qui le transmet à autrui par des relations sexuelles non protégées propage la maladie au sens de l’art. 231 CPS puisque le risque, même abstrait, existe que la personne infectée transmette à son tour le virus à un tiers²⁶. La nature de l’infraction sanctionnée par l’art. 231 CPS est discutée²⁷: puisque cette norme protège un bien juridique collectif, nous sommes d’avis qu’il s’agit d’une infraction de mise en danger abstrait de la santé publique, mise en danger qui est réalisée dès qu’une personne au moins est contaminée, cette personne étant elle-même protégée par une des dispositions du titre premier du CPS (vie, intégrité corporelle et santé, concrètement: art. 122 al. 1) qui entre en concours parfait avec l’art. 231.

Sur le plan subjectif, l’art. 231 CPS incrimine aussi bien la propagation intentionnelle d’une maladie de l’homme (ch. 1) que l’acte commis par négligence (ch. 2). La jurisprudence retient le dol éventuel dans le cas, comme celui de X., où l’auteur a connaissance de sa maladie et entretient de manière volontaire des relations sexuelles non protégées, même s’il sait que le risque de transmission est faible et ne souhaite pas sa réalisation; peu importe également, insiste la jurisprudence, de savoir à combien de reprises des relations sexuelles non protégées ont été entretenues²⁸.

²² ATF 130 IV 58 cons. 8.2, 125 IV 242 cons. 3c, 121 IV 249 cons. 3a, 105 IV 172 cons. 4b, 103 IV 65 cons. 2.

²³ Art. 2 de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l’homme (ou loi sur les épidémies, du 18.12.1970), RS 818.101.

²⁴ RSJ 49 (1953) n° 92, p. 226.

²⁵ B. CORBOZ, op.cit., vol. 2, p. 89, n° 4; ATF 116 IV 125 cons. 4b.

²⁶ ATF 125 IV 242 cons. 2a/aa.

²⁷ Pour un excellent développement des divers arguments, cf. F. BEGLINGER, « Art. 231 », in: *Basler Kommentar*, Basel 2003, p. 1214-1219. En bref, la théorie de l’immédiateté de la propagation de la maladie à un être humain (« *Unmittelbarkeitstheorie* ») conduit à qualifier l’art. 231 CPS d’infraction de lésion, alors que la théorie de la médiation de la contamination (potentielle) des tiers ou du public (« *Mittelbarkeitstheorie* ») mène à la qualification d’infraction de mise en danger abstrait: cette distinction a notamment des conséquences sur la notion de tentative de propagation d’une maladie de l’homme (cf. 5.1.) ainsi que sur celle de participation à cette infraction (cf. 5.2.).

²⁸ ATF 125 IV 242 cons. 3, 116 IV 125, RSJ 96 (2000), p. 114.

4. Enoncé de fait légal élargi

4.1. Degré de réalisation des infractions

Dans l'affaire qui nous occupe, quatre des cinq partenaires sexuels de X. étaient, au jour du jugement, porteurs du VIH. Il est donc surprenant que X. ait été retenu coupable seulement de tentative (répétée) de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme²⁹. L'ATF ne fournit que ces minces éclaircissements³⁰: si les indices relevés par l'instance cantonale semblaient démontrer que quatre hommes ont bien été infectés par X., la Cour d'assises zurichoise n'a toutefois retenu que la tentative puisque l'acte d'accusation contre X. ne mentionnait que ce degré de réalisation des infractions. Nonobstant cette question de procédure, il apparaît que les infractions visant les quatre personnes contaminées ont été complètement réalisées.

En revanche, pour le seul partenaire non infecté, il faut distinguer dans le comportement de X. (qui n'a pas agi différemment qu'avec ses autres compagnons):

- la tentative de lésions corporelles graves, dont le résultat ne s'est pas réalisé et qui correspond à un délit manqué par dol éventuel (ou tentative achevée: art. 22 al. 1 et 122 al. 1 CPS);
- la tentative de propagation d'une maladie de l'homme, propagation qui n'est également pas survenue; dans ce cas, si l'on considère l'art. 231 CPS comme une infraction de lésion, le comportement de X. correspond également à un délit manqué (art. 22 al. 1 CPS); en revanche, si comme nous le défendons, l'art. 231 CPS constitue une infraction de mise en danger abstrait de la santé publique, X. a alors réalisé une tentative inachevée de propagation d'une maladie de l'homme par dol éventuel (art. 21 al. 1 et 231 CPS).
- Si X. n'avait agi que par négligence (comme il l'affirme, mais sans que les tribunaux ne lui donnent raison), son comportement à l'égard du partenaire non infecté ne serait pas punissable, puisque la tentative suppose que l'auteur ait eu conscience et volonté de commencer l'exécution d'une infraction.

4.2. Degré de participation aux infractions

B., une fois mis au courant de la séropositivité de X., n'a pourtant pas modifié son comportement et a ainsi continué d'entretenir avec lui des relations intimes non protégées. Peut-on lui reprocher une forme de participation délictueuse ?

En précisant que B. n'a été l'objet d'aucune accusation pénale, nous allons répondre à cette question en distinguant les deux infractions dont il a été la cible:

- dans le cas des lésions corporelles graves, B. en est une victime directe (infectée par le VIH); si, en connaissance de cause, il entretient par la suite des relations sexuelles non protégées avec des tiers, il pourra alors se rendre à son tour coupable de lésions corporelles graves (atteinte à un bien juridique individuel);
- la répression de la propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CPS) vise quant à elle la protection de la santé publique, soit un bien juridique collectif: la personne qui accepte sciemment une relation sexuelle non protégée avec un partenaire porteur du VIH ne contribue-t-elle pas à augmenter les risques de contamination publique en acceptant de devenir elle aussi un vecteur de la maladie et donc d'accroissement de l'épidémie ? Dans les

²⁹ Tentative achevée et inachevée: « *jeweils in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie teilweise in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 StGB* » (ATF 131 IV 1).

³⁰ ATF 131 IV 1 cons. 2.1.

relations entretenues entre X. et B., il n'est pas indiqué que ce dernier ait agi sous la contrainte ou qu'il n'ait pas réalisé la signification de contacts sexuels non protégés et leurs conséquences possibles³¹. La seule volonté d'approuver l'acte d'autrui ne permet cependant pas de retenir la coactivité s'il n'y a pas eu participation effective à la prise de décision, à l'organisation ou à la réalisation de l'infraction³². En l'espèce, B. ne s'oppose pas à la continuité des relations non protégées avec X. et y participe pleinement. À notre avis, B. remplit les conditions d'un coauteur de propagation d'une maladie de l'homme par dol éventuel: il a certainement envisagé l'éventualité d'être contaminé par le VIH en maintenant des relations sexuelles avec X. et, même s'il n'a pas souhaité la survenance de son infection, il a toutefois fait sienne l'éventualité de la propagation de la maladie par sa coactivité, en poursuivant avec X. une conduite à risques. Cette conclusion découle de notre conception de l'art. 231 CPS comme infraction de mise en danger abstrait de la santé publique.

5. Illicéité et fait justificatif: conséquence du consentement de B.

5.1. En ce qui concerne le bien juridique individuel (art. 122 CPS)

Le fait que B. a eu, au fil de leur relation, connaissance de la maladie de X. et accepté la continuation de rapports sexuels non protégés avec lui, constitue-t-il un fait justificatif supprimant l'illicéité des lésions corporelles graves que lui a causées X. ?

C'est l'argument que soutient X. La Cour d'assises zurichoise a cependant repoussé cet argument en soutenant qu'il manquait au consentement de B. un but éthique ou conforme aux mœurs.

Le TF a quant à lui donné raison à X.³³ Il rappelle d'abord que le consentement relatif à des lésions corporelles intentionnelles doit porter non seulement sur le comportement illégal mais aussi sur sa conséquence ou son résultat (acceptation des lésions elles-mêmes, graves en l'occurrence). Or, estime le TF, il n'est en l'espèce pas possible d'admettre que B. ait voulu son infection par le VIH et donc consenti à sa lésion; il est même plus probable qu'il ait escompté qu'elle ne surviendrait pas. De ce fait, B. n'aurait, selon le TF, que consenti à une mise en danger de sa santé. Et puisque B. a accepté cette mise en danger librement (« *freiverantwortlich* » et sans contrainte), il n'existe alors aucune raison de limiter sa liberté d'action. La conséquence juridique de ce consentement à une mise en danger (seulement) est que X. doit être libéré des infractions qui lui ont été reprochées à l'égard de B. dès le moment où ce dernier a été informé de l'infection de X.³⁴

Nous ne partageons pas le point de vue soutenu par le TF et nous analysons la question du consentement de B. de la façon suivante:

- « Les droits de la personnalité sont inamissibles. En raison de leur importance, ils ne sont pas de ceux auxquels leur titulaire peut en principe renoncer »³⁵. Parmi les principaux droits de la personnalité, nous retrouvons notamment le droit à la vie et le droit à l'intégrité corporelle et à la santé.

³¹ ATF 131 IV 1, cons. 3.4.

³² ATF 120 IV 136 cons. 2b.

³³ ATF 131 IV 1, cons. 3.

³⁴ Peu importe, ajoute le TF, que l'on retienne (selon la distinction faite par la doctrine allemande) que B. a seulement consenti à sa mise en danger par X. (« *einverständliche Fremdgefährdung* ») ou plutôt qu'il a contribué à sa propre mise en danger (« *Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung* »).

³⁵ P. TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, n° 336.

- Le droit à la vie a un caractère essentiel et absolu: de ce fait « nul ne saurait valablement au regard du droit consentir à une atteinte à sa vie »³⁶. L'art. 114 CPS renforce ce principe en sanctionnant le fait de donner la mort à autrui même lorsque la victime le demande de façon « sérieuse et instante ».

- La protection de l'intégrité corporelle, bien qu'elle soit un élément important de l'exercice des droits de la personnalité, peut quant à elle laisser place au consentement de la victime comme fait justificatif de certaines atteintes (art. 28 al. 2 CCS). Il est admis en droit pénal qu'un individu consente à des lésions corporelles simples, comme par exemple le fait de recevoir des coups au visage (combat de boxe) ou de subir une intervention médicale (prise de sang ou opération). Il en va en revanche différemment des lésions corporelles graves, pour lesquelles, en principe, « il n'est pas possible de renoncer aux éléments essentiels de la santé et de l'intégrité corporelle dont la lésion est punissable au titre de l'art. 122 CPS. Une exception est toutefois prévue si l'intervention obéit à une valeur morale supérieure » qui « se trouve dans un rapport approprié ... avec l'intervention. Ainsi, une personne peut se faire amputer d'une jambe – ou faire don d'un rein à son frère – si cela est médicalement indiqué »³⁷. En conséquence, l'article 122 CPS protège un bien juridique individuel dont l'illicéité de la lésion ne peut être effacée par le consentement de la victime puisque l'acceptation d'une atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé représente une aliénation excessive de la liberté individuelle: « Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs » (art. 27 al. 2 CCS). Le « droit protège ainsi l'individu contre lui-même et soustrait à sa libre disposition la dignité humaine garantie par la Constitution »³⁸ (art. 7 Cst.).

- Dans le cas de B., nous sommes d'avis (comme la cour zurichoise d'ailleurs), qu'il a donné à X. un consentement non justificatif d'une lésion corporelle grave au sens de l'art. 122 al. 1 CPS, car nous estimons:

a) qu'il avait la capacité de discernement et a manifesté par ses actes sa volonté de ne pas utiliser la protection de son intégrité corporelle et de sa santé en n'exigeant pas de X., à plusieurs reprises, des relations sexuelles sûres;

b) contrairement au TF, nous soutenons que B. a donné ainsi à X. un consentement « éclairé » quant à des lésions corporelles pouvant vraisemblablement mettre sa vie en danger: en 1997 ou 1998, en Suisse, il n'était en effet plus possible de considérer qu'une personne n'était pas suffisamment informée des conséquences graves que pouvait entraîner pour sa santé et, ultérieurement, pour sa vie, le maintien consenti de relations sexuelles non protégées avec un compagnon atteint du VIH; si B. pouvait bien sûr espérer que sa propre lésion grave ne survienne pas, en revanche il savait que ses relations à risques avec X. pouvait l'atteindre sérieusement dans sa santé: poursuivre ces relations sans protection représentait alors l'acceptation d'une atteinte grave probable à son intégrité corporelle.

c) Enfin, au sens de l'art. 27 al. 2 CCS, nous pensons que B. a donné à X. un consentement illicite, constituant une limitation excessive et non admise de sa liberté, qui ne vaut pas comme fait justificatif de l'infraction de l'art. 122 al. 1 CPS réalisée par X.

5.2. En ce qui concerne le bien juridique collectif (art. 231 CPS)

Le consentement de B. peut-il effacer l'illicéité de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme reprochée à X. ?

³⁶ A. THEVENAZ, *La protection contre soi-même*, Berne 1997, p. 146.

³⁷ S. TRECHSEL, R. R. SCHLAURI, « Les mutilations génitales féminines en Suisse », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 2005, p. 387-440 (citation p. 404).

³⁸ Ibidem.

La réponse est négative et le TF a également conclu ainsi³⁹: le consentement de B. ne peut pas constituer le fait justificatif d'une infraction visant un bien juridique collectif, à savoir la propagation d'une maladie de l'homme qui menace la santé publique⁴⁰.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence est toutefois d'avis qu'il faut relativiser cette position dans le cas où la personne infectée est un époux consentant: par exemple lorsque le conjoint constitue la seule et unique personne atteinte et que l'on peut s'attendre à ce qu'elle ne propage pas le virus VIH à des tiers eu égard à la stabilité de la situation affective qu'elle vit avec l'auteur et qu'elle ne veut pas remettre en question. Dans de tels cas, le consentement du partenaire devrait valoir comme fait justificatif effaçant l'illicéité de la propagation d'une maladie de l'homme⁴¹.

Dans l'affaire qui nous occupe, X. a entretenu des relations avec cinq compagnons durant trois ans. Il est donc difficilement plaidable que le couple formé par X. et B. réponde à l'exigence de stabilité nécessaire à une telle admission du fait justificatif. Que B. ait consenti à entretenir des relations sexuelles non protégées après avoir eu connaissance de la séropositivité de X. n'enlève donc rien à l'illicéité du comportement de ce dernier concernant l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme réprimée par l'art. 231 CPS, puisque cette norme a pour but de protéger la santé publique.

6. Conclusion

D'un point de vue juridique, l'arrêt que nous avons retenu confirme certaines positions fortes de la jurisprudence du TF en matière de propagation du VIH, à savoir:

- que l'infection par le VIH constitue une lésion corporelle grave qui met bien en danger la vie de la personne atteinte (art. 122 al. 1 CPS);
- qu'elle représente également, en concours parfait, une mise en danger de la santé publique (art. 231 CPS);
- que l'intention de ses actes doit être retenue dès que l'auteur a pour le moins conscience de sa maladie et de l'éventualité des conséquences de son comportement (contaminer autrui), même s'il ne le souhaite pas, mais poursuit néanmoins ses actes d'une façon qui démontre qu'il a accepté l'éventualité de la survenance de cette contamination (dol éventuel).

En ce qui concerne le consentement de la victime, nous ne suivons pas le TF quant à la conséquence juridique de ce consentement sur le bien juridique individuel (intégrité corporelle et santé, protégées par l'art. 122 CPS). Nous soutenons en effet⁴² que la personne qui, connaissant l'infection de son compagnon, maintient des relations sexuelles non protégées avec lui, donne à la fois un consentement « éclairé » à sa probable contamination et un consentement illicite constituant une aliénation inadmissible de la liberté personnelle (art. 27 al. 2 CCS). De plus, nous estimons que cette personne consentante se rend elle-même coupable de coactivité de propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CPS), que nous

³⁹ ATF 131 IV 1, cons. 4. Voir aussi P. GRAVEN, *Infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd., Berne 1995, pp. 151; B. CORBOZ, op. cit., p. 91, n° 20; M. KILLIAS, *Précis de droit pénal général*, Berne 1998, n° 729.

⁴⁰ Du même avis: J. REHBERG, *Strafrecht IV*, 2^{ème} éd., Zurich 1996, p.66; A. DONATSCH, W. WOHLERS, *Strafrecht IV*, 3^{ème} éd., Zurich 2004, p. 74.

⁴¹ Dans ce sens: FRJ 1997, 10, 103; S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2^{ème} éd., Zurich 1997, n° 14, p. 780; G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, Berne 2000, §31 n° 7; C. HUBER, op. cit., 1997, p. 118.

⁴² Avec la cour cantonale dans l'affaire ici analysée.

considérons strictement comme une infraction de mise en danger de la santé publique (bien juridique collectif). En tous les cas, son consentement ne rend pas licite le comportement de son partenaire, auquel est reproché l'infraction de l'art. 231 CPS, puisque nul ne peut donner son accord à la mise en danger d'un bien juridique collectif (ce que le TF défend également).

D'un point de vue sociologique et criminologique, il faut se demander si la répression pénale de la propagation du sida remplit son but de prévention générale. Surtout si l'on sait que « les personnes à risques, dans le but d'échapper à une condamnation pour contamination intentionnelle, choisissent de ne pas se soumettre au test du sida afin de rester dans l'ignorance d'une éventuelle séropositivité, s'exposant paradoxalement à contaminer plus facilement des tiers »⁴³. Sous cet angle, prévention sociale et répression pénale de la maladie s'opposent et s'annulent. GUILLOD évoque l'idée de « coresponsabilité des deux partenaires dans la prise de moyens de précaution » qui aurait « pour effet de supprimer la punissabilité de la transmission d'une maladie »⁴⁴.

À notre avis, il est toutefois aussi illusoire de penser que la répression pénale est un moyen de dissuasion efficace que de croire que les campagnes publiques de prévention renforcent la responsabilité personnelle. Sinon comment expliquer que plus de 750 personnes aient appris chaque année (de 2002 à 2004) qu'elles étaient séropositives en Suisse⁴⁵, soit une moyenne supérieure à 2 annonces de séropositivité par jour, dont 87% sont dues à des relations sexuelles non protégées? Les chiffres sont hélas aussi têtus que les individus et c'est ce qui nous amène à défendre que, comme en matière de politique de la drogue, le pilier de la prévention, s'il doit être clairement prioritaire, doit toutefois être complété, en dernier ressort, par le pilier de la répression. Pour protéger la santé de la population, il est à notre sens impératif que l'Etat fixe des limites et que toute personne adoptant des comportements à risques, notamment pour la santé des tiers, assume pleinement ses responsabilités, en amont (« *safer sex* ») comme en aval (sanction pénale comme « *ultima ratio* »).

⁴³ Jugement rendu par le tribunal de police de Genève: cf. *Plädoyer* 1994, n° 5, p. 51.

⁴⁴ O. GUILLOD, *op. cit.*, 1997, p. 143.

⁴⁵ Division Maladies transmissibles, « Epidémiologie du VIH en Suisse », *Bulletin de l'Office fédéral de la santé publique*, 29 nov. 2004, n° 49, p. 916-922.