



# Le consentement du lésé en droit pénal suisse

## Conditions et validité dans le domaine médical

CAMILLE PERRIER  
DEPEURSINGE\*



MARIE PITTET\*\*

801

*Cette contribution se penche sur la place et la portée du consentement du lésé en droit pénal suisse, et plus particulièrement dans le domaine médical. Les autrices présentent tout d'abord le champ d'application de ce fait justificatif – qui se détermine en tenant compte, notamment, du bien juridiquement protégé par la disposition pénale concernée. Les autrices discutent de la place que le consentement du lésé peut prendre au regard de la théorie de l'infraction. Elles présentent ensuite le contexte dans lequel le consentement est donné et la lésion survient, avant d'en analyser la portée en droit médical. Finalement, les autrices proposent une liste des conditions d'application du consentement du lésé en portant une attention particulière aux éléments spécifiques et problématiques du domaine médical.*

*Dieser Beitrag untersucht den Stellenwert und die Tragweite der Einwilligung des Geschädigten im schweizerischen Strafrecht, insbesondere im medizinischen Bereich. Die Autorinnen stellen zunächst den Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungsgrunds vor - der unter Berücksichtigung insbesondere des durch die einschlägigen Strafbestimmungen geschützten Rechtsguts bestimmt wird. Die Autorinnen diskutieren den Stellenwert, den die Einwilligung des Geschädigten im Hinblick auf die Verbrechenstheorie einnehmen kann. Sie präsentieren dann den Kontext, in dem die Einwilligung erteilt wird und die Verletzung auftritt, bevor sie ihre Bedeutung im medizinischen Recht analysieren. Schliesslich schlagen die Autorinnen eine Liste von Anwendungsbedingungen für die Einwilligung des Geschädigten vor, unter besonderer Berücksichtigung spezifischer und problematischer Elemente aus dem medizinischen Bereich.*

### Plan

- I. Introduction
- II. De la place laissée au consentement du lésé en droit pénal suisse
  - A. Un bien juridique à la libre disposition du lésé
  - B. Un consentement qui exclut la typicité ou l'illicéité ?
    1. Le consentement du lésé comme élément excluant la typicité
    2. Le consentement du lésé comme élément excluant l'illicéité
    3. Un facteur d'atténuation de la culpabilité
- III. Contexte et portée du consentement, contexte de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique
  - A. Relation contractuelle et consentement
  - B. Consentement à la lésion ou consentement à prendre le risque qu'elle ne survienne ?
  - C. Lésion infligée de façon intentionnelle ou lésion survenue par négligence ?
- IV. Conditions de validité du consentement du lésé
  - A. Généralités
  - B. Antérieur à l'acte
  - C. Libre
  - D. Éclairé
  - E. Une personne capable de discernement
  - F. Étendue et limites
  - G. Forme
- V. Preuve du consentement
- VI. Conclusion

### I. Introduction

*Volenti non fit injuria.* La maxime prévoit que l'on ne peut pas causer de tort à celui qui consent à le subir. En droit suisse, le consentement du lésé peut réduire ou éteindre la responsabilité civile de l'auteur du dommage (art. 44 al. 1 CO) et, en matière pénale, exclure la punissabilité de l'auteur de l'infraction.

Cette règle n'est cependant pas absolue. En effet, le droit pénal suisse au sens large n'est pas toujours conçu de telle sorte que le lésé puisse consentir à la commission d'une infraction ; suivant les dispositions applicables et les intérêts en jeu, l'accord du lésé à la commission d'une infraction peut rester sans portée, réduire la culpabilité de l'auteur, rendre licite son comportement ou même exclure que celui-ci corresponde à une infraction.

L'hypothèse où les autorités pénales examinent le plus souvent le consentement et sa portée est celle du lésé qui accepte de subir une atteinte à son intégrité corporelle. Il s'agit alors d'un fait justificatif : le consentement anéantit l'illicéité d'un comportement qui, par ailleurs, répond à la définition légale des lésions corporelles. En pareil cas, il faut encore qu'il respecte les conditions posées par la loi et la jurisprudence pour éviter effectivement à l'auteur de la lésion une procédure pénale. Nul autre domaine que les interventions médicales n'est plus touché par la question du consentement du patient, de son caractère éclairé et des formes dans lesquelles il a été donné.

La présente contribution vise ainsi à présenter les règles applicables au consentement du lésé, de son champ

\* CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, Professeure de droit pénal à l'Université de Lausanne.

\*\* MARIE PITTET, MLaw, doctorante en droit à l'Université de Lausanne.

d'application à ses conditions, en terminant sur les règles particulières qui s'appliquent dans le rapport médecin-patient.

## II. De la place laissée au consentement du lésé en droit pénal suisse

La place que laisse le droit pénal à l'expression de la volonté du lésé n'est pas clairement définie. Le législateur a brièvement envisagé d'adopter dans la partie générale du CP une disposition réglant spécifiquement la question mais y a renoncé. Une telle disposition ne serait « que trop générale, donc inutile, ou extrêmement compliquée, donc inapplicable »<sup>1</sup>. Il est vrai que les infractions protègent des biens juridiques de nature très diverse et conçoivent différemment le rôle du lésé lorsqu'elles décrivent les comportements punissables.

### A. Un bien juridique à la libre disposition du lésé

Précisons d'emblée qu'une partie importante des infractions de droit pénal suisse, au sens large du terme, vise à protéger un bien juridique dit « collectif » (par exemple, la santé publique, l'environnement, la bonne foi en affaires ou encore la sécurité routière)<sup>2</sup>. Pour ces infractions-ci, même si un particulier est concrètement lésé (on peut penser à celui qui est atteint par une maladie transmissible dangereuse visée par l'art. 231 CP), son consentement sera sans portée quant à la punissabilité de l'auteur, parce qu'il n'est pas (seul) titulaire du bien protégé par l'infraction<sup>3</sup>. Il y a en outre un intérêt public à la poursuite

et au jugement de telles infractions qui perdure malgré le fait que le lésé aurait démontré son absence d'intérêt à la condamnation de l'auteur en consentant à l'infraction. Pour reprendre l'exemple cité, comme l'art. 231 CP vise d'abord à protéger la santé publique, le seul fait de contaminer une personne propage la maladie et réalise l'infraction, sans qu'il soit pertinent que la personne infectée ait accepté de prendre le risque de la contracter<sup>4</sup>. Dans certains de ces cas, le consentement peut réduire la culpabilité de l'auteur et atténuer sa peine, mais la règle n'est pas systématique et l'effet est loin d'être automatique.

Une autre partie des infractions protège des biens juridiques individuels, qui appartiennent donc à une personne en particulier (des biens tels que la vie, l'honneur, l'intégrité sexuelle, etc.). Pour autant, le droit pénal suisse n'admet pas toujours que le lésé puisse valablement consentir à leur lésion. Pour les infractions protégeant la vie, en particulier, le Code s'oppose à une justification de l'atteinte par le consentement du lésé. C'est notamment le cas du meurtre sur la demande de la victime (art. 114 al. 1 CP) et de l'interruption de grossesse punissable, même avec le consentement de la mère (art. 118 al. 1 CP). Le bien juridiquement protégé semble en pareil cas d'une valeur trop importante aux yeux du législateur pour qu'un tiers puisse y porter impunément atteinte, même avec l'accord du lésé<sup>5</sup>. L'acte reste illicite et le consentement du lésé figure expressément dans l'énoncé de fait légal comme ne justifiant pas, ou pas *intégralement*, l'infraction. Il en est néanmoins tenu compte, comme facteur d'atténuation : vis-à-vis du meurtre par exemple (art. 111 CP), le meurtre sur demande de la victime (art. 114 CP) est puni bien moins sévèrement.

La vie n'est pas le seul bien juridique individuel pour lequel le droit pénal persiste, malgré l'accord du lésé à sa lésion, à incriminer le comportement de l'auteur qui y porte atteinte. Le législateur décide parfois de protéger le lésé contre des tiers, même malgré lui<sup>6</sup>. L'art. 187 CP (acte d'ordre sexuel avec des enfants) en est un exemple :

<sup>1</sup> Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787 ss, 1809 s.

<sup>2</sup> Quelques exemples d'infractions protégeant un bien juridique collectif, le cas échéant aux côtés d'un bien juridique individuel : art. 251 CP (faux dans les titres : bonne foi en affaires, ATF 140 IV 155 c. 3.3.3.) ; art. 258 CP (menaces alarmant la population : sentiment de sécurité de la population), art. 259 CP (provocation publique au crime ou à la violence : paix publique), art. 260 CP (émeute : paix publique), voir ATF 145 IV 433 c. 3.5.1 ss.

<sup>3</sup> BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, vor art. 14 N 24, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), *Strafrecht, Basler Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-auteur) ; CR CP I-MONNIER, art. 14 N 69, in : Laurent Moreillon/Nicolas Queloz/Alain Macaluso/Nathalie Dongois (éd.), *Code pénal I, Commentaire romand*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cit. CR CP I-auteur) ; JOSÉ HURTADO POZO/THIERRY GODEL, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd., Genève 2019, 752 ; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I*, 9<sup>e</sup> éd., Zurich

2013, 257 ; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 4<sup>e</sup> éd. Berne 2011, § 10 N 12 ss ; ATF 100 IV 155 c. 4.

<sup>4</sup> ATF 131 IV 111, concernant une personne ayant consenti à avoir une relation sexuelle non protégée avec une personne atteinte du VIH.

<sup>5</sup> BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH (n. 3), vor art. 14 N 27 ss ; HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 753 ; CR CP I-MONNIER (n. 3), art. 14 N 76 ; FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – Verbrechenslehre*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2007, § 14 N 59.

<sup>6</sup> STRATENWERTH (n. 3), § 10 N 15 ; DONATSCH/TAG (n. 3), 257 s. ; HURTADO POZO/GODEL, *Partie générale* (n. 3), 755.

l'accord du lésé reste sans portée bien que le législateur ne l'ait pas expressément mentionné. Ainsi, même si l'enfant (par hypothèse de 14 ou 15 ans) est capable de discernement et consentant à l'acte d'ordre sexuel, l'infraction sera réalisée et l'auteur punissable. Selon le Tribunal fédéral, le bien juridiquement protégé (le développement sexuel non perturbé de l'enfant) est d'une telle importance qu'il se justifie, pour des raisons de prévention générale, de sanctionner l'auteur<sup>7</sup>. On peut également ranger dans cette catégorie les lésions corporelles graves (art. 122 CP), pour lesquelles un éventuel consentement du lésé serait inopérant selon le Tribunal fédéral<sup>8</sup>. À nouveau, le juge peut néanmoins tenir compte de l'accord du lésé dans l'appréciation de la culpabilité l'auteur et/ou dans la fixation de la peine<sup>9</sup>.

Ces principes semblent à première lecture des évidences. En réalité, la situation est complexe, puisqu'une personne peut valablement consentir à l'amputation d'un membre gangréné, à une opération ou en général à un acte médical qui comporte un *risque*, même faible, d'effets secondaires pouvant entraîner la mort. Enfin, un patient peut valablement consentir à un don d'organe (voir art. 12 de la Loi sur la transplantation)<sup>10</sup>, qui dans certains cas correspond également à la définition de l'art. 122 CP<sup>11</sup>. Il y a donc des règles spécifiques qui s'appliquent au consentement lorsque ce dernier est donné dans un but particulier<sup>12</sup> ou une relation particulière, telle celle du médecin

avec son patient dans le domaine médical. Par ailleurs, notons qu'en sport également, l'entrée en jeu implique un consentement, admis, à certaines blessures qui peuvent être graves. L'accord doit être analysé à la lumière des circonstances, notamment du but poursuivi et de la probabilité de survenance du risque<sup>13</sup>.

Constatons cependant que, pour que le consentement puisse exclure la punissabilité de l'auteur de l'infraction, il faut que cette dernière protège uniquement un bien juridique individuel et que le lésé soit effectivement libre d'en disposer pénalement<sup>14</sup>, dans des limites qui peuvent se révéler mouvantes et que nous aurons l'occasion d'explorer plus en détail sous le titre IV.

## B. Un consentement qui exclut la typicité ou l'illicéité ?

À supposer que les infractions en cause le permettent, le consentement du lésé peut éviter à un comportement d'être punissable de deux manières. Pour comprendre la problématique qui suit, il faut se rappeler que la doctrine et la jurisprudence suisses subordonnent la punissabilité d'un comportement à trois conditions : typicité, illicéité et faute (*Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld*). En clair, le comportement punissable (1) correspond au texte d'une infraction, c'est-à-dire à un « énoncé de fait légal » (typicité), (2) n'est pas justifié – par exemple, par le consentement du lésé – de sorte qu'il reste contraire à l'ordre juridique (illicéité) et (3) est coupable ou fautif (au sens des art. 19 à 21 CP), c'est-à-dire que l'on peut reprocher à l'auteur de l'avoir adopté (il n'est pas irresponsable, par exemple)<sup>15</sup>.

### 1. Le consentement du lésé comme élément excluant la typicité

Dans de très nombreux cas, la loi prévoit dans le texte même de l'infraction que le lésé n'ait pas consenti à sa commission. Pour un exemple topique, on peut citer l'art. 186 CP (violation de domicile) qui ne peut être

<sup>7</sup> TF, 6B\_215/2013, 27.1.2014, c. 2.5.4. Dans ce cas, l'auteur n'avait en outre pas ménagé ses efforts pour réparer le tort causé, mais le Tribunal fédéral a exclu l'application de l'art. 53 CP.

<sup>8</sup> ATF 114 IV 100 c. 4. Cas de strangulation sado-masochiste ayant entraîné la mort de la victime, et où le Tribunal fédéral exclut, dans un *obiter dictum*, que le consentement ait une quelconque portée en invoquant que le comportement aurait eu de toute manière pour conséquence des lésions corporelles graves.

<sup>9</sup> ATF 114 IV 100 c. 4. Le Tribunal fédéral précise que la volonté de la victime à participer à ces pratiques dangereuses peut être prise en considération pour la fixation de la peine. Une faute légère du lésé a été retenue par les juges.

<sup>10</sup> Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation ; RS 810.21).

<sup>11</sup> Ainsi le don d'un rein, p. ex. qui, même s'il ne saurait mettre la vie du patient donneur en danger (sans quoi il serait illicite au regard de l'art. 12 let. c de la Loi sur la transplantation) constitue une lésion corporelle. Sur la question, lire ANDREAS DONATSCH, *Rechtliche Anforderungen und Schranken der Lebendspende*, in : Felix Laggiadèr/Daniel Candinas/Heinrich Honsell (éd.), *Tod, Hirntod, Organentnahme : ethische, gesellschaftliche und medizinische Aspekte einer zukünftigen Transplantationsgesetzgebung : Vorträge des Erlengut-Symposiums 1997, Zurich 1999*, 85 ss.

<sup>12</sup> La doctrine parle d'un « but positif » que doit servir la lésion corporelle grave consentie ou plutôt d'une lésion infligée dans l'intérêt même du lésé, dont la décision paraît raisonnable, voir STRATENWERTH (n. 3), § 10 N 17 s ; DONATSCH/TAG (n. 3), 259 et les réf. cit.

<sup>13</sup> CR CP-I MONNIER (n. 3), art. 14 N 77 ; ATF 145 IV 154 c. 2.2 ; 134 IV 26 c. 3.2.4 ss.

<sup>14</sup> ANDREAS DONATSCH, *Auftrag zum medizinischen Eingriff – Einwilligung oder Selbstgefährdung ?*, in : Andreas Donatsch/Felix Blocher/Annemarie Hubschmid Volz (éd.), *Strafrecht und Medizin, SSDP 2006*, Berne 2007, 105, 107.

<sup>15</sup> DONATSCH/TAG (n. 3), 82 ss ; ALEXANDRE DYENS, *Territorialité et ubiquité en droit pénal international Suisse*, Thèse Lausanne, Bâle 2014, 94 s. ; HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 296 ; STRATENWERTH (n. 3), § 8 N 1 ; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, *Allgemeiner Teil I*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2017, 67 ; RIKLIN (n. 5), § 11 N 3.

commise que « contre la volonté » de l'ayant-droit. De même, les art. 179<sup>bis</sup> et 179<sup>ter</sup> CP (écoute et enregistrement de conversations) précisent que l'auteur agit « sans le consentement » des ayants-droits. En d'autres termes, s'il y a consentement, il n'y a simplement pas d'infraction. Dans le domaine médical, on peut citer l'art. 34 LPMA<sup>16</sup> qui érige en délit l'utilisation de gamètes sans le consentement du donneur ou du couple concerné.

Le texte de certaines infractions n'exclut pas toujours explicitement le consentement du lésé, mais son défaut fait néanmoins partie de leur typicité. Ainsi, plusieurs dispositions du CP supposent que l'auteur impose sa volonté au lésé ou brise sa résistance<sup>17</sup> – ce qui implique bien évidemment qu'il n'y ait pas de consentement de sa part. D'autres dispositions sont encore plus subtiles : l'art. 146 CP (escroquerie), par exemple, suppose une tromperie qui implique que la volonté du lésé de disposer de son patrimoine soit viciée et fasse ainsi défaut. Impliquant également un vice du consentement, l'usure (art. 157 CP) est réalisée lorsque le lésé s'est lié dans un contrat précisément lésionnaire (art. 21 CO)<sup>18</sup>. En pareil cas, le consentement – non vicié – évite également à l'acte de l'auteur de répondre à la définition même de l'infraction (et exclut ainsi la première condition de punissabilité, à savoir sa « typicité »).

Les infractions impliquant – explicitement ou implicitement – par définition l'absence de consentement du lésé sont légion. Une partie de la doctrine en a déduit qu'il s'agirait d'un élément constitutif objectif implicite à toutes les infractions, dont le défaut est indispensable pour que le comportement de l'auteur puisse répondre à l'énoncé de fait légal<sup>19</sup>. Ce n'est qu'en partie vrai ; en effet, outre les infractions protégeant un intérêt collectif pour lesquelles cet élément est sans portée, plusieurs dispositions du CP et du droit pénal accessoire ne traitent pas, même implicitement, de ce que le lésé a, ou non, su, toléré, accepté ni même voulu.

## 2. Le consentement du lésé comme élément excluant l'illicéité

Lorsque le texte de l'infraction ne tient pas compte de la volonté du lésé (de façon explicite ou implicite), son

consentement peut néanmoins « guérir » et rendre licite un comportement qui correspond à l'énoncé de fait légal. En pareil cas, le consentement exclut l'illicéité du comportement, soit la 2<sup>e</sup> condition de punissabilité.

Il ne s'agit toutefois que de quelques infractions. Sont en particulier visées les lésions corporelles et les voies de fait (art. 122 à 126 CP), les dommages à la propriété (art. 144 CP) ou les atteintes à l'honneur (art. 173 à 177 CP)<sup>20</sup>. Dans ces cas, le consentement du lésé peut rendre licite le comportement de l'auteur qui, par ailleurs, répond entièrement à la définition légale. Selon le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, le consentement du lésé est dans ces cas un fait justificatif extra-légal excluant l'illicéité<sup>21</sup> – pour autant bien sûr qu'il soit donné à temps, dans les formes et les circonstances exigées par la jurisprudence.

## 3. Un facteur d'atténuation de la culpabilité

Enfin, pour le cas où le consentement du lésé ne viendrait pas exclure la typicité ou guérir l'illicéité, il peut avoir une influence sur l'appréciation de la culpabilité de l'auteur. Certaines circonstances permettent en effet au juge d'atténuer la peine, notamment si l'auteur a été induit en tentation grave par la conduite de la victime – qui donc y consentait (art. 48 let. b CP). Même à supposer que les conditions de l'art. 48 let. b CP ne soient pas réunies, ou que le consentement ne respecte pas les formes prescrites, il entrera en considération lors de l'application de l'art. 47 CP. Cette dernière disposition impose en effet au juge de tenir compte de la gravité de la lésion (art. 47 al. 2 CP). Or, si le lésé consent à la lésion, celle-ci apparaîtra naturellement comme de moindre gravité<sup>22</sup>. Le consentement est ainsi dans ce cadre un facteur d'atténuation de la culpabilité, sans toutefois éteindre cette dernière condition de punissabilité.

<sup>16</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA ; RS 810.11).

<sup>17</sup> Voir l'art. 190 CP pour le viol et, plus généralement, l'art. 181 CP pour la contrainte.

<sup>18</sup> On peut également citer l'art. 193 CP (abus de détresse) qui suppose un consentement vicié à un acte d'ordre sexuel.

<sup>19</sup> HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 737 ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH (n. 3), vor art. 14 N 18.

<sup>20</sup> Le consentement à une diffamation peut par exemple résulter de l'accord du lésé à ce que l'auteur divulgue des informations qui jettent sur lui le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur. Pour les injures, le consentement à la commission de telles infractions peut intervenir dans le cadre de certains rapports sexuels, p. ex. Voir également TF, 6B\_1092/2010, 29.04.2011, c. 4.3.

<sup>21</sup> DONATSCH/TAG (n. 3), 255 ; STRATENWERTH (n. 3), § 10 N 3 ; HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 736 ; RIKLIN (n. 5), § 14 N 54 s.

<sup>22</sup> ATF 114 IV 100 c. 4 ; voir aussi PHILIPPE GRAVEN/BERNHARD STRÄULI, L'infraction pénale punissable, Berne 1995, 154.

### III. Contexte et portée du consentement, contexte de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique

Afin de pouvoir appréhender les conditions de validité du consentement et sa portée, il faut distinguer le contexte dans lequel ce consentement est exprimé et celui dans lequel la lésion survient.

#### A. Relation contractuelle et consentement

Distinguons le cas relativement simple où le lésé consent directement à une lésion infligée de façon intentionnelle. Un exemple serait celui de la lésion corporelle ou des voies de fait qui surviennent au cours d'un rapport sexuel sadomasochiste. Après avoir déterminé si le bien juridique était à la libre disposition du lésé, les autorités pénales vérifieront si les conditions de validité du consentement étaient réalisées et si celui-ci englobait bien la lésion (ou mise en danger) infligée.

Une autre configuration est celle où lésé et auteur sont dans une relation contractuelle (comme c'est le cas pour le médecin avec son patient<sup>23</sup>) et où le consentement fait partie d'un échange plus large de volontés réciproques et concordantes. Le consentement fait alors « partie du contrat » mais ne porte que sur une exécution conforme de ce dernier. En effet, les violations du contrat (inexécution fautive, *aliud*<sup>24</sup> ou violation positive du contrat<sup>25</sup>) ne seront jamais couvertes par le consentement. Personne ne donne son accord préalable à ce que son médecin commette une violation des règles de l'art médical. Ainsi et même si la distinction peut être délicate, il faut d'abord déterminer si les lésions sont le résultat d'une violation du contrat (auquel cas le consentement est de toute manière sans portée) ou si elles sont les séquelles possibles d'une exécution conforme à ce qui avait été convenu et dont le patient avait été dûment informé. Ce n'est qu'ensuite que les conditions de validité et la portée du consentement seront examinées.

Réserveons le cas spécifique au domaine médical où la jurisprudence admet, dans certaines situations (urgence, intervention courante et sans complications, intervention

dont la nécessité se révèle au cours d'une autre), que le médecin apporte la preuve du consentement dit « hypothétique » du lésé (cf. *infra* IV.G.). Ce cas, qui doit rester l'exception, permet de rendre licite une intervention qui n'était pas couverte par le consentement (et donc « hors contrat »), faute d'avoir été en mesure de recueillir le consentement du lésé. On se trouve cependant dans une situation quasi-contractuelle.

#### B. Consentement à la lésion ou consentement à prendre le risque qu'elle ne survienne ?

Que l'on soit en présence ou en l'absence de relation contractuelle, il faut distinguer si le lésé consent directement à la lésion (il donne son accord pour une appendicite, par exemple) ou s'il consent (éventuellement en outre) à un risque qu'une telle lésion ne survienne. Les conditions ne sont pas les mêmes. Comme déjà relevé, le CP n'admet pas que le lésé consente directement à être mis à mort – même par un médecin (cf. art. 114 CP). En revanche, il est admissible qu'un patient consente à une intervention chirurgicale impliquant un risque, même faible, de décès. En pareil cas, pour autant que le consentement réponde aux conditions légales (en particulier quant à son caractère éclairé) et qu'il n'y ait pas de faute médicale, l'acte du médecin reste licite malgré l'art. 114 CP<sup>26</sup>. Les conditions quant à la liberté du lésé de disposer du bien juridiquement protégé et d'affranchir l'auteur de la lésion sont ainsi plus souples lorsqu'il s'agit de consentir à un risque qu'à une lésion directement.

Certains auteurs, auxquels nous nous rallions, ont souligné que l'admissibilité du risque pris (par l'auteur et le lésé) dépendait également de son caractère raisonnable, au regard de l'intérêt de l'intéressé<sup>27</sup>. À notre avis il faut donc mettre en balance le but de l'intervention et ses chances de succès face aux risques qui y sont liés, leur importance et la probabilité qu'ils se réalisent. En outre, la question des alternatives au traitement choisi doit également être examinée (quels bénéfices et risques par rapport à l'intervention à l'origine de la lésion). Comme toujours,

<sup>23</sup> Le contrat liant un médecin et son patient a été qualifié de contrat de mandat par la jurisprudence, voir notamment ATF 133 III 121 c. 3.1 ; 119 II 456 c. 2.

<sup>24</sup> P. ex., le médecin qui raccourcit deux orteils alors que le contrat de soins portait sur un seul orteil : ATF 124 IV 258.

<sup>25</sup> P. ex., le médecin qui fait exécuter l'opération par un autre médecin alors que le lésé n'avait consenti qu'à une exécution personnelle : TF, 6B\_902/2015, 13.5.2016, c. 4.2.2.

<sup>26</sup> Voir pour un exemple, à notre avis erroné : TF, 6B\_902/2015, 13.5.2016, c. 4.2. Le Tribunal fédéral reconnaît un opérateur coupable de lésions corporelles graves parce qu'il n'a pas suffisamment informé sa patiente sur la personne du médecin qui pratiquera l'opération. L'erreur du Tribunal fédéral, à notre avis, est de condamner l'auteur pour lésions corporelles par négligence, alors qu'il n'y a eu aucune négligence de la part des opérateurs, simplement un défaut d'information.

<sup>27</sup> STRATENWERTH (n. 3), § 10 N 18 s. ; DONATSCH/TAG (n. 3), 259 et les réf. cit.

une appréciation de l'ensemble des circonstances est nécessaire. Bien entendu, cette mise en balance se fera plus facilement s'il s'agit d'examiner la validité du consentement à l'amputation d'un membre irrémédiablement gangrené que pour une opération de chirurgie esthétique.

À titre d'exemple de la difficulté de la tâche du juge en pareil cas, on peut consulter les (longs) débats qui ont animé les chambres fédérales avant l'adoption de l'art. 30b du CC (changement de sexe à l'état civil)<sup>28</sup>. Le but de la réforme (renforcer le droit à l'autodétermination de la personne et ainsi faciliter le changement de sexe) n'a pas posé de difficultés pour les personnes adultes. En revanche, pour les mineurs de moins de 16 ans, la balance des intérêts était lourdement chargée des deux côtés. En l'absence de possibilité de changement de sexe, le risque de suicide, spécialement chez les adolescents, est très élevé<sup>29</sup>. À l'inverse, un changement de sexe (et les interventions chirurgicales et hormonales qu'il implique) peut être regretté par la suite sans qu'il ne soit possible de faire marche arrière<sup>30</sup>. Il semble dès lors ardu de juger de la validité du consentement du lésé au regard d'un caractère « objectivement raisonnable ». Cette problématique met également en lumière l'importance de l'examen de la capacité de discernement et son caractère relatif par rapport à certains actes dont les conséquences sont difficiles à appréhender<sup>31</sup>.

### C. Lésion infligée de façon intentionnelle ou lésion survenue par négligence ?

Comme déjà relevé, le lésé ne peut pas consentir à ce que son médecin viole son devoir de diligence. Ainsi, l'examen du consentement du lésé est totalement exclu là où

il peut être reproché au médecin une négligence (soit, par définition, une violation coupable des règles de l'art ou des règles de prudence)<sup>32</sup>. Certes, on peut présumer que le médecin n'a pas l'intention de nuire à son patient. Cependant, le fait pour un médecin d'envisager un risque qu'une lésion survienne et de l'accepter pour le cas où elle se produirait – sans quoi il ne procéderait pas à l'intervention – répond précisément à la définition du dol éventuel (art. 12 al. 2 *in fine* CP). Par conséquent, toute forme d'intervention médicale, qu'il s'agisse d'une lésion directe (cas de l'intervention chirurgicale, appendicite par exemple, réalisée dans les règles de l'art) ainsi que tout effet secondaire prévisible et prévu implique par définition une lésion corporelle<sup>33</sup> intentionnelle. La portée du consentement et de son caractère éclairé est alors déterminante : qu'a su le patient des risques encourus et les a-t-il acceptés, de sorte que l'on ne puisse pas reprocher au médecin une infraction intentionnelle (même non voulue) à son intégrité corporelle ?

## IV. Conditions de validité du consentement du lésé

### A. Généralités

Comme déjà relevé, l'acte médical même correctement exécuté reste une atteinte à l'intégrité corporelle (par exemple, voies de fait, art. 126 CP ou lésions corporelles, art. 122–123 CP). Dès lors, un fait justificatif est indispensable pour en exclure l'illicéité<sup>34</sup>. Avant l'examen des conditions de validité du consentement du lésé, notons que d'autres faits justificatifs peuvent entrer en considération, en particulier lorsqu'il n'est pas possible de recueillir ce consentement. La jurisprudence évoque en particulier la gestion d'affaires sans mandat ou l'état de nécessité, pour autant que les conditions légales soient réalisées<sup>35</sup>.

En outre, soulignons qu'avant de se poser la question du consentement, c'est d'abord la volonté du patient qui est décisive et non pas l'avis du médecin, quand bien

<sup>28</sup> Voir l'objet 19.081 Changement de sexe à l'état civil. Message du 6 décembre 2019 concernant la révision du code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), FF 2020 779 ss (pour le message) et FF 2020 9623 ss (pour le texte soumis au vote final).

<sup>29</sup> Le taux de suicide chez les adolescents transgenres serait 40 fois plus élevé que celui des adolescents cisgenres, voir les arguments développés au Conseil national le 7 décembre 2020 par la Conseillère nationale Tamara Funciello.

<sup>30</sup> Lire à cet égard l'ouvrage d'ABIGAIL SHRIER, *Irreversible Damage: The Transgender Craze Seducing Our Daughters*, Washington 2020 ainsi que l'article de *The Economist* consacré au cas de Mme Keira Bell : « First : do no harm : Other countries should learn from a transgender verdict in England », édition du 12 décembre 2020, Internet : <https://www.economist.com/leaders/2020/12/12/other-countries-should-learn-from-a-transgender-verdict-in-england> (consulté le 26.4.2021).

<sup>31</sup> ATF 134 II 235 c. 4.3.3 ss. On note à cet égard que le législateur a en revanche considéré que le mineur ne pouvait pas valablement consentir à un acte d'ordre sexuel avec une personne ayant plus de 3 ans que lui.

<sup>32</sup> Pour un exemple a contrario et à notre sens erroné du Tribunal fédéral, voir TF, 6B\_902/2015, 13.5.2016. Pour un arrêt qui confirme le point de vue représenté dans cette contribution : TF, 6B\_89/2016, 7.4.2016, c. 5.4.

<sup>33</sup> TF, 6B\_730/2017, 7.3.2017, c. 2.3 ; ATF 124 IV 258 c. 2 ; 117 Ib 197 c. 2a ; 99 IV 208 c. 4.

<sup>34</sup> Le Tribunal fédéral rappelle, dans une pratique constante, « qu'une atteinte à l'intégrité corporelle, à l'exemple d'une intervention chirurgicale est illicite à moins qu'il n'existe un fait justificatif », ATF 133 III 121, 128 s ; voir aussi TF, 6B\_869/2010, 16.9.2011, c. 4.4.1 ; 6B\_390/2018, 25.7.2018, c. 5.1.

<sup>35</sup> ATF 99 IV 208 c. 4.

même ce dernier proposerait une intervention médicalement appropriée à la situation du patient<sup>36</sup>. Ainsi, un patient peut refuser la résection d'une phalange de son deuxième orteil, bien qu'une telle opération fût médicalement indiquée. Le médecin allant à l'encontre de ce refus en intervenant sur ledit orteil au cours d'une autre opération commet un acte contraire à la volonté du patient et a fortiori sans son consentement, donc illicite<sup>37</sup>. Peu importe, à cet égard, que l'intervention ait été effectuée dans les règles de l'art. De même, le médecin qui fait procéder à des injections refusées par son patient se rend coupable de lésions corporelles ou de voies de fait<sup>38</sup>.

Concernant le consentement, jurisprudence et doctrine s'accordent sur plusieurs conditions quant à sa validité. Celles-ci n'étant que rarement structurées et analysées comme un tout, nous proposons ici de les catégoriser afin d'obtenir un catalogue applicable aux différents cas où se pose la question de l'accord du lésé à l'atteinte qu'il a subie. En substance, le consentement doit être donné préalablement à la lésion (IV.B), de manière libre (IV.C) et éclairée (IV.D). Il peut être donné tacitement ou expressément (IV.G : forme). Enfin, la personne qui donne son consentement doit être capable de discernement (IV.E)<sup>39</sup>. Si une condition fait défaut, le consentement peut être admis éventuellement sous forme hypothétique mais les conditions en sont strictes de sorte que l'illicéité persiste et affecte l'ensemble de l'intervention médicale si elles ne sont pas réunies<sup>40</sup>.

## B. Antérieur à l'acte

En accord avec la doctrine, le Tribunal fédéral rappelle que la personne lésée doit donner son consentement avant l'acte dommageable, soit avant l'intervention médicale<sup>41</sup>. Il convient de laisser au patient un délai raisonnable pour se déterminer avant l'opération. Sur la durée de ce délai, la jurisprudence distingue les interventions sans gravité particulière des interventions lourdes, tout en réservant les cas d'urgences<sup>42</sup>. Dans le premier cas, le patient doit disposer d'au moins une journée avant l'opération pour se déterminer, tandis que trois jours, au moins, sont nécessaires pour les opérations lourdes, ou présentant des risques importants. La jurisprudence souligne l'importance de ce délai au regard du caractère libre du consentement (voir *infra* IV.C.), afin notamment que le patient puisse discuter de l'intervention autour de lui et solliciter un second avis médical<sup>43</sup>.

Une partie de la doctrine exclut à raison que le consentement puisse être valablement donné *a posteriori*. Il n'aurait alors d'influence que sur la fixation de la sanction pénale<sup>44</sup>. La jurisprudence précise par ailleurs que, même si l'action pénale est introduite uniquement après un certain temps, il n'est pas possible d'en déduire un accord ultérieur ; il en va de même du patient qui continue à se faire traiter par le médecin après l'opération<sup>45</sup>.

En outre, le consentement à une atteinte à l'intégrité corporelle peut être révoqué en tout temps avant l'acte médical<sup>46</sup> – ce qui ne serait pas le cas, par exemple, d'une atteinte au patrimoine.

## C. Libre

Garant de la libre expression du patient, le consentement doit être donné librement. Tel n'est pas le cas s'il est entaché de vices de la volonté, soit notamment lorsqu'il est donné à la suite de pressions, de menaces ou de tromperies. La volonté du patient peut aussi bien être viciée par

<sup>36</sup> ATF 124 IV 258 c. 2 ; 99 IV 208 c. 3 ; CORALIE DEVAUD/ODILE PELET, Consentement éclairé et droit pénal. L'acte médical : une infraction comme une autre ?, in : Anne-Sylvie Dupont/Olivier Guillod (éd.), *Réflexions romandes en droit suisse de la santé, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016*, Zurich 2016, 36.

<sup>37</sup> ATF 124 IV 258.

<sup>38</sup> ATF 99 IV 208 c. 4.

<sup>39</sup> Notons que lorsque l'on sort du domaine médical, l'applicabilité des conditions du consentement peut varier. Dans le domaine sportif par exemple, le joueur de foot qui entre sur le terrain consent implicitement à certaines lésions inhérentes à la pratique de ce sport. Dans un tel cadre, le respect des règles du jeu est un élément supplémentaire dont le juge pénal doit tenir compte lors de son appréciation. Le consentement du sportif s'articule ainsi autour des conditions « générales » de l'accord du lésé en droit pénal, mais également de la gravité de la violation des règles du jeu. Dans le domaine sexuel également, le caractère éclairé n'est pas aussi pertinent que dans le domaine médical car les protagonistes ne prennent généralement pas le temps de discuter exhaustivement des conditions du rapport.

<sup>40</sup> ATF 133 III 121 c. 4.1.1 ; TF, 4P.265/2002, 28.4.2003, c. 4.1.

<sup>41</sup> ATF 124 IV 258 c. 3. Rappel de la nécessité d'un accord préalable donné par le lésé, peu importe que l'action pénale n'ait été intentée qu'après un certain temps ; 100 IV 155 c. 4 ; CR CP I-MONNIER (n. 3), art. 14 N 71 ; DONATSCH/TAG (n. 3), 259 ; HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 771 ; DEVAUD/PELET (n. 36), 36 ; TRECHSEL/NOLL/PIETH (n. 15), 141.

<sup>42</sup> TF, 6B\_910/2013, 20.1.2014, c. 3.6.1 ; Voir également 4P\_265/2002, 28.4.2003, c. 5.2.

<sup>43</sup> TF, 4P\_265/2002, 28.4.2003, c. 5.4.

<sup>44</sup> HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 771 ; GRAVEN/STRÄULI (n. 22), 154.

<sup>45</sup> ATF 124 IV 258 c. 3.

<sup>46</sup> RIKLIN (n. 5), § 14 N 58 ; DONATSCH/TAG (n. 3), 259.

le médecin ou le milieu hospitalier, qu'en raison de circonstances extérieures ou de tiers<sup>47</sup>.

Tout au long du délai laissé au patient pour se déterminer, ce dernier doit être préservé des facteurs extérieurs qui influeraient sur sa décision. Pour que le consentement soit donné librement, il est notamment important que le patient ne soit pas hospitalisé pendant cette période pour éviter la pression du milieu médical et hospitalier<sup>48</sup>.

À titre d'exemple, le consentement du patient n'est pas libre lorsque celui-ci consent à une lourde intervention au cerveau le lendemain d'une première consultation avec son médecin alors que l'opération n'était pas urgente et pouvait attendre plusieurs semaines. Le fait qu'une salle spécialement équipée se soit soudainement libérée le lendemain matin de la consultation n'est pas un argument suffisant. Le délai de réflexion est essentiel (*cf. supra* IV.B.) et ne saurait être abrégé pour des motifs d'organisation de l'établissement hospitalier<sup>49</sup>.

#### D. Éclairé

L'intégrité corporelle et la liberté personnelle du patient sont protégées de manière absolue<sup>50</sup>. De cette protection découle l'exigence d'un consentement éclairé, c'est-à-dire donné en toute connaissance de cause.

De jurisprudence constante, le soignant doit renseigner son patient « en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible » sur « le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement l'évolution spontanée de la maladie, et les questions financières, notamment relatives à l'assurance »<sup>51</sup>. On peut encore ajouter à ces éléments l'information, cruciale, de l'identité du soignant qui procédera à l'intervention projetée<sup>52</sup>.

À plusieurs reprises, la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur la quantité d'information et le degré de précision qui peuvent raisonnablement être attendus du soignant avant une intervention médicale – elle n'a cependant jamais posé de règles strictes<sup>53</sup>. De manière générale, on peut attendre une information aussi précise et complète que possible, mais sans toutefois qu'elle soit entièrement exhaustive sur les risques liés à l'intervention. Pour éviter une surinformation qui pourrait soit noyer l'information utile soit déstabiliser le patient<sup>54</sup>, le médecin doit adapter son discours, notamment aux connaissances et facultés de la personne en face de lui. De manière générale, il tient compte des éléments susceptibles d'influer sur la décision d'un patient sensé, mais également des attentes individuelles et concrètes de chacun d'eux<sup>55</sup>, de même que de ses connaissances préalables. Ainsi, si le patient a déjà subi plusieurs interventions similaires, on ne saurait exiger du médecin qu'il le renseigne aussi soigneusement qu'un patient qui subirait cette opération pour la première fois<sup>56</sup>. En tous les cas, déterminer l'information nécessaire à considérer que le consentement était « éclairé » est loin d'être une tâche aisée et l'examen se fait au cas par cas.

Enfin, soulignons que le médecin ne doit pas faire preuve d'un excès d'optimisme. Tel est le cas lorsqu'il ne donne à son patient que des informations générales sans préciser les complications que peut générer une intervention. Le patient qui accepte, par exemple, de subir une opération au cerveau, alors que le médecin et son assistante lui affirment qu'il ne court aucun risque, ne consent pas de manière éclairée. Mis en confiance de manière excessive, il n'est pas à même de se rendre compte des risques non négligeables d'un tel acte médical<sup>57</sup>.

<sup>47</sup> À ce sujet, voir OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme*, Neuchâtel 1986, 105 ss. Pour un exemple en dehors du domaine médical, voir également ATF 129 IV 81 c. 1.4 : encouragement à la prostitution. En raison de leur situation économique dans leur pays d'origine (Thaïlande), l'accord des prostituées n'est pas valable. Compte tenu des circonstances, les victimes ne possédaient pas une liberté de choix suffisante.

<sup>48</sup> TF, 6B\_910/2013, 20.1.2014, c. 3.6.1.

<sup>49</sup> TF, 4P\_265/2002, 28.4.2003, c. 5.4.

<sup>50</sup> TF, 1P\_71/2007, 12.7.2007, c. 3.1.

<sup>51</sup> ATF 133 III 121 c. 4.1.2 ; TF, 6B\_910/2013, 20.01.2014, c. 3.2.1 ; 6B\_869/2019, 16.9.2011, c. 4.4.1.

<sup>52</sup> Voir TF, 6B\_902/2015, 13.5.2016 c. 4.2.2 où cette information n'avait pas été donnée et où l'intervention, même conforme aux règles de l'art et acceptée par la patiente, a été qualifiée de lésions corporelles.

<sup>53</sup> Voir OLIVIER GUILLOD/FRÉDÉRIC ERARD, *Droit médical*, Neuchâtel 2020, N 366 ss et réf. cit.

<sup>54</sup> La jurisprudence fédérale (TF, 4P.265/2002, 28.4.2003, c. 4.1, citant OLIVIER GUILLOD, *La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule in: La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale*, Lugano 1989, 55–90, 77) semble reconnaître même en droit pénal l'existence d'un « privilège thérapeutique » permettant au médecin de moduler l'information et de cacher à son patient dans certaines circonstances un pronostic grave ou fatal. À notre sens, ce type d'informations doit être fourni au patient qui peut ainsi décider librement de se soumettre ou non à un traitement.

<sup>55</sup> GUILLOD (n. 47), 129 s ; DEVAUD/PELET (n. 36), p. 37 ; GUILLOD/ERARD (n. 53), N 356.

<sup>56</sup> TF, 6B\_910/2013, 20.1.2014, c. 3.6.1 et 3.6.3 ; ATF 133 III 121 c. 4.1.2.

<sup>57</sup> TF, 4P.265/2002, 28.4.2003, c. 5.4.

## E. Une personne capable de discernement

Consentir à un acte médical est faire l'exercice d'un droit strictement personnel au sens de l'art. 19c CC<sup>58</sup>, par conséquent la capacité de discernement est requise.

En cas d'absence de discernement, le consentement peut être donné par la personne habilitée au sens de l'art. 378 CC, sous réserve de droits strictement personnels absolus<sup>59</sup>.

Aux termes de l'art. 16 CC, une personne est capable de discernement lorsqu'elle n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresses ou d'autres circonstances. La capacité d'agir raisonnablement suppose un élément cognitif et un élément volitif<sup>60</sup>, soit la faculté de comprendre le sens, et les effets d'un acte déterminé, respectivement la faculté d'agir en fonction de cette compréhension. Le patient doit pouvoir non seulement comprendre, mais également se déterminer sur les informations reçues<sup>61</sup>.

La capacité de discernement est présumée et s'apprécie toujours en fonction d'une situation déterminée<sup>62</sup>. De cette présomption découle l'obligation pour la personne qui allègue l'absence de discernement d'en apporter la preuve<sup>63</sup>. La présomption est renversée lorsque les circonstances de la vie amènent à penser que la personne concernée n'est pas capable de discernement (par exemple, jeunes enfants, personnes particulièrement âgées, maladies psychiques, etc.). C'est alors au prévenu de prouver que le lésé était effectivement capable de discernement au moment de l'acte. La présomption n'est cependant pas renversée en présence de simples doutes sur l'état mental du lésé. Ainsi, une patiente légèrement désorientée dans le temps, qui ne souffrait que d'un trouble du langage et de la mémoire constatés trois ans avant les faits n'est pas incapable de discernement au regard d'une intervention visant à corriger des cicatrices au ventre et à l'aîne. Elle reste à même de se rendre compte de la portée

de ses décisions et des raisons qui l'ont amené à consulter un chirurgien<sup>64</sup>.

Dans le domaine médical, si le médecin éprouve un doute sur le discernement de son patient, il doit entreprendre les démarches nécessaires pour lever ce doute. Si par la suite, la personne s'avère malgré tout incapable de discernement, le praticien pourra se prévaloir d'une erreur sur les faits (art. 13 al. 1 CP). À l'inverse, un médecin qui doute de l'état mental d'un patient mais sans rien entreprendre peut se rendre punissable d'une infraction par négligence (par exemple, lésions corporelles par négligence, art. 125 CP), le fait justificatif du consentement n'étant pas opérant<sup>65</sup>.

## F. Étendue et limites

En plus des limites évoquées en deuxième partie de cette contribution (bien juridiquement protégé à la libre disposition du lésé), se pose la question du respect de l'art. 27 al. 2 CC relative aux engagements excessifs. Le patient ne saurait, par exemple, consentir à tout acte médical à l'avance. Le consentement doit être donné pour un acte ou un groupe d'actes déterminés au préalable avec le praticien<sup>66</sup>.

La personne lésée peut consentir sous réserve de certaines conditions. Le cas échéant, ces dernières doivent impérativement être respectées sans quoi le consentement est inopérant<sup>67</sup>. Comme souligné ci-dessus (III.A.), le consentement donné par un patient à son médecin l'est dans un rapport contractuel et ne peut déployer ses effets

<sup>58</sup> BSK ZGB I-FANKHAUSER, art. 19c N 7, in : Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (éd.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 ; PHILIPPE MEIER/ESTELLE DE LUZE, Droit des personnes, Articles 11-89a CC, Genève 2014, N 153.

<sup>59</sup> GUILLOD/ERARD (n. 53), N 356 ; MEIER/DE LUZE (n. 58), N 153 ; BSK ZGB I-FANKHAUSER (n. 58), art. 19c N 4 et 6.

<sup>60</sup> ATF 134 II 235 c. 4.3.2 ; GUILLOD/ERARD (n. 53), N 355 ; BSK ZGB I-FANKHAUSER (n. 58), art. 16 N 3 ; MEIER/DE LUZE (n. 58), N 97.

<sup>61</sup> TF, 6B\_910/2013, 20.1.2014, c. 3.2 ; 6B\_869/2010, 16.7.2009, c. 4.4.1.

<sup>62</sup> ATF 134 II 235 c. 4.3.2 ; BSK ZGB I-FANKHAUSER (n. 58), art. 16 N 34.

<sup>63</sup> Cf. *infra* V.

<sup>64</sup> TF, 6B\_869/2010, 16.9.2011, c. 4.5 et 5.

<sup>65</sup> TF, 6B\_869/2010, 16.7.2009, c. 4.5, voir aussi DEVAUD/PELET (n. 36), 44.

<sup>66</sup> DEVAUD/PELET (n. 36), 38.

<sup>67</sup> BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH (n. 3), voir art. 14 N 21 ; HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 771 ; CR CP I-MONNIER (n. 3), art. 14 N 71. Voir notamment ATF 100 IV 155 c. 4. Dans le cas de minéraux se trouvant dans une grotte, le Tribunal fédéral retient que la personne qui souhaite les extraire doit respecter les conditions posées par le propriétaire de la grotte. À défaut de cela, la personne se rend coupable de vol et ne peut se prévaloir du consentement du lésé comme fait justificatif. En l'espèce, le propriétaire du fond acceptait l'appropriation de cristaux se trouvant sur son sol uniquement si les règles coutumières en matière de recherches minéralogiques étaient respectées, ce qui n'était pas le cas ; Voir aussi arrêt de la CAPE VD du 8 mai 2017, JUG/2017/197, décision n° 198. Ne respecte pas les conditions posées par le lésé, la personne qui, au cours d'une relation sexuelle, retire son préservatif sans en informer son/sa partenaire pour qui, celui-ci était une condition *sine qua non* du rapport sexuel. À notre sens [et contrairement notamment à BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH (n. 3), Voir art. 14 N 46], ici le consentement ne couvre plus l'acte sexuel, qui devient illicite.

qu'à l'égard d'une exécution conforme à ce qui a été convenu.

### G. Forme

De manière générale, le consentement n'est soumis à aucune forme, pas même en droit médical<sup>68</sup>. Un consentement tacite est alors parfaitement admis. Cela étant, même tacite, il faut qu'il soit perceptible.

Lorsque le lésé est temporairement incapable de consentir, on se tournera vers l'éventualité d'un consentement présumé<sup>69</sup>. Dans le même sens, si le consentement fait défaut (par exemple, car il n'est pas donné de manière éclairée), le médecin peut encore apporter la preuve que le patient aurait tout de même donné son accord s'il avait été correctement informé. On parle alors de « consentement hypothétique »<sup>70</sup>. La vraisemblance de cette preuve apparaît d'autant plus difficile que le droit d'autodétermination du patient reste extrêmement large – ce dernier étant en droit de vivre sa maladie comme il le souhaite et de refuser toutes mesures médicales, même si ces décisions peuvent conduire à son décès<sup>71</sup>. Le patient est toutefois tenu de collaborer en invoquant les raisons *personnelles et concrètes* qui auraient justifié son opposition s'il avait eu connaissance des risques.

Si le patient ne fait pas état des raisons qui l'auraient poussé à refuser le traitement, le juge doit prendre sa décision en s'interrogeant s'il était *objectivement* concevable pour un patient raisonnable de refuser l'opération<sup>72</sup>. Cela étant, de manière générale, la jurisprudence n'admet pas le consentement hypothétique lorsque l'intervention médicale implique un risque tel que le patient aurait eu besoin d'informations détaillées et d'un délai de réflexion raisonnable<sup>73</sup>.

### V. Preuve du consentement

Commençons par rappeler une évidence : en procédure pénale, le fardeau de la preuve est à l'accusation. Toutefois, lorsqu'il est question de faits justificatifs, le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine en admettent une forme

de renversement<sup>74</sup>. Sachant qu'une atteinte contraire au droit pénal est avérée, il incombe au prévenu de rendre au moins vraisemblable l'existence de circonstances à même d'établir un fait justificatif<sup>75</sup>. Le juge doit alors apprécier les allégations du prévenu compte tenu des circonstances concrètes et du caractère plausible de ces dernières<sup>76</sup>.

Nous l'avons dit, le consentement du lésé n'est soumis à aucune exigence de forme. La possibilité de consentir oralement ou tacitement est alors parfaitement envisageable en théorie, tant que le prévenu rend vraisemblable qu'il a bien obtenu cet accord. Force est de constater que le caractère éclairé du consentement et l'existence de la capacité de discernement sont les conditions les plus problématiques dans ce domaine.

La violation du devoir d'information du médecin entraîne une violation du contrat qui le lie à son patient. Se pose alors la question du caractère éclairé du consentement donné par ce dernier. Il appartient au médecin de rendre vraisemblable qu'il a respecté les exigences relatives à cette condition, soit qu'il a correctement informé le patient<sup>77</sup>.

La capacité de discernement étant présumée, c'est à la partie qui en allègue l'absence de le prouver – au degré de vraisemblance prépondérante<sup>78</sup> – sauf renversement du fardeau de la preuve (*cf.* IV.E).

### VI. Conclusion

Il faudra s'armer de patience avant de voir émerger une disposition de droit pénal suisse portant sur le consentement du lésé. Malgré cela, la doctrine et la jurisprudence ne semblent pas lui donner moins de légitimité pour exclure l'illicéité d'une atteinte.

<sup>68</sup> TF, 6B\_910/2013, 20.1.2014, c. 3.2.1 et 3.4.4.

<sup>69</sup> HURTADO POZO/GODEL (n. 3), 770 ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH (n. 3), *vor art.* 14 N 19.

<sup>70</sup> TF, 6B\_902/2015, 13.5.2016, c. 3.1 ; ATF 133 III 121 c. 4.1.3 ; TF, 4P\_265/2002, 28.4.2003, c. 5.5 ; DEVAUD/PELET (n. 36), 44.

<sup>71</sup> TF, 4P\_265/2002, 28.4.2003, c. 5.6.

<sup>72</sup> TF, 6B\_902/2015, 13.5.2016, c. 3.1 ; ATF 133 III 121 c. 4.1.3.

<sup>73</sup> TF, 4P\_265/2002, 28.4.2003, c. 5.5.

<sup>74</sup> TF, 6B\_390/2018, 25.7.2018, c. 5.1 ; 6B\_910/2013, 20.1.2014, c. 3.3 ; 6B\_869/2010, 16.9.2011, c. 4.5. Voir également GÉRARD PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, 702 ; LAURENT MOREILLON/AUDE PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire CPP*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, art. 10 N 8 ; DEVAUD/PELET (n. 36), 42 ; BSK StPO-TOPHINKE, art. 10 N 21, in : Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (éd.), *Strafprozessordnung, Basler Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014. Une partie de la doctrine souligne toutefois le caractère erroné de ce renversement, voir notamment YVES JEANNERET/ANDRÉ KUHN, *Précis de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018, N 4065 ; CR CPP I-VERNIOURY, art. 10 N 14, in : Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier-Depeursinge (éd.), *Code de procédure pénale, Commentaire romand*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 pour un avis contraire.

<sup>75</sup> PIQUEREZ (n. 74), 702.

<sup>76</sup> DEVAUD/PELET (n. 36), 43.

<sup>77</sup> Voir ci-dessus IV.D. DEVAUD/PELET (n. 36), 43.

<sup>78</sup> TF, 6B\_869/2010, 16.9.2011, c. 4.2 ; DEVAUD/PELET (n. 36), 43

Le consentement du lésé est surtout examiné à deux stades, celui de la typicité et celui de l'illicéité, en fonction de la présence ou de l'absence d'un élément constitutif objectif se référant à la volonté du lésé, que cette référence soit explicite ou implicite. Pour être opérant toutefois, il doit porter sur la lésion ou mise en danger d'un bien juridique individuel et ne pas concerner une infraction pour laquelle le législateur ou la jurisprudence a exclu que le lésé puisse valablement consentir à l'infraction. Nous avons évoqué à cet égard les infractions contre la vie ou les lésions corporelles graves.

Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Les circonstances permettent souvent de rendre licite l'infraction de lésions corporelles, même graves, lorsqu'elle est réalisée dans le milieu médical. Cela se justifie notamment par l'intérêt prépondérant du patient et les raisons pour lesquelles il consent à ces lésions. Le contrat qui lie le médecin à son patient lui impose diverses obligations, dont celle de l'informer correctement. La violation de son devoir d'information entraîne, sur le plan pénal, l'absence de consentement – l'aspect éclairé de ce dernier étant une condition sine qua non de la licéité de l'intervention médicale. Nous l'avons souligné, en droit médical, les conditions de validité du consentement les plus difficiles à établir portent sur son caractère éclairé et sur la capacité de discernement du patient au moment où il a été donné.

Enfin, relevons que la question du consentement du lésé est devenue encore plus actuelle dans le cadre des réflexions qui animent le législateur, en 2021, autour de la révision du « droit pénal sexuel »<sup>79</sup>. Dans ce cadre-ci également, la question de la portée du consentement, de sa preuve et de sa forme sont essentielles. Nous espérons que le présent article aura contribué à clarifier la portée du consentement et à faire avancer la réflexion sur ses contours.

<sup>79</sup> Voir le document mis en consultation le 1<sup>er</sup> février 2021 sur l'objet « 18.043 – Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions » disponible sur le site de l'Assemblée fédérale.