

**Cour de cassation. X c. Zurich, Ministère public du canton, 27 octobre 2004; ATF 131 IV 1 ( 6S.176/2004 ).**

**LÉSIONS CORPORELLES GRAVES. PROPAGATION D'UNE MALADIE DE L'HOMME. INTENTION. TENTATIVE. RAPPORTS SEXUELS NON PROTÉGÉS D'UNE PERSONNE INFECTÉE PAR LE VIRUS VIH.**

Art. 18 al. 2, art. 21 s., 122 al. 1<sup>er</sup> et art. 231 ch. 1 CP.

L'infection par le VIH constitue objectivement et en elle-même une lésion corporelle grave, qui met la vie en danger (confirmation de la jurisprudence; c. 1).

En l'espèce, l'intention a été retenue à la charge de l'accusé (c. 2).

graves n'entre pas en considération lorsque son partenaire, connaissant l'infection de celle-ci et les risques de transmission, consent librement à entretenir un rapport sexuel non protégé et partage la maîtrise des événements (c. 3).

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 (confirmation de la jurisprudence). Le consentement du partenaire n'exclut à cet égard ni la réalisation des éléments constitutifs de cette infraction ni l'illicéité de l'acte (c. 4).

**\*\* JDT 2006 IV page 187 \*\***

La Cour d'assises du canton de Zurich reconnut X coupable, le 15 juillet 2003, de délit manqué (tentative) répété de lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 al. 1<sup>er</sup>CP, ainsi que de délit manqué (tentative) répété de propagation d'une maladie de l'homme au sens de l'art. 231 ch. 1 al. 1<sup>er</sup>CP, ces infractions en relation avec l'art. 22 al. 1<sup>er</sup>CP ainsi qu'avec l'art. 21 al. 1<sup>er</sup>CP et le condamna à trois ans et demi d'emprisonnement sous déduction de 29 jours de détention préventive.

On reproche à X d'avoir, entre août 1995 et juin/juillet 1998, entretenu des relations sexuelles non protégées avec cinq hommes, tout en se sachant infecté par le virus VIH.

Le 17 mai 2004, X s'est pourvu en nullité au TF. Il a conclu à l'annulation de la décision de la Cour d'assises et au renvoi de la cause à l'instance cantonale pour qu'elle se prononce à nouveau.

**\*\* JDT 2006 IV page 188 \*\***

*Extrait des motifs:*

1. Le recourant fait valoir que, contrairement à la jurisprudence du TF et à l'avis de l'autorité cantonale, l'infection par le virus VIH ne constitue pas une lésion corporelle grave étant donné que, eu

1.1 Conformément à l'art. 122CP, sera reconnu coupable de lésions corporelles graves et puni de la

intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger (al. 1<sup>er</sup>); celui qui, intentionnellement, aura mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanente ou aura défiguré une personne d'une façon grave et permanente, (al. 2); celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale (al. 3).

L'infection par le VIH conduit, après une période d'incubation relativement longue mais de durée incertaine, à l'apparition chez de nombreuses personnes du sida (syndrome d'immunodéficience acquis) qui sera très probablement mortel. L'infection par le VIH constitue dès lors une mise en

al. 1<sup>er</sup>CP, comme l'a décidé le TF ( ATF 125 IV 242 c. 2b (d), JdT 2002 IV 38 ). Certes, on ne saurait retenir des lésions corporelles mettant la vie en danger au sens de l'art. 122 al. 1<sup>er</sup>CP que lorsque

l'atteinte a provoqué un état tel, que la mort paraît l'issue la plus probable ( ATF 109 IV 18 c. 2c p. 20 (d ), JdT 1984 IV 30 , rés.), ce qui ne signifie pas que le danger mortel doit être imminent; est déterminante l'existence d'une forte probabilité d'une issue fatale ( ATF 125 IV 242 c. 2b/dd (d ), JdT 2002 IV 38 ).

En dépit de certains progrès médicaux et de traitements médicamenteux plus efficaces dont le recourant fait état, la situation n'a pas véritablement changé: l'infection par le VIH conduit toujours, après une période d'incubation relativement longue, à l'apparition chez de nombreuses personnes du sida qui sera probablement mortel. C'est suffisant pour pouvoir admettre une atteinte susceptible d'entraîner la mort. Comme l'a déclaré le TF et il convient de suivre cette opinion, il n'est pas nécessaire que la mise en danger de la vie soit imminente.

2. Dans son pourvoi, le recourant évoque la faible probabilité statistique d'une contamination par le VIH en cas de relations

**\*\* JDT 2006 IV page 189 \*\***

sexuelles non protégées et conclut qu'il n'a dès lors pas agi intentionnellement, qu'il a tout au plus fait preuve de négligence.

2.1 Du point de vue des faits, l'autorité cantonale a constaté que quatre des cinq hommes avec lesquels le recourant a eu des relations non protégées sont aujourd'hui séropositifs. Certains indices relevés par l'autorité cantonale parlent en faveur d'une contamination par le recourant; l'autorité n'a toutefois pas eu à se prononcer sur cette question puisque le recourant est accusé uniquement de délit manqué de lésions corporelles graves. Le recourant connaissait sa séropositivité lorsqu'il a eu des

contamination pouvait survenir à la suite de relations sexuelles anales ainsi que lors d'une éjaculation dans la bouche. Et pourtant, il entretenait des relations sexuelles non protégées avec ses partenaires sexuels. L'autorité cantonale ne prétend pas que le recourant a voulu contaminer ses partenaires, même si elle a relevé certains indices parlant en faveur d'agissements purement intentionnels. Mais le recourant a bien pris en compte la possibilité d'une contamination par le VIH suite à ces rapports sexuels non protégés. L'objection de la défense selon laquelle, statistiquement parlant, le risque de contamination lors de rapports sexuels isolés est faible n'y change rien. Se référant à l' ATF 125 IV 242 , ((d), JdT 2002 IV 38 ), l'autorité cantonale fait valoir que lors de relations sexuelles non protégées chaque acte porte en lui le risque de contamination, que la personne séropositive ne peut en aucune façon calculer ou doser ce risque et que le partenaire ignorant la contamination n'a aucune chance de se défendre contre le danger d'une infection. Compte tenu de ce qui vient d'être exposé, l'autorité cantonale a considéré que le recourant avait agi par dol (éventuel).

2.2 Il a y dol éventuel lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait ( ATF 130 IV 58 c. 8.2 (d), JdT 2004 I 486 (d ), ATF 125 IV 242 c. 3c (d), JdT 2002 IV 38 ; ATF 121 IV 249 (d ), JdT 1998 IV 125 , rés.; ATF 103 IV 65 c. 2 (d), JdT 1978 IV 66 ). On peut notamment admettre le dol éventuel lorsque l'auteur considère le résultat envisagé à la suite de son comportement comme si probable, qu'on peut interpréter son comportement comme une acceptation de ce résultat ( ATF 109 IV 137 (d ), JdT 1984 IV 18 , avec les renvois). Le dol éventuel doit aussi être retenu lorsque le résultat envisagé est simplement possible, même lorsque, du point de vue statistique, cette possibilité ne se

**\*\* JDT 2006 IV page 190 \*\***

réalise que rarement. Toutefois, on ne saurait conclure du seul fait que l'auteur savait que le résultat pouvait se réaliser, à son acceptation du résultat et, par là, au dol éventuel. D'autres circonstances doivent être prises en compte. Dans son arrêt 125 IV 242 c. 3, ((d) JdT 2002 IV 38 ), le TF a considéré que ces circonstances existaient: en effet, chaque rapport sexuel non protégé, et donc le premier et unique aussi, comporte le risque d'une contamination par le virus du sida; la personne contaminée ne peut d'aucune façon calculer ou doser ce risque qu'elle connaît et son partenaire n'a aucun moyen de défense contre le risque de contamination (c. 3f). Le TF a considéré aussi que, dans cette procédure, le recourant, en violation grave de son devoir d'information découlant de la connaissance qu'il avait des conséquences de ses actes et par pur intérêt personnel, avait, lors de chaque rapport sexuel non protégé, fait courir à ses partenaires sexuels qui n'étaient pas informés de son état, le risque inacceptable, incalculable et incontrôlable d'une contamination par le VIH et les avait exposés au danger en résultant pour leur santé et leur vie. Par conséquent, lors de chaque produirait (c. 3g).

sexuelles non protégées (cf. par ex. *Guido Jenny*, Basler Kommentar StGB I, 2003, art. 18 n. 49; *le*, RSJB 136/2000 pp. 641 ss; *Hans Vest*, Vorsatz bezüglich der Übertragung des HI-Virus durch ungeschützte heterosexuelle Sexualkontakte, AJP 2000 pp. 1168 ss; Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5<sup>e</sup> éd. 2000, § 31 n. 6; *le même*, (Deutsches) Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4<sup>e</sup> éd. 2000, § 8 n. 126; voir également *Fridolin Beglinger*, Basler Kommentar, StGB II, 2003, art. 231 n. 45).

En dépit de ces critiques, il convient cependant de s'en tenir à cette jurisprudence. Dans les considérants de l'arrêt 125 IV 242, ((d), JdT 2002 IV 38 ) sur le dol éventuel (c. 3c-h), le TF a mentionné que la probabilité d'infection par des relations sexuelles non protégées était faible d'un point de vue statistique et se comptait en millièmes; seul un contact sexuel non protégé sur 300 serait contaminant (c. 3f). Le TF n'a pas approfondi cette question de la probabilité statistique; il n'a pas infection. Compte tenu de la façon dont le dol éventuel a été

**\*\* JDT 2006 IV page 191 \*\***

motivé, il n'y a pas lieu d'examiner ici non plus ces aspects du problème. Celui qui, se sachant séropositif et connaissant le risque de contamination, ne révèle pas son infection à son partenaire et entretient des relations sexuelles non protégées avec lui, alors qu'il serait simple de le mettre au

infection du partenaire à la suite de chaque rapport sexuel non protégé telle qu'on peut conclure qu'il s'accommode d'une telle infection, même s'il ne la souhaite pas. Il ne se contente pas d'accepter ce risque en tant que tel, il accepte aussi que, lors de chaque rapport sexuel non protégé, ce risque puisse se réaliser. En effet, il ne peut pas savoir si un rapport sexuel non protégé déterminé va infecter son partenaire et il doit chaque fois prendre sérieusement le risque de la réalisation de cet

2.3 Enfin, il importe de signaler que la probabilité statistique d'infection de 0,3% mentionnée dans

chaque rapport sexuel par voie vaginale, dans le cadre d'une relation d'une certaine durée. Au stade actuel des connaissances toutefois, on considère que la probabilité d'une contamination est plus élevée lors d'un premier contact sexuel et qu'elle diminue par la suite (éventuellement en raison d'une réaction cellulaire immunitaire). Ainsi, des études sur des prostituées au Kenya et en Thaïlande ont montré un risque de contamination pour leurs clients de 2 à 8% lors du premier contact sexuel (cf. à ce sujet *Beglinger*, op. cit. art. 231CP rem. 23 avec les renvois, notamment à *Pietro Vernazza et al.*, Sexual transmission of HIV: infectiousness and prevention, in AIDS 1999, vol. 13, p. 157). En outre,

s'avérant ultérieurement contaminé, 3,5% des femmes étaient contaminées (cf. *Vernazza*, op. cit. pp. 156 s.). Soulignons que cette contamination intervenait dans des conditions pour ainsi dire cliniques et en l'absence de facteurs qui, lors d'un rapport sexuel, sont de nature à augmenter le risque d'infection. La probabilité d'une contamination paraît dès lors dépendre fortement de divers facteurs,

*Vernazza et al.*, Biological correlates of sexual transmission of HIV, dans Reviews in medical microbiology 2001, pp. 131 ss).

**\*\* JDT 2006 IV page 192 \*\***

2.4 Pour ce qui concerne la cas présent, il y a lieu de relever que la probabilité d'une contamination est plus élevée lors de relations sexuelles par voie anale que par voie vaginale (*Vernazza*, Sexual transmission, op. cit. p. 157). Le recourant, à une exception près, n'a pas informé ses partenaires de sa séropositivité. En outre, avec A, qui ne voulait que des relations sexuelles protégées, il alla même plus loin: sans le prévenir, il retira son préservatif et pénétra l'intéressé par voie anale. A une de ses collègues qui le rendait attentif au risque de contamination que représentait sa séropositivité pour ses clients, il répondit que les gens qui voulaient avoir des contacts sexuels avec lui devaient se préoccuper eux-mêmes de l'utilisation de préservatifs; il ajouta qu'il avertissait ses clients que, personnellement, il n'en avait pas besoin, que cela lui était égal et qu'ils ne devaient s'en prendre qu'à eux-mêmes s'il les contaminait lors de relations sexuelles non protégées. Le recourant confirmait ainsi clairement que seules lui importaient des relations sexuelles non protégées, que le sort de ses partenaires sexuels lui était parfaitement égal et qu'il acceptait leur contamination. Il a agi par dol éventuel.

3. Le recourant n'a pas informé ses partenaires de sa séropositivité et ces derniers l'ignoraient. La situation est différente en ce qui concerne B; ce dernier a continué à entretenir des relations sexuelles non protégées avec le recourant après avoir appris la séropositivité de ce dernier. Le recourant en conclut que B a, dès lors, consenti à ce genre de relations ce qui supprimerait la (tentative) de lésions corporelles graves à son encontre. L'autorité cantonale n'accepte pas un tel consentement au motif qu'un consentement en matière de lésions corporelles graves est contraire aux principes éthiques et aux mœurs.

3.1 Il convient tout d'abord de souligner qu'un consentement en matière de lésions corporelles intentionnelles, en l'espèce des lésions corporelles graves, ne se limite pas à l'acte mais englobe également le résultat (*Philippe Weissenberger*, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Diss. Bâle 1996 pp. 60 s., *Claus Roxin*, (Deutsches) Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3<sup>e</sup> éd. 1997, § 13 rem. 49, p. 479). On ne saurait conclure, et la décision attaquée ne le constate pas, que B a voulu sa contamination par le virus et, ainsi, donné son consentement à cette lésion corporelle (pas non plus sous la forme d'un dol éventuel analogue) (cf. à ce sujet *Weissenberger*, op. cit., p. 61). Le fait que l'auteur agisse par dol éventuel ne signifie pas que la victime, connaissant le danger de contamination, accepte aussi le résultat escompté. Il

**\*\* JDT 2006 IV page 193 \*\***

semblerait plus logique que la victime, plutôt que l'auteur de l'infraction, escompte que le résultat envisagé ne se produira pas. On admettra seulement que B, en raison de la connaissance qu'il avait de

Dès lors se pose la question de savoir si et, le cas échéant, à quelles conditions un tel consentement à une mise en danger produit un effet juridique.

3.2 Dans ce contexte, la doctrine et la jurisprudence allemandes font la différence entre la mise en danger par autrui avec le consentement de la victime et la participation à la mise en danger d'une personne par elle-même (*Schönke/Schröder/Lenckner*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26<sup>e</sup> éd. 2001, rem. 165 ss ad § 15, rem. 102 ss avant § 32; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 52<sup>e</sup> éd. 2004, rem. 19 s. avant § 13, rem. 28 ss ad § 222; *Roxin*, op. cit., § 11 rem. 90 ss, pp. 334 ss). La doctrine suisse fait aussi cette distinction depuis peu (*Weissenberger*, op. cit., passim). Le TF l'a aussi adoptée dans un arrêt récent où il s'agissait de juger si la conductrice d'un cyclomoteur était coupable de lésions corporelles par négligence lorsqu'elle acceptait qu'un cycliste s'accroche à son bras, se laisse tirer par le cyclomoteur et fasse une chute (ATF 125 IV 189 (d), JdT 2000 I 485).

Il y a simple participation à la mise en danger d'une personne lorsque le titulaire du bien juridique s'expose consciemment et librement à un danger pour son bien juridique et qu'il est maître des

événements (ATF 125 IV 189 c. 3a, (d), JdT 2000 I 485; *Weissenberger*, op. cit. p. 105). Il y a en revanche mise en danger d'une personne par autrui avec le consentement de la victime dans les cas où la maîtrise des événements n'est plus entre les mains du titulaire du bien juridique, mais que celui-ci est livré à un développement imprévisible qu'il ne peut ni influencer ni interrompre, alors que la personne qui s'expose elle-même à un danger pourrait encore le faire (*Weissenberger*, op. cit., pp. 102 ss). Dans les cas où il y a une double maîtrise de la mise en danger, on parle de participation à la mise en danger d'une personne par elle-même (*Weissenberger*, op. cit. p. 106; *Schönke/Schröder/Lenckner* op. cit. rem. 107 avant § 32).

3.3 D'après la doctrine et la jurisprudence, la personne responsable de sa propre mise en danger n'est danger d'une personne par elle-même) ne l'est pas non plus pour

**\*\* JDT 2006 IV page 194 \*\***

autant que la personne qui s'expose à un danger ne se rende pas compte du risque dans la même mesure que le participant (*Roxin*, op. cit. § 11 rem. 97, p. 339; *Weissenberger*, op. cit., pp. 108, 111 s.; ATF 125 IV 189 c. 3a, (d), JdT 2000 I 485). L'impunité de la participation à la mise en danger d'une personne par elle-même découle de l'impunité du suicide et - sous réserve de l'art. 115CP - de la participation à celui-ci. Puisque la participation à un suicide et à une automutilation intentionnelle n'est pas punissable, la participation à la mise en danger d'une personne par elle-même ne saurait à plus forte raison être punissable (*Weissenberger*, op. cit., pp. 110 s.; *Roxin*, op. cit. § 11 rem. 91). Selon l'échelle des valeurs, il n'y a aucune raison de limiter la liberté d'action tant que personne n'est mis en danger contre sa volonté (*Weissenberger*, op. cit., p. 111; *Roxin*, op. cit., §11 rem. 91, n. 176, p. 335). L'impunité de la participation à la mise en danger d'une personne par elle-même va jusqu'au point où celui qui rend possible ou favorise la mise en danger remarque que la victime ne se rend pas

compte de la portée de sa décision. Dans ce cas, il crée un risque qui n'est pas couvert par la volonté de la victime et il en est responsable si ce risque se réalise (*Roxin*, op. cit., § 11 rem. 97, p. 339; *Weissenberger*, op. cit., p. 112).

En revanche, la mise en danger d'une personne avec le consentement de cette dernière est en principe punissable; toutefois, dans certaines circonstances, on peut admettre l'impunité; les conditions de cette impunité sont toutefois contestées (cf. *Weissenberger*, op. cit., pp. 114 ss).

3.4 B qui, à plusieurs reprises, entretient des relations sexuelles avec le recourant, ne savait pas dès le début que celui-ci était séropositif, mais l'apprit plus tard. Pourtant, il continua à avoir des rapports sexuels non protégés avec le recourant. D'après le jugement attaqué, rien ne permet de supposer que B a agi sous la contrainte ou qu'il n'était pas conscient du risque que comportaient ces contacts non protégés. Dès lors, on peut admettre que B a agi sous sa propre responsabilité et la question se pose de savoir si l'on est en présence d'une participation du recourant à une mise en danger par la victime elle-même ou d'une mise en danger par une autre personne, mais avec le consentement de la victime.

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si des contacts sexuels non protégés d'une personne séropositive avec une personne saine, connaissant le risque encouru et agissant de son plein gré, constitue une participation à une mise en danger d'une personne par elle-même ou d'une mise en danger par autrui avec le

#### **\*\* JDT 2006 IV page 195 \*\***

consentement de la personne concernée (en faveur de la mise en danger de la personne par elle-même: *Karl-Ludwig Kunz*, *Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht*, RPS 107/1990 pp. 39 ss, 54; *Weissenberger*, op. cit. pp. 113 s.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, op. cit., rem. 107 avant § 32; en faveur de la mise en danger d'une personne par autrui: *Roxin*, op. cit., § 11 rem. 108 p. 344, avec de nombreux renvois aux différentes opinions exprimées par la doctrine aux n. 207 et 208). Lors de relations sexuelles, la maîtrise des événements est en principe exercée par les deux personnes concernées. Elles peuvent à tout moment interrompre le contact, utiliser un préservatif ou exiger du partenaire qu'il en utilise un. Considérer que la mise en danger ne provient que de la personne séropositive et que le partenaire ne fait que s'exposer à ce risque est une façon de voir qui méconnaît un aspect décisif de la question, à savoir que les deux partenaires partagent la maîtrise des événements. Dans cette hypothèse, il y a toujours participation à la mise en danger d'une personne par elle-même (cf. c. 3.2). Par ailleurs, on relèvera que *Roxin* admet lui aussi l'impunité: en effet, il place la mise en danger d'une personne par autrui avec le consentement de la personne concernée sur le même plan que la participation à la mise en danger d'une personne par elle-même lorsque le préjudice causé est la conséquence du risque

pour l'agissement commun que la personne qui met en danger (*Roxin*, op. cit., § 11 rem. 107 s.).

Par conséquent, le pourvoi en nullité est fondé en ce qui concerne l'impunité des relations sexuelles non protégées avec B, à partir du moment où celui-ci connaissait la séropositivité du recourant.

4. Le recourant conteste en outre - sans motiver son grief plus avant - sa condamnation pour tentative répétée de propagation d'une maladie de l'homme au sens de l'art. 231CP.

Selon la jurisprudence du TF, la personne séropositive qui transmet, par un rapport sexuel non protégé, le virus à une autre personne "propage" au sens de l'art. 231CP une maladie, puisqu'il existe un danger pour le moins abstrait (suffisant) que la personne contaminée infecte d'autres personnes (ATF 125 IV 242 c. 2a/bb, (d), JdT 2002 IV 38). Il convient de s'en tenir à cette jurisprudence, selon laquelle le recourant a été condamné à juste titre pour tentative répétée de propagation d'une maladie de l'homme. Seule reste à élucider la question de savoir si d'autres règles s'appliquent en ce qui concerne les relations sexuelles à l'occasion desquelles B

#### **\*\* JDT 2006 IV page 196 \*\***

connaissait la séropositivité du recourant. Ce n'est toutefois pas le cas, puisque le consentement de la victime ou la mise en danger par la personne elle-même ne jouent un rôle que lors d'infractions portant atteinte à des intérêts particuliers. En ce qui concerne les infractions visant la mise en danger générale qui portent atteinte exclusivement à des intérêts publics, on ne saurait se préoccuper de l'attitude de la personne touchée en premier lieu (*Weissenberger*, op. cit., pp. 176 ss, *Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen*, 5<sup>e</sup> éd. Berne 2000, § 31 rem. 7, p. 69).

5. Le pourvoi en nullité s'avère par conséquent partiellement fondé, à savoir en ce qui concerne la condamnation pour tentatives répétées de lésions corporelles graves à l'encontre de B dans la mesure où celui-ci connaissait la séropositivité du recourant. Dès lors, l'autorité cantonale devra examiner à nouveau la durée de la peine, raison pour laquelle le grief portant sur ce point n'a pas besoin d'être traité ici.

*Trad. Christine Muench*