

Universités de Fribourg, Genève,  
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

# Le consentement en droit

Édité par

Samantha Besson

Yves Mause

Pascal Pichonnaz

Avec la collaboration de

Xenia Karametaxas

# Table des matières

Sommaire	V
Table des matières	VII
Liste des contributeurs	XV
Liste des abréviations	XVII
Avant-propos	1
SAMANTHA BESSON/YVES MAUSEN/PASCAL PICHONNAZ	
Survol des contributions	3
<b>1<sup>ère</sup> partie : Le consentement et les sources du droit</b>	<b>11</b>
Le consentement et la légitimité morale du pouvoir politique	13
LAETITIA RAMELET	
I. Les problèmes du consentement	14
II. Le consentement exprès	15
III. Le consentement tacite	17
IV. Le consentement hypothétique	19
1. Du consentement hypothétique empirique au consentement intérieur	19
2. Le consentement hypothétique normatif	23
3. Consentement et désaccord	25

L'élément subjectif dans la coutume internationale	31
AYMERIC HÊCHE	
I. Dionisio Anzilotti ou le consentement tacite à la coutume	32
1. La conception volontariste de la coutume	32
2. Les réactions contre la fiction du consentement tacite	35
II. Karol Wolfke ou l'acceptation présumée comme équivalent de l' <i>opinio juris</i>	37
1. Le « consentement tacite à la coutume » réinventé	37
2. L'affirmation du rôle incontournable du consentement dans la coutume	39
III. Sir Michael Wood ou l'approche pragmatique de la doctrine des deux éléments	42
1. Le consensus actuel sur les deux éléments du processus coutumier	42
2. Le consentement dans les travaux du rapporteur spécial	43
3. L'élément subjectif, condition auxiliaire de la coutume ?	47
<b>2<sup>ème</sup> partie: Le consentement et l'union conjugale</b>	<b>55</b>
Le consentement dans le cadre de l'union libre : l'approche pluraliste	57
JOHANNA MUHEIM	
I. Les approches actuelles en matière de réglementation de l'union libre	59
1. L'approche contractuelle	59
2. L'approche statutaire	63
II. L'approche pluraliste	67
1. L'approche de Shahar Lifshitz	68
2. L'approche de Sabine Hohl et Andrea Büchler	72
III. L'équilibre entre autonomie des parties et protection des personnes vulnérables	73
1. L'approche contractuelle	74
2. L'approche statutaire	76
3. L'approche pluraliste	78

---

<b>3<sup>ème</sup> partie: Le consentement et la capacité juridique</b>	<b>83</b>
La volonté naturelle en droit privé suisse	85
SARAH GROS	
I. La volonté naturelle	86
1. La notion de volonté naturelle	86
2. Les possibles ancrages légaux de la volonté naturelle	88
3. Un aperçu des différentes approches défendues en doctrine	92
4. Synthèse intermédiaire	98
II. La capacité de discernement	99
1. La fonction de la capacité de discernement	99
2. La notion de capacité de discernement	100
3. La relativité du discernement	101
4. Les degrés de capacité de discernement	103
5. Synthèse intermédiaire	103
III. La volonté naturelle et la relativité du discernement	104
Le consentement des mineurs dans le domaine médical	113
BENEDETTA SARA GALETTI	
I. Le droit de consentir aux traitements	114
1. Le fondement du droit de consentir aux traitements	114
2. Les conditions de validité du consentement	115
II. Le droit de consentir des patients mineurs capables de discernement	118
1. Les bases et les limites du droit de consentir des mineurs	118
2. La détermination concrète de la capacité de discernement	119
3. Les fondements bioéthiques du choix libre et éclairé du patient mineur capable de discernement	121
III. Le droit des patients mineurs incapables de discernement d'exprimer leur avis	125
IV. Les risques encourus par le médecin dans la détermination de la capacité de discernement du patient mineur	126
V. La demande d'aide au suicide assisté formulée par un patient mineur	127

<b>4<sup>ème</sup> partie : Le consentement et le genre</b>	133
Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes : enjeux actuels en droit suisse	135
SOFIA BALZARETTI	
I. Le genre et le droit	137
1. Les notions de sexe, de genre et d'identité de genre	137
2. La binarité et l'immutabilité des sexes en droit suisse	139
3. La problématique des opérations d'assignation sexuelle	141
II. Les opérations non consenties d'assignation sexuelle	143
1. Le droit applicable	143
2. Le consentement à l'opération d'assignation sexuelle	145
3. Les avancées politiques et les développements récents	147
III. La reconnaissance légale des personnes intersexe	148
1. Les conséquences juridiques de l'application des art. 122 et 124 CP	148
2. La rectification des données à l'état civil selon les art. 42 et 43 CC	150
3. L'introduction d'un sexe « neutre » et les solutions du droit comparé	150
<b>5<sup>ème</sup> partie : Le consentement et la procréation</b>	155
Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)	157
TIFFAINE STEGMÜLLER	
I. Le consentement au traitement de PMA	159
1. La notion et ses fondements	159
2. Le consentement écrit, libre et éclairé	160
3. La succession des demandes de consentement durant la procédure	165
II. Le consentement particulier en cas de DPI, cryoconservation ou méthode hétérologue	166
1. L'information supplémentaire et le consentement en cas de DPI	166
2. Le consentement à la conservation du patrimoine germinale	167
3. Le consentement du donneur et ses conséquences	169

III. La fin et le défaut du consentement	171
1. La révocation du consentement	171
2. Le décès d'un membre du couple	175
3. Le défaut de consentement, la filiation et les sanctions pénales	175
Entre autodétermination et restrictions à la procréation médicalement assistée	183
VALÉRIE SAVIOZ-VIACCOZ	
I. Les limitations d'accès et quelques pratiques interdites en Suisse	184
1. Les principales restrictions à la PMA	185
II. Les motifs invoqués par le législateur	187
III. Le régime juridique en matière de limitation de l'autonomie de la volonté	190
1. Le droit constitutionnel à l'autodétermination	190
2. Les droits de la personnalité et la liberté contractuelle	197
<b>6<sup>ème</sup> partie : Le consentement et l'intervention médicale</b>	203
Le consentement dans le modèle d'assurance de télémédecine	205
VIRGINIE MANTILLA-CONTI	
I. Les modèles alternatifs dans l'assurance-maladie	208
1. Le cadre légal	209
2. La <i>ratio legis</i>	210
II. Le modèle avec choix limité du fournisseur de prestations	212
1. 1 <sup>ère</sup> variante : la médecine de famille	213
2. 2 <sup>ème</sup> variante : les réseaux de soins	213
3. 3 <sup>ème</sup> variante : HMO et PPO	214
4. 4 <sup>ème</sup> variante : <i>CallMed/TelMed</i>	215
III. Le modèle CallMed et l'assurance-maladie	215
1. L'affiliation et la sortie	216
2. Les primes	217
3. Les sanctions en cas de non-respect du modèle	217

IV. La protection des données dans le modèle CallMed	218
1. Les principes de la communication des données médicales à des tiers	218
2. Les données médicales	219
3. La communication des données médicales dans les relations juridiques issues du contrat de télémédecine	220
<b>7<sup>ème</sup> partie : Le consentement et le travail</b>	<b>231</b>
Le consentement tacite à la modification du salaire	233
SEMSIJA ETEMI	
I. La modification du salaire par accord mutuel	233
1. Le salaire en tant qu'élément essentiel du contrat de travail	234
2. La réduction du salaire pour le futur	235
3. L'absence d'exigence de forme	237
II. La modification du salaire par accord tacite	238
1. Le principe : qui ne dit mot ne consent pas	238
2. L'exception : le consentement tacite	238
3. Les critiques	243
III. Les problèmes et enjeux juridiques	244
1. La conclusion du contrat modificatif	244
2. La réduction unilatérale de la rémunération avec effet rétroactif	248
3. Le devoir d'information de l'employeur	249
4. Les conséquences pratiques	250
<b>8<sup>ème</sup> partie : Le consentement, la violence et la mort</b>	<b>255</b>
Des formes du consentement étatique et de ses limites : analyse au regard de l'excès de mandat par des forces armées étrangères	256
AURÉLIE GALETTO	
I. Le consentement comme autorisation à intervenir dans la sphère de souveraineté de l'État	258
1. La souveraineté exclusive de l'État	258
2. La notion de consentement dans le contexte d'interventions transfrontières	260
XII	

3. Un consentement (toujours) étatique? – Les sujets du consentement	262
II. L'étendue du consentement et ses limites variables	264
1. La validité du consentement	264
2. La diversité des formes et des temporalités du consentement	265
3. Le contenu du consentement: entre choix des parties et limites internationales	267
III. Les instruments à disposition des États en cas d'excès du consentement	270
1. Les différentes situations d'excès et la détermination du consentement	270
2. La fin de l'intervention par révocation du consentement	271
3. Les mécanismes de règlement des différends relatifs au consentement	273
Le consentement aux actes sur le cadavre	279
NICOLAS TSCHUMY	
I. Le droit de disposer de son propre cadavre	281
1. Un droit fondamental	281
2. Un droit de la personnalité	282
II. Les droits des proches	284
1. Le droit de déterminer le sort du corps du défunt	284
2. Le droit de faire respecter la volonté du défunt	285
III. Les atteintes justifiées par le consentement	286
1. Le prélèvement d'organes, tissus et cellules	286
2. La recherche sur une personne décédée	290
3. L'autopsie	293
4. Les particularités du consentement aux actes sur un cadavre	296
<b>9<sup>ème</sup> partie : Le consentement et la propriété intellectuelle</b>	<b>305</b>
Consentement à la mise en circulation d'exemplaires brevetés : un accord à l'épuisement des droits du brevet	307
PIERRE HEUZÉ	
I. L'affaire CJUE <i>Greenstar-Kanzi</i>	310

1. Les faits et le raisonnement	310
2. Le raisonnement de la CJUE	310
3. L'appréciation de la jurisprudence	312
II. La transposition en droit suisse	312
1. Les moyens d'actions du titulaire	313
III. La notion du consentement à la mise en circulation	317
<b>10<sup>ème</sup> partie : Le consentement et le règlement des différends</b>	<b>325</b>
La justice existe-t-elle sur le plan international ?	
Remise en question du consentement des États à la juridiction	327
CLÉMENT MARQUET	
I. Les présupposés ascendants du système de consentement à la juridiction	329
1. Le consentement et l'approche ascendante dans la philosophie politique	330
2. Les spécificités du consentement à la juridiction ; le caractère ascendant maximaliste	332
3. Synthèse	335
II. Les exceptions faites à la doctrine ascendante	335
1. La compétence de la compétence en tant que pouvoir inhérent	336
2. Les problématiques <i>ratione temporis</i>	338
3. Synthèse	339
III. Le juge et la justice	340
1. L'indétermination du texte et son interprétation	340
2. La justice et le consentement	340
3. Synthèse	344