

## SOMMAIRE

- L'article 458bis nouveau du Code pénal : le secret médical dans la tourmente, par G. Genicot ..... 717
- I. Droits de l'homme - Respect de la vie privée et familiale - Lutte contre le terrorisme - II. Droit international - Généralités - Droits fondamentaux et obligations émanant du Conseil de sécurité - Conflit de normes - Article 103 de la Charte O.N.U - Interprétation conciliante.  
(C.E.D.H., gr. ch., 12 septembre 2012, observations de C. Deprez) ..... 726
- Mariage - Conditions de validité - Conditions de fond - Simulation - Tentative de contracter un mariage de complaisance - Nationalité - Acquisition - Faits personnels graves.  
(Bruxelles, 3<sup>e</sup> ch., 10 octobre 2011) . 731
- Droits de l'homme - Droit au respect des convictions personnelles - Port du *niqab* - Atteinte à la dignité des femmes - Légalité du règlement communal interdisant le port de vêtements cachant le visage.  
(Pol. Verviers, 10 septembre 2012) . 732
- Chronique judiciaire :  
Thémis et les muses - Bibliographie - Dates retenues.

## DOCTRINE

### L'article 458bis nouveau du Code pénal : le secret médical dans la tourmente

**L**A LOI DU 30 NOVEMBRE 2011 tendant à améliorer l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité a fortement étendu le champ d'application de l'article 458bis du Code pénal, qui énonce les conditions dans lesquelles les personnes tenues au secret professionnel peuvent, sans crainte d'encourir une sanction pour violation de ce secret, révéler certaines infractions au parquet. Renversant en quelque sorte le principe traditionnellement admis, qui voulait que la balance entre le droit de parler et celui de se taire penchât plutôt du côté du silence, le texte semble favoriser les dénonciations hâtives. Ce faisant, il risque d'obérer la liberté de jugement et l'autonomie décisionnelle des professionnels, alors que les situations humainement délicates auxquelles ceux-ci se voient confrontés, avant d'être pénalement répréhensibles, requièrent d'abord un accompagnement soigneux, dans la prudence et la sérénité. Il est permis de ne pas être convaincu par l'orientation prise, d'inspiration certes généreuse, mais qui charrie de multiples interrogations et laisse émerger des risques insuffisamment maîtrisés.

## 1

### Introduction

1. « Il y a violation du secret professionnel dès que la révélation de faits couverts par ce secret est volontaire et spontanée, même si elle est faite à la justice ». Ainsi s'exprimait la Cour de cassation dans un arrêt du 26 septembre 1966<sup>1</sup>. Sage précepte, portant ce secret au fronton des obligations de tout professionnel amené à recueillir des confidences ou à prendre connaissance de données médicales, personnelles et familiales sensibles. Bien sûr, pour s'en tenir au secret médical — archétype de tout secret pro-

fessionnel, tant aux termes mêmes de l'article 458 du Code pénal que dans la conscience sociale — le temps n'est plus à la toute-puissance du magistère de l'homme de l'art, qui pourrait à loisir étouffer une situation inquiétante ou délictueuse ou faire obstacle au cours de la justice, pénale ou civile. L'état de nécessité et l'émancipation du patient, maître des renseignements qui le concernent et donc de leur caractère confidentiel ou non, sont passés par là<sup>2</sup>. Par ailleurs, les réflexions tendant à confronter l'impératif de protection des enfants maltraités, sous l'angle des difficultés liées tant au dévoilement des faits qu'à la nécessité d'établir la culpabilité de l'auteur présumé, à un secret professionnel et notamment médical longtemps perçu comme un dogme absolu, ne sont pas neuves<sup>3</sup>.

### Le commerce électronique au J.T.

Le développement de l'e-commerce retient désormais l'attention de la plupart des juristes. C'est pourquoi le *Journal des tribunaux* a réuni des spécialistes pour apporter à ses lecteurs une information actualisée sur un éventail de thèmes allant de la publicité au *cloud computing*, en passant par les arnaques et la protection des droits intellectuels. Le **jeudi 6 décembre 2012**, de 17 à 19 heures, le *J.T.* organisera au palais de justice de Bruxelles une séance d'information consacrée à ce sujet et publiera à cette occasion un **numéro spécial**. On y trouvera les contributions de Dominique Pissoort, Hervé Jacquemin, François Coppens, Thierry Léonard, Alexandre Cruquenaire, Emmanuel Cornu, Alain Strowel, Benoit Michaux, Jean-Paul Triaille, Jean-François Henrotte, Olivier Leroux, Arnaud Nuyts et Benjamin Docquir.

Renseignements :  
laurianne.rigo@larcier.be,  
tél. : 010/48.25.65.

Notez ce rendez-vous dans votre agenda !

(1) *Pas.*, 1967, I, 89. Un an plus tôt, la Cour jugeait tout aussi nettement que « le secret professionnel interdit aux médecins toute révélation, directe ou indirecte, de faits qui sont secrets de leur nature ou qui leur ont été confiés expressément ou tacitement dans l'exercice de leur profession, hors les cas où la loi les oblige à les faire connaître et où ils sont appelés à rendre témoignage en justice; l'interdiction existe même si les faits peuvent donner lieu à une information judiciaire et si leur révélation est faite à l'autorité judiciaire » (Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1102).

(2) Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 220-245 et spécialement pp. 228-234 s'agissant de l'incidence du consentement du patient sur la possibilité de divulgation d'une donnée médicale qui le concerne.

(3) Voy. notamment P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Nemesis, 1985, pp. 100-106; G. RENAULT, « La parole de l'enfant face à celle de l'adulte : l'audition et la confrontation des mineurs d'âge victimes d'abus sexuels », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 52.

Cette inquiétude a ressurgi avec force, perçue comme insupportable, dans le cadre des travaux de la Commission parlementaire relative au traitement d'abus sexuels et de faits de pédophilie dans une relation d'autorité, en particulier au sein de l'Église, qui a rendu son rapport le 31 mars 2011<sup>4</sup>. Ses nombreuses recommandations ont, pour partie, été rapidement traduites dans la loi du 30 novembre 2011 modifiant la législation en ce qui concerne l'amélioration de l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité. Parmi celles-ci, la réécriture de l'article 458bis du Code pénal retient particulièrement l'attention; elle étend le « droit de parole » de tout professionnel confronté à des (suspensions de) maltraitances d'une manière qui n'apparaît pas forcément raisonnable.

2. Il y a tout d'abord que, de par sa généralité, le texte va largement au-delà de l'objectif affiché par cette loi, notamment en ce qu'il ne procède à aucune distinction selon les professionnels qu'il vise, lesquels couvrent des horizons d'aide très variés, nourrissent des objectifs bien distincts et sont confrontés à des impératifs et à des contingences dont il n'est guère tenu compte. Il y a ensuite que la définition des personnes protégées s'ouvre à toute « personne vulnérable », soit une catégorie extrêmement floue, d'appréciation incertaine et contingente, que le législateur n'a pas cru bon de définir plus avant; il se pourrait d'ailleurs que l'omniprésence nouvelle des personnes vulnérables dans le champ de la protection pénale s'avère contre-productive, les plaçant trop rapidement « sous tutelle » et restreignant de ce fait abusivement leur autonomie. Il y a enfin et surtout qu'il n'est plus question de permettre au dépositaire du secret professionnel de divulguer au parquet les infractions qu'il a personnellement constatées et qui s'accompagnent d'un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique de la victime, mais — révolution copernicienne par rapport à la version originelle du texte — d'élargir doublement cette faculté aux informations recueillies de quelque source que ce soit, d'une part, aux hypothèses où il existe de simples indices d'un danger sérieux et réel que d'autres personnes soient victimes d'infractions similaires à celle qui a déjà été commise, d'autre part.

N'est-ce pas faire peser sur le confident une responsabilité trop lourde? L'appréciation de ces « indices » sera forcément très malaisée pour lui, amené à naviguer entre deux eaux, sans balisage pour guider son attitude et donc sans assurance de prendre la bonne décision. L'excès de prudence pourrait amener des dénonciations hâtives et induire une relative désresponsabilisation, le professionnel se sentant dédouané par la révélation alors qu'il convient d'abord et avant tout qu'il protège lui-même, le cas échéant avec l'aide de tiers, l'intégrité des victimes; la divulgation à l'autorité judiciaire ne devrait intervenir qu'en toute dernière extrémité<sup>5</sup>. Or le refus d'une telle divulgation,

(4) *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-0520/002. Il n'en est rien entendu nullement dans nos intentions de remettre en cause la qualité du travail de la Commission et la pertinence éventuelle de ses autres recommandations. Nous n'évoquerons pas plus avant le contenu de la loi du 30 novembre 2011, renvoyant pour cela à l'étude complète de L. HUYBRECHTS, « De wet tot verbetering van de aanpak van seksueel misbruik in pedofilie binnen een gezagsrelatie », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1150-1166.

inspiré du souci élémentaire d'éviter toute confusion des rôles et des dynamiques et de conserver la confiance bien comprise de celui qui se confie et demande assistance, laisse planer le spectre de plus en plus ferme de la non assistance à personne en danger. Dès lors, il est permis de craindre que, tel qu'il se présente désormais, l'article 458bis s'avère au mieux impraticable, au pire néfaste à la qualité de la prise en charge, par les professionnels de l'aide et de l'assistance, tant des victimes que des auteurs des délits qu'il vise. À tout le moins, en ce qu'il semble promouvoir en filigrane un climat propice à la délation, il les contraindra à un délicat exercice d'équilibre sur fond de suspicions mal maîtrisées. L'efficacité de leur intervention suppose pourtant qu'une large latitude décisionnelle leur soit octroyée, qu'ils mettront en œuvre au cas par cas, dans un climat de sérénité reposant sur des bases saines<sup>6</sup>. Ainsi, au rebours de ce qui fut avancé lors des travaux de la commission, le texte remodelé paraît de nature à fragiliser la position de ces professionnels et à susciter en eux des inquiétudes bien compréhensibles.

3. Ce devrait être une évidence, mais il faut le réaffirmer avec force : la protection de la vie privée est une valeur absolument essentielle dans une société qui se veut libre de carcans, moderne et humaniste. Dans le secteur de l'aide aux personnes, sous tous ses aspects, il s'agit d'un socle qui devrait être d'une solidité à toute épreuve, afin qu'une réelle confiance puisse s'installer entre les professionnels et ceux qui font appel à eux ou leur sont renvoyés. En matière médicale au sens large, c'est le respect de la vie privée qui conditionne l'efficacité des obligations d'information et de consentement et, plus globalement, de la relation de soins tout entière, laquelle vise aussi l'intérêt de la société : dans un souci de santé publique, il faut à tout prix éviter qu'un individu hésite à se faire soigner<sup>7</sup>. Cet impératif majeur peut aisément être transposé à l'assistance psychologique et juridique. L'importance cruciale de la protection de la vie privée implique par essence la confidentialité des relations d'aide, d'assistance et de soins; la raison d'être du secret professionnel, minutieusement régi par les codes de déontologie (lorsqu'ils existent) et dont la violation se voit à juste titre pénalement sanctionnée, est précisément de préserver ce socle de granit. Or, sous couvert de traiter des abus sexuels sur mineurs dans une relation d'autorité (notion qui, en soi, apparaît déjà fort vague), c'est un texte de portée absolument générale qui se voit modifié; le légitime souci de couper court aux abus — marginaux — du droit de garder le silence semble avoir entraîné un malencontreux renversement de la dynamique en présence.

Pour comprendre vers quels rivages mal assurés nous pourrions nous diriger, commençons par rappeler d'où nous venons.

Pour comprendre vers quels rivages mal assurés nous pourrions nous diriger, commençons par rappeler d'où nous venons.

## 2

### La version originelle de l'article 458bis, issue de la loi du 28 novembre 2000

4. Pendant des décennies, la matière du secret professionnel était tout entière régie par l'immuable article 458 du Code pénal<sup>8</sup>, centré sur les professions médicales, mais évidemment d'application plus large, punissant « les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie » qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés. Restée inchangée — sauf l'ajout du témoignage devant une commission d'enquête parlementaire par la loi du 30 juin 1996 et la conversion des montants en euros par celle du 26 juin 2000 — l'incrimination, faisant figure de dogme, a donné lieu à une jurisprudence abondante et à des commentaires nombreux<sup>9</sup> insistant quasi unanimement,

(...) est un symbole : le symbole du respect que le médecin doit avoir pour son malade » (R. VILLEY, *Histoire du secret médical*, Seghers, 1986, p. 163, cité par G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, Les Études Hospitalières, 3<sup>e</sup> éd., 2006, p. 265, n° 388). Selon J.-R. BINET (*Droit médical*, Montchrestien/Lextenso, 2010, pp. 44-54, n°s 79-95), « le secret médical est le devoir le plus important du médecin ».

(8) Si l'on excepte l'article 459 du même Code, aujourd'hui anecdotique et désuet, visant les employés ou agents du mont-de-piété, et les articles 460 (garantisant le secret du courrier), 460bis (évoquant de manière anachronique la « copie d'exploit dont (un individu) était détenteur par l'application de l'article 68bis du Code de procédure civile ») et 460ter (relatif à l'usage par l'inculpé ou la partie civile d'informations obtenues en consultant le dossier, qui aura eu pour but et pour effet d'entraver le déroulement de l'instruction, de porter atteinte à la vie privée, à l'intégrité physique ou morale ou aux biens d'une personne citée dans le dossier).

(9) Voy. notamment P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruylant, 2005; R.P.D.B., v° « Secret professionnel », compl. t. X, Bruylant, 2007; D. KIGANAHE et Y. POULLET, (dir.) *Le secret professionnel*, la Charte, Droit en mouvement, 2002 (et spécialement pour notre propos, M. HIRSCH et N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », p. 231); I. VAN DER STRAETE

(5) Comme l'écrit N. COLETTE-BASECQZ (« La violation du secret professionnel dans une situation de maltraitance d'enfant - La justification par l'autorisation de l'article 458bis du Code pénal ou par l'état de nécessité », note sous Mons, 19 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 24), il convient de respecter le principe de subsidiarité, lequel « signifie que le médecin ou le thérapeute doit, dans un premier temps, offrir son aide ou vérifier s'il peut offrir une aide maximale avec le concours d'un tiers. L'information donnée au procureur du Roi est l'ultime remède, réservé aux seuls cas où d'autres solutions ne peuvent aboutir. En d'autres termes, le dépositaire du secret ne peut pas dénoncer les faits au procureur du Roi aussi longtemps qu'il estime pouvoir protéger l'intégrité de la victime de manière suffisante ».

(6) Dans le même sens, J. DUTE, « Child Abuse, Human Rights and the Role of the Doctor », *Eur. J. Health Law*, 16 (2009) 119-123, qui souligne (p. 120) que la conséquence de l'amoindrissement de l'espace de décision du professionnel de santé est que les individus pourraient être dissuadés de l'informer et de rechercher ses conseils, et (p. 121) que le médecin est en premier lieu un professionnel de santé et ne doit pas devenir une sorte d'agent de l'État.

(7) Ainsi que l'a posé la Cour de cassation dans un arrêt du 16 décembre 1992 (*Pas.*, 1992, I, 1390, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 25, note D. FRERIKS), le secret professionnel auquel l'article 458 du Code pénal soumet les praticiens de l'art de guérir repose notamment sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui doivent se confier à eux et de permettre à chacun d'obtenir les soins qu'exige son état, quelle qu'en soit la cause (voy. déjà Cass., 23 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, 1180). Voy. aussi Cass., 18 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 924 : l'obligation au secret repose notamment sur la nécessité d'inspirer une entière sécurité à ceux dont (les médecins) peuvent être les confidents à propos de faits qui doivent rester secrets. On a par ailleurs pu écrire que « le secret professionnel



à juste titre, sur le caractère *fondamental et essentiel* du principe du secret, au regard du triple intérêt de la personne qui se confie, du confident et de la société.

Le champ d'application *rationae personae* du secret professionnel est très large, puisqu'il s'applique à toute personne qui, par état — ce qui renvoie à la fonction de « confident nécessaire », qu'elle soit habituelle ou occasionnelle — ou par profession, est dépositaire de secrets; sont en particulier visés les médecins, les thérapeutes au sens large (paramédicaux, psychologues, logopèdes, intervenants sociaux,...), mais aussi les avocats, les enseignants, les ministres des cultes, les responsables de clubs sportifs ou de mouvements de jeunesse, etc.<sup>10</sup>. Son étendue *rationae materiae* ne l'est pas moins, englobant classiquement « les faits ignorés, de nature à porter atteinte à l'honneur, la considération, la réputation ou dont la non-révélation a été demandée : ce sont les faits que l'on a intérêt à tenir cachés »<sup>11</sup>. En particulier, le secret médical s'étend à tout ce que le patient a confié au médecin, mais aussi à tout ce que celui-ci a constaté ou découvert dans l'exercice de sa profession; il repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui se confient aux professionnels de santé<sup>12</sup>.

Rappelons que le secret professionnel peut — cela va de soi — être *partagé* avec d'autres personnes, pourvu que celles-ci soient également tenues au secret et qu'elles agissent dans le même but que le dépositaire<sup>13</sup>. Cette exigence d'une mission commune est perçue comme l'une des conditions substantielles légitimant la transmission d'informations confidentielles, laquelle doit de surcroît 1<sup>o</sup>) apparaître comme strictement nécessaire et pertinente au regard de ce but et de la réalisation de la mission commune, 2<sup>o</sup>) viser en permanence l'intérêt de la personne qui se confie et 3<sup>o</sup>) dans toute la mesure du possible, pouvoir s'autoriser du *consentement* de celle-ci.

5. La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs a inséré dans le

Code pénal un article 458bis contenant un assouplissement légal au principe du secret professionnel<sup>14</sup>. Il s'agissait de permettre à toute personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets, et qui a de ce fait connaissance d'une infraction portant atteinte à l'intégrité physique ou morale d'un mineur (tentative à la pudeur et viol, homicide et lésions corporelles volontaires, mutilations génitales, délaissement ou abandon d'enfant dans le besoin, privation d'aliments ou de soins), d'informer le procureur du Roi, sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis relatif à l'assistance à apporter à une personne exposée à un péril grave. Il était à cette fin expressément requis que le dépositaire du secret ait examiné la victime ou recueilli les confidences de celle-ci, qu'il existe un *danger grave et imminent* pour l'intégrité mentale ou physique de l'intéressé et que la personne visée ne soit pas en mesure, elle-même ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité. Les confidences faites par l'auteur d'un acte délictueux n'étaient donc pas visées et, s'il décidait de révéler au procureur du Roi des faits couverts par le secret, le confident devait s'en tenir aux seules données qui apparaissaient nécessaires à la prise de mesures appropriées. L'équilibre entre l'impératif du secret et la nécessité de porter assistance aux enfants en danger se voyait ainsi raisonnablement assuré, et il n'est pas apparu que l'article 458bis dans sa rédaction initiale ait suscité des difficultés d'application particulières.

Il est inutile de rappeler dans quel contexte particulier, ayant entraîné d'importantes et souvent salutaires réformes du droit pénal et de la procédure pénale, ce texte fut adopté. Il s'en déduisait donc un *allègement du secret professionnel* lorsque le médecin — ou tout autre intervenant — constate ou apprend que des maltraitements ont été commises sur un enfant, lequel se trouve de ce fait confronté à un danger grave et imminent<sup>15</sup>. Les conditions à remplir, qu'il incombait au professionnel de vérifier, étaient strictes. En particulier, l'exigence d'un examen ou de confidences reçues de la victime, permettant d'acquiescer une relative certitude des faits, fut consciemment prévue afin de traduire l'idée qu'une dérogation au principe du secret ne pouvait — sauf l'exception générale de l'état de nécessité — être considérée

comme acceptable *que* lorsque le confident constate ou apprend *directement* les faits auprès de la victime. Par ailleurs, l'impossibilité d'intervenir efficacement soi-même supposait qu'avant de dénoncer, ce confident recherche d'autres possibilités de protéger le mineur, y compris en demandant de l'aide à des tiers, et constate que personne n'est en mesure de préserver l'intégrité de celui-ci<sup>16</sup>. Il était en cela rappelé aux professionnels qu'ils endossent la responsabilité de procurer, en première instance, l'aide et l'assistance nécessaires.

6. Il est capital de souligner que, dans ce cadre, le médecin — ou tout autre thérapeute ou confident — demeure *l'arbitre des valeurs en présence* et conserve la liberté de décider ou non d'informer le parquet; mais, s'il le fait dans les conditions précitées<sup>17</sup>, on ne peut lui reprocher d'avoir violé le secret auquel il est en principe soumis. L'article 458bis du Code pénal consacre ainsi une *autorisation de parler* et non une obligation; il ne s'agissait pas de contraindre les médecins, thérapeutes et autres confidentiels à dénoncer les faits, mais de leur permettre de le faire sans risque de poursuite pour rupture de la confidentialité. À l'instar de l'article 458 lui-même, cette disposition s'applique à toutes les données de nature confidentielle. Il faut insister sur ce que la révélation supposait qu'un des délits visés ait *déjà été commis*; elle ne pouvait être purement préventive, ou faite sur la foi d'une simple rumeur<sup>18</sup>. La violation du secret faisait ainsi classiquement figure d'*ultimum remedium*<sup>19</sup> lorsque le professionnel était confronté à un danger effectif, sérieux, grave et menaçant.

Sur le plan déontologique, l'article 61 du Code de déontologie médicale — inchangé depuis

(16) F. HUTSEBAUT, « Over het belang van het beroepsgeheim : reflecties over de relatie tussen justitie en hulpverlening », in *Liber amicorum René Fougé*, Larcier, 2012, pp. 240-241. Par « tiers », on entendait notamment les médecins de confiance attachés aux centres d'aide à l'enfance maltraitée (rapport de Mme De T'Serclaes, *Doc. parl., Sén.*, 1999-2000, n° 2-280/5, p. 22). Il est acquis qu'un médecin peut à tout moment *partager le secret professionnel* avec un médecin de confiance, lequel peut prendre le relais dans la sauvegarde des intérêts du mineur. On visait aussi les comités ou les services d'aide à la jeunesse, ainsi que les centres d'aide à l'enfance maltraitée tels S.O.S. Enfants (Rapport de M. VANDEURZEN, *Doc. parl., Ch.*, 2000, n° 695/9, p. 50).

(17) S'il choisit de révéler les faits constatés, ce sera au moyen d'un certificat médical; le cas échéant, une plainte sera déposée en parallèle, éventuellement au nom de l'enfant par le tuteur *ad hoc* que le parquet, à qui de tels faits sont révélés, devrait veiller à faire désigner au mineur. Il y a lieu d'effectuer ici un parallèle avec le droit de levée du secret dans le cadre d'un témoignage en justice : si le médecin fait prévaloir son secret et refuse de parler ou de déposer au greffe des documents qu'il détient (article 879 C. jud.), le juge a la possibilité de vérifier si, d'après les éléments de preuve recueillis et les (autres) circonstances spécifiques de la cause, ce refus ne détourne pas le secret médical de son but et des nécessités sociales qui le justifient (Cass., 30 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, 248; 29 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, 162). Le secret n'est bien évidemment pas absolu.

(18) Rapport de M. LANDUYT, *Doc. parl., Ch.*, 1998-1999, n° 1907/7, p. 45.

(19) F. HUTSEBAUT, *op. cit.*, p. 241; S. VAN HECKE, « Bijzondere Commissie Seksueel Misbruik : aanbevelingen zullen de kinderen beter beschermen », *T.J.K.*, 2011/3, p. 165; *Le traitement d'abus sexuels et de faits de pédophilie dans une relation d'autorité, en particulier au sein de l'Église*, rapport fait le 31 mars 2011 au nom de la commission spéciale relative au traitement d'abus sexuels et de faits de pédophilie dans une relation d'autorité, en particulier au sein de l'Église, par Mmes De Wit et Marghem et MM. Terwingen et Landuyt, *Doc. parl., Ch.*, 2010-2011, n° 53-0520/002, p. 236.

et J. PUT, *Beroepsgeheim en hulpverlening*, Die Keure, 2005; F. BLOCKX, « Het medisch beroepsgeheim - Overzicht van rechtspraak » (1985-2002), *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 2; L. NOUWYNCK, « La position des différends intervenants psycho-médico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec les justiciables », *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 3. En matière médicale, le secret professionnel est garanti par l'article 10 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et fait l'objet des articles 55 à 70 du Code de déontologie médicale; voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 217-245, et les réf. citées. En France (bibliographie sélective) : A.-M. DUGUET et I. FILIPPI, (dir.) *Le secret professionnel - Aspects légaux et déontologiques. Comparaison avec l'étranger*, Les Études Hospitalières, 2002; M. CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*, Les Études Hospitalières, thèses, 2005; B. PY, *Le secret professionnel*, L'Harmattan, La justice au quotidien, 2005.

(10) L'article 458 du Code pénal s'applique à « tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation du secret confié, soit que les faits qu'ils apprennent ainsi sous le sceau du secret leur aient été confiés par des particuliers, soit que leur connaissance provienne de l'exercice d'une profession aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, imprime le caractère confidentiel et secret » (Cass., 27 juin 2007, *Pas.*, n° 360).

(11) R.P.D.B., v° « Secret professionnel », n° 6.

(12) Cass., 2 juin 2010, *Pas.*, n° 386.

(13) Un récent arrêt de la Cour de cassation rendu dans le cadre de l'affaire *Fortis* consacre formellement, en matière judiciaire, ce principe du secret professionnel partagé (Cass., 13 mars 2012, R.G. n° P.11.1750.N, spécialement §§ 20, 22 et 25).

(14) Sur cette loi et la version initiale de l'article 458bis : I. WATTIER, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *J.T.*, 2001, p. 433; S. BERBUTO et C. PEVÉE, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *J.D.J.*, 2001, n° 204, p. 3; M. PREUMONT, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », in *Vade-mecum des droits de l'enfant*, Kluwer, f. mob., et in *Mémento du droit de la jeunesse 2009*, Kluwer, 2008, p. 281; F. GOOSSENS et F. HUTSEBAUT, « De Wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen », *R.W.*, 2002-2003, p. 1361; G. VERMEULEN et F. DHONT, « Bescherming van minderjarigen via het strafrecht - Verdiensten en beperkingen van de wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen », *T. Strafr.*, 2002, p. 124; V. DE SOUTER, « Het beroepsgeheim en de invoering van een spreekrecht door de wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen - Een nadere analyse van het artikel 458bis van het Strafwetboek », *T.J.K.*, 2001, p. 184; I. VAN DER STRAETE et J. PUT, « Het nieuwe artikel 458bis Strafwetboek : wettelijke mogelijkheid tot doorbreking van het beroepsgeheim bij kindermishandeling », *Medi-ius*, 2001/2, p. 10.

(15) Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 241-244.

2002 — incite le médecin qui soupçonne qu'un enfant est maltraité, est abusé sexuellement ou subit des effets graves d'une négligence à opter pour une approche pluridisciplinaire de la situation, par exemple en faisant appel à une structure conçue spécifiquement pour gérer cette problématique. S'il constate qu'un enfant est en danger grave, il doit sans délai prendre les mesures nécessaires pour le protéger. Si ce danger est imminent et s'il n'y a pas d'autre moyen pour protéger l'enfant, le médecin est autorisé à communiquer ses constatations au procureur du Roi, après en avoir parlé avec l'enfant dans la mesure où les capacités de discernement de celui-ci le permettent. Cette disposition est censée « établi(r) une distinction entre le fait de soupçonner ou de constater une maltraitance d'enfant » et « incite(r) le médecin à la prudence »<sup>20</sup>. Elle est cependant plus large que l'article 458bis, puisqu'elle vise également l'hypothèse où une infraction n'a pas encore été commise.

7. Si les conditions précises exigées par l'article 458bis du Code pénal ne sont pas réunies, l'état de nécessité peut toujours venir au secours du praticien qui, procédant à des constatations médicales alarmantes relatives à l'état d'un enfant maltraité ou prenant connaissance de celles-ci par un confrère, les divulgue. Le constat demeure exact aujourd'hui : le droit de parole conditionnel ne porte pas préjudice à l'obligation générale de porter secours et assistance à une personne en danger, laquelle peut conduire à la révélation d'un secret aux autorités ou aux personnes compétentes. En d'autres termes, pour éviter d'enfreindre l'article 422bis du Code pénal, l'intervenant commettra une infraction à l'article 458 du même Code. En règle, la violation du secret ne peut être admise que si elle est rigoureusement indispensable, s'il n'y a pas d'autre moyen que la révélation pour écarter le danger<sup>21</sup>.

En ce sens, la cour d'appel de Mons a été amenée à juger que, dès lors que « le secret médical n'est (...) pas absolu et a pour but de protéger le patient, (...) l'article 458bis du Code pénal ne peut être appliqué dans le cas d'un médecin qui n'a pas examiné le mineur d'âge victime de maltraitance, ni recueilli les confidences de celui-ci. Cependant, l'état de nécessité peut justifier une violation du secret professionnel lorsque le médecin, en vue de sauvegarder l'intégrité physique ou mentale du mineur, a porté

les faits à la connaissance des autorités judiciaires »<sup>22</sup>. Cet arrêt confirme par là le caractère précis et strict des conditions auxquelles l'autorisation de parler est subordonnée, et applique l'enseignement de l'important arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1987 duquel il ressort que, dans une situation complexe contraignant le médecin à faire un choix entre deux valeurs, est valide le raisonnement consistant à admettre qu'une violation du secret médical puisse être justifiée par l'état de nécessité « dès lors que, eu égard à la valeur respective des devoirs en conflit et en présence d'un mal grave et imminent pour autrui, (la personne poursuivie pour violation du secret) a pu estimer qu'il ne lui était pas possible de sauvegarder, autrement qu'en violant ce secret, un intérêt plus impérieux qu'elle avait le devoir ou qu'elle était en droit de sauvegarder avant tous les autres »<sup>23</sup>. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle, au sujet des avocats, va dans le même sens<sup>24</sup>.

Il est permis de penser qu'un tel arbitrage, plus raisonnable, suffisait. En effet, pour que l'état de nécessité puisse être invoqué comme cause de justification d'une violation du secret, il fallait que l'agent puisse établir qu'il avait cherché à sauvegarder une valeur égale ou supérieure au triple intérêt protégé par le secret professionnel (celui des usagers, celui de la profession et

celui de la société), et que la révélation d'informations couvertes était absolument indispensable à cette fin. On a pu relever que tel serait le cas de la protection de la vie, mais qu'en revanche « l'intérêt de la répression des infractions ne peut pas être considéré comme égal ou supérieur aux intérêts protégés par le secret professionnel », et que « le secret professionnel doit rester un outil privilégié et indispensable aux professionnels et aux usagers et leur permettre de trouver ensemble une solution aux problèmes soumis autre qu'un simple signalement »<sup>25</sup>.

3

### La version remodelée de l'article 458bis, issue de la loi du 30 novembre 2011

8. La loi du 30 novembre 2011, qui modifie la législation en ce qui concerne l'amélioration de l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité<sup>26</sup>, découle directement des activités de la commission de la Chambre sur les abus sexuels dans l'Église. Elle s'apparente dès lors à un texte circonstanciel, adopté dans un contexte d'émotion, d'indignation et de médiatisation extrême. La commission avait constaté, au cours de ses investigations, que la portée du secret professionnel ne faisait pas l'objet d'analyses unanimes et que ce secret servait trop souvent d'alibi pour taire des faits parfois intolérables. Tel qu'il est réécrit par cette loi, l'article 458bis du Code pénal se lit désormais comme suit : « Toute personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets et a de ce fait connaissance d'une infraction prévue aux articles 372 à 377, 392 à 394, 396 à 405ter, 409, 423, 425 et 426, qui a été commise sur un mineur ou sur une personne qui est vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale peut, sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis, en informer le procureur du Roi, soit lorsqu'il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable

(22) Mons, 19 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 19, note N. COLETTE-BASECQZ, « La violation du secret professionnel dans une situation de maltraitance d'enfant - La justification par l'autorisation de l'article 458bis du Code pénal ou par l'état de nécessité », p. 22. Voy. aussi précédemment, du même auteur, « Le secret professionnel face à l'enfant maltraité », *Ann. dr. Louvain*, 2002, p. 3.

(23) Cass., 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1061, *J.T.*, 1988, p. 170, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165, note Y. HANNEQUART, *R.C.J.B.*, 1989, p. 588, note A. DE NAUW, « La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité », *R.D.P.*, 1987, p. 856, *T. Gez.*, 1987-1988, p. 173, note M. VAN LIL, *Journ. Proc.*, 1987, n° 111, p. 30. Cet arrêt rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Liège du 22 janvier 1987, *Pas.*, 1987, II, 79, réquisitoire H. MASSA, *J.T.*, 1988, p. 174; voy. J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Larcier, 2006, p. 125; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, « Recherche policière et secret médical », *J.T.*, 1988, p. 165. Pour une intéressante analyse de la portée de l'article 458 du Code pénal — quant au caractère secret des éléments relatés par des médecins lors d'une conférence de presse — et, à titre subsidiaire, de l'état de nécessité, concluant à la parfaite licéité de la révélation, voy. Liège, 25 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 276, note R. SAELENS et P. DE HERT.

(24) Voy. notamment son arrêt n° 46/2000 du 3 mai 2000 (*J.T.*, 2000, p. 603, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868, *R.G.D.C.*, 2002, p. 452, *R.D.J.P.*, 2001, p. 96), dans lequel la Cour rappelle que « la règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle », avant de considérer que l'article 1675/8, alinéa 2, du Code judiciaire, en ce qu'il prévoyait que des avocats saisis d'une demande d'informations sur le patrimoine d'une personne qui est en procédure de règlement collectif de dettes ne peuvent se prévaloir du secret professionnel, établissant ainsi une levée du secret absolue et *a priori*, n'est pas raisonnablement proportionnée à l'objectif poursuivi, lequel ne saurait justifier, au même titre que la théorie de l'état de nécessité ou du conflit de valeurs, une atteinte de cette ampleur à la garantie que représente le secret professionnel pour le débiteur et pour son avocat (§§ B.8.1 et B.9). La version réparatrice de l'article 1675/8 du Code judiciaire, issue de l'article 8 de la loi du 13 décembre 2005 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dettes, n'a pas davantage trouvé grâce aux yeux de la Cour constitutionnelle qui, par son arrêt n° 129/2006 du 28 juillet 2006, a confirmé (§ B.11) « que le droit du créancier à la transparence du patrimoine de son débiteur dans la procédure de règlement collectif de dettes ne saurait être considéré comme une valeur supérieure devant laquelle le secret professionnel de l'avocat devrait s'effacer ».

(25) C. VILLÉE, « Le secret professionnel dans le secteur de l'aide à la jeunesse », *J.D.J.*, 2009, n° 289, p. 44.

(26) *M.B.*, 20 janvier 2012; *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53/1639. La loi est entrée en vigueur le 30 janvier 2012. Elle prévoit notamment, afin de permettre une meilleure répression des abus sexuels en général, que le délai de prescription de l'action publique pour abus sexuels sur mineurs, qui commence à courir à la majorité de la victime, est porté de 10 à 15 ans. Elle assimile, à l'article 383bis, § 2, du Code pénal, au fait de posséder sciemment du matériel pédopornographique celui d'y accéder, en connaissance de cause, par un système informatique ou par tout moyen technologique; le simple fait de regarder de la pornographie enfantine, sans la télécharger ni payer pour cela, devient ainsi punissable, ce qui, conceptuellement, ne va assurément pas de soi. Certaines dispositions de la loi n'entreront en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2013, notamment celles qui concernent l'audition des mineurs victimes de certaines infractions (qui devront toujours faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel) et la possibilité de se faire plus facilement enregistrer comme personne lésée. Pour un premier commentaire approfondi, voy. L. HUYBRECHTS, « De wet tot verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en pedofilie binnen een gezagsrelatie », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1150-1166.

(20) Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 11 décembre 2010 intitulé « Signalement d'une maltraitance d'enfant : le médecin entre la loi et le Code » (accessible sur <http://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/signalement-d-une-maltraitance-d-enfant-le-medecin-entre-la-loi-et-le-code>). Dans cet avis, le Conseil national de l'Ordre des médecins souligne lui aussi « que le droit de signalement visé à l'article 458bis du Code pénal demeure un "remède ultime" et implique que le médecin doit d'abord prendre ses responsabilités en venant en aide lui-même ou en prenant lui-même l'initiative de faire intervenir d'autres dispensateurs de soins dans cette aide ».

(21) Comme le souligne H. NYS (*La médecine et le droit*, Kluwer, 1995, p. 367, n° 953), « il serait exagéré d'affirmer sans plus que le devoir de porter secours supplante, par sa seule existence, le secret professionnel ». F. TULKENS et T. MOREAU (*Droit de la jeunesse - Aide, assistance, protection*, Larcier, 2000, p. 954) observent pertinemment que « le discernement que doit faire l'intervenant sur l'attitude à adopter dans ce type de situation est particulièrement difficile. Il faut notamment prendre en compte l'impact que la révélation peut avoir sur l'enfant qui a exprimé ne pas la désirer. Il faut vérifier qu'elle ne lui soit pas préjudiciable ».



ble visée, et qu'elle n'est pas en mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité, soit lorsqu'il y a des indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables visées soient victimes des infractions prévues aux articles précités et qu'elle n'est pas en mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité ».

Certains points demeurent inchangés. Comme auparavant, la disposition nouvelle maintient comme condition à la levée du secret professionnel qu'une infraction doit *déjà avoir été commise* (une information préventive de tout délit n'est donc pas possible), et elle ne permet la divulgation qu'au parquet, à l'exclusion des services administratifs de protection de l'enfance. Le catalogue d'infractions visé n'est pas davantage modifié. Et, surtout, le dépositaire du secret continue à jouir d'un *droit d'appréciation* : le droit de parole demeure, en soi, une exception à la règle de base traditionnelle et principielle selon laquelle, lorsqu'une « personne de confiance » prend connaissance d'informations intimes et douloureuses, la confidentialité doit primer sur la révélation. L'on ne s'est fort heureusement pas orienté vers une *obligation de parler* : une faculté de choix, qui semble évidente, est maintenue au bénéfice du professionnel, du moins en théorie (voy. ci-dessous).

La soupape que représente l'article 422bis du Code pénal<sup>27</sup>, renvoyant au délicat arbitrage à réaliser *in concreto* et en conscience par le professionnel, subsiste, quoiqu'ayant été mise en péril au cours des discussions. Dans ce cadre, il faut que l'agent ait *constaté par lui-même* la situation de la personne en danger (ou que cette situation lui ait été décrite avec précision par ceux qui sollicitent son intervention), ce qui paraît plus ferme et rassurant. Les notions d'« aide » et de « péril grave », non définies, sont alors à apprécier souverainement par les juges du fond; il est requis que le professionnel ait eu *réellement conscience* de l'existence d'un péril grave — il ne suffit pas qu'il ait pu ou dû en avoir conscience — et qu'il ait été en mesure de procurer une aide *effective* permettant, dans la mesure du possible, de conjurer ce péril, sans que l'efficacité de l'assistance apportée constitue dans ce cadre un élément déterminant<sup>28</sup>. En présence d'un danger grave, la dénonciation au parquet n'est dès lors pas nécessairement requise, d'autres types d'assistance pouvant s'avérer tout aussi utiles<sup>29</sup>.

(27) Pour rappel, cette disposition punit « celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave, soit qu'il ait constaté par lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent son intervention. Le délit requiert que l'abstention pouvait intervenir sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui. Lorsqu'il n'a pas constaté personnellement le péril auquel se trouvait exposée la personne à assister, l'abstention ne pourra être puni lorsque les circonstances dans lesquelles il a été invité à intervenir pouvaient lui faire croire au manque de sérieux de l'appel ou à l'existence de risques ».

(28) Sur l'article 422bis du Code pénal, voy. notamment H.-D. BOSLY, v<sup>o</sup> « Abstentions coupables », *R.P.D.B.*, compl. t. VI, Bruylant, 1983; I. DE LA SERNA, « Les abstentions coupables », in *Les infractions*, vol. 2, *Les infractions contre les personnes*, H.-D. BOSLY et C. DE VALKENNEER (coord.), Larcier, 2010, p. 545; J. DU JARDIN, « La jurisprudence et l'abstention de porter secours », *Rev. dr. pén.*, 1983, p. 955.

(29) Voy. N. COLETTE-BASECOZ, « Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée », précité, p. 18.

9. L'extension, pour ne pas dire le bouleversement, est néanmoins remarquable; elle est au minimum double.

Il faut tout d'abord observer l'évidence : l'article 458bis du Code pénal est loin de porter spécifiquement sur les abus sexuels sur mineurs, et encore moins sur les faits de pédophilie dans une relation d'autorité. Force est d'ailleurs de questionner cette dernière notion : qu'est-ce au juste qu'une « relation d'autorité », concept flou et mouvant sous l'angle psychologique, et dès lors insuffisamment opérationnel dans le champ des définitions juridiques? Le spectre de la disposition commentée s'étend bien au-delà : il vise *tout* contexte, et englobe des délits n'ayant rien à voir avec la pédophilie (lésions corporelles volontaires, mutilations génitales, délaissement ou abandon d'enfant dans le besoin, privation d'aliments ou de soins). Autrement dit, sous couvert de réagir, à chaud, à un scandale sociétal réel et ample mais néanmoins ciblé — en dépit d'une lourde amplification médiatique — voilà qu'on déplace subrepticement des frontières d'une tout autre signification. Il est un fait qu'au cours des débats parlementaires, les modifications en projet furent constamment « raccrochées » au scandale précité; le législateur ne semble pas s'être aperçu qu'il raisonnait en se focalisant sur cette problématique assez particulière, mais qu'il s'apprêtait à modifier un texte tout à fait général. Il a ainsi perdu de vue, par exemple, que les situations de maltraitance intrafamiliale supposeraient sans doute une approche davantage nuancée, que la position des différents professionnels impliqués (essentiellement dans les secteurs médical, psychologique et juridique) n'est en rien identique, et que l'assistance aux victimes et celles aux auteurs ne se placent pas du tout sur le même plan.

### A. L'extension aux personnes vulnérables

10. Premier bouleversement, *rationae personae* : le texte nouveau vise les maltraitances dont seraient victimes non seulement les mineurs, mais toute « personne qui est vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale ». Il faut à cet égard noter qu'une nouvelle modification, ajoutant à ce catalogue la vulnérabilité en raison de la violence entre partenaires, résulte de la loi du 23 février 2012 modifiant l'article 458bis du Code pénal en vue d'étendre celui-ci aux délits de violence domestique, qui n'entraient en vigueur que le 1<sup>er</sup> mars 2013<sup>30</sup>. Cette extension de la catégorie des personnes « spécialement protégées » traduit la place croissante occupée en droit pénal par la notion de *vulnérabilité*, qui figure depuis longtemps au cœur de la réflexion éthique<sup>31</sup> et tend

(30) *M.B.*, 26 mars 2012; *Doc. parl.*, Sén., 2010-2011, n<sup>o</sup> 5-30; *Doc. parl.*, Ch., 2011-2012, n<sup>o</sup> 53/1995. Sur la justification et la portée de la loi, voy. principalement les développements de la proposition de loi de Mme Lijnen et M. Tommelein (*Doc. parl.*, Sén., n<sup>o</sup> 5-30/1) et le rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Faes le 11 janvier 2012 (*ibidem*, n<sup>o</sup> 5-30/4).

(31) Voy. notamment G. GENICOT, « Les recommandations du comité consultatif de bioéthique relatives aux personnes vulnérables », *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 267-290; du même auteur, « Les personnes vulnérables dans les avis du comité : entre autonomie et

aujourd'hui à être de plus en plus présente dans le champ du droit<sup>32</sup>.

Une autre loi récente, concomitante du texte ici en cause, témoigne tout particulièrement de cette tendance : celle du 26 novembre 2011 qui modifie et complète le Code pénal « en vue d'incriminer l'abus de la situation de faiblesse des personnes et d'étendre la protection pénale des personnes vulnérables contre la maltraitance »<sup>33</sup>. En vue de durcir, par une majoration de peine, la répression des infractions dont elles sont susceptibles d'être victimes, cette loi contribue à solidifier et densifier la catégorie des personnes « dont la situation de vulnérabilité en raison de l'âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale était apparente ou connue de l'auteur des faits ». Elle poursuit le double objectif d'introduire une nouvelle infraction dans le Code pénal, en incriminant l'abus de la situation de faiblesse des personnes et de la vulnérabilité d'autrui (abus de confiance, exploitation de faiblesse, escroquerie ou tromperie, harcèlement, menace d'attentat, prise d'otages, viol ou attentat à la pudeur, traite des êtres humains, [incitation à] la débauche ou la prostitution, exploitation de la mendicité, vols intraconjugaux ou intrafamiliaux, homicide volontaire et lésions corporelles volontaires, torture et traitement inhumain ou dégradant, non-assistance à une personne exposée à un péril grave), et de répondre pénalement à la problématique de la maltraitance des personnes vulnérables en général et des personnes âgées en particulier. À cette fin, de nouvelles circonstances aggravantes sont prévues, l'immunité pénale pour les délits contre les biens commis au sein de la famille est supprimée et le droit d'estimer en justice est, moyennant le respect de certaines conditions, ouvert aux associations.

Si le souci d'accroître la protection pénale des personnes vulnérables peut en soi sembler louable, il est permis de considérer que cette (nouvelle) catégorie juridique se voit définir d'une manière très large et, partant, trop vague,

protection », in *Les 15 ans du Comité consultatif de Bioéthique - Bilans & perspectives*, Lannoo Campus, 2012, p. 83. Le comité international de bioéthique de l'Unesco a récemment consacré un rapport fouillé au « principe du respect de la vulnérabilité humaine et de l'intégrité personnelle », dans lequel il analyse la portée et les implications de l'article 8 de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme adoptée le 19 octobre 2005 (disponible à l'adresse <http://portal.unesco.org/fr/sous/l'onglet/Ressources-Conventions-et-recommandations>) qui dispose que « dans l'application et l'avancement des connaissances scientifiques, de la pratique médicale et des technologies qui leur sont associées, la vulnérabilité humaine devrait être prise en compte. Les individus et les groupes particulièrement vulnérables devraient être protégés et l'intégrité personnelle des individus concernés devrait être respectée ». Ce rapport est disponible à l'adresse <http://www.unesco.org/new/fr/social-and-human-sciences/themes/bioethics/international-bioethics-committee/reports-and-advices>.

(32) Nous renvoyons notamment à un volumineux ouvrage de synthèse brossant un panorama complet de la question sous l'angle juridique, entreprise semble-t-il relativement inédite et pétrie d'enseignements percutants : F. ROUYÈRE (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant, 2010, 721 p. Sous le titre « Enjeux d'un droit de la vulnérabilité », il explore la « consécration légale d'une protection renforcée » et les « appels pour des protections spécifiques »; abordant ensuite les « défis d'un droit vulnérable », il s'attache à démontrer, dans une perspective originale, la « relative effectivité du droit » et la « fragile identité du droit ».

(33) *M.B.*, 23 janvier 2012, entrée en vigueur le 2 février 2012; *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n<sup>o</sup> 53/80.

à l'aune du besoin élémentaire de sécurité juridique et de prévisibilité des comportements. La vulnérabilité inhérente à la condition humaine figure depuis longtemps au cœur des réflexions éthiques portant sur l'encadrement de l'activité thérapeutique et biomédicale, notamment par le truchement des principes éthiques classiques de *bienfaisance* et *non-malfaisance*, forgés et systématisés depuis plus de trente ans<sup>34</sup>. Elle traduit le souci d'optimiser la prise en charge des personnes fragilisées par une position d'infériorité ou une situation de faiblesse plus ou moins grande, quelle qu'en soit la cause. En revanche, cette notion paraît trop floue pour pouvoir servir de socle à des règles *juridiques* aussi importantes que celles qui structurent le champ de la répression pénale, au regard du principe élémentaire d'interprétation stricte des incriminations<sup>35</sup>. C'est que, quoique non autrement définie, elle est alors perçue comme transversale, ce qui conduit à l'envisager sur un plan que l'on voudrait directement opératoire, puisqu'elle est destinée à agir sur la définition même des infractions. Si la protection des personnes vulnérables doit naturellement être un souci de premier ordre, ce passage de l'éthique au droit, tel qu'il a été opéré, paraît quelque peu hardi, outre qu'il témoigne d'un réel élargissement des incriminations et donc, sociologiquement parlant, d'une pénalisation croissante qui n'est peut-être pas la bienvenue. Cela est tout spécialement vrai du secret professionnel, socle fondamental de toute relation d'assistance — thérapeutique ou autre — déontologiquement (con)sacré depuis Hippocrate.

## B. L'extension aux risques futurs potentiels

**11.** *Rationae materiae*, ce qui paraissait évident onze ans plus tôt — soit qu'une dérogation au principe du secret ne saurait être considérée comme acceptable *que* lorsque le confident constate ou apprend directement les faits auprès de la victime — a semblé tout à coup curieusement secondaire : l'autorisation de divulgation n'est désormais plus subordonnée à la condition que le dépositaire du secret ait examiné la victime ou recueilli les confidences de celle-ci. La simple « connaissance » du fait suffit : dès qu'il pressent l'existence d'un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique de l'intéressé, dès qu'on lui fait part d'une impression dont il n'est pas requis qu'il prenne l'exacte mesure et dont on ne l'astreint pas à vérifier le bien-fondé, le professionnel pour, s'il ne s'estime pas en mesure, seul ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité

(34) Le comité consultatif de bioéthique a du reste, au fil des cinquante avis qu'il a rendus en 14 ans, constamment accordé une grande attention à la vulnérabilité des personnes saisies dans une relation de soins ou de recherche, et plus spécialement à celles qui doivent être *particulièrement protégées*, qu'il s'agisse des mineurs ou des majeurs incapables d'exprimer leur volonté. Les avis sont accessibles sur le site <http://www.health.fgov.be/bioeth>. Voy. également, *Les 15 ans du Comité consultatif de Bioéthique. Bilans & perspectives*, Lannoo Campus, 2012.

(35) En ce sens, constatant que l'intention initiale était de lutter contre les sectes mais que la loi adoptée va en réalité bien au-delà et ne prend pas soin de définir les notions vagues auxquelles elle recourt, de sorte que « sous des dehors rassurants, (elle) est en réalité une porte ouverte à l'arbitraire et à la discrimination », voy. la carte blanche publiée par M<sup>e</sup> Inès Wouters au moment de la discussion du texte (*Le Soir*, 15 juillet 2011).

té — ou s'il préfère considérer que l'« aide » la plus efficace consiste précisément en une dénonciation — s'en ouvrir au parquet, sans le judicieux « filet » d'une constatation *directe* de l'état ou des dires de la victime. Bien plus, il est désormais autorisé à procéder de la sorte sur la seule foi d'*indices* d'un danger sérieux et réel que d'*autres* mineurs ou personnes vulnérables soient victimes des infractions indiquées, sans que leur intégrité paraisse susceptible d'être adéquatement protégée en l'absence de dénonciation.

En supprimant la nécessité d'un lien direct entre confident et victime, fruit d'un examen personnel de celle-ci et d'un premier contrôle de sa crédibilité, et en étendant le droit de révélation aux victimes potentielles, peu important donc que le délit ait déjà été commis à leur égard, le législateur vise clairement l'hypothèse où le confident a été mis au courant *par l'auteur du délit lui-même* et non plus uniquement, comme précédemment, par la victime<sup>36</sup>. Permettre aux thérapeutes et autres confidents des auteurs de parler est précisément la raison pour laquelle la condition d'examen personnel de la victime a été supprimée. Dans le même mouvement, l'article 422*bis* du Code pénal alourdit la sanction de la non-assistance à personne en danger si celle-ci est mineure, et mentionne désormais lui aussi les personnes vulnérables<sup>37</sup>. On peut craindre qu'un tel climat soit de nature à obérer leur prise en charge thérapeutique, voire laisse le champ libre à de doubles discours faussement rassurants. Il n'est dès lors pas garanti que les auteurs de délits sexuels ne seront pas dissuadés de consulter un thérapeute... ou un avocat. On ne semble pas avoir réellement pris conscience de ces risques à leur exacte mesure.

**12.** En ce qui concerne les victimes futures potentielles, il fut envisagé d'exiger des « indices sérieux de danger grave et imminent » — ce qui eût été plus prudent et plus cohérent, un « danger grave et imminent » étant requis dans le chef de la victime actuelle — mais l'on préféra la formulation retenue, plus vague (« indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables visées soient victimes »)<sup>38</sup>. Le but affirmé est bien

(36) Rapport fait le 31 mars 2011 au nom de la commission spéciale relative au traitement d'abus sexuels et de faits de pédophilie dans une relation d'autorité, en particulier au sein de l'Église, *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-0520/002, notamment p. 248. Sous l'empire du texte ancien, les informations — par exemple, des aveux de l'auteur — fournies confidentiellement par d'autres personnes que la victime mineure ne rentraient pas dans le champ d'application de l'article 458*bis*; elles restaient dès lors couvertes par le secret professionnel.

(37) En vertu de l'alinéa 2 de cette disposition, la peine maximale est doublée lorsque la personne exposée à un péril grave est mineure d'âge ou (depuis la loi précitée du 26 novembre 2011) s'il s'agit d'« une personne dont la situation de vulnérabilité en raison de l'âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale était apparente ou connue de l'auteur des faits ».

(38) Voy. la discussion dans le rapport fait au nom de la commission de la justice le 15 juillet 2011, *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-1639/003, pp. 16-26. On peut d'ailleurs lire dans ce rapport que, selon certains députés, « à partir de maintenant, une personne qui a connaissance d'une situation de danger dans le cadre de son activité professionnelle est placée dans la position d'un citoyen qui a connaissance d'une situation de danger. Le secret professionnel n'empêche pas de prévenir d'un danger. Il peut y avoir des circonstances où le silence est assimilé à la non-assistance à personne en danger. Le message du législateur est que chacun doit prendre ses responsabilités » (p. 6), et « les détenteurs d'un secret

de permettre les actions préventives. Il y a là plus qu'une querelle de mots : ce n'est pas impunément, pensons-nous, qu'est ainsi assimilé au danger grave et imminent, *actuel*, pour l'intégrité mentale ou physique d'une victime, révélé par un examen ou le recueil de ses confidences, le danger simplement *potentiel* pour une victime tierce future hypothétique, non autrement identifiée que par l'existence d'*indices* inévitablement appréciés avec une part de subjectivité et peut-être de légèreté, la révélation hâtive pouvant apparaître comme une échappatoire confortable.

Loin d'offrir davantage de sécurité aux professionnels qui traitent les auteurs, l'orientation choisie risque d'alourdir considérablement leur tâche : sont-ils vraiment à même d'apprécier les « indices » en question? À supposer que oui, qui n'aperçoit que ce jugement s'avérera délicat, incertain, contingent, la situation étant jaugée différemment par les personnes travaillant au sein d'une même équipe ou d'un même service? Le droit pénal présente par nature un caractère « exceptionnel »; le principe de légalité des incriminations et des peines, exigence substantielle à tout état de droit, est censé y veiller. Mais ici, là où il devrait jouer le rôle de rocher ferme orientant les comportements, ce droit pénal pourrait contribuer à ce que les professionnels visés soient placés en permanence sur le fil du rasoir. C'est particulièrement en cela que le champ d'application envisagé tant par la commission que par la loi qui traduit ses recommandations (relation d'autorité, en particulier au sein de l'Église) se voit considérablement élargi. En ce qu'il apparaît de nature à compliquer singulièrement le positionnement des professionnels, plutôt que les sécuriser comme cela fut mis en avant au cours des discussions, un tel glissement est inquiétant : il pourrait conduire à passer de la concrétisation, dans des situations particulières, d'un état de nécessité circonscrit et assez précisément défini à ce qu'il est permis de qualifier, sans trop forcer le trait, d'incitation à la délation par application d'une forme de principe de précaution. Si les professionnels se sentent soumis à une telle pression, morale ou juridique, sur la foi de simples suspicions ou d'un risque insuffisamment concrétisé, si la révélation devient le principe valorisé et le silence l'exception suspecte, alors que l'inverse serait mieux à même de préserver les libertés fondamentales — souvenons-nous du précepte séculaire voulant qu'il est préférable de laisser un coupable en liberté que de condamner un innocent — l'efficacité des relations d'aide et la marge de manœuvre de ceux qui la fournissent s'en trouveront nécessairement altérées.

**13.** De ce point de vue, aux côtés de la position des médecins et autres thérapeutes (psychologues, logopèdes, ...), celle des avocats ou des intervenants sociaux doit également être envisagée. C'est peu de dire que, tel qu'elle est désormais libellée, la disposition commentée pourra leur paraître inconfortable : elle les contraindra à des arbitrages délicats et à des déductions potentiellement divinatoires. On veut cependant croire, avec confiance, qu'ils auront à

professionnel doivent avoir prendre la responsabilité de parler lorsque des faits d'abus sexuels leur sont rapportés. On ne touche pas à l'article 422*bis* du Code pénal relatif à l'abstention coupable. À l'avenir, on ne pourra toutefois plus se retrancher derrière le secret professionnel » (p. 8). Le ton était donné.



cœur de peser très soigneusement les tenants et aboutissants des situations difficiles auxquelles ils se voient confrontés, et veilleront à ne pas s'engouffrer dans la brèche ouverte par le législateur en faveur de la dénonciation de « faits » non constatés et simplement supposés. Contrairement à la logique suivie par le texte, il paraît essentiel, de ce point de vue, de distinguer selon que la personne qui se confie est la victime — qui, emportée par une aspiration vengeresse compréhensible, pourrait fort bien extrapoler et imaginer d'autres victimes potentielles — ou l'auteur, qui chercherait une oreille attentive à des tourments dont on ne saurait exclure qu'il en ait pris conscience et aspire à parvenir à les gérer, les dominer, les canaliser. Classiquement, l'article 458 du Code pénal n'interdit pas (forcément) au médecin de divulguer des faits dont le patient a été la victime, puisque sa raison d'être est la protection de celui-ci<sup>39</sup>; mais, sauf cause de justification — tel l'état de nécessité — demeurent couverts par le secret médical les faits qui peuvent donner lieu à des poursuites pénales à charge du patient<sup>40</sup>. Pour rappel, la raison d'être première du secret est en effet de protéger la relation de confiance entre le patient et le médecin.

C'est donc à une étonnante révolution que l'on assiste ici : les réflexions conduites à propos de la mesure dans laquelle un professionnel peut ou doit déroger au principe du secret et révéler aux autorités, notamment judiciaires, les faits graves portés à sa connaissance partent toujours du constat qu'un tel fait a été commis, qu'un danger actuel existe envers un individu déterminé, notamment un mineur; seul ce constat donne cours aux complexes arbitrages consistant à apprécier dans quelles hypothèses une entorse au principe du secret apparaît justifiée<sup>41</sup>.

### C. Une obligation de dénonciation ?

14. L'exacte portée de la modification législative que la commission parlementaire avait recommandée, quant à la mise sous le boisseau du secret professionnel, dépasse encore l'actuel article 458bis. On peut en effet lire, sous la plume de son premier vice-président, qu'elle avait à cœur d'éviter que l'on se taise de manière coupable<sup>42</sup>. La proposition de rédaction éla-

borée évoquait l'hypothèse d'un « risque sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables soient victimes des infractions » visées, ce qui est encore plus vague et flou que la référence à des indices d'un danger sérieux et réel, d'autant que l'indispensable précision que le confident ne devait pas être en mesure, seul ou avec l'aide de tiers, de protéger l'intégrité de ces victimes potentielles était absente du texte proposé. Elle envisageait surtout de déplacer le renvoi à l'article 422bis du Code pénal dans un second alinéa de l'article 458bis, qui disposerait que « la personne qui n'informe pas le procureur du Roi, dans les circonstances mentionnées à l'alinéa précédent, peut être poursuivie en application de l'article 422bis », ce qui revenait, si les mots ont un sens, à transformer une révélation facultative en véritable dénonciation obligatoire, sous peine de poursuite<sup>43</sup>. À notre sens, une telle obligation serait de nature à déconstruire l'édifice de la confidentialité et à désresponsabiliser le professionnel qui aurait correctement analysé la situation et envisagé d'abord une autre forme d'aide. C'est alors la dénonciation qui risquerait de devenir l'alibi commode de la passivité.

On peut certainement se féliciter qu'au moins le pas n'ait pas été franchi vers une obligation de dénonciation — laquelle eût pu se déduire d'un rapprochement trop prononcé des articles 458bis et 422bis — que d'aucuns prônaient devant la Commission mais qui, comme l'a très justement remarqué M. le procureur général près la cour d'appel de Gand, Frank Schins, eût représenté « une voie dangereuse, car nous pourrions évoluer vers une société de dénonciateurs »<sup>44</sup>. Au cours des travaux, « plusieurs experts et intéressés ont indiqué à la Commission spéciale qu'une obligation de signaler (également et notamment, des abus intrafamiliaux) peut avoir un effet pervers. À cet égard également, il est uniquement question d'une efficacité apparente. Les experts mettent en garde contre un résultat inverse : qu'il y ait moins de signalements, que les enfants, au lieu d'être encouragés, soient dissuadés; que les personnes, en exprimant leurs questions et leurs inquiétudes, vont plutôt penser qu'elles dénoncent et rendent suspect, au lieu de penser qu'elles remplissent leur devoir humain en la matière. Il convient en même temps de signaler que, dans la discussion entre l'obligation de signaler, d'une part, le droit au signalement, d'autre part, aucune position claire n'a été adoptée par les témoins de la Commission spéciale. Cependant, une majorité des personnes

entendues a opté en faveur du droit au signalement »<sup>45</sup>.

15. En France, l'obligation de dénonciation est le principe. Il faut se réjouir que, sur ce point, l'exemple de nos voisins n'ait pas été suivi. Pour s'en tenir à l'objet précis de la présente contribution, on signalera que, sous le titre « Des entraves à la saisine de la justice », l'article 434-3 du Code pénal français punit « le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives », tout en exceptant, « sauf lorsque la loi en dispose autrement, (...) les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 », lequel incrimine « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire », sauf « dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret » (article 226-14, alinéa 1<sup>er</sup>). L'obligation de confidentialité n'est pas davantage applicable (1<sup>o</sup>) à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique; 2<sup>o</sup>) au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire. Le signalement aux autorités compétentes effectué dans ces conditions ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire (article 226-14 du Code pénal). On approuvera à tout le moins la limitation au médecin — excluant ainsi les avocats, autres thérapeutes et professionnels du secteur de l'enfance — de ce qui équivaut bien, de par la combinaison des textes, à une obligation de révélation<sup>46</sup>.

16. Dans notre pays, malgré le net élargissement de sa portée, l'information du parquet sur le fondement de l'article 458bis nouveau du Code pénal demeure en revanche, en soi, facul-

(39) Cass., 9 février 1988, *Pas.*, 1988, I, 662; 18 juin 2010, *Pas.*, n° 439. Ceci renvoie à la discussion sur la possibilité pour le patient de délier son médecin du secret s'il estime que tel est son intérêt, laquelle doit être admise, le patient étant maître des informations et données qui le concernent (voy. G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 228-234).

(40) La violation du secret professionnel n'entraîne toutefois l'écartement de la dénonciation, voire l'irrecevabilité des poursuites, que dans la mesure du lien causal entre l'irrégularité commise et la transmission du renseignement à l'autorité judiciaire ou de police, qu'il appartient au juge de constater (Cass., 1<sup>er</sup> février 2006, *Pas.*, n° 65, concl. de M. l'avocat général Vandermeersch). Pour un cas d'application soigneusement motivé, voy. Liège, 25 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1184, rejetant la justification par l'état de nécessité et concluant à l'irrecevabilité des poursuites.

(41) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'analyse dépasserait la portée de cette contribution, le confirme. Voy. notamment les arrêts *K.T. c. Norvège* du 25 septembre 2008, *R.K. & A.K. c. Royaume-Uni* du 30 septembre 2008 et *Juppala c. Finlande* du 2 décembre 2008, cités par J. DUTE, « Child Abuse, Human Rights and the Role of the Doctor », *Eur. J. Health Law*, 16, 2009, pp. 119-123.

(42) S. VAN HECKE, « Bijzondere Commissie Seksueel Misbruik : aanbevelingen zullen de kinderen beter

beschermen », *T.J.K.*, 2011/3, p. 166 : « De Bijzondere Commissie erkent het beroepsgeheim, maar wil vooral dat er niet "schuldig gezweven" wordt ».

(43) Rapport précité du 31 mars 2011, *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-0520/002, pp. 408-409. D'aucuns ont envisagé « de débattre sérieusement d'une éventuelle obligation générale de dénonciation » (*ibidem*, p. 243), sans apercevoir, sans doute, que cela signifierait d'élargir considérablement le champ de la réflexion ayant abouti audit rapport et de transformer, tous azimuts, chaque citoyen en délateur potentiel. Pour une discussion critique, voy. F. HUTSEBAUT, « Over het belang van het beroepsgeheim : reflecties over de relatie tussen justitie en hulpverlening », in *Liber amicorum René Foqué*, Larcier, 2012, pp. 242-244.

(44) Rapport, p. 242. Le ressort du rapport fait au nom de la commission de la justice le 15 juillet 2011 (*Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-1639/003, notamment p. 19) que l'objectif poursuivi par la modification de l'article 458bis n'a jamais été d'instaurer une obligation de dénonciation et « que l'élargissement du droit de parole n'entraîne pas l'obligation de parole. Ce n'était pas l'intention de la commission ».

(45) Rapport, p. 197, cité par F. HUTSEBAUT, *op. cit.*, p. 243. Les discussions parlementaires ont surtout porté sur cet aspect, ainsi que sur la distinction entre le « danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable visée » et les « indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables visées soient victimes » (rapport précité, pp. 16-26).

(46) Pour un cas d'application, évoqué lors des travaux de la commission (rapport, pp. 119-120 et 237-238), voy. *Corr. Caen*, 4 septembre 2001, *Gaz. Pal.*, 8 novembre 2001, p. 47, note A. DAMIEN, *D.*, 2002, *somm. comm.*, p. 1803, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE; Y. MAYAUD, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation ou le tribut payé à César », *D.*, 2001, p. 3455.

tative. Le professionnel concerné devra procéder à un arbitrage des valeurs en présence en vue de déterminer si, dans les circonstances concrètes dont il a à connaître, il paraît préférable de divulguer les faits ou d'en maintenir la confidentialité et de s'orienter vers une approche non pénale de la situation, sous réserve de ne pas méconnaître l'obligation — générale, mais aux contours nettement plus stricts — de secourir une personne en danger. On ne peut toutefois se départir de l'idée que ce caractère facultatif ne rassure qu'en façade, et que l'on décèle dans l'article 458*bis* une « pression » en faveur de la dénonciation. Sans doute, en vertu de l'article 30 du Code d'instruction criminelle, toute personne qui est témoin d'un attentat contre la vie ou la propriété d'un individu est-elle tenue d'en donner avis au procureur du Roi<sup>47</sup>; mais il ne s'agit que d'une obligation « morale » qui n'est assortie d'aucune sanction pénale, et sur laquelle l'article 458 du Code pénal devrait systématiquement prévaloir, dès lors que le secret professionnel ne doit pas céder le pas devant l'intérêt de la répression d'infractions. Le professionnel, notamment de santé, ne saurait être soumis à une obligation légale de dénoncer les crimes et délits dont il aurait connaissance dans l'exercice de sa profession; l'article 30 précité ne lui est applicable que dans la mesure d'un respect rigoureux de la règle et du fondement du secret professionnel<sup>48</sup>.

Cette obligation de dénonciation privée, qui pèse sur chaque citoyen, des infractions dont il est personnellement témoin — notion à interpréter au sens traditionnel du terme : témoin direct, oculaire ou auditif — se doit pareillement d'être ciblée et mesurée, sous peine d'en arriver à une inquiétante société de délateurs et de justiciers privés. Il serait donc un peu rapide de conclure, à l'instar de l'article 30, § 2, du décret de la Communauté germanophone du 19 mai 2008 relatif à l'aide à la jeunesse et visant la mise en œuvre de mesures de protection de la jeunesse, que si « les conditions des articles 29 et 30 du Code de procédure pénale (*sic*) et de l'article 458*bis* du Code pénal sont remplies, le détenteur des informations confidentielles est (...) légalement tenu de les communiquer » (nous mettons en évidence). Il y a là une méprise sur la portée exacte de ces textes, et l'on ne trouve pas de disposition similaire dans le décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse<sup>49</sup>.

(47) L'article 29 du même Code ajoute que toute autorité constituée ou tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sur-le-champ au procureur du Roi et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

(48) C. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites - La dynamique du secret tend-elle vers son occultation? », *Louvain Méd.*, 1998, p. 178, cité par N. COLETTE-BASECQZ, « La violation du secret professionnel dans une situation de maltraitance d'enfant - La justification par l'autorisation de l'article 458*bis* du Code pénal ou par l'état de nécessité », note sous Mons, 19 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 25.

(49) L'article 30, § 2, du décret de la Communauté germanophone du 19 mai 2008 (*M.B.*, 1<sup>er</sup> octobre 2008) dispose précisément que toute personne qui contribue à son exécution ne peut transmettre les données à caractère personnel, médical, familial, scolaire, professionnel, social, économique, éthique, religieux ou philosophique qui lui ont été confiées dans l'exercice de sa mission et qui s'y rapportent que si l'une des conditions qu'il énumère est remplie. Cela peut notamment être le

17. Le conseil national de l'Ordre des médecins s'est prononcé sur le projet de modification de l'article 458*bis* du Code pénal<sup>50</sup>, se faisant, dans une certaine mesure, l'écho d'inquiétudes similaires à celles ici exprimées. Il relève que « l'aide » dont il est question à l'article 422*bis* du Code pénal peut, suivant le cas, consister à informer les autorités publiques, mais elle peut aussi être d'une tout autre nature, et que cet article permet au médecin, qui constate qu'une personne est soumise à un danger grave, d'en aviser le procureur du Roi avant que le danger se réalise. Le conseil national considère que le texte alors en projet, en ce qu'il indique expressément qu'il n'est plus nécessaire, pour que le dépositaire du secret puisse procéder au signalement, qu'il ait examiné ou reçu les confidences de la victime, améliore la sécurité juridique du médecin, tout en soulignant qu'un tel droit de parole « ne doit s'exercer que dans les limites strictement prévues », car « la prise en charge médicale de certaines pathologies sexuelles est de nature à protéger la société ». Partant, « le fait de rompre abusivement le secret professionnel, que les faits aient été confiés par la victime ou par l'auteur de l'infraction, est potentiellement préjudiciable à la relation de confiance qui doit exister entre un médecin et son patient et, par voie de conséquence, au traitement ultérieur du patient. Le recours systématique au droit de parole sans égard aux conditions strictes de la loi pourrait aboutir à ce que des patients, auteurs, mais aussi victimes, s'abstiennent de recourir à des soins médicaux. Le droit de parole prévu dans le projet (...) doit être utilisé comme un remède ultime ».

D'autres interrogations sont, aux yeux du conseil national, suscitées par le projet de loi. Il constate que « la distinction entre les notions "danger grave et imminent" et "indices d'un danger sérieux et réel", et la justification du recours à des notions différentes suivant qu'il s'agit ou non d'une victime potentielle, ne sont pas clairement explicitées dans les travaux préparatoires de la loi ». Il relève que, « lorsqu'il agit sur la base d'une description donnée par un tiers, le médecin n'a souvent que peu de moyens pour évaluer le danger et faire cesser la situation grave. On peut dès lors craindre que le médecin, par l'élargissement de son droit à la parole, soit plus enclin à faire un signalement et que le projet de loi aboutisse en pratique moins à un droit de parole élargi qu'à une obligation de signalement ». Il rejette l'idée que « la loi (ait) pour conséquence de dissuader les patients d'entreprendre un traitement » et épingle un manque « de clarté relativement à l'équilibre poursuivi entre le secret professionnel et les dispositions des articles 422*bis* et 458*bis* du Code pénal », de sorte que « la portée du projet de loi demeure incertaine aux médecins. Le médecin informé du danger doit se livrer à une difficile

cas (2<sup>e</sup>) si « les conditions des articles 29 et 30 du Code de procédure pénale et de l'article 458*bis* du Code pénal sont remplies, le détenteur des informations confidentielles est donc légalement tenu de les communiquer » Le décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse (*M.B.*, 12 juin 1991) a été modifié à plusieurs reprises et en dernier lieu par un décret du 19 février 2009 (*M.B.*, 16 avril 2009).

(50) Avis du 17 septembre 2011 intitulé « Secret professionnel - Projet de modification de l'article 458*bis* du Code pénal », accessible sur <http://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/secret-professionnel-projet-de-modification-de-l-article-458bis-du-code-penal>.

appréciation des circonstances de l'espèce, avant de prendre une décision dont il pourrait ultérieurement devoir répondre devant un juge ».

18. Parallèlement à celle des médecins, la situation particulière des avocats au regard de l'article 458*bis* retient l'attention, bien qu'elle semble avoir très peu préoccupé tant la commission parlementaire que le législateur<sup>51</sup>. L'Orde van Vlaamse Balies a pourtant attiré l'attention des membres de la commission de la justice de la Chambre, par lettre du 4 juillet 2011, sur ce que l'article 458*bis* qui sera issu de la réforme alors en gestation ne devait, à l'instar de la situation prévalant en France, pas être rendu applicable aux avocats, sous peine de les contraindre à quitter entièrement leur rôle de défenseurs des délinquants visés<sup>52</sup>. S'agissant de l'avocat qui assure la défense d'un mineur, on approuvera le règlement de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone du 14 mars 2011 qui prévoit que, dans le respect du secret professionnel auquel il est astreint, il ne doit communiquer avec un tiers (y compris les parents ou les intervenants du secteur psycho-éducatif) que dans la stricte mesure nécessaire à l'exécution de sa mission et que, sauf situation d'extrême urgence, il ne peut faire usage de la possibilité prévue à l'article 458*bis* du Code pénal qu'après s'en être entretenu avec son bâtonnier<sup>53</sup>. À l'égard des avocats, que ce texte est susceptible de placer dans une situation particulièrement inconfortable, les réserves qu'il appelle et les craintes exprimées ci-dessus sont d'une singulière acuité.

En synthèse, si l'attention portée au secret professionnel par la commission puis par le législateur était en soi parfaitement compréhensible, il n'est pas certain que l'arbitrage des valeurs en présence ait été adéquat, alors pourtant que la poursuite d'un équilibre entre confidentialité et transparence était l'un des objectifs poursuivis. Les articles 422*bis* du Code pénal et 30 du Code d'instruction criminelle, de même surtout que la cause justificative d'état de nécessité, soigneusement balisés par une longue pratique jurisprudentielle, suffisaient, nous semble-t-il, à faire le départ entre une indispensable réserve de principe et une faculté exceptionnelle et dérogatoire de révélation<sup>54</sup>. Il est même permis de considérer que le texte original de l'article 458*bis* était en soi superflu, n'étant sa vertu pédagogique de « guidage » des comportements; il ne l'est plus du tout dans sa version actuelle, opérant, ainsi qu'on l'a déjà relevé, un insidieux renversement de la dyna-

(51) L. HUYBRECHTS (« De wet tot verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en pedofilie binnen een gezagsrelatie », *R.W.*, 2011-2012, p. 1162) déplore à juste titre que le droit de signalement élargi ne soit pas suffisamment nuancé en ce qui concerne les différentes catégories de professions destinataires, et en particulier au regard du secret professionnel de l'avocat, le texte nouveau ignorant complètement le devoir de silence particulier qui pèse sur lui.

(52) On ne trouve pourtant nulle trace d'une telle réflexion dans le rapport fait au nom de la commission de la justice le 15 juillet 2011 (*Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n° 53-1639/003).

(53) Article 4 du règlement de l'O.B.F.G. du 14 mars 2011 sur l'avocat qui intervient pour assurer la défense d'un mineur, *M.B.*, 28 avril 2011.

(54) Ainsi que l'observe L. HUYBRECHTS (*op. cit.*, p. 1162), si le droit de divulgation est élargi par l'article 458*bis*, le devoir de divulgation (parfois) imposé par l'article 422*bis* demeure comme tel inchangé.



mique à l'œuvre dans des situations par nature extrêmement délicates.

4

### Remarques conclusives

19. En 2000, l'article 458*bis* du Code pénal a introduit une possibilité de parler, et non une obligation. Si le confident décide de garder le silence, il devra veiller à prendre toutes les mesures utiles afin de se conformer à l'obligation, portée par l'article 422*bis* du même Code, de porter secours à une victime en danger. Cette dernière disposition tenait lieu de « soupape » sanctionnant le refus abusif de divulgation. Un tel équilibre apparaissait satisfaisant; inciter davantage à « durcir » l'approche du phénomène en la judiciarisant, au détriment d'autres formes d'aide sans doute plus utiles et adéquates. Pourtant, depuis la loi circonstancielle du 30 novembre 2011, il semble que, sous couvert d'une inspiration certes généreuse — mais l'enfer n'est-il pas pavé de bonnes intentions? — une culture de la révélation sur le fondement de simples suspicions, voire de suppositions hypothétiques, soit insidieusement promue. Or la réaction appropriée et mesurée à réserver à la mise en danger de personnes fragiles — apanage, en conscience, des professionnels concernés — devrait demeurer gouvernée par le principe essentiel de la confidentialité des relations d'aide, et par une tradition plus saine d'arbitrages *in concreto*. Ceci vaut pour toutes les formes d'assistance, médicale, psychologique et juridique.

Il est, naturellement, absolument crucial de lutter contre les maltraitances diverses infligées en particulier aux mineurs<sup>55</sup>; c'est bien entendu l'une des obligations imposées par la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant<sup>56</sup>. Cela suppose d'en démasquer les auteurs, de les sanctionner et de les soigner le cas échéant, mais aussi — et surtout — d'accompagner soigneusement les victimes dans leur reconstruction physique et psychologique. Est-il pour autant indiqué de peser sur la cons-

science et la vigilance individuelles des professionnels de l'assistance, en ouvrant la boîte de Pandore de la délation? Qui ne voit les dangers d'un système où le souci parfois aveugle de pénalisation l'emporterait sur les vertus de la reconstruction patiente et discrète des chemins de vie meurtris? La révélation ne devrait à tout le moins jamais survenir sans une *volonté claire de la victime* : elle doit, tout en étant étroitement aidée, conserver la maîtrise première de son histoire et de ses traumatismes. L'approche purement pénale des délits sexuels n'est nullement la panacée, et une extension irraisonnée des occurrences de dénonciation conduirait à ternir la vertu des autres possibilités d'assistance, pourtant souvent plus efficaces sur le long terme. Il nous semble que la victime devrait avoir, à tout âge, le *choix* de divulguer ou non les faits au parquet, et que l'auteur ne devrait en aucun cas être *a priori* (et peut-être *ab irato*) privé, par une dénonciation perçue comme la solution de facilité, de l'aide dont il a besoin et qu'il est en droit d'obtenir<sup>57</sup>. Or, ce qui ressort en filigrane de l'ensemble de la loi du 30 novembre 2011, et particulièrement de la réforme de l'article 458*bis*, c'est une proclamation de la toute-puissance du pénal sur le thérapeutique, la vertu reconstructrice du second étant asservie aux fins vengeresses et punitives du premier<sup>58</sup>. Il est permis de ne pas être au diapason d'une telle approche.

20. Face à pareil tableau, le juriste ne peut que conclure qu'il doit s'en remettre à la *conscience* des nombreux professionnels destinataires du texte ici commenté, à leur jugement, à l'extrême prudence censée présider à toute dénonciation hâtive, si l'on souhaite éviter les délations fondées sur du sable, des impressions insuffisamment étayées. Ceci confirme l'importance — éthique mais aussi juridique — de la notion de conscience individuelle, laquelle conduit un auteur spécialiste de la question à présenter le secret professionnel (qualifié par la jurisprudence d'absolu en ce qui concerne les médecins, prêtres ou avocats) comme une valeur permettant l'éviction d'une obligation juridique déterminée, en l'occurrence le concours dû à l'État par un témoignage en justice ou la dénonciation d'infractions, et à conclure que « le secret professionnel semble ainsi pou-

voir fonder une véritable objection de conscience au devoir de témoigner, de dénoncer un malfaiteur et, plus généralement, d'apporter son concours à la justice »<sup>59</sup>. Il nous semble qu'il serait juridiquement dangereux et socialement pernicieux que, du fait de la disparition de garde-fous solides, tel ne soit plus le cas.

La rédaction nouvelle de l'article 458*bis* du Code pénal permet-elle encore d'affirmer sans nuances que « le secret professionnel (...) est une disposition d'ordre public et le principe de l'inviolabilité du secret est donc la règle et il ne peut y être dérogé que dans les cas et conditions déterminées par la loi, ce qui confère au secret professionnel un caractère relatif »<sup>60</sup>? Relatif certes — notamment lorsque la personne protégée par le secret *consent expressément* à la divulgation des informations couvertes par celui-ci, ou lorsqu'elle se trouve en *réel danger imminent* — mais dont les exceptions nous paraissent nécessairement appelées à faire l'objet d'une description autrement précise et stricte. Sans doute la modification imprimée à cette disposition par la loi précitée, d'une grande importance symbolique<sup>61</sup>, érode-t-elle encore un peu plus le rocher de granit qu'était jadis le secret professionnel. Mais, et là est l'essentiel, elle semble sous-tendue par une inquiétante philosophie selon laquelle, à tout prendre, la révélation à outrance serait préférable à la discrétion favorisant une prise en charge active, patiente et sereine, tant de la victime que, le cas échéant, de l'auteur. Dans le doute, en présence d'un simple risque potentiel non autrement vérifié — on est désormais bien loin des conditions strictes de l'état de nécessité — il serait préférable de parler. On prend ainsi, consciemment ou non, le dangereux pari de saper la solide confiance qui doit indispensablement unir le professionnel et la personne en désarroi qui fait appel à lui, voire de causer de réels dégâts humains.

À cette glorification de l'approche pénale, n'eût-il pas fallu préférer un autre chemin? N'affirmer que quelques pierres d'angle solides, refuser la confusion des rôles, améliorer le nombre et les performances des structures d'aide et affermir réellement la latitude décisionnelle de celles et ceux qui s'y dévouent, dans le respect des libertés individuelles? Gageons cependant que ce tableau, sans doute exagérément sombre, sera probablement démenti par la *conscience*, que l'on espère aiguë, des professionnels visés par le texte, et que ceux-ci éviteront de s'engouffrer dans une brèche trop largement ouverte.

Gilles GENICOT

*Maître de conférences à l'U.Lg.  
Avocat au barreau de Liège*<sup>62</sup>

(55) Abus sexuels proprement dits, mais aussi mutilations génitales féminines par exemple; voy. la réponse ministérielle à la question parlementaire n° 386 (question 8 mars 2012, réponse 19 mars 2012), où il est observé que « les professionnels ressentent encore des difficultés face à cette problématique. Ils s'interrogent encore trop souvent sur leur rôle, leur obligation ou non au secret professionnel ».

(56) Son article 19 prévoit que « les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire ».

(57) Comme le conclut avec pertinence N. COLETTE-BASECQZ, « La violation du secret professionnel dans une situation de maltraitance d'enfant - La justification par l'autorisation de l'article 458*bis* du Code pénal ou par l'état de nécessité », note sous Mons, 19 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 27, « l'auteur des faits de maltraitance, aussi répréhensibles que soient ces faits, doit pouvoir recourir, en toute confiance, aux services d'un professionnel pour se faire aider. Il en est de même pour la personne que l'on veut protéger, qui doit pouvoir se confier au médecin, sans crainte de ce que ses confidences ne conduisent *ipso facto* à l'interpellation du proche mis en cause ». Dans le même sens, J. DUTE, « Child Abuse, Human Rights and the Role of the Doctor », *Eur. J. Health Law*, 16, 2009, pp. 121-122 : la dénonciation ne doit jamais être automatique, mais résulter d'une mise en balance des intérêts en présence dont la mise en œuvre dépend de la compétence et de la responsabilité du professionnel.

(58) En ce sens, regrettant une « instrumentalisation » du secteur de l'aide et de l'assistance face à une problématique qui suppose bien davantage qu'une approche répressive, F. HUTSEBAUT, « Over het belang van het beroepsgeheim : reflecties over de relatie tussen justitie en hulpverlening », in *Liber amicorum René Foqué*, Larcier, 2012, pp. 235-246, et spécialement la conclusion, pp. 245-246. Voy. aussi, paru alors que le présent article était sous presse, l'ouvrage de B. DAYEZ, *Les trois cancers de la justice*, Anthemis, 2012.

(59) D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1993, pp. 186-188, n° 319.

(60) Liège, 25 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 276, note R. SAELENS et P. DE HERT.

(61) La modification est qualifiée de « fondamentale » (T. GOFFIN, « Afwijkingen op beroepsgeheim worden uitgebreid », *De Juristenkrant*, n° 243, 8 février 2012) et fut dès l'origine présentée comme la disposition la plus importante de la loi en projet (L. HUYBRECHTS, « De wet tot verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en pedofilie binnen een gezagsrelatie », *R.W.*, 2011-2012, p. 1161).

(62) L'auteur est membre du comité consultatif de bioéthique et de la commission de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie. Il s'exprime bien entendu à titre personnel.