

1

Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels du droit médical et biomédical

Gilles GENICOT

Maître de conférences à l'U.Lg., avocat¹

SOMMAIRE

SECTION 1	
Panorama introductif	8
SECTION 2	
Le consentement au prélèvement d'organes et de matériel corporel : un enjeu juridique et éthique crucial	18
SECTION 3	
Vers une légitimation et un encadrement de la gestation pour autrui ?	29
SECTION 4	
La réécriture de l'article 458bis du Code pénal, ou la dilution du secret professionnel	38
SECTION 5	
Les débats actuels portant sur la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie	49
Conclusion	60

-
1. 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. Courriel : g.genicot@draps-oosterbosch.be.

SECTION 1

Panorama introductif

1. Le précédent recyclage de la CUP consacré au droit médical s'est tenu en mai 2005, il y a donc près de sept ans et demi. On trouve dans ce bel ouvrage une analyse détaillée de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, deux études soigneuses centrées sur le consentement libre et éclairé du patient, une exploration de la théorie de la perte d'une chance – et plus spécialement de la perte de chance de guérison ou de survie, si fréquemment invoquée dans le contentieux de la responsabilité médicale –, une méditation sur l'assurance du risque médical et la réparation sans égard à la responsabilité, et enfin un long parcours au travers des notions de faute, risque, aléa et sécurité, envisageant la juxtaposition d'une responsabilité consacrant l'existence d'une faute et d'une responsabilité dépassant celle-ci.

Que s'est-il passé depuis lors en la matière ? Beaucoup de choses, assurément, n'autorisant ici qu'une évocation bien entendu très parcellaire. Quelques livres importants² ; des débats nourris, dans plusieurs secteurs relevant davantage de la bioéthique, sous l'impulsion parfois du droit européen ; une jurisprudence qui ne se tarit pas, avec de temps à autre une décision marquante³ ; des patients le plus souvent satisfaits de leur prise en charge et reconnaissants, mais qui revendiquent de manière combative quand ils se sentent incompris ou meurtris ; des professionnels bien sûr diligents et compétents, parfois insuffisamment attentifs à l'aspect humain de leur art, parfois sur la défensive ; des structures de soins confrontées à des impératifs organisationnels ou financiers qui peuvent s'avérer désagréables ; ici comme ailleurs, une informatisation omniprésente (plate-forme *e-Health*, dossier médical électronique global), qui soulève des interrogations quant à la confidentialité des données et à l'accès du patient à celles-ci⁴ ; un Fonds des accidents médicaux

2. La bibliographie en la matière est vaste, surtout si, comme il se doit, on ne se cantonne pas au droit belge. On trouvera à la fin de cette contribution la liste des plus importants ouvrages belges généraux parus depuis 2005 en droit médical et biomédical.
3. Grâce au professeur Herman NYS, le droit médical bénéficie enfin d'un examen de jurisprudence spécifique, qui comble un vide : « Overzicht van rechtspraak. Medisch recht 2005-2010 », *T.P.R.*, 2011, pp. 851-920. Au surplus, il convient de se référer à la seule revue belge consacrée spécifiquement à ce domaine, la *Revue de droit de la santé / Tijdschrift voor gezondheidsrecht* éditée par Kluwer. Sur la responsabilité des professionnels de la santé, voy. aussi B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1 : Le fait générateur et le lien causal*, Larcier, Dossiers du J.T., 2009, pp. 770-868, n^{os} 954-1098 (médecins, hôpitaux, autres professionnels).
4. Voy. V. MALENGREAU, « Les apports des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans le domaine de la santé. Enjeux et perspectives », *Bull. inf. INAMI*, 2006, pp. 429-465 ;

appelé à connaître en première ligne des accroc dans les parcours de soins, qui peine à devenir opérationnel ; une internationalisation et une européanisation du secteur sans cesse plus grandes⁵, tant du point de vue des prestataires et des structures que de celui des malades et des consommateurs, témoignant souvent de l'irruption intempestive du « principe de précaution » jusqu'au cœur des relations privées⁶ ; *last but not least*, une attention soutenue accordée aux personnes considérées comme plus faibles, que le législateur s'emploie à protéger, en droit civil, d'une manière plus moderne, mais qu'il importe néanmoins de rendre autonomes au regard de leur intimité corporelle (les études d'Aurélié Nottet et Nicole Gallus, dans le présent ouvrage, consacrées respectivement aux mineurs et aux majeurs vulnérables, défrichent ces sujets), étant observé au passage que le droit pénal est nouvellement irrigué par la notion de vulnérabilité, sans doute trop floue dans ce contexte⁷.

2. L'activité législative ne s'est pas tarie⁸. Plusieurs textes nouveaux, adoptés ou en projet, ambitionnent d'encadrer toujours mieux – peut-être à l'excès – le secteur des soins de santé, dans ses volets public et privé, ainsi que certaines interventions (bio)médicales. Il s'agit parfois de réparer les lacunes ou erreurs des versions précédentes. Lorsqu'elles sont lestées d'un contenu éthique, les lois belges confirment pour l'essentiel le caractère libéral, neutre face aux conceptions morales divergentes, tolérant et respectueux des valeurs de chacun qui forme l'heureuse particularité de notre droit dans ce domaine – comme en droit des personnes et des familles, dont il n'est du reste guère éloigné.

Les textes existants de droit médical *sensu stricto* sont demeurés relativement stables, signe sans doute d'une certaine maturité de la matière. Ainsi le

M. DENEYER, B. FONTEYN et E. DE GROOT, « Het Elektronisch Medisch Dossier : uit wettelijk en deontologisch standpunt bekeken », in *De Praktijkjurist XV*, Story Publishers, 2009, pp. 1-14 ; et, de façon générale, l'ouvrage *La protection des données médicales. Les défis du XXI^e siècle/The protection of medical data. Challenges of the 21st century*, J. HERVEG (éd.), L.G.D.J./Anthemis, 2008, 217 p.

5. Voy. not. N. FERRAUD-CIANDET, *Protection de la santé et sécurité alimentaire en droit international*, Larcier, 2009, 328 p.
6. Sur le principe de précaution en lien avec le droit (bio)médical, voy. la bibliographie citée dans notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 417-418.
7. Loi du 26 novembre 2011 modifiant et complétant 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 (*M.B.*, 23 janvier 2012). Pour une approche globale de la notion de vulnérabilité sous l'angle juridique, voy. *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, F. ROUVIÈRE (dir.), Bruylant, 2010, 721 p.
8. Codes : *Droit médical 2010*, Les codes thématiques, Larcier, 2010, 678 p. ; *Bioéthique, droits de l'homme et biodroit*, par M.-L. DELFOSE et C. BERT, Les codes commentés, Larcier, 2^e éd., 2009, 574 p. ; *Code de droit médical et biomédical*, G. SCHAMPS (dir.), Bruylant, Codes en poche, 2012, à paraître.

corpus princeps qu'est la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient n'a-t-il subi que quelques retouches, sans incidence marquante, dans la loi du 13 décembre 2006 portant dispositions diverses en matière de santé (M.B., 22 décembre ; articles 61 à 64). Il faut mentionner la *loi du 6 juillet 2011 interdisant la publicité et réglementant l'information relatives aux actes d'esthétique médicale* (M.B., 5 août)⁹, définis (article 2, 5°) comme ceux qui, posés par un praticien de l'art médical, visent « à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, pour des raisons esthétiques, sans but thérapeutique ni reconstructeur », en ce compris les injections et les traitements aux lasers. Assorti d'une incrimination pénale (article 4) et d'une amende administrative (article 5), le texte (article 3) prohibe toute publicité relative aux actes d'esthétique médicale et n'autorise que l'information personnelle « conforme à la réalité, objective, pertinente, vérifiable, discrète et claire » et qui « ne peut pas être trompeuse, comparative et ne peut utiliser d'arguments financiers ». Il est précisé que « les résultats d'examens et de traitements tels que notamment les photographies prises antérieurement et postérieurement à un acte d'esthétique médicale, ainsi que le témoignage de patients, ne peuvent pas être utilisés dans le cadre de l'information personnelle », laquelle doit contenir la mention du titre professionnel particulier dont dispose le praticien¹⁰. Au-delà de la moralisation du secteur ainsi visée, et afin de rendre ces prescriptions effectives dans les relations individuelles, il restera, à la personne qui s'estimerait influencée par une publicité interdite ou victime d'une information trompeuse ou non fiable, à établir que cette pratique commerciale agressive ou mensongère a réellement influé sur son consentement et, partant, sur l'éventuel dommage subi.

3. La *loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie* n'a connu qu'une seule modification depuis son adoption : l'ajout d'un article *3bis* aux termes duquel « le pharmacien qui délivre une substance euthanasiante ne commet aucune infraction lorsqu'il le fait sur la base d'une prescription dans laquelle le médecin mentionne explicitement qu'il agit conformément à la présente loi. Le pharmacien fournit la substance euthanasiante prescrite en personne au

9. Voy. la présentation de A. VIJVERMAN, « Publicité pour la médecine esthétique... retour au point de départ ? », *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 342-344.

10. Conformément à l'article 35ter de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé. Lorsque l'information personnelle est réalisée par un établissement qui recourt aux services de plusieurs praticiens de l'art médical, les noms de ceux-ci ainsi que les titres professionnels particuliers de chacun d'eux doivent être mentionnés. Il va de soi que les dispositions de la loi du 6 juillet 2011 ne portent pas préjudice à l'application de la loi relative aux droits du patient, dans la mesure où celle-ci vise l'information portant sur des actes qui en relèvent.

médecin. Le Roi fixe les critères de prudence et les conditions auxquels doivent satisfaire la prescription et la délivrance de médicaments qui seront utilisés comme substance euthanasiante. Le Roi prend les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité des substances euthanasiantes, y compris dans les officines qui sont accessibles au public »¹¹. Les pharmaciens y trouvent un guidage rassurant mais, notamment parce que la clause de conscience dont ils bénéficient n'est pas suffisamment balisée et peut donc être utilisée avec excès¹², la disponibilité effective des substances nécessaires n'est malheureusement pas toujours garantie, surtout en milieu rural. On reviendra, sous d'autres aspects, sur cette loi capitale (section 5).

Sur le plan organisationnel, qui ne nous retiendra pas ici, épinglons la loi du 20 juillet 2006 relative à la création et au fonctionnement de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé¹³, et la loi du 21 août 2008 relative à l'institution et à l'organisation de la plate-forme *e-Health*. Par ailleurs, la loi du 7 août 1987 sur les hôpitaux a fait l'objet d'une coordination par un arrêté royal du 10 juillet 2008 (*M.B.*, 7 novembre), de sorte qu'il convient désormais de se référer à la loi du 10 juillet 2008 relative aux hôpitaux et à d'autres établissements de soins.

4. L'innovation majeure, pour les praticiens, est bien sûr la *loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé* (*M.B.*, 2 avril), à propos de laquelle nous renvoyons à la contribution d'Evelyn Langenaken dans le présent ouvrage. Soulignons simplement que, si de réels changements s'en déduisent quant à l'approche « stratégique » des litiges et quant à la gestion concrète des dossiers, le raisonnement à conduire reste, au regard du droit commun de la responsabilité qui ne se voit heureusement pas évincé, globalement intact. Il conviendra bien sûr de préciser la manière dont doivent s'entendre, *in concreto*, certaines notions ou conditions posées par la loi (accident médical sans responsabilité, dommage anormal, échec thérapeutique, gravité suffisante du préjudice...); la « jurisprudence » appelée à émerger au sein du Fonds des accidents médicaux est à cet égard très attendue. Mais, pour le reste – et notamment en ce qui concerne la caractérisation d'une faute éventuelle en lien causal avec l'état du patient –, la démarche intellectuelle demeurera

11. Loi du 10 novembre 2005 complétant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie par des dispositions concernant le rôle du pharmacien et l'utilisation et la disponibilité des substances euthanasiantes (*M.B.*, 13 décembre).
12. Voy. à ce sujet E. DE GROOT, « Euthanasie en de rol van de apotheker. Heeft een gewetensclausule een absoluut karakter ? », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, pp. 324-346.
13. En conséquence, la loi du 24 juillet 2008 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 7 août 2008) émende divers textes (articles 102 à 111) afin d'y intégrer cette Agence.

identique¹⁴. La littérature scientifique continuera à être d'un précieux secours, ainsi qu'en témoigne l'étude originale d'Isabelle Lutte dans cet ouvrage. L'expertise, remodelée en profondeur par la loi du 15 mai 2007, conservera une importance souvent décisive ; juristes et médecins sont appelés à collaborer étroitement lors de cette phase essentielle de l'instruction d'un dossier, comme l'expliquent ici Sophie Piedboeuf et Michel Matagne.

Il ne sera pas ici question de la *loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* (M.B., 17 juillet)¹⁵, qui s'inscrit dans le sillage de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*¹⁶, mais l'on évoquera en revanche un débat proche, récemment ravivé, portant sur un possible encadrement de la gestation pour autrui qui, du même coup, se verrait juridiquement légitimée, ce que personnellement nous approuverions (section 3). La naissance d'un enfant est, malheureusement, parfois un lieu de rencontre poignant du droit et de la médecine : soit parce qu'un incident survient, ce qui peut conduire à rechercher, outre la responsabilité du gynécologue-obstétricien ou d'autres praticiens, celle de la sage-femme, selon les balises mises au jour par Jean-Luc Fagnart dans l'ouvrage ; soit parce qu'un handicap n'a pas été décelé, ce qui renvoie au délicat contentieux des actions en *wrongful birth* (préjudice des parents) ou en *wrongful life* (préjudice de l'enfant). La jurisprudence en offre régulièrement des exemples, et nous nous permettons de renvoyer à ces décisions et aux commentaires que nous avons eu récemment l'occasion d'en proposer¹⁷.

5. N'était l'intense douleur ressentie par les parents en pareil contexte, la réflexion, toujours présente, sur la place de la *théorie de la perte d'une chance* en

14. Supposant notamment la caractérisation de l'intensité de l'obligation souscrite par l'homme de l'art, question délicate récemment explorée dans une excellente étude : J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », note sous Cass., 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 513-529 ; voy. ég. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 336-360.
15. Sur cette loi, voy. not. M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *R.T.D.F.*, 2008, pp. 279-359 ; G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, pp. 17-27.
16. Sur « la naissance favorisée » (statut juridique de l'embryon et du fœtus, procréation assistée, recherches sur embryons), voy. notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 581-626.
17. Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT, « Dommage moral en cas de naissance d'un enfant non désiré après l'échec d'une vasectomie », pp. 1097-1100 ; Gand, 27 septembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 43, note G.G. pp. 45-48. À propos de la responsabilité autour de la naissance d'un enfant (atteintes portées à l'enfant à naître ou en train de naître ; naissance d'un enfant non désiré ; naissance d'un enfant handicapé), voy. de manière générale G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 553-580. Nous renvoyons aussi au très intéressant avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 53 du 14 mai 2012 relatif au refus de soins médicaux par une femme enceinte ayant une incidence sur le fœtus (<http://www.health.gov.be/bioeth>).

droit médical pourrait ressembler à d'inextinguibles arguties. Ainsi que nous avons eu l'occasion de l'exposer par ailleurs, celle-ci nous semble devoir être strictement ciblée sur ce qu'elle est – un type particulier de dommage, que l'on définit comme « la perte certaine d'un avantage probable »¹⁸ –, sans jamais déborder sur l'exigence d'un lien causal entre le manquement mis en évidence et le préjudice corrélatif, lequel doit toujours être certain, c'est-à-dire exprimé tel par le juge. Il reste que, ainsi que l'a pertinemment confirmé la Cour de cassation, mettant fin aux controverses qu'elle avait elle-même suscitées quatre ans plus tôt¹⁹, la théorie de la perte d'une chance *peut s'appliquer à la perte d'une chance réelle de guérison ou de survie* et cette perte peut être indemnisée, pourvu que plusieurs conditions soient remplies. Il faut tout d'abord que la victime ait effectivement réclamé la réparation de ce préjudice spécifique ; ce point est essentiel. Il faut ensuite que la chance perdue soit réelle, et que la faute soit la condition *sine qua non* de la perte de cette chance : le juge ne peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice que si la perte de cette chance est *imputable à une faute* (ce qui suppose, en matière médicale, que, moyennant un traitement diligent, la victime aurait eu une chance réelle de guérir ou de survivre). Il faut enfin que les magistrats ne laissent planer *aucun doute sur le lien de causalité* qui doit relier la faute et la perte de la chance, pour que leur décision soit à l'abri de la critique – du moins celle de la Cour de cassation. En jurisprudence, certains raccourcis subsistent à cet égard²⁰.

Selon nous, l'un des domaines d'élection de la théorie de la perte d'une chance en droit médical devrait être l'hypothèse où la faute consiste en un *manquement au devoir d'information* pesant sur le médecin²¹. La chance en

18. J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Anthemis, 2006, pp. 73-74. Sur la notion de perte d'une chance et sa place en droit de la responsabilité médicale, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 478-496 et la bibliographie citée.
19. Cass., 5 juin 2008, *Pas.* 2008, p. 1425, *J.T.*, 2009, p. 28, note A. PÜTZ, *N.j.W.*, 2009, p. 31, note I. BOONE, *R.W.*, 2008-2009, p. 795, note S. LIERMAN, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 210, note S. LIERMAN, *Bull. ass.*, 2008, p. 418, note H. BOCKEN ; H. BOCKEN, « Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig ?) slot », *N.j.W.*, 2009, pp. 2-12 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Lien de causalité et dommage réparable : dérives et corrections », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Anthemis / Bruylant, 2008, pp. 687-708.
20. Voy. G. GENICOT, « Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d'une chance », note sous Liège, 9 septembre 2010 et 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1087-1091.
21. En ce sens, F. GLANSDORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Larcier, 2006, CUP, vol. 86, p. 41 ; comp. I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, Larcier, 2004, CUP, vol. 68, pp. 23-25, n° 10 (lien causal et méconnaissance du devoir d'information) et pp. 33-40, n°s 19-23 (perte d'une chance), où l'auteur semble approuver le courant « extensiviste » justement condamné par la Cour de cassation.

question est alors celle de prendre une décision en parfaite connaissance de cause, de se soustraire à une intervention risquée, ou de se soumettre à une intervention qui n'est légalement possible que durant un certain délai²². Cette analyse ne nous paraît pas en soi condamnée par l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2006²³ – principalement relatif à la certitude du lien causal et duquel il résulte que la théorie dite du « déplacement des risques » n'est pas reçue en droit belge –, où la Cour, après avoir une fois encore rappelé qu'« en vertu de l'article 1382 du Code civil, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui est tenu de réparer le dommage réellement subi », décide que « le patient, qui établit qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sur sa personne sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé, doit, pour obtenir réparation d'un dommage né de cette intervention, établir l'existence d'un lien de causalité entre *cette* faute et *ce* dommage » ; le patient n'est dès lors pas recevable à soutenir qu'un médecin, qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, *indépendamment du lien causal* devant unir celui-ci à la faute commise.

Vigilante gardienne de la constatation d'une certitude causale, la Cour se borne donc, à juste titre, à exiger que le patient établisse l'existence d'un lien de causalité entre la faute d'information et le dommage né de l'intervention, *tel qu'il le décrit* – comme souvent, tout se joue dans les conclusions, où le mieux est régulièrement l'ennemi du bien... Si la victime ne parvient pas à convaincre le juge que, si elle avait su ce qui lui a été tu, elle aurait *refusé purement et simplement* l'intervention subie – auquel cas le dommage encouru, consécutivement à la réalisation d'un risque inhérent à cette intervention, ne se serait pas produit en l'absence de la faute, puisque l'intervention n'aurait alors tout simplement pas eu lieu, de sorte que toutes les conséquences dommageables de celle-ci

22. Sur cette hypothèse spécifique (échec d'une IVG, dont la femme n'est informée qu'après l'expiration du délai légal de 12 semaines, de sorte qu'elle ne peut subir une nouvelle intervention et met au monde un enfant en bonne santé), voy. Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS. Cet arrêt a été déféré à la Cour de cassation, dont la décision était toujours attendue à l'heure de rédaction.
23. Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1112, concl. P. DE KOSTER, *J.T.*, 2006, p. 491, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 116 ; J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 122. Comp. N. ESTIENNE, « La responsabilité : le devenir de la perte d'une chance », in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. SCHAMPS (dir.), Bruylant / L.G.D.J., 2008, pp. 365-386, et les réactions de N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, pp. 387-394.

doivent alors être indemnisées –, on n'aperçoit pas ce qui l'empêcherait de soutenir, fût-ce en ordre subsidiaire, qu'à tout le moins elle endure un dommage consistant en la perte (irréversible) d'une *chance* de pouvoir prendre position en pleine connaissance de cause, chance dont la réalisation dépend non seulement de son libre arbitre mais aussi d'une pluralité de paramètres dont, au premier chef, l'exhaustivité, la fiabilité et l'honnêteté des renseignements obtenus ²⁴.

6. Le patient victime d'une information lacunaire, donc fautive, subit par définition un dommage. Dès lors qu'il résulte clairement de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient – et plus généralement du principe d'autonomie et d'autodétermination, pleinement consacré dans notre droit – que chacun peut choisir de s'exposer à un risque, même élevé, *pourvu qu'il sache exactement vers quoi il se dirige*, il y a là dans son chef un droit subjectif, qui est bafoué lorsque des renseignements importants lui sont celés ²⁵. Et, lorsqu'un doute subsiste sur la question de savoir si, correctement et complètement informé, le patient se serait ou non soumis à l'intervention litigieuse qui s'est avérée dommageable, le dommage qui se trouve en lien causal certain avec la faute ne saurait consister dans les lésions encourues elles-mêmes, sous peine de méconnaître l'exigence d'un lien causal certain. Pourquoi alors ne pas le définir comme la perte d'une chance *d'avoir pu prendre* une décision parfaitement éclairée, quelle qu'ait été cette décision, et, partant, de s'être *peut-être* – là réside l'aléa indissociable de la notion de chance – soustrait au risque qui s'est réalisé ? Ce raisonnement est orthodoxe : en raison de la faute, le patient a incontestablement perdu un avantage, celui de choisir, de décider librement. Le juge devra apprécier la situation dans laquelle il se serait trouvé en l'absence du fait dommageable – ce qui lui laisse, par définition, une liberté importante – et exprimer sa certitude que, sans la faute, le patient aurait eu une chance réelle et sérieuse de se trouver dans une situation plus favorable, avec des perspectives plus ouvertes, plus transparentes ²⁶. C'est ce qu'il convient d'appeler le *préjudice d'impréparation*.

24. Pour plus de détails, voy. G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », note sous Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1165-1182, et notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 490-494.
25. Il faut bien sûr réserver l'hypothèse où le patient invoque son « droit de ne pas savoir », et celle où il est fait usage de « l'exception thérapeutique » (art. 7, §§ 3 et 4, de la loi du 22 août 2002), usage qui doit nécessairement demeurer exceptionnel, puisqu'il est dérogoratoire à la règle de principe ; voy. à ce propos l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 35 du 13 mars 2006 relatif à l'exception thérapeutique.
26. Ce raisonnement est conforme au précepte selon lequel le juge doit uniquement examiner les *circonstances concrètes* dans lesquelles le dommage est survenu, sans envisager ce qui eût pu se produire

Cette notion, découlant de l'idée que le patient insuffisamment informé subit *en soi* un dommage, lequel doit être réparé, a récemment été mise en lumière de façon éclatante par la Cour de cassation française. Dans un arrêt du 3 juin 2010²⁷, elle rappelle que, selon les termes de la loi française, « toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ». Elle affirme ensuite ce qui a tous les traits d'une évidence : le non respect de ce devoir d'information *cause un préjudice* à celui auquel l'information était légalement due, et en vertu de l'article 1382 du Code civil, le juge ne peut laisser celui-ci sans réparation.

Grâce à cet arrêt capital, dont on ne peut que souhaiter que l'enseignement traverse promptement une (mince) frontière, le manquement au devoir médical d'information prend enfin, aux yeux de la Cour régulatrice française, les traits d'un *préjudice autonome*, détaché du plus ou moins franc succès des soins prestés et d'une recherche parfois passablement divinatoire de la décision qu'aurait prise le patient si – *quod non* – il avait reçu tous les éclaircissements souhaités. Il importe alors peu que l'intervention se soit techniquement bien déroulée et n'ait entraîné aucune (autre) complication, et il n'y a pas lieu de se demander si, dûment averti des risques encourus, le patient y aurait renoncé ou l'aurait néanmoins subie : le manquement au devoir d'information *cause en soi un préjudice* à la personne à laquelle l'information est due, lequel doit impérativement être réparé. Or, en Belgique, la violation de ce droit est aussi fréquemment invoquée que rarement retenue, non seulement en raison de l'obstacle probatoire, mais aussi parce que notre jurisprudence rechigne à admettre qu'une faute commise sur ce plan puisse entraîner dans le chef du patient *un préjudice propre* – d'ordre en tout cas moral, ce qui ne veut pas dire qu'il ne soit pas susceptible d'être substantiellement réparé. *Le fait même* de ne pas avoir été suffisamment éclairé au seuil de

si celles-ci avaient été différentes (Cass., 31 mai 2000, *Bull.*, n° 334, *Bull. ass.*, 2002, p. 946). Le juge doit uniquement décider si, à supposer que la faute n'ait pas été commise, le dommage ne se serait pas produit *tel qu'il s'est réalisé* ; il importe peu qu'il se soit peut-être produit *dans d'autres circonstances*, moyennant d'autres paramètres que ceux, concrets, de l'espèce. Dans l'appréciation du lien de causalité, cela est indifférent ; les hypothèses que les scientifiques peuvent émettre à cet égard ne peuvent être retenues dans le cadre du raisonnement juridique (voy. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, p. 144, n° 283). En ce sens, Liège, 24 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1747 ; Civ. Liège, 30 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 748, note G. GENICOT, « Infections nosocomiales : la responsabilité médicale au milieu du gué », pp. 755-761.

27. Cass. fr., 1^e civ., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109, note G. GENICOT.

l'opération, ou averti du risque réellement encouru, génère ce « préjudice d'impréparation » conçu comme un dommage moral autonome²⁸. Gageons qu'un tel message, novateur et porteur, sera de nature à inspirer les praticiens belges.

7. Au terme de ce parcours introductif, il convient d'attirer l'attention sur un texte de droit pénal qui vient de subir une inflexion marquante, et qui concerne tant les médecins que les avocats mais aussi, plus largement, l'ensemble des professionnels de l'aide et de l'assistance : l'article 458bis du Code pénal, réécrit par 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 (*M.B.*, 20 janvier 2012)²⁹, dans la foulée des recommandations de la Commission parlementaire *ad hoc* qui a rendu son rapport le 31 mars 2011³⁰. Le constat qui s'en dégage paraît inquiétant, et sera évoqué (section 4). Mais nous commencerons (section 2) par témoigner de l'actualité du droit et des réflexions éthiques dans un domaine biomédical bouillonnant : le prélèvement et la transplantation d'organes, et l'obtention et l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique.

-
28. G. GENICOT, « Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome », note précitée, *J.T.*, 2011, pp. 110-113. Voy. ég., pour une étude approfondie du consentement à l'acte médical, qui doit être éclairé par une information complète, R. D'HAESE, « Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De *informed consent*-vereiste als raakpunt », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 430-457 (spéc. pp. 452-455 sur le dommage et le lien causal en cas de non obtention du consentement ou de non fourniture d'une information suffisante).
29. *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53/1639. Pour rappel, la loi 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 infantine, sans la télécharger ni payer pour cela, devient ainsi punissable (ce qui, conceptuellement, ne va pas de soi). L'entrée en vigueur de certaines dispositions est différée au 1^{er} 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 reconnaître comme personne lésée. Pour un premier commentaire approfondi de la loi du 30 novembre 2011, 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.
30. *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-0520/002.

SECTION 2

Le consentement au prélèvement d'organes et de matériel corporel : un enjeu juridique et éthique crucial

8. La loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes a été modifiée à plusieurs reprises ces dernières années, et en particulier par une loi du 25 février 2007 (*M.B.*, 13 avril). Celle-ci prévoyait notamment :

1. que le prélèvement sur une personne majeure vivante qui peut avoir des conséquences pour le donneur³¹ ou qui porte sur des organes qui ne se régénèrent pas peut être effectué sur une personne qui n'est *pas en mesure de manifester sa volonté en raison de son état mental*, pourvu que la vie du receveur soit en danger et que la transplantation d'organes provenant d'une personne décédée ne puisse produire un résultat aussi satisfaisant (article 6 de la loi). Le prélèvement est alors subordonné au consentement du mandataire légal ou désigné par le patient ou, si une telle personne fait défaut ou ne souhaite pas intervenir, par l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait et, subsidiairement et en ordre subséquent, par un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeurs du patient, sur le modèle de l'article 14, § 2, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits des patients ;
 2. que le prélèvement sur une *personne mineure vivante* – qui ne peut être effectué que s'il ne doit normalement pas avoir de conséquences graves pour le donneur, s'il porte sur des organes qui peuvent se régénérer et s'il est destiné à la transplantation sur un frère ou une sœur, et qui est subordonné au consentement préalable du donneur s'il a atteint l'âge de 12 ans, âge en-deçà duquel le donneur doit au moins pouvoir préalablement donner son avis – peut avoir lieu *même si le donneur n'est pas en mesure de manifester sa volonté en raison de son état mental*, le consentement étant alors exprimé par ses parents ou par son tuteur (article 7 de la loi) ;
 3. que le médecin ne peut procéder à un prélèvement d'organes *après le décès* que s'il a vérifié qu'une opposition n'a pas été exprimée *par le donneur*,
-
31. Il existait ici une curieuse discordance entre les versions française et néerlandaise de cette disposition, le texte néerlandais énonçant « *wanneer de wegneming bij levenden ernstige gevolgen kan hebben voor de donor...* » (... peut avoir des conséquences *graves* pour le donneur). Cette erreur de plume se voit enfin corrigée par la loi modificative du 3 juillet 2012 dont il sera question plus loin (article 17).

que ce soit selon le mode organisé par le Roi³² ou selon un autre mode, pourvu alors que l'opposition lui ait été communiquée. Auparavant, il était en outre légalement possible qu'un proche du défunt (parents au premier degré, conjoint non séparé) fasse part au médecin de son opposition, celle-ci ne pouvant toutefois prévaloir sur l'accord exprès manifesté par le donneur de son vivant.

9. Observant que, si l'on s'accorde à reconnaître que la Belgique possède l'un des systèmes les plus avancés en matière de prélèvement et de transplantation d'organes, celui-ci n'est pas exempt de critiques au regard entre autres de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, M^{me} la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique a adressé au Comité consultatif de Bioéthique, début 2010, une demande d'avis sur certains aspects de la législation actuelle en matière de prélèvement et de transplantation d'organes, d'une part, et d'obtention *post mortem* de matériel corporel humain à d'autres fins qu'une transplantation, d'autre part. Elle demandait notamment au Comité d'apprécier la pertinence et la justification éthiques des modifications précitées, introduites dans la loi du 13 juin 1986 par la loi du 25 février 2007... à l'initiative et avec l'entière approbation de son prédécesseur, appartenant à la même formation politique. Situation inédite, où la validité éthique d'une norme juridique est examinée non pas alors que celle-ci est en projet – ce qui relève de l'essence même de la mission du Comité –, mais lorsqu'elle est déjà en vigueur, adoptée à l'emporte-pièce sans réflexion suffisante en amont...

Cet examen a abouti à un avis très substantiel, dans lequel les deux premières dispositions qui précèdent sont sévèrement critiquées³³. En revanche, la suppression de la possibilité pour les proches de s'opposer au prélèvement

32. Arrêtés royaux du 30 octobre 1986 organisant le mode d'expression de la volonté du donneur ou des personnes visées à l'article 10, § 2, de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, et imposant aux administrations communales la communication au ministère de la Santé publique des informations pertinentes, par l'intermédiaire des services du Registre national des personnes physiques (*M.B.*, 14 février 1987).
33. Avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 50 du 9 mai 2011 concernant certains aspects éthiques des modifications apportées par la loi du 25 février 2007 à la loi du 13 juin 1986 relative au prélèvement et à la transplantation d'organes, *Bioethica Belgica*, décembre 2011, n° 38 et disponible sur le site du Comité <http://www.health.fgov.be/bioeth>. Voy. aussi, découlant de ce travail approfondi, K. VAN ASSCHE, G. GENICOT et S. STERCKX, « Living organ procurement from mentally incompetents : the need for more appropriate guidelines », *Bioethics*, 2012, à paraître mais disponible en ligne (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8519.2012.01982.x/abstract>) ; des mêmes auteurs, « Using mentally incompetents as living organ donors : the regulatory framework in Europe », *European Journal of Health Law*, 2012, à paraître.

après le décès – en raison de ce que, selon l'exposé des motifs de la loi du 25 février 2007, « l'avis du patient prévaut sur toute autre considération » – témoignage de l'accroissement du caractère éminemment *personnel* du droit au respect de l'intégrité physique, constant s'agissant par exemple de l'avortement, et confirmé de manière lumineuse par la Cour de cassation dans son arrêt du 14 décembre 2001 à propos d'une stérilisation non thérapeutique : « en règle, le consentement nécessaire à la licéité d'un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne est celui de cette seule personne »³⁴. Arbitrant les valeurs en présence, le législateur a, en supprimant cette possibilité, fait clairement prévaloir le droit personnel au respect de l'intégrité physique et la nécessaire générosité envers les receveurs (motif de santé publique) sur le droit moral des proches.

Sur le plan de la cohérence juridique, il est ainsi justifié de supprimer la possibilité qu'un proche du défunt puisse s'opposer au prélèvement en exprimant son opposition auprès du médecin. Le droit à la protection de l'intégrité physique est, en règle, strictement personnel ; un système de type *opting out* demeure conforme à la théorie de la maîtrise corporelle³⁵, puisque l'opposition reste possible. Sur le plan humain, et celui des bonnes pratiques cliniques, il convient, en l'absence de prise de position expresse de la part du donneur de son vivant, au minimum *d'informer* la famille ou les proches de la possibilité que des organes soient prélevés : il n'est pas souhaitable que la famille d'un défunt soit confrontée à un acte médical tacite pratiqué sur la dépouille d'un être cher sur la foi d'un « consentement présumé », même si, strictement parlant, la loi l'autorise désormais. Il est de la plus grande importance que le climat de transparence et de communication entre le corps médical et les proches soit préservé au maximum.

10. Ceci incite à rappeler – car il demeure étonnamment méconnu – en quoi consiste le système *opting out*, en vigueur en Belgique depuis 1986 pour les prélèvements d'organes *post mortem* en vue d'une transplantation thérapeutique, et étendu par la loi du 19 décembre 2008 à tout prélèvement après le

34. Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. J. DU JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, concl. J. DU JARDIN, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART.

35. Sur laquelle, voy. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Le statut juridique du corps humain en Belgique », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Actes des Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, Bruylant/LB2V, 2012, pp. 63-94 ; Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications », in *Les droits de la personnalité*, J.-L. RENCHON (dir.), Bruylant, Famille & Droit, 2009, pp. 23-118.

décès de matériel corporel, en vue d'applications humaines ou à des fins de recherche scientifique – ce qui est éminemment critiquable. En vertu de l'article 10 de la loi du 13 juin 1986, que la loi du 3 juillet 2012 a légèrement modifié, des organes destinés à la transplantation, ainsi qu'à la préparation de substances thérapeutiques, peuvent être prélevés sur le corps de toute personne inscrite au registre de la population (ou depuis plus de six mois au registre des étrangers), *excepté* s'il est établi qu'une opposition a été exprimée contre un prélèvement. Le médecin qui envisage d'effectuer le prélèvement doit s'informer de l'existence d'une opposition exprimée par le donneur potentiel. Les majeurs capables de manifester leur volonté peuvent seuls exprimer l'opposition en question. Quant aux mineurs qui sont capables de manifester leur volonté, elle peut l'être soit par l'intéressé, soit – aussi longtemps que l'enfant est en vie – par un des parents ou par le tuteur. Si l'enfant n'a pas (encore) cette capacité, l'opposition sera exprimée, durant sa vie, par l'un de ses parents ou par son tuteur. Enfin, si une personne majeure n'est pas en mesure de manifester sa volonté en raison de son état mental, l'opposition peut être exprimée de son vivant par son représentant légal, par son administrateur provisoire ou à leur défaut, par son plus proche parent³⁶.

Contrairement à une opinion répandue, il n'est pas nécessaire, si l'on entend s'opposer au prélèvement d'organes *post mortem*, de se rendre à l'administration communale où un registre à cette fin est tenu, accessible via le Registre national : l'opposition peut être exprimée selon un autre mode, pourvu qu'elle soit communiquée au médecin. Il peut par exemple s'agir de *directives anticipées*, par laquelle la personne envisage et règle divers aspects de sa fin de vie sur le plan médical ; elle peut d'ailleurs aussi y exprimer la volonté expresse d'être donneur après son décès, ce qui accélère le processus et coupe court à toute discussion. Il importe, en pratique, d'avertir son entourage de

36. La référence à l'état mental et non, comme dans la loi relative aux droits du patient, à la personne qui n'est « pas en mesure d'exercer ses droits elle-même » apparaît trop restrictive. Au surplus, le texte est insatisfaisant, car non conforme au judicieux système de représentation des incapables de fait mis en place par ladite loi, qu'il y a lieu de privilégier (mandataire désigné, à défaut représentant « informel » dans l'ordre dégressif prévu, et toujours association de la personne autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension ; article 14 de la loi du 22 août 2002). Il n'est du reste assurément pas pertinent de charger l'*administrateur provisoire* de cette tâche personnelle qui excède la nature et l'esprit de sa mission ; c'est au demeurant la seule hypothèse où, par mégarde sans doute, le législateur l'a fait intervenir dans le domaine de la santé. En 2007, un amendement a suggéré de supprimer ces mots (*Doc. parl.*, Chambre, 14 novembre 2006, n° 51-2860/002, amendement n° 5) ; il n'a pas été retenu. La loi modificative du 3 juillet 2012 ne le fait, de manière regrettable, pas davantage. À l'avenir, le système devra être mis en concordance avec la loi relative à la protection des personnes vulnérables.

l'existence de telles directives – à l'instar d'un testament – et d'en remettre une copie à un ou plusieurs proches, ainsi qu'à son médecin traitant.

11. Tel qu'il fut instauré en 1986, sur le modèle français³⁷, le système *opting out* ne suscite guère d'objections. Il est inspiré par un souci de santé publique, celui de sauver des vies humaines en péril, qui prévaut sur l'atteinte à l'intégrité physique – évidemment moindre après le décès – mais aussi sur le droit moral des proches. L'objectif principal de la loi du 13 juin 1986 était de réglementer l'hypothèse où les organes d'une personne en état de mort cérébrale peuvent être artificiellement maintenus en vie en vue d'être prélevés³⁸ *pour être transplantés sur un ou plusieurs receveurs en danger de mort*. Partant, on considérait classiquement que c'était l'existence d'une telle urgence thérapeutique qui justifiait le renversement de la logique habituelle du consentement, *qui en principe doit être expressément obtenu et ne se présume pas* – étant observé qu'il est plus exact de qualifier le système *opting out* d'absence d'opposition, plutôt que de consentement présumé. Dans cet esprit, il paraissait évident que les autres applications médicales et surtout les fins expérimentales ou scientifiques étaient exclues du champ d'application de ce système, et n'étaient admissibles que sur la foi d'un véritable consentement donné par la personne de son vivant³⁹.

L'inquiétude est aujourd'hui de mise, en raison de l'article 12 de la *loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain* destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique (*M.B.*, 30 décembre)⁴⁰. Cette disposition, probablement complètement méconnue, *étend* le système *opting out* tel qu'il vient d'être décrit au prélèvement *post mortem* de *tout matériel biologique humain destiné tant à des fins médicales qu'à des fins de recherche scientifique*. Les enjeux de cette loi très complexe, inspirée par le droit européen⁴¹ et en instance de modification sur

37. Loi Caillavet n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, révisée par les lois « bioéthiques » des 29 juillet 1994 et 6 août 2004 (actuels articles L. 1232-1 à L. 1232-6 du Code de la santé publique français).

38. Cf. l'article 98 du Code de déontologie médicale (réd. 18 mars 2006) : si, suivant l'état actuel de la science, un patient est décédé, le maintien artificiel des fonctions cardiorespiratoires doit être arrêté, mais cet arrêt peut être postposé en vue du prélèvement d'organes à des fins de transplantation, dans le respect de la volonté du patient et des dispositions légales.

39. Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, spéc. pp. 675-684 et 737-742.

40. Pour une analyse substantielle, voy. S. PANIS et N. VAN GELDER, « De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal van 19 december 2008 : een grondige analyse », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, pp. 217-253.

41. Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains (*J.O.* n° L 102 du 7 avril 2004), et les directives 2006/17/CE du 8 février 2006 et 2006/86/CE du 24 octobre 2006 qui en portent application sur certaines « exigences » ainsi imposées.

certain points, sont cruciaux. Sa portée est extrêmement large : elle s'applique « au don, au prélèvement, à l'obtention, au contrôle, au traitement, à la conservation, au stockage, à la distribution et à l'utilisation du matériel corporel destiné à des applications humaines ou à des fins de recherche scientifique » (art. 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}), et les notions auxquelles elle recourt sont définies d'une manière extensive par l'article 2. Ainsi, le *matériel corporel humain* s'entend de « tout matériel biologique humain, y compris les tissus et les cellules humains, les gamètes, les embryons, les fœtus, ainsi que les substances qui en sont extraites, et quel qu'en soit leur (*sic*) degré de transformation » ; l'*application médicale humaine* équivaut à l'« utilisation de matériel corporel humain sur ou dans un receveur humain, y compris l'application extracorporelle », et la *recherche scientifique* n'est autre que l'« usage de matériel corporel humain en vue du développement des connaissances propres à l'exercice des professions des soins de santé ».

12. L'article 12 de la loi du 19 décembre 2008 énonce platement que « pour le prélèvement après le décès, les articles 10, 11, 12, 13 et 14 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes sont d'application ». Le seul aspect rassurant consiste dans le renvoi à l'article 12 de cette loi, aux termes duquel « le prélèvement des organes et la suture du corps doivent être effectués dans le respect de la dépouille mortelle et en ménageant les sentiments de la famille. La mise en bière aura lieu dans les plus brefs délais afin de permettre à la famille de rendre les derniers devoirs au défunt le plus rapidement possible ». Car au surplus, le consentement au prélèvement devient donc « présumé » *même lorsque le matériel corporel est prélevé et utilisé à des fins purement scientifiques*, sans donc que soit présent le nécessaire élan de générosité qui justifie cette entorse à la maîtrise lorsque c'est une transplantation vitale sur autrui qui est envisagée. On n'a pas manqué de voir là une « modification de principe » du régime d'absence d'opposition prévu par la loi du 13 juin 1986⁴², et celle-ci est clairement sujette à caution : même si cela paraît évident aux yeux de certains bioéthiciens, est-il acceptable que nous soyons désormais contraints, sans autre filet qu'une opposition expresse de notre vivant, de contribuer *post mortem* à la recherche et au progrès de la science ?

M^{me} la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique ne s'y est pas trompée : la demande d'avis au Comité consultatif de Bioéthique dont il a été question plus haut portait également sur l'appréciation éthique que l'on peut porter sur l'article 12 de la loi du 19 décembre 2008 étendant le « consentement

42. H. NYS, « Bloed, zweet en tranen. Kritische ontleding van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal », *R.W.*, 2009-2010, p. 184, n° 26.

préssumé » à la recherche scientifique. Il saute aux yeux que le lien établi entre l'objectif poursuivi et le renversement de la logique habituelle du consentement apparaît plus fragile lorsque le prélèvement n'a pas pour but une transplantation à visée thérapeutique, mais plutôt la recherche : à quelles conditions celle-ci – qui peut aussi contribuer à sauver des vies humaines, mais selon une dynamique autre – peut-elle prévaloir sur l'existence *réelle* du consentement ou de l'opposition, et sur l'intégrité du corps *post mortem* ? Ce questionnement épineux n'apparaît pas avoir fait l'objet de réflexions suffisantes au cours des débats parlementaires ayant précédé l'adoption du texte. L'avis à rendre, en voie de finalisation, examine donc la nécessité d'un *consentement exprès* au prélèvement, en distinguant selon qu'il s'effectue *in vivo* ou *post mortem*, d'une part, et selon qu'il vise une utilisation à des fins thérapeutiques ou de recherche scientifique, d'autre part. Très approfondi sur les plans tant juridique qu'éthique, il ne manquera pas de sévérité envers ce qui ressemble à une injonction de type moral.

13. L'analyse confine en effet à une réflexion sur les sources du droit. En principe, en tout cas dans notre pays, la traduction légale d'une règle ou d'un précepte en termes juridiques s'appuie le plus souvent sur un mûrissement éthique soigneux, lui-même fondé sur une relative communauté de vues sur le plan scientifique. Face à l'extension du système *opting out*, l'impression domine, assez désagréable, que la loi du 19 décembre 2008 « force en quelque sorte le champ moral » en permettant une forme assez poussée de mainmise scientifique sur le cadavre⁴³, puisqu'elle prévoit notamment que *chacun est présumé accepter que son cadavre constitue le substrat de recherches scientifiques*. Pourtant, le nécessaire élan de générosité qui avait inspiré l'adoption de ce système en matière de prélèvement d'organes en vue d'une transplantation sur autrui à des fins thérapeutiques – le but étant de sauver une vie humaine en péril – n'est pas aussi apparent lorsque seul un objectif de recherche scientifique est visé... L'absence d'un débat éthique approfondi qui aurait dû être mené sur cette question conduit à une interrogation : est-ce au législateur d'affirmer qu'il est *moralement juste et souhaitable* – sur un plan individuel et non collectif – que chacun contribue après son décès aux progrès de la recherche⁴⁴, quels que soient les bienfaits qui peuvent, à terme, être attendus de certains protocoles ? Ne devrait-il pas s'agir d'une démarche *personnelle* ? Une

43. Alors que, par ailleurs, on semble en redécouvrir la « sacralité », sur un plan extrapatrimonial s'entend – valeur « morale » intrinsèque et valeur affective, concrète, pour les proches ; voy. not. H. POPU, *La dépouille mortelle, chose sacrée. À la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2009.

44. Voy. l'intéressant ouvrage *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, M.-H. HERMITTE (dir.), Paris, Romillat, coll. Droit et Technologies, 2001.

controverse existe à ce sujet en littérature – l'avis du Comité en rendra abondamment compte – et notre législateur, sans cerner correctement tous les enjeux de la question et percevoir l'exacte portée de la règle nouvellement instaurée, a esquivé et tranché d'autorité ce débat. On peut déplorer cette réflexion insuffisante en amont, sur une question pourtant cruciale, et observer que l'entorse au principe fondamental du consentement éclairé et spécifique apparaît ici difficilement justifiable, y compris sur le plan juridique.

La question, complexe, de savoir s'il existe « une obligation morale de contribuer aux progrès de la science » permet d'apercevoir, dans la loi du 19 décembre 2008, une sorte de dialogue « à double sens », un « aller et retour » entre la règle morale et la règle légale. Dans un premier temps, la morale altruiste a influencé la loi : la loi du 13 juin 1986, en introduisant le système *opting out* – clairement perçu, à l'époque, comme dérogoatoire au principe fondamental subordonnant toute atteinte corporelle, même après la mort, au consentement exprès –, a voulu traduire dans la législation une sorte d'injonction morale altruiste ; la liberté individuelle se voyait amoindrie – mais non supprimée – *parce qu'il s'agissait de sauver la vie d'autrui*. On peut considérer qu'une forme de morale humaniste a ainsi pénétré le champ juridique. Avec la loi du 19 décembre 2008, le « rapport de forces » entre ces deux ordres prescriptifs et normatifs semble s'être pour ainsi dire inversé : en étendant le système *opting out* aux prélèvements dénués de visée thérapeutique en faveur d'un receveur précis, mais visant la recherche scientifique et donc le progrès « désincarné » des connaissances, *c'est la loi qui impose insidieusement une sorte de morale nouvelle*, enjoignant à chacun de contribuer, en dépit de l'absence d'un consentement exprès, à la progression des connaissances scientifiques et donc au bienfait, à terme, de l'humanité. Cette incursion législative dans le champ moral n'apparaît pas conforme au très sage précepte, exprimé dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et dans la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, selon lequel « les intérêts et le bien-être de l'individu devraient l'emporter sur le seul intérêt de la science ou de la société »⁴⁵. Il est sérieusement permis de se demander si elle est raisonnablement justifiée.

14. Ce n'est pas la seule aberration législative en la matière : ainsi qu'on l'a relevé à l'entame de cette section, la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement

45. Il nous semble que, dans l'orbite du droit (bio)médical, qui met au jour une dimension parmi les plus intimes de la quête personnelle de bien-être, le défrichage de plusieurs chantiers demeurant ouverts devrait être en permanence guidé par ce message capital, tenant lieu de dogme, selon lequel une société qui se veut pleinement démocratique gravite autour des individus qui la composent, lui donnent corps et la font vivre. Voy., pour plus de détails, notre préface rédactionnelle au n° 2012-2013/2 de la *Revue de droit de la santé*, à paraître.

et la transplantation d'organes, dans sa rédaction issue de la loi modificative du 25 février 2007, autorisait le prélèvement sur une personne majeure vivante qui n'est *pas en mesure de manifester sa volonté en raison de son état mental*, aux seules conditions que la vie du receveur soit en danger et que la transplantation d'organes provenant d'une personne décédée ne puisse produire un résultat aussi satisfaisant, moyennant un consentement « de substitution », ainsi que certains prélèvements sur une *personne mineure vivante*, même si le « donneur » n'est, de même, pas en mesure de manifester sa volonté en raison de son état mental, le consentement étant alors exprimé par ses parents ou son tuteur (articles 6 et 7 de la loi). Tel était, prioritairement, l'objet de l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 50 du 9 mai 2011, déjà cité.

Au terme d'une analyse juridique et éthique très fouillée, le verdict du Comité est sans appel : soulignant que le don d'organe du vivant peut poser des problèmes médicaux, psychosociaux et éthiques pour les donneurs qui ne se posent pas, ou dans des proportions moindres, en cas de don *post mortem*, le Comité rejette unanimement, d'un point de vue éthique, les dispositions légales relatives au prélèvement d'organes chez des personnes majeures vivantes qui, en raison de leur état mental, ne sont pas capables d'exprimer leur volonté, étant donné que ce prélèvement est rendu possible *alors même* qu'il expose le donneur à un risque grave pour sa santé. Si pareil prélèvement peut exceptionnellement être autorisé, c'est à des conditions très strictes qui ne figurent nullement dans la loi⁴⁶. En ce qui concerne les critères devant être réunis pour qu'un prélèvement d'organe sur un mineur soit légitime, les opinions au sein du Comité sont un peu plus divisées⁴⁷.

15. Arriva, un peu plus d'un an plus tard, la *loi du 3 juillet 2012 modifiant la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes* (M.B.,

-
46. Certains membres ont défendu l'idée qu'une *interdiction totale et inconditionnelle* est la seule position acceptable d'un point de vue éthique, la capacité d'exprimer sa volonté et le consentement étant des conditions essentielles pour procéder au prélèvement d'organe chez un donneur vivant. Sur les raisons conduisant à penser qu'une telle position est excessive, voy. K. VAN ASSCHE, G. GENICOT et S. STERCKX, « Living Organ Procurement from Mentally Incompetents : the Need for More Appropriate Guidelines », *Bioethics*, 2012, à paraître mais disponible en ligne (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8519.2012.01982.x/abstract>).
47. Nous renvoyons, pour plus de détails, à l'avis lui-même, dont nous ne pouvons approfondir ici davantage le contenu, et notamment aux conclusions et recommandations par lesquelles il s'achève. Voy. ég. G. GENICOT, « Les recommandations du Comité consultatif de Bioéthique relatives aux personnes vulnérables », *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 276-279. Plus généralement, G. SCHAMPS et A.-C. SQUIFFLET, « Le prélèvement d'organes sur des donneurs vivants majeurs, incapables de manifester leur volonté en raison de leur état mental : quelles perspectives ? », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 318-331.

24 août 2012), dont il a déjà été question. Son principal objectif était de transposer – en partie – dans notre droit la directive 2010/45/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation (*J.O.* n° L 207 du 6 août 2010). Les modifications apportées, entre autres à cette fin, sont nombreuses : insertion d'un article 1^{er}ter comprenant la liste des définitions utilisées ; remplacement de l'article 3 et ajout des articles 3bis à 3sexies ; insertion d'un article 9bis ; ajout d'un chapitre III/1, intitulé « Dispositions relatives à l'allocation d'organes » et comprenant les articles 13bis et 13ter (réécrits), mais aussi un nouvel article 13bis/1 ; adjonction d'une annexe relative à la « caractérisation du donneur et des organes ». Naturellement, la lecture, la compréhension et l'assimilation du texte ne s'en trouvent pas facilitées, eu égard non seulement à la relative lourdeur de la directive, mais aussi à la technique législative choisie. On n'examinera pas ici les prescriptions visant les normes de qualité et de sécurité des organes⁴⁸, mais on épinglera quelques autres évolutions.

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 4 de la loi du 13 juin 1986 indique que les dons d'organes de donneurs décédés et de donneurs vivants sont volontaires et non rémunérés et que ni le donneur, ni ses proches ne peuvent faire valoir un droit vis-à-vis du receveur. Ce qui valait auparavant uniquement pour le don du vivant est donc étendu aux prélèvements *post mortem*, sans doute parce que, dans le même temps, la loi du 3 juillet 2012 abroge l'article 14 de la loi du 13 juin 1986 selon lequel « l'identité du donneur et celle du receveur ne peuvent être communiquées »⁴⁹... Conformément à la théorie classique de l'extra-patrimonialité du corps humain et de ses éléments

48. Voy. not. A.-C. SQUIFFLET, « Le droit face à la pénurie d'organes : quels apports pour quelle efficacité ? », *Ann. dr. Louvain*, 2011, pp. 357-404 ; du même auteur, « L'action de l'Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d'organes : commentaires à propos du plan d'action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010 », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, pp. 382-397.

49. Sans grande surprise, le législateur n'a pas aperçu que, comme on l'a vu, l'article 12 de la loi du 19 décembre 2008 renvoie entre autres à cet article 14 « pour le prélèvement après le décès » de matériel biologique humain destiné à des fins médicales ou à des fins de recherche scientifique, et n'a pas modifié celui-ci qui renvoie donc à une disposition qui n'existe plus. *Exit*, donc – à des fins de traçabilité ? – le principe d'anonymat des prélèvements *post mortem* ? En ce qui concerne le don du vivant – où l'anonymat ne peut en général être garanti, le donneur faisant d'ailleurs souvent partie de la famille du receveur, pour des raisons d'histocompatibilité –, le législateur a inventé cette formule amusante, inscrite à l'article 4bis de la loi : « sauf si le donneur et le receveur connaissent leur identité respective dans le cadre d'un prélèvement sur une personne vivante, l'identité du donneur et du receveur ne peuvent (*sic*) être communiquées ». Elle ne peut donc l'être... que si elle est déjà connue, et ce « dans le cadre (du) prélèvement » (uniquement ?) : voilà qui laisse songeur.

et produits, laquelle s'accommode d'une distinction entre *rémunération* et *défraiement*, il est posé que « le principe de non-rémunération de la donation n'empêche pas les donateurs vivants de recevoir une compensation, pour autant qu'elle soit limitée à couvrir les dépenses directes et indirectes ainsi que la perte de revenus liés au don »⁵⁰. La définition des conditions suivant lesquelles cette compensation peut être accordée est renvoyée à un arrêté royal, qui « veille(ra) à ce qu'elle ne constitue pas une incitation financière ou un bénéfice pour un donneur potentiel ». Enfin, dès lors que – *bis repetita* ? – « le prélèvement des organes doit s'effectuer sur une base non lucrative », « toute mesure rendant public le besoin ou la disponibilité d'organes qui a pour but d'offrir ou de rechercher un gain financier ou un avantage comparable, est interdite ».

On ne saurait reprocher au législateur de ne pas avoir lu l'avis précité du Comité consultatif de Bioéthique ; mais il ne l'a pas lu suffisamment en détail. Prenant la mesure de la démesure du texte ancien, il prévoit désormais (dans l'article 5, alinéa 2, de la loi du 13 juin 1986) qu'« aucun prélèvement d'organes sur une personne vivante ne peut être effectué sur une personne ayant atteint l'âge de dix-huit ans qui n'est pas capable de manifester sa volonté » ; en conséquence, l'article 6, § 2, de la loi est abrogé. Dans le même sens, le prélèvement sur des personnes vivantes mineures – exceptionnellement possible dans les conditions énumérées à l'article 7, § 1^{er} – ne peut désormais « être effectué que sur une personne ayant atteint l'âge de douze ans, qui est capable de manifester sa volonté et qui consent préalablement au prélèvement » (nouvel article 7, § 2, de la loi du 13 juin 1986). À tout prendre, c'est évidemment plus satisfaisant que le gouffre ouvert – mais bien entendu jamais parcouru, la pratique étant ici plus prudente et plus éthique que la loi – en 2007 ; mais, en interdisant purement et simplement, on tient en échec certaines situations exceptionnelles où les critères dégagés par le Comité sont réunis et où le prélèvement sur un donneur vivant incapable serait, *in concreto*, indiqué et acceptable. Il est cependant vrai qu'il est plus aisé de prohiber que d'encadrer ; nous allons nous en rendre compte à propos d'un tout autre sujet.

50. Les civilistes apprécieront l'étonnant recours, dans ce contexte, à la figure de la « donation »...

SECTION 3

Vers une légitimation et un encadrement de la gestation pour autrui ?

16. L'éventualité et l'opportunité d'une légalisation de la gestation pour autrui (ci-après : G.P.A.) sont régulièrement évoquées, tant en France qu'en Belgique. Plusieurs propositions de lois ont été récemment déposées afin de permettre à un couple de faire naître un enfant qui leur soit, à tout le moins partiellement, biologiquement rattaché, lorsque la seule possibilité consiste à faire appel à une autre femme qui concevra (procréation pour autrui) et/ou portera (gestation pour autrui) cet enfant – soit que la mère d'intention ne soit pas en mesure de conduire une grossesse à terme, soit que l'enfant soit désiré par un couple homosexuel masculin⁵¹. Nous n'entrerons pas ici dans le détail de ces textes⁵² dont le point commun est de proposer, dans une mesure variable, un cadre légal pour une pratique séculaire, mais qu'il s'indique aussi d'analyser en une technique médicale d'assistance à la procréation. Il s'agira notamment d'élaborer les critères qui permettront d'y accéder, et de mettre au point les mécanismes rendant possible, au-delà de la gestation par une autre femme, la création d'un lien juridique entre l'enfant et ses parents (d'intention). Pour l'heure, la jurisprudence et la doctrine belges, pragmatiques, s'interrogent surtout sur les conséquences, en droit belge de la filiation et en droit international privé, d'une naissance obtenue par G.P.A. à l'étranger⁵³.

51. Dans l'ordre chronologique : proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée le 9 septembre 2010 par M. TOMMELEIN et consorts (Open VLD), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-130/1 ; proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée le 23 septembre 2010 par M^{me} DEFRAIGNE (MR), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-160/1 ; proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée le 6 octobre 2010 par M. MAHOUX (PS), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-236/1 ; proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée le 5 avril 2011 par M^{me} TEMMERMAN et M. SWENNEN (SP.A), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-929/1. Le débat est en cours et devrait, du moins peut-on l'espérer, être conduit sereinement et en profondeur.
52. Voy. l'ouvrage *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* reprenant les actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'U.C.L. le 24 avril 2012, à paraître aux éditions Bruylant ; G. VERSCHELDENDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *T.P.R.*, 2011, p. 1421, spéc. pp. 1481-1497, n°s 98-129.
53. Voy. not. Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 420, note N. GALLUS, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1815, note P. WAUTELET, et, en appel, Liège, 6 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 52, note P. WAUTELET, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 159, *J.T.* 2010, pp. 634 et 1134, *T. Vreemd.*, 2011, p. 117, note K. VANVOORDEN (couple homosexuel ayant recouru à une gestation pour autrui en Californie). Voy., sous les deux décisions, la note substantielle de C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *R. T.D.F.*, 2010, pp. 1139-1163, qui étudient le contrat tant sous l'angle du droit de la filiation qu'au prisme des droits fondamentaux en jeu (pp. 1154-1162) ; N. GALLUS et S. PFEIFF, « Gestation pour autrui et procréation médicalement assistée », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, Dossiers du J.T., 2012, pp. 347-368 et les réf. citées. Voy. ég. J. SOSSON, « La création d'un lien légal avec la mère génétique de l'enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », note sous Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *R. T.D.F.*, 2011, p. 176 ; J. VERHELLEN, « Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR », *T.P.R.*, 2011, pp. 1511-1555.

Il est techniquement, pratiquement et médicalement possible de remédier au désarroi des couples désireux de recourir à cette pratique. Mais est-ce légitime, d'un point de vue moral, et licite, au regard du droit ? Il semble que la G.P.A. soit un peu trop rapidement considérée comme contraire à des « principes » fondamentaux de droit civil familial ou de droit (bio)médical, alors qu'à bien y regarder, elle relève de l'autonomie personnelle et de la maîtrise corporelle. Une nouvelle approche du phénomène est indiquée⁵⁴, sous peine d'y voir l'un des derniers bastions d'une forme de moralisme qu'il serait salutaire de questionner, la régulation proprement juridique gagnant à être la plus neutre possible au regard des chemins de vie et des conceptions individuelles⁵⁵.

À ce stade, la G.P.A. n'est, en Belgique, ni interdite ni réglementée. Dans son avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, le Comité consultatif de Bioéthique considère que celle-ci « est éthiquement acceptable en principe », bien qu'elle fasse naturellement l'objet de conceptions divergentes, y compris sur le plan juridique ; il n'en prône nullement la prohibition mais suggère, au gré de positions nuancées, un encadrement prudent. Dans son avis du 14 février 2006 précédant la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée⁵⁶, le Conseil d'État relève (n° 26), au terme d'une analyse des droits fondamentaux applicables et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que, sur le *principe* du recours aux procédés de G.P.A., *aucune règle supérieure ne fait obstacle* à l'adoption de textes visant à les autoriser et à les réglementer.

17. Par contraste, la condamnation juridique la plus ferme de la G.P.A. n'est pas à chercher très loin : selon une jurisprudence de la Cour de cassation française qui ne se dément pas, c'est au nom des « principes d'ordre public de

54. Déjà en ce sens, N. MASSAGER, v° Gestation pour autrui, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, G. HOTTOIS et J.-N. MISSA (dir.), De Boeck Université, 2001, pp. 482-488, spéc. p. 484.
55. Voy. pour plus de détails notre étude « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle. Plaidoyer pour un droit neutre et libéré », à paraître in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, précité. En ce sens que, quoiqu'en pense la doctrine apparemment majoritaire, ce procédé, hors but de lucre, apparaît en soi comme admissible et relevant de la maîtrise du corps, l'adoption consécutive étant licite, voy. ég. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2^e éd., 2010, n° 119, et les réf. citées. Voy. surtout l'étude approfondie précitée de G. VERSCHULDEN, *T.P.R.*, 2011, pp. 1421-1501.
56. *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-417/3. La loi du 6 juillet 2007 n'envisage pas la G.P.A., en dépit de l'existence, à l'époque, de cinq propositions de lois sur la question. Sur cette loi, voy. not. M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *R.T.D.F.*, 2008, pp. 279-359 ; G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, pp. 17-27 ; et notre ouvrage *Droit médical et bio-médical*, Larcier, 2010, pp. 588-609.

l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » qu'est nulle la convention « par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance » (on notera qu'est ainsi visée la procréation, et non la « simple » gestation, pour autrui)⁵⁷. C'est que, selon la haute juridiction, pareilles conventions « portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 » du Code civil⁵⁸, et « contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle, au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère »⁵⁹.

Depuis 1994, la question est réglée dans le Code civil français, dont l'article 16-7 affirme que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». En dépit de cette rigoureuse fin de non recevoir, le débat ne se tarit pas chez nos voisins ; la littérature sur le sujet – et sur le principe même de la G.P.A. – y est vaste et les prises de position ne manquent pas⁶⁰. Des voix convaincantes et solidement argumentées

57. Cass. fr., ass. plén., 31 mai 1991, *J.T.*, 1991, p. 767, note X. DIJON et J.-P. MASSON, *J.C.P.*, 1991, II, 21752, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRÉ, *D.*, 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *Defr.*, 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, *RTDciv.*, 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, *R.R.J.*, 1991, 343, note T. BARTHOUIL, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, n^o 49, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE. Est ainsi très fermement cassé l'arrêt audacieux de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 (*J.C.P.*, 1991, II, 21653, note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU, *D.*, 1990, jur., p. 540, note F. BOULANGER).
58. « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». On remarquera que la nullité de la G.P.A. au regard de cette disposition – dont l'objet est, en soi, absolument étranger au droit du corps humain – est assénée comme un postulat, alors qu'elle ne va pas du tout de soi.
59. Cass. fr., 1^e civ., 13 décembre 1989, *Bull. civ.*, I, n^o 387, *D.*, 1990, jur., p. 273, rapp. J. MASSIP, *J.C.P.*, 1990, II, 21526, note A. SÉRIAUX, *Defr.*, 1990, p. 743, obs. J.-L. AUBERT, *RTDciv.*, 1990, p. 254, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI. Jurisprudence confirmée depuis lors : Cass. fr., 1^e civ., 9 décembre 2003, *D.*, 2004, p. 1998, note E. POISSON-DROCOURT, *Defr.*, 2004, p. 592, obs. J. MASSIP, *Dr. fam.*, 2004, comm. n^o 17, obs. P. MURAT, *RTDciv.*, 2004, p. 75, obs. J. HAUSER (arrêt selon lequel le caractère illicite de la maternité pour autrui « se déduit des principes généraux du Code civil » – on se garde bien de préciser lesquels – « et aujourd'hui de son article 16-7 ») ; Cass. fr., 1^e civ., 17 décembre 2008, *D.*, 2009, p. 166, obs. V. EGÉA, et p. 340, note L. BRUNET, *J.C.P.*, 2009, II, 10020, note A. MIRKOVIC, et 10021, note L. D'AVOUT, *Dr. fam.*, 2009, comm. n^o 15, obs. P. MURAT.
60. Pour un panorama du droit français, voy. not., outre les traités et manuels classiques de droit des personnes et des familles, l'exposé de L. LAMBERT-GARREL in *Les grandes décisions du droit médical*, F. VIALLA (dir.), L.G.D.J. / Lextenso, 2009, pp. 53-75 ; A. TURPIN et F. VIALLA, « Gestation pour autrui : la réapparition du débat », *R.G.D.M.*, 2008, pp. 273-293 ; J. HAUSER, « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », in *La liberté de la personne sur son corps*, P. MUZNY (dir.), Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2010, pp. 85-103. Cette question fut longuement abordée dans le cadre de la deuxième révision des lois « bioéthiques » qui a abouti à la loi n^o 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, laquelle n'a rien modifié au droit antérieur ; sur cette

s'élèvent pour critiquer la prétendue nullité de la G.P.A.⁶¹ et ses conséquences au regard de l'adoption d'un enfant né par ce biais à l'étranger, dont il est assez manifeste que l'impossibilité n'est pas conforme à son intérêt⁶².

18. Sur le fondement ainsi proclamé, l'interdiction de la G.P.A. repose-t-elle sur une base juridique un tant soit peu convaincante et solide ? Les « principes généraux » mobilisés à cette fin en sont-ils vraiment ? Une vérification s'impose : à bien y regarder, c'est le principe adverse (maîtrise et donc *disponibilité*, tant du corps que, dans une mesure évidemment contrôlée par l'Etat, de l'état des personnes) qui prévaut tant en droit positif⁶³ – certes davantage en Belgique qu'en France – que, le plus souvent, sur le plan éthique. Du reste, peu après le retentissant arrêt précité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation française du 31 mai 1991, il fut démontré, de manière magistrale, que les soi-disant « principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », qui s'y voient mobilisés, n'ont de valeur qu'incantatoire. *Inexistants en droit positif*, ils appartiennent à l'imaginaire d'une certaine doctrine, et ne sont pas en prise avec l'état actuel du droit, des pratiques et des besoins sociaux⁶⁴. Ce qui était déjà vrai en 1991

loi, voy. not. J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, LexisNexis, 2012 (spéc. pp. 52-55, n^{os} 123-128, à propos du rejet de la G.P.A.). Voy. ég. V. DEPADT-SEBAG, *Droit et bioéthique*, Larcier, 2^e éd., 2012, pp. 232-237.

61. Voy. surtout les nombreux travaux de Laurence BRUNET : « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *R.G.D.M.*, 2008, n^o 27, p. 155 ; « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », note sous Cass. fr., 1^e civ., 17 décembre 2008, *D.*, 2009, p. 340 ; « La gestation pour autrui ou les vertus heuristiques de l'épreuve des limites », *Revue politique et parlementaire*, 2009, n^o 1050, p. 76 ; « La gestation pour autrui : entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques) », *Revue Lamy Droit civil*, 2010, n^o 76, p. 75. Voy. ég. V. DEPADT-SEBAG, « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui », *R.G.D.M.*, 2004, n^o 12, p. 135, et M. BANDRAC, G. DELAIS DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *D.*, 2008, p. 434, qui s'étonnent que la G.P.A. soit interdite alors que le don de sperme et d'ovules est autorisé ; la question, en effet, *au regard du droit civil* et en particulier du droit de la filiation, mérite d'être posée.
62. D. BERTHIAU et L. BRUNET, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, p. 1522 ; H. GAUMONT-PRAT, v^o Mère porteuse, in *Dictionnaire du corps*, M. MARZANO (dir.), P.U.F., Quadrige, 2007, p. 580. Voy. ég. G. KESSLER, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2006, étude n^o 16.
63. Voy. la précieuse étude d'ensemble approfondie de F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, L.G.D.J., 2006, spéc. pp. 71-82.
64. M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », *RTDciv.*, 1991, pp. 489-528. Devenue un classique de la littérature juridique, cette remarquable étude conserve toute sa vigueur et son actualité. Voy. aussi, aboutissant à la même conclusion, B. BEIGNIER, « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. REVET (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, pp. 13-25.

l'est à plus forte raison plus de vingt ans plus tard : on imagine difficilement que la légitime revendication croissante d'autonomie quant aux choix de vie personnels (corporels, relationnels, sexuels) s'affaiblisse ou, par exemple, qu'un brutal coup d'arrêt frappe l'utilisation d'éléments et produits du corps au bénéfice d'autrui ou de la recherche.

Un « principe général » est supposé s'induire de règles éparses de droit positif, après vérification de sa conformité à l'évolution des mœurs et aux besoins sociaux. Il n'est guère concevable d'en affirmer péremptoirement l'existence si, d'entrée de jeu, celle-ci est démentie par l'état effectif du droit et de la société. Or, il est *manifeste* que le corps humain n'est pas « indisponible » : il est bel et bien, très souvent, un instrument au service des fins – y compris lucratives – poursuivies par la personne, et est pour beaucoup un outil direct de travail, donc de gain, tandis que les éléments et produits du corps circulent de bien des façons, dans divers buts et depuis longtemps. Le droit (bio)médical – dont relève assurément la G.P.A. – ne cesse de mettre l'accent sur l'importance de l'autonomie du patient, corollaire de sa maîtrise corporelle : or, être maître de son corps, c'est bien sûr pouvoir *dire non*, s'opposer à une atteinte non consentie, mais c'est aussi, par miroir, pouvoir en faire *ce que bon nous semble*, pourvu que nous ne nuisions pas à autrui ⁶⁵.

Dans une société libérale, humaniste et pluraliste, il est difficile d'admettre que notre corps pourrait être assujéti à une autre souveraineté que la nôtre. Sans doute, dans le champ médico-scientifique, proclame-t-on fermement, d'une part, que, sauf circonstances exceptionnelles, aucune atteinte corporelle n'est légitime si elle ne s'autorise pas du *consentement* de la personne qui la subit et, d'autre part, que les échanges doivent s'effectuer à *titre gratuit*, le corps n'étant pas susceptible de faire l'objet de droits patrimoniaux ⁶⁶. Mais

65. Voy., pour une présentation détaillée, notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010. Voy. ég. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Le statut juridique du corps humain en Belgique », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Actes des Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, Bruylant/LB2V, 2012, pp. 63-94 ; Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications », in *Les droits de la personnalité*, J.-L. RENCHON (dir.), Bruylant, Famille & Droit, 2009, pp. 23-118. Comp. not., en France, F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, pp. 59-76, n^{os} 56-72.

66. Ce dogme, soit dit en passant, mériterait lui-même d'être nuancé. Voy. sur ce point l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n^o 43 du 10 décembre 2007 relatif à la problématique de la commercialisation de parties du corps humain, et l'avis déjà cité n^o 50 du 9 mai 2011 concernant certains aspects éthiques des modifications apportées par la loi du 25 février 2007 à la loi du 13 juin 1986 relative au prélèvement et à la transplantation d'organes (disponibles à l'adresse <http://www.health.fgov.be/bioeth>) et dans le périodique *Bioethica Belgica*), ainsi que l'avis relatif au consentement au prélèvement *post mortem* de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique, en voie de finalisation.

l'extra-patrimonialité du corps, de ses éléments et de ses produits, n'implique nullement qu'il soit hors du commerce juridique entendu au sens large, et encore moins qu'il soit indisponible *pour le sujet lui-même*. Le droit est certes appelé à intervenir « à la marge » pour encadrer certaines pratiques et juguler les risques qu'elles comportent ; mais seuls les *excès* doivent être contenus ou sanctionnés, sans mettre en péril le modèle même promouvant l'utilisation libre et autonome de ses propres facultés corporelles, et, au-delà, le balisage *éthique* offrira une indispensable mise en perspective prudentielle.

19. Le constat est le même quant au soi-disant principe de *l'indisponibilité de l'état des personnes*. Ne peut-on pas changer de nom, de domicile, d'état civil par le mariage ou le divorce – celui-ci s'étant du reste dépassionnalisé et déjudiciarisé, accroissant la préservation de la vie privée des époux par un amoindrissement de l'acuité du « contrôle social » sur leurs motivations et leurs parcours de vie, depuis la loi du 27 avril 2007 ? Bien plus, ne peut-on pas désormais imposer à l'autorité civile un *changement de sexe* effectué pour de (douleureuses) raisons médicales, déjà avant la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, par l'effet d'une jurisprudence progressiste, mais incontestablement depuis lors⁶⁷ ? Il n'est à cet égard pas anodin de relever qu'en France, c'est par référence au fondement de l'interdiction opposée, jusqu'à la condamnation prononcée à Strasbourg, au transsexuel opéré de concrétiser administrativement et juridiquement son changement de sexe que l'on évoque ce soi-disant principe⁶⁸, dès lors singulièrement hors de propos dans notre pays. Sans doute la *filiation* est-elle, en tant que telle, davantage à l'abri des volontés individuelles, et l'ordre public – au strict sens où il nous semble devoir être entendu – a-t-il assurément une large place en la matière. Il reste que c'est déjà une convention ayant « pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle » qui se donne licitement à voir dans les hypothèses de procréation assistée avec appel à un tiers donneur. Il reste aussi que l'inscription d'un enfant dans un lignage, et la confirmation par le droit du lien qui l'unit à ceux qui l'élèvent et en prennent soin, laissent *de facto* une certaine place à l'autonomie et aux décisions personnelles : le mécanisme de la reconnaissance –

67. Sur le nom et le prénom, le sexe et le domicile comme éléments de l'état des personnes permettant leur identification, et sur la « mutabilité contrôlée » des deux premiers, voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2^e éd., 2010, pp. 79-109. Sur le transsexualisme et la loi du 10 mai 2007, voy. ég. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 532-541 ; S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 2009, pp. 59-117.

68. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, pp. 134-138, n^{os} 127-130, qui précisent (p. 136, n^o 128) « qu'il n'y a pas d'immuabilité contrôlée – loin de là – de l'état de la personne. À tel point que certains oseront peut-être avancer l'idée de mutabilité contrôlée ».

qui peut être mensongère, et révèle alors une sorte de « contrat affectif » – et l'institution de l'adoption en témoignent.

Ne pouvant s'autoriser d'aucune autre assise *juridique* que les « principes » susmentionnés, la prohibition des conventions de G.P.A. repose donc sur du sable. Si le corps humain est inviolable et hors du marché, extra-patrimonial – ce qui renvoie à l'exigence incontournable du consentement, dans sa double facette d'opposition (*noli me tangere*) et de disposition –, il n'est en rien indisponible : déjà effective à de très nombreux égards, la maîtrise corporelle trouverait dans la pratique bien encadrée de la G.P.A. une nouvelle concrétisation. Quant à la soi-disant indisponibilité de l'état, elle n'est qu'un voile factice à l'emprise de la volonté sur le destin. Affirmer la licéité de principe – bien sûr conditionnelle et soigneusement balisée – de la G.P.A. procéderait du souci d'appréhender la réalité juridique et sociale d'une manière cohérente, avec exactitude et sans faux-fuyant. Quant à la filiation de l'enfant, assurément atypique, un défrichage législatif semble nécessaire, des mécanismes originaux devant vraisemblablement être imaginés ; mais, de même, aucun dogme « indérogeable » ne paraît faire obstacle à pareil aménagement, du reste cantonné à des situations exceptionnelles.

20. Mais n'y a-t-il pas autre chose ? On met en avant, afin de fonder le rejet de la G.P.A., le légitime souci d'éviter l'exploitation des femmes démunies. L'objection ne paraît pas pertinente, pour deux raisons. D'une part, il s'en faut de beaucoup que la G.P.A. témoigne *ipso facto* d'un asservissement de la mère porteuse ou d'une instrumentalisation de son corps⁶⁹ : pareil raisonnement, qui pêche par dogmatisme, fait fi de l'*autonomie* de cette femme, qui sera dans la grande majorité des cas une proche des parents d'intention (sœur, amie) ; l'encadrement médical mais aussi psycho-social de l'acte permettra de vérifier sa lucidité et sa stabilité émotionnelle, ainsi que de l'éclairer complètement sur la démarche dans laquelle elle s'engage. C'est bien une utilisation corporelle – et non, *en règle*, une soi-disant « aliénation » – qui est à l'œuvre ici, sans qu'il soit établi que celle-ci nuirait à qui que ce soit⁷⁰.

69. Pour une démonstration convaincante, voy. M. IACUB, v° Maternité pour autrui, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, M. CANTO-SPERBER (dir.), P.U.F., Quadrige, 2004, t. 2, pp. 1225-1226.

70. En ce sens que c'est bien en vertu « d'une certaine représentation morale de la maternité, à laquelle la loi confère la force d'un impératif », que le législateur français s'est déterminé, déclarant indisponibles les facultés gestationnelles « en dérogation au principe de disponibilité du corps humain, qui prévaut pleinement aujourd'hui », au motif qu'« une femme ne peut pas ériger en service le processus physiologique par lequel l'embryon fécondé devient un enfant né. Une conception dominée par le naturalisme considère que ce processus ne relève pas du pouvoir de la femme, parce qu'il ne ressortit pas à son vouloir », voy. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, P.U.F., Droit fondamental, 2006, pp. 278-279, n° 315.

D'autre part, la volonté, permanente en bioéthique, d'éviter les dérives mercantiles et la marchandisation des corps, si elle est d'évidence en tous points louable, n'impose nullement une *interdiction radicale*, fût-elle implicite ou indirecte, de la technique considérée ; un encadrement soigneux, strict mais raisonnable, est de nature à contenir adéquatement ces risques. La prohibition n'est qu'une échappatoire commode permettant de ne pas analyser en profondeur les arguments en présence, qui ambitionnent d'élaborer une réglementation équilibrée.

On allègue aussi que les *conséquences sanitaires et psychologiques* de la G.P.A. pour l'enfant à naître et la femme qui l'a porté seraient incertaines. Pour compréhensible et digne d'intérêt qu'il soit, cet argument est de type spéculatif ; n'étant à ce stade étayé par aucune investigation sérieuse, il s'avère tout à fait insatisfaisant. S'il ne viendrait à l'idée de personne de nier les liens qui se nouent *in utero*, il est impossible, à défaut d'études le mettant en évidence, d'affirmer et d'objectiver l'existence, la consistance et l'importance d'un véritable impact psychologique de la G.P.A. sur les enfants nés de cette technique. Or, aussi longtemps que celle-ci est – explicitement ou non – prohibée, on ne pourra s'en assurer. Ce n'est alors rien d'autre qu'une forme de « principe de précaution » que l'on entend faire prévaloir : dans le doute, abstenons-nous... quitte à ne jamais savoir, précisément, et à fermer les yeux sur des situations de réelle détresse. Au reste et de manière similaire, estimer qu'une « incertitude » pourrait justifier l'éviction pure et simple d'une pratique hors du champ juridique n'est en soi guère satisfaisant, *a fortiori* lorsque l'enfant est né et qu'il s'impose de le relier civilement à ceux qui ont désiré – au prix de tant d'embûches – sa venue au monde, et qui l'élèvent au quotidien.

21. En réalité, les opposants à toute légalisation (conditionnelle) de la G.P.A. paraissent s'appuyer sur l'idée symbolique et anthropologique selon laquelle, *nécessairement*, un lien trop intense se noue *in utero* entre l'enfant à naître et la femme qui le porte, de sorte que, *par définition*, la mère de l'enfant ne peut être que cette femme, toute dissociation étant perçue comme dangereuse car, pour tout dire, « contraire à la nature des choses » et la remise de l'enfant à la naissance aux parents d'intention semblant « inconcevable ». Cette approche peut, bien entendu, se revendiquer d'une louable dose de raisonnable prudence. Elle ne va cependant pas de soi, ne fût-ce que parce qu'elle ne s'ouvre pas aux désirs et au ressenti *concrets* des protagonistes. L'éventuelle (voire probable) réprobation par certains, à l'aune de *leurs* conceptions morales personnelles, de telle utilisation du corps ou de telle manifestation de l'autonomie d'autrui est inévitable et légitime sur un plan individuel ; mais elle est insusceptible de fonder une règle de droit générale valant pour tous.

S'agissant de la *conception comme telle*, nous sommes aujourd'hui habitués à une dissociation de la provenance du matériel génétique et de l'attribution de la parenté – qu'il s'agisse d'une procréation assistée avec don de gamètes, mais aussi de la reconnaissance par un autre homme que le père biologique, et de l'adoption. Le défi est alors de mieux préciser le rôle et la fonction de la gestation sur le plan juridique, sans l'escamoter mais sans davantage en exacerber à outrance l'importance et la signification : « la donnée biologique (...) n'a jamais été de taille à épuiser la symbolique des rapports de filiation qui sont toujours l'objet d'une reconstruction personnelle de l'individu par l'individu, en serait-il inconscient », de sorte qu'« on doit admettre que le lien biologique, évacué en cas d'insémination avec donneur de gamètes, peut aussi reculer en cas de maternité pour autrui »⁷¹.

La G.P.A. suscite, bien sûr, de compréhensibles interrogations et inquiétudes. Sans doute, dans un cadre contractuel qui serait balisé par la loi⁷², peut-on supposer que le spectre de la marchandisation du corps et de l'exploitation de femmes pauvres par des couples aisés pourra être efficacement tenu à distance. Il reste qu'une certaine forme de pression morale et affective exercée sur la mère porteuse, un désagréable sentiment d'intrusion excessive des parents d'intention dans son intimité, ou une relative déstabilisation psychique de l'enfant – voire de la gestatrice – ne sont pas à exclure. Peut-on pour autant affirmer qu'il s'agirait là de risques à ce point certains, aigus, systématiques et intrinsèquement liés à la G.P.A. – par comparaison avec d'autres schémas de procréation assistée – qu'ils devraient tenir en échec le désir mûrement réfléchi d'individus supposés raisonnables et qui, si la pratique était réglementée, seraient soigneusement conseillés, encadrés et suivis ? Les fondements de la soi-disant « nullité » des conventions de G.P.A. étant pour tout dire inexistantes, et leurs effets négatifs n'étant objectivés par aucune étude ni *case law*, il nous semble que leur licéité de principe peut se recommander du droit au respect de la vie privée et familiale des parents d'intention, et de la maîtrise corporelle de la mère porteuse. Au-delà, tout devrait être discuté : les objections, qu'il faut bien sûr prendre en considération, « militent pour un strict contrôle des maternités de substitution plutôt que pour un refus pur et simple de celles-ci »⁷³.

71. F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987, pp. 182 et 184.

72. Sur les perspectives de *lege ferenda*, voy. l'ouvrage *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'U.C.L. le 24 avril 2012), Bruylant, à paraître. Voy. aussi, de façon générale, l'étude progressiste et très complète de G. VERSCHULDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *T.P.R.*, 2011, pp. 1421-1501.

73. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr., ass. plén., 31 mai 1991, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, p. 268, n° 5.

SECTION 4

**La réécriture de l'article 458bis du Code pénal,
ou la dilution du secret professionnel**

22. 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'autorité⁷⁴ 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 la dynamique traditionnelle – qui voulait que la balance entre le droit de parler et celui de se taire penchât plutôt du côté du silence –, le nouveau texte étend le « droit de parole » de tout professionnel confronté à des (suspensions de) maltraitances d'une manière qui n'apparaît pas forcément raisonnable, au risque de 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 – elle procède du légitime souci de couper court aux abus, marginaux, du droit de garder le silence –, mais qui charrie de multiples interrogations et laisse émerger des risques insuffisamment maîtrisés. Nous l'exposons en détail ailleurs⁷⁵ ; il est néanmoins utile de souligner ici l'importance criante de l'enjeu en présence, et les travers de la version nouvelle du texte.

Le secret professionnel figure traditionnellement au fronton des obligations de toute personne, en particulier les médecins et les avocats, amenée à recueillir des confidences ou à prendre connaissance de données médicales, personnelles et familiales sensibles⁷⁶. Bien sûr, le secret médical – archétype de tout secret professionnel, tant aux termes mêmes de l'article 458 du Code

74. M.B., 20 janvier 2012 ; *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53/1639. Pour un commentaire complet, 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.

75. G. GENICOT, « L'article 458bis nouveau du Code pénal : le secret médical dans la tourmente », *J.T.*, 2012, en voie de parution.

76. Ainsi qu'on a pu l'écrire, « le secret professionnel (...) 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^e éd., 2006, p. 265, n° 388). Selon J.-R. BINET (*Droit médical*, Montchrestien / Lextenso, 2010, pp. 44-54, n° 79-95), « le secret médical est le devoir le plus important du médecin ».

pénal que dans la conscience sociale – n'est pas absolu : 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 là⁷⁷. Il importe par ailleurs de 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 longtemps perçu comme un dogme inébranlable. 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'Eglise, qui a rendu son rapport le 31 mars 2011⁷⁸ et dont les nombreuses recommandations ont, pour partie, été rapidement traduites dans la loi du 30 novembre 2011.

23. 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 référés. 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 soigner⁷⁹. Cet impératif majeur peut aisément être transposé à l'assistance psycho-sociale 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,

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

78. *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-0520/002.

79. Le secret médical repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui doivent se confier aux professionnels de santé (Cass., 2 juin 2010, *Pas.*, n° 386) et de permettre à chacun d'obtenir les soins qu'exige son état, quelle qu'en soit la cause (Cass., 16 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1390, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 25, note D. FRERIKS ; voy. déjà Cass., 23 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1180). Il vise à inspirer une entière sécurité à ceux dont les médecins peuvent être les confidents à propos de faits qui doivent rester secrets (Cass., 18 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 924). Il est violé dès que la révélation de tels faits est volontaire et spontanée, même si elle est faite à la justice (Cass., 26 septembre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 89 ; 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1102).

minutieusement régi par les codes de déontologie (lorsqu'ils existent) et dont la violation est pénalement sanctionnée, est précisément de préserver ce socle de granit.

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 par une loi que l'on peut qualifier de circonstancielle. Issu de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs, l'article 458*bis* du Code pénal contient un assouplissement légal au principe du secret professionnel lorsque le médecin – ou tout autre intervenant – constate ou apprend que des maltraitements ont été commis sur un enfant, lequel se trouve de ce fait confronté à un danger grave et imminent de récurrence⁸⁰. Prenant connaissance d'une infraction portant atteinte à l'intégrité physique ou morale d'un mineur (attentat 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), le dépositaire du secret *peut* informer le procureur du Roi, sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422*bis* relatif à l'assistance à apporter à une personne exposée à un péril grave. Il faut, à cette fin, qu'il ait *examiné la victime ou recueilli les confidences de celle-ci*, constaté l'existence d'un *danger grave et imminent* pour son intégrité mentale ou physique et qu'il ne soit pas en mesure, lui-même ou avec l'aide de tiers, de protéger celle-ci.

24. L'idée était qu'il fallait acquérir une relative certitude des faits, et 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 : les confidences faites par *l'auteur* d'un acte délictueux n'étaient donc pas visées. L'impossibilité d'intervenir efficacement soi-même supposait qu'avant de dénoncer, le 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-ci⁸¹. Il était en cela rappelé aux professionnels qu'ils endossent la responsabilité de procurer, en première instance, l'assistance nécessaire aux enfants en danger ; l'équilibre entre l'impératif du secret et la nécessité d'apporter cette aide se voyait ainsi raisonnablement assuré, et il n'est pas apparu que l'article 458*bis* dans sa rédaction initiale ait suscité des difficultés d'application particulières. Le professionnel demeure

80. Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 241-244.

81. 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. 240-241.

l'arbitre des valeurs en présence et conserve la liberté de décider ou non d'informer le parquet ; la violation consciente du secret tenait lieu d'*ultimum remedium*⁸² lorsqu'il était confronté à un danger effectif, sérieux, grave et menaçant.

Si les conditions strictes précitées 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 422*bis* 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 danger⁸³.

25. Tel qu'il est réécrit par la loi du 30 novembre 2011, l'article 458*bis* du Code pénal dispose que « toute personne qui, par état ou par profession,

82. 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'Eglise*, Rapport de la Commission spéciale de la Chambre du 31 mars 2011, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-0520/002, p. 236.

83. Voy. 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 458*bis* du Code pénal ou par l'état de nécessité », p. 22. La cour d'appel de Mons applique l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1987 (*Pas.*, 1987, I, p. 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). 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 ». 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, arrêt qui rappelle 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 déterminés par la loi ».

est dépositaire de secrets et a de ce fait connaissance d'une infraction prévue aux articles 372 à 377, 392 à 394, 396 à 405^{ter}, 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 422^{bis}, 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 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 ».

Il faut d'emblée relever que la disposition nouvelle 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 du reste 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 législateur ne semble pas s'être aperçu qu'il raisonnait en se focalisant sur une problématique particulière, mais qu'il modifiait 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, psycho-social 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.

Le texte 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 admise – et 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 modifié. Le dépositaire du secret continue à jouir d'une *faculté 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. Si l'on ne s'est fort heureusement pas orienté vers une *obligation de parler*⁸⁴, le bouleversement, réel, est au minimum double.

84. Néanmoins préconisée par certains. Voy. sur ce point notre étude de l'article 458^{bis} nouveau du Code pénal, à paraître au *J.T.*, n° 14-18.

26. *Rationae personae*, le texte 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 »⁸⁵. L'élargissement 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 éthique⁸⁶ et tend aujourd'hui à être de plus en plus présente dans le champ du droit⁸⁷. 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 »⁸⁸. En vue de durcir, par une majoration des peines prévues, 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, au regard des paramètres précités, « était apparente ou connue de l'auteur des faits ».

Si le souci d'accroître la protection pénale des personnes vulnérables peut en soi sembler louable, ne faut-il pas déplorer que cette (nouvelle) catégorie juridique soit définie d'une manière très large et, partant, trop vague, 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, traduisant 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 cause⁸⁹. Mais n'est-elle

85. Notons 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 458*bis* du Code pénal en vue d'étendre celui-ci aux délits de violence domestique, qui n'entrera en vigueur que le 1^{er} mars 2013 (*M.B.*, 26 mars 2012 ; *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-30 ; *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53/1995).

86. Voy. not. 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 protection », in *Les 15 ans du Comité consultatif de Bioéthique. Bilans & perspectives*, Lannoo Campus, 2012, p. 83.

87. Voy., pour un panorama complet de la question sous l'angle juridique, *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, F. ROUVIÈRE (dir.), Bruylant, 2010, 721 p.

88. *M.B.*, 23 janvier 2012, entrée en vigueur le 2 février 2012 ; *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53/80.

89. Le Comité international de bioéthique de l'UNESCO a rendu le 22 juin 2011 un rapport fouillé consacré 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 bio-

pas trop floue, subjective et contingente, pour prétendre 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 qui prévaut en cette matière ? Outre qu'il témoigne d'un net élargissement des incriminations – et donc, sociologiquement parlant, d'une pénalisation croissante qui n'est peut-être pas la bienvenue –, ce passage hardi de l'éthique au droit, tel qu'il a été opéré, n'est-il pas paradoxalement de nature à faire ombrage à l'indispensable *autonomie* des individus même vulnérables, en les voyant prioritairement comme des victimes potentielles d'abus, plutôt que comme des agents *a priori* libres, quoique fragiles ?

27. *Rationae materiae*, ce qui paraissait évident onze ans plus tôt 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 pourra, s'il ne s'estime pas en mesure, seul ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité – 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*

éthique 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 & recommandations »), lequel 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-bio-ethics-committee/reports-and-advice>.

lui-même et non plus uniquement, comme précédemment, par la victime⁹⁰. Susceptible de laisser le champ libre à de doubles discours faussement rassurants, un tel climat n'est-il pas de nature à dissuader les auteurs de délits (notamment) sexuels de consulter un thérapeute... ou un avocat, hypothéquant par là leur prise en charge thérapeutique et leur soutien juridique ? On ne paraît pas avoir réellement pris l'exacte mesure de ce risque⁹¹.

28. Par ailleurs, la dénonciation peut viser la protection de victimes futures *potentielles*, en présence d'« indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables visées soient victimes », formulation fort vague⁹². Le but affirmé était bien de permettre les actions préventives. L'assimilation, 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, du 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 – est tout sauf anodine : la révélation hâtive pourra apparaître comme une échappatoire confortable, et c'est elle qui deviendrait alors l'alibi commode de la passivité.

90. Rapport précité du 31 mars 2011, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-0520/002, not. 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. 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 : 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 ».
91. 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 (Cass., 9 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 662 ; 18 juin 2010, *Pas.*, n° 439). Ceci renvoie à la discussion sur la possibilité pour le patient de *déliier 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. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 228-234). 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*. 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 appartienne au juge de constater (Cass., 1^{er} février 2006, *Pas.*, n° 65, concl. D. 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.
92. Voy. la discussion dans le Rapport fait au nom de la Commission de la justice le 15 juillet 2011, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1639/003, spéc. pp. 16-26.

L'orientation choisie risque de compliquer singulièrement le positionnement des professionnels : sont-ils vraiment à même d'apprécier les « indices » en question ? Leur jugement ne sera-t-il pas par définition incertain et contingent, la situation étant jaugée différemment par les personnes travaillant au sein d'une même équipe ou d'un même service ? Le glissement imprimé pourrait conduire à passer de la concrétisation, dans des situations particulières, d'un état de nécessité circonscrit et assez précisément défini, à une énième application d'une forme de « principe de précaution » faisant pression, morale ou juridique, sur les dispensateurs d'aide : la révélation devient le principe valorisé, et le silence l'exception suspecte. L'efficacité et la sérénité des relations d'aide risquent fort de s'en trouver altérées.

29. En synthèse, malgré le net élargissement de sa portée, l'article 458*bis* nouveau du Code pénal charge toujours les professionnels qu'il vise – à commencer par les médecins, mais aussi les avocats, et beaucoup d'autres – d'un délicat arbitrage des valeurs en présence, en vue de déterminer si, dans les circonstances concrètes dont ils ont 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. À notre sens, la réaction appropriée et mesurée à réserver aux hypothèses de mise en danger de personnes fragiles – apanage, en conscience, des professionnels concernés – devrait demeurer gouvernée par le principe essentiel de la confidentialité de l'accompagnement, et par une tradition plus saine d'arbitrages *in concreto*. Ceci vaut pour toutes les formes d'assistance, médicale, psychologique et juridique. L'excès de prudence pourrait en outre amener des dénonciations hâtives et induire une relative déresponsabilisation, les professionnels se sentant dédouanés par la révélation alors qu'il convient d'abord et avant tout qu'ils *protègent eux-mêmes*, le cas échéant avec l'aide de tiers, l'intégrité des victimes, la divulgation à l'autorité judiciaire ne devant, on l'a vu, intervenir qu'en toute dernière extrémité⁹³. Or, le refus d'une telle divulgation, inspiré du souci d'éviter toute confusion des rôles et des dynamiques et de conserver la confiance bien comprise de celui

93. 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 458*bis* 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 ».

qui se confie et demande assistance, laisse planer le spectre de plus en plus ferme de la non assistance à personne en danger, obligation générale quoiqu'aux contours plus stricts. Dès lors, il est permis de craindre que, tel qu'il se présente désormais, l'article 458*bis* 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. 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 saines⁹⁴.

La modification imprimée à cette disposition par la loi du 30 novembre 2011, d'une grande importance symbolique⁹⁵, 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 constructive, 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 bien loin des conditions strictes de l'état de nécessité –, il serait souhaitable de parler. Pourtant, la lutte contre les maltraitements diverses infligées en particulier aux mineurs, évidemment cruciale, 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, loin des prétoires et des caméras qui, inévitablement, s'agiteront tous azimuts une fois le parquet avisé. Le souci parfois aveugle de pénalisation ne devrait pas l'emporter sur les vertus de la réparation lente 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. Or, ce qui ressort en filigrane

94. 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 (pp. 121-122) que le médecin est en premier lieu un professionnel de santé et ne doit pas devenir une sorte d'agent de l'État, et que 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.

95. Elle 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).

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, au risque en cas d'erreur de causer de réels dégâts humains⁹⁶. Il est permis de ne pas être au diapason d'une telle approche.

30. Face à pareil tableau, sans doute exagérément sombre, on veut croire, avec confiance, que les professionnels visés auront à 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. Il faut donc s'en remettre à leur *conscience*, à leur expérience et à leur jugement, si l'on souhaite éviter les délations fondées sur du sable et des impressions insuffisamment étayées. Ceci confirme l'importance – éthique mais aussi juridique – de la notion de *conscience individuelle*, que nous retrouverons d'ailleurs ci-après. Considéré comme une valeur permettant l'éviction d'une obligation juridique déterminée – en l'occurrence le concours dû à l'Etat par un témoignage en justice ou la dénonciation d'infractions –, le secret professionnel « semble ainsi pouvoir fonder une véritable objection de conscience au devoir de témoigner, de dénoncer un malfaiteur et, plus généralement, d'apporter son concours à la justice »⁹⁷. 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.

96. 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 spéc. la conclusion, pp. 245-246.

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

SECTION 5

Les débats actuels portant sur la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie

31. La place du mineur en droit médical, d'une part, et l'avenir de la protection des personnes vulnérables, d'autre part, sont examinés de manière approfondie dans le présent ouvrage, respectivement par Aurélie Nottet et Nicole Gallus. Sous le bénéfice de leur éclairage, ainsi que de ce que nous avons pu développer ailleurs⁹⁸, nous voudrions évoquer brièvement l'actualité de certains débats relatifs à la loi du 28 mai 2002, dont nous avons célébré cette année le dixième anniversaire⁹⁹. Ceux-ci concernent en effet, entre autres, l'éventualité d'une extension du texte au bénéfice de (certains) mineurs, et une approche plus fine de la lucidité déclinante et de l'amoindrissement de la « conscience » pouvant en particulier accompagner le grand âge. Est ainsi mise en lumière la nécessité, tant juridique qu'éthique, non seulement de protéger les personnes vulnérables, mais aussi de garantir leur autonomie.

32. L'article 4 de la loi relative à l'euthanasie¹⁰⁰ prévoit que tout majeur ou mineur émancipé capable peut, pour le cas où il ne pourrait plus manifester sa volonté, consigner par écrit, dans une *déclaration anticipée*, sa volonté qu'un médecin pratique une euthanasie si ce médecin constate qu'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable, *qu'il est inconscient* et que cette situation est irréversible selon l'état actuel de la science. Ne pouvant légalement concerner que les patients *irréversiblement*

98. G. GENICOT, « Les recommandations du Comité consultatif de Bioéthique relatives aux personnes vulnérables », *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 267-290 ; « Les personnes vulnérables dans les avis du Comité : entre autonomie et protection », in *Les 15 ans du Comité consultatif de Bioéthique. Bilans & perspectives*, Lannoo Campus, 2012, p. 83 ; « Le grand âge en droit médical : entre ombres et lumières », in *Le droit des seniors. Aspects civils, sociaux et fiscaux*, F. GEORGES (dir.), Anthemis/Jeune Barreau de Liège, 2010, pp. 323-357. Voy. aussi J. FIERENS et G. MATHIEU, « Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables », in *Les droits de la personnalité*, J.-L. RENCHON (dir.), Bruylant, Famille & Droit, 2009, pp. 253-279.
99. Ce qui fut, à nouveau, l'occasion de réaffirmer avec force l'importance des valeurs essentielles qu'elle promet (« Loi sur l'euthanasie : heureux anniversaire ! », *La Libre*, 16-17 juin 2012), en réaction à ceux qui croient pouvoir la toiser sous un jour biaisé et teinté de parti-pris (« Dix ans d'euthanasie : un heureux anniversaire ? », *La Libre*, 12 juin 2012).
100. Pour une présentation complète, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 634-674. Voy. ég. les Rapports bisannuels rédigés par la Commission de contrôle et d'évaluation de la loi, dont le cinquième reprend les données relatives aux années 2010 et 2011, ainsi que la brochure d'information que la Commission a élaborée à l'intention du corps médical ; ces documents sont disponibles à l'adresse <http://www.health.belgium.be/eportal/Healthcare/Consultativebodies/Commissions/Euthanasia/Publications/index.htm>.

inconscients, l'euthanasie pratiquée à la suite d'une déclaration anticipée est extrêmement rare en pratique (environ 3 % des cas). Par ailleurs, les conditions relatives à la *qualité de la demande* posées par l'article 3, § 1^{er}, de la loi – patient « capable et conscient au moment de sa demande », laquelle doit être « formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée » et ne pas résulter d'une pression extérieure – font obstacle à ce que celle-ci émane de personnes inconscientes (coma, état végétatif permanent) ou qui ne disposent plus d'une clarté d'esprit suffisante pour la formuler. Dès lors, en pratique, les rares cas d'euthanasie concernant des victimes de la maladie d'Alzheimer ont toujours lieu sur la foi d'une *demande actuelle* – le médecin confirmant la persistance d'une conscience suffisante et d'une aptitude à formuler une demande « volontaire et réfléchie » – et non d'une déclaration anticipée, car ces malades ne sont pas considérés comme irréversiblement inconscients au sens de la loi.

Pourtant, d'un point de vue conceptuel, il est impossible d'élaborer une réglementation légale cohérente de l'euthanasie – et, plus généralement, de la fin de vie médicalisée – sans envisager le cas des patients qui, au moment de prendre la décision ultime, ne disposent plus, en fait, de la clairvoyance requise à cette fin. De prime abord, on pourrait percevoir ici une sorte de tension entre la consécration de l'autodétermination, prérogative par hypothèse reconnue à tous en tant que droit de la personnalité, et la nécessité de s'assurer de la *validité* du consentement qui la manifeste ; elle n'est pas insurmontable. En vue de tenir adéquatement compte des émotions, de la subjectivité, de l'expérience de vie – ce qui suppose une distinction soignée entre compréhension cognitive et ressenti de l'environnement –, les instruments légaux instaurés dans ce cadre sont la *déclaration anticipée*, combinée, si le patient le souhaite, avec la désignation d'une *personne de confiance* chargée – comme dans le système général des droits du patient issu de la loi du 22 août 2002 – non pas de communiquer *sa propre volonté*, mais d'informer le médecin de *celle du malade*, qu'elle est censée connaître en raison des liens familiaux ou affectifs qui les unissent, de sorte qu'il n'y a aucune brèche dans le principe d'autodétermination¹⁰¹.

33. De façon générale, la directive anticipée est une technique promue par le droit médical moderne et qu'il y a lieu d'encourager vigoureusement, sans cependant masquer les interrogations qu'elle suscite. Il s'agit, pour une personne en bonne santé, de *consigner préventivement sa volonté* au sujet des traitements qu'elle souhaitera – ou le plus souvent qu'elle refusera – au moment

101. Pour plus de détails, voy. G. GENICOT, « Le grand âge en droit médical : entre ombres et lumières », précité.

où elle sera devenue incapable de prendre une décision, ou simplement de *décrire* ce à quoi elle aspire et ce qu'elle ne tolérerait pas¹⁰². Dans le cadre de la loi du 28 mai 2002, sera précisément consignée la *volonté qu'une euthanasie soit pratiquée* au cas où, atteinte d'une affection grave et incurable à un moment ultérieur de sa vie et étant irréversiblement inconsciente, la personne ne serait pas capable d'en faire alors la demande ; la déclaration anticipée vise alors bien davantage qu'un refus de soins inutiles, et autre chose qu'un souhait de soins palliatifs. Elle ne désresponsabilise nullement le médecin en lui permettant de s'en remettre purement et simplement à une volonté exprimée antérieurement par le malade : pour y donner suite, il doit *constater* la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et *l'inconscience irréversible* du malade, et bien entendu respecter l'ensemble des conditions et procédures légales. Il doit en particulier consulter un second médecin « quant à l'irréversibilité de la situation médicale du patient » – il n'est plus ici question de *souffrance*, vu l'impossibilité d'en vérifier la présence, même si l'imperceptibilité de la souffrance et la circonstance que le malade n'en a pas conscience n'en impliquent pas l'absence – et s'entretenir avec l'équipe soignante qui est en contact avec lui, ainsi qu'avec la personne de confiance éventuelle et les proches qu'elle désigne le cas échéant (article 4, § 2).

Outre que la déclaration anticipée n'est pas suffisamment utilisée en pratique, un effort pédagogique demeurant constamment utile à cet égard, ce paysage n'apparaît pas satisfaisant, en particulier compte tenu du critère d'inconscience irréversible qui, seul, permet de donner effet au vœu qu'elle contient. La limitation de la durée de validité de la déclaration anticipée d'euthanasie à cinq ans (article 4, § 1^{er}, alinéa 6)¹⁰³ est également critiquée,

102. Voy. à ce propos les actes de la troisième conférence bisannuelle du Comité consultatif de Bioéthique, « *Testaments de vie* » et autres directives anticipées, A. VAN ORSHOVEN et Y. ENGLERT (éd.), De Boeck Université, 2003 ; C. LEMMENS, « Medische beslissingen van een demente patiënt aan het einde van zijn leven en het juridisch statuut van advance care planning en voorafgaande wilsverklaringen », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, pp. 4-26 ; I. LUTTE, « L'expression de la volonté en période de fin de vie », in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles*, E. THIRY (dir.), Bruylant, 2007, p. 45 ; H. NYS, « Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient », *Eur. J. Health Law*, 1997, p. 179 ; H. NYS et S. BLANCQUAERT, « Privaatrechtelijke waarborgen voor de autonomie van de wilsonbekwamen patiënt bij het levenseinde », *T.P.R.*, 2001, pp. 2237-2280. Le sujet est très actuel, ainsi qu'en témoigne la troisième *European Conference on Health Law* tenue à Louvain en octobre 2011 sur le thème *An Ageing Europe – Health Law Revisited*, lors de laquelle le statut et la régulation des *advance directives* tinrent une place centrale.
103. Voy. l'arrêté royal du 2 avril 2003 fixant les modalités suivant lesquelles la déclaration anticipée relative à l'euthanasie est rédigée, reconfirmée, révisée ou retirée, et l'arrêté royal du 27 avril 2007 réglant la façon dont la déclaration anticipée en matière d'euthanasie est enregistrée et est communiquée via les services du Registre national aux médecins concernés.

cette durée étant parfois difficilement conciliable avec la lente progression de la dégradation des facultés cognitives et volitives. En vue d'améliorer la situation des majeurs devenant incapables de fait – démence ou amoindrissement sévère de la conscience à la suite d'une atteinte grave et irréversible de leurs fonctions cérébrales –, une proposition de loi récente suggère de remplacer l'exigence d'inconscience par la perte de « conscience de sa propre personne, de son état mental et physique et de son environnement social et physique », tout en supprimant le délai de validité de cinq ans de la déclaration anticipée¹⁰⁴. Sous réserve, bien entendu, d'une appréciation diligente et soigneuse de la situation par le médecin – en concertation étroite avec l'ensemble de l'équipe en charge du malade, et avec la famille –, cette formulation paraît pouvoir être approuvée. Elle est en effet de nature à permettre une approche plus saine, *in concreto*, de contextes par définition délicats et, partant, à accroître la prise en compte des souhaits du malade, exprimés *in tempore non suspecto*.

34. Là est l'essentiel : la maîtrise corporelle, que traduit le principe d'autodétermination fermement ancré dans notre droit, s'étend aux décisions à prendre à l'automne ou à l'hiver de la vie¹⁰⁵. C'est bien ainsi que l'entend la Cour européenne des droits de l'homme quand, dans l'important arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, elle considère (§ 51) que « le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention ». Cette affirmation louable prend appui sur le socle construit par l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, selon lequel (§§ 61 et 66) « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 de la Convention », principe qui peut s'entendre « au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps ».

La Cour vient de rappeler cet enseignement dans son arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012. Une dame souffrant d'une tétraplégie complète,

104. Proposition de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, déposée au Sénat le 9 mai 2012 par M^{me} TEMMERMAN et consorts (*Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1611/1). Elle reprend le texte d'une précédente proposition déposée à la Chambre le 28 octobre 2010 (n° 53-0498/001).

105. Pour une approche éthique de nombre de situations ici rapidement évoquées, voy. les avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 9 du 22 février 1999 concernant l'arrêt actif de la vie des personnes incapables d'exprimer leur volonté, n° 14 du 10 décembre 2001 relatif aux « règles éthiques face aux personnes atteintes de démence » et n° 41 du 16 avril 2007 relatif au consentement éclairé et aux Codes « *D.N.R.* » (*Do Not Reanimate*) (<http://www.health.fgov.be/bioeth>).

presque complètement paralysée, sous assistance respiratoire et requérant une surveillance et des soins médicaux constants, exprima le souhait de mettre un terme à ce qui était, à ses yeux, une vie indigne, en se donnant la mort avec l'aide de son époux, mais se heurta à un refus par les autorités allemandes de délivrance de la dose requise de pentobarbital sodique, qui lui aurait permis de se suicider à son domicile. Le couple s'est rendu à Zurich où la dame, assistée par l'association Dignitas, a pu se suicider. Confronté par la suite à un refus des juridictions nationales d'examiner au fond son grief relatif au refus d'autorisation de délivrance de la substance létale requise, M. Koch a estimé que son droit au respect de sa vie privée et familiale était violé. La Cour admet qu'il y a eu atteinte aux *propres droits du requérant* au titre de l'article 8 de la Convention, et décide que le refus des juridictions administratives d'examiner le fond de sa demande ont constitué une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée (§§ 43 à 54). Elle n'opère toutefois, assez timidement, qu'un examen de type procédural : constatant qu'il n'est ni soutenu ni démontré que ce refus d'examiner le fond de la cause poursuivait un quelconque but légitime au regard du § 2 de l'article 8, la Cour conclut à la violation de cette disposition (§§ 66 à 68).

35. Pour le surplus, sur le plan matériel, la Cour rappelle que, conformément à l'objet et au but sous-jacents à la Convention, c'est à chaque Etat contractant qu'il revient d'assurer, dans son ordre juridique interne, la jouissance des droits et libertés garantis, et qu'il est fondamental pour le mécanisme de protection établi par la Convention que *les systèmes nationaux eux-mêmes* permettent de redresser les violations commises, la Cour exerçant son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité. Elle estime que ce principe est d'autant plus pertinent que le grief concerne une question pour laquelle les Etats jouissent d'une *importante marge d'appréciation*, ce qui est le cas en l'espèce (les Etats étant loin d'avoir atteint un consensus au sujet de l'euthanasie et de l'assistance au suicide, ils bénéficient d'une marge d'appréciation qualifiée de « considérable dans ce contexte » ; arrêts *Haas*, § 55, et *Koch*, § 70). Eu égard au principe de subsidiarité, il appartenait donc avant tout aux juridictions internes d'examiner le fond de la demande du requérant, et les autorités nationales avaient l'obligation de se livrer à cet examen. Cela autorise la Cour à « se limiter à examiner le volet procédural de l'article 8 de la Convention dans le cadre du présent grief » (§ 71), pour conclure « que le refus des juridictions internes d'examiner au fond la demande du requérant a emporté violation du droit de celui-ci au respect de sa vie privée au regard de l'article 8 de la Convention » (§ 72). Peut-être aurait-elle pu, par un raisonnement plus proactif, saisir la substance du droit en cause en tant qu'il concerne intimement l'autonomie

décisionnelle en fin de vie, mise en œuvre au sein d'un couple uni, sans se limiter à ce « vernis procédural ».

L'arrêt *Koch c. Allemagne* peut, en ce qu'il sanctionne l'absence d'écoute procédurale d'une plainte liée à l'exercice d'un droit fondamental, être rapproché des arrêts par lesquels la Cour européenne, sans reconnaître un droit à l'avortement thérapeutique¹⁰⁶, affirme l'obligation pour l'Etat, lorsqu'il admet l'interruption médicale de grossesse dans l'intérêt de la santé de la femme, de rendre celle-ci possible au moyen d'une procédure adéquate. Dès lors que le législateur décide d'autoriser l'avortement, il ne doit pas l'encadrer par des règles juridiques limitant en réalité la possibilité d'obtenir une telle intervention ; de surcroît, il doit prévoir une forme de procédure devant un organe indépendant et compétent, apte, après avoir eu l'occasion d'entendre la femme enceinte en personne, à rendre rapidement une décision motivée¹⁰⁷.

36. Le débat relatif aux fins de vie douloureuses est, en ce qui concerne les *mineurs*, d'un tout autre ordre. Il impose d'emblée une distinction essentielle en droit (bio)médical – où, selon nous, la notion générale de minorité n'a comme telle guère de sens dès lors que l'âge n'y joue quasiment aucun rôle, au profit de la *maturité* appréciée *in concreto* – entre trois « sous-catégories » appelant chacune une approche très spécifique : les nouveau-nés et les bébés ; les enfants ; et les adolescents, qui ont en général déjà acquis une maturité décisionnelle. Il n'est pas, nous semble-t-il, de bonne politique d'amalgamer les uns et les autres dans une volonté régulatrice conjointe. La loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie ne concerne que les patients majeurs, auxquels sont assimilés les mineurs émancipés. Cette précision est regrettable, d'une part parce que l'émancipation devient fort rare, et surtout

106. Sur la frilosité de la Cour à cet égard, voy. J.-M. LARRALDE, « La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 855 ; du même auteur, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement : entre avancées prudentes et conservatisme assumé », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 609 (à propos de l'arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011) ; A. MORICEAU, « La Cour européenne des droits de l'homme et la garantie de l'avortement thérapeutique (à propos des arrêts des 5 juillet 2006, *D. c. Irlande*, et 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*) », *R.I.D.C.*, 2007, p. 496 ; D. ROMAN, « L'avortement devant la Cour européenne. À propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne* », *Rev. dr. sanit. soc.*, 2007, p. 643.

107. Cour eur. D.H., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, *J.T.D.E.*, 2007 (somm.), p. 156, *J.C.P.*, 2007, II, 10070, note B. MATHIEU, *N.J.B.*, 2007, p. 1306, obs. Dans un contexte de controverse portant sur le droit à un avortement thérapeutique, l'État polonais est sanctionné sur le terrain de l'article 8 de la Convention pour être resté en défaut de sauvegarder le droit de la requérante au respect de sa vie privée : le droit polonais ne comportait aucun mécanisme effectif permettant d'établir si les conditions permettant un avortement thérapeutique étaient ou non remplies, ce qui a engendré pour la requérante une situation d'incertitude prolongée, en conséquence de laquelle elle a subi une détresse et une angoisse importantes quant aux possibles conséquences négatives sur sa santé de la grossesse et de l'accouchement qui se rapprochait.

parce que cette notion est très généralement mal comprise par les praticiens, qui ont tendance à la confondre avec l'acquisition, *de facto*, d'une aptitude « à apprécier raisonnablement ses intérêts » autorisant l'adolescent, aux termes de l'article 12, § 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, à exercer ses droits de manière autonome¹⁰⁸.

Les patients mineurs ne peuvent donc formuler une demande d'euthanasie, bien que la maladie ou la souffrance accroissent souvent leur maturité en ce domaine. En 2002, le législateur a fait le choix – essentiel et politique – de ne pas les considérer comme étant à même d'apprécier leurs intérêts face à une décision aussi importante. Ils peuvent pourtant – en conséquence de l'octroi aux mineurs doués de discernement d'une *capacité naturelle*, effective, impliquant l'aptitude à exercer seuls, moyennant une information complète et adaptée, les prérogatives relatives à leur santé – prendre eux-mêmes les *autres* décisions de fin de vie (relatives au traitement à entreprendre, poursuivre ou interrompre, aux soins palliatifs, *etc.*), pourvu qu'ils soient suffisamment mûrs et susceptibles d'être complètement informés. Le consentement des parents n'est alors exigé que lorsque l'enfant n'a pas encore la maturité voulue ; sinon, leur voix ne doit être que consultative, bien qu'ils seront naturellement toujours étroitement associés au processus décisionnel. Les hypothèses ainsi visées n'incluent pas l'euthanasie, choix éminemment intime qui, en règle, ne saurait appartenir qu'à la personne elle-même. Le débat ressurgit périodiquement sur cette question ; plusieurs propositions de lois récentes permettent de penser que le législateur pourrait remettre son ouvrage sur le métier et s'orienter, à l'avenir, vers une ouverture de l'euthanasie aux mineurs, ce qui permettrait de mettre fin à un étonnant paradoxe – il s'agit de la *seule* option médicale qui leur est « fermée », de l'unique décision qu'il leur est interdit de prendre – et d'accroître la teneur « autonomiste » de notre arsenal législatif, dans le respect bien compris des droits fondamentaux en présence.

37. Parallèlement à la proposition de loi n° 5-1611/1 évoquée ci-dessus, une proposition de loi complétant, en ce qui concerne les mineurs, la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie a été déposée au Sénat le même jour par les mêmes auteurs (n° 5-1610/1). Elle propose d'y insérer un article *3bis* en vertu duquel le médecin serait disculpé lorsque la demande d'euthanasie « émane d'un mineur qui dispose de la faculté de discernement requise ».

108. Sur l'exercice de leurs droits par les patients mineurs, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 190-201. Pour une approche éthique approfondie, centrée sur le prélèvement d'organes, voy. l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 50 du 9 mai 2011 concernant certains aspects éthiques des modifications apportées par la loi du 25 février 2007 à la loi du 13 juin 1986 relative au prélèvement et à la transplantation d'organes (<http://www.health.fgov.be/bioeth> et *Bioethica Belgica*, décembre 2011, n° 38).

À défaut de jouir de cette faculté, la demande pourrait néanmoins être formulée, mais elle émanerait alors des parents ou des représentants légaux. La demande pourrait être énoncée verbalement par le mineur, ou être rédigée par ses parents ou ses représentants légaux – formulation imprécise, dès lors qu’il va de soi que la demande pourrait (et, dans toute la mesure du possible, devrait) être rédigée par le mineur lui-même. En présence d’une demande d’euthanasie concernant un mineur, une équipe médicale serait constituée, composée au moins du médecin traitant, de l’infirmier traitant, d’un pédopsychologue ou d’un psychiatre et d’un assistant social. Le texte préciserait que « la décision de pratiquer l’euthanasie est prise d’un commun accord entre l’enfant lui-même, pourvu qu’il dispose de la faculté de discernement requise, les parents ou les représentants légaux et l’équipe médicale ».

À l’instar d’une proposition antérieure déposée à la Chambre ¹⁰⁹, l’orientation ainsi suivie appréhende – ce qui ne nous paraît pas optimal – tant la situation des adolescents que les délicates décisions touchant aux fins de vie *pédiatriques ou néonatales*. Elle amènerait la loi du 28 mai 2002 à préciser que, si l’enfant est né au terme d’une grossesse d’une durée de 24 à 26 semaines et si la décision peut être reportée de 12 heures, une équipe médicale est toujours constituée, composée au moins du gynécologue traitant et d’un pédiatre néonatalogiste. À la demande de chacune des parties – l’une ou l’autre, ou les deux ensemble ? et quelles sont exactement « les parties » dans un schéma qui n’a (quasiment) rien de contractuel ? –, cette équipe serait complétée par un représentant du comité d’éthique ou du service des soins palliatifs. Même si la durée de la grossesse excède le délai indiqué, l’équipe pourrait être convoquée à la demande de chacune des parties en cas de complications graves.

38. D’autres initiatives parlementaires se concentrent sur les enfants plus âgés. Une première proposition ¹¹⁰ vise à permettre l’euthanasie si « le patient est une personne majeure et capable, ou une personne mineure réputée capable de juger raisonnablement de ses intérêts, et qui est consciente au moment de sa demande ». S’il s’agit d’un mineur qui n’a pas encore atteint l’âge de 16 ans et qui est réputé capable de juger raisonnablement de ses intérêts, le médecin devrait demander l’autorisation des parents, du parent qui exerce

109. Proposition de loi visant à compléter, en ce qui concerne les mineurs, la loi du 28 mai 2002 relative à l’euthanasie, déposée le 28 octobre 2010 par M^{me} VANLERBERGHE, M. LANDUYT et M^{me} DETIÈGE (n° 53-0496/001). Celle-ci prévoit que, lorsque l’enfant n’a pas la « faculté de discernement », ses parents pourront demander l’euthanasie, tandis que s’il dispose de cette faculté, c’est lui qui formulera la demande. La décision d’y accéder ou non serait prise par une équipe médicale, en concertation avec l’enfant et ses parents.

110. Déposée au Sénat le 16 août 2010 par MM. DE CROO et consorts (n° 5-21/1).

l'autorité sur le mineur ou du tuteur, en plus de celle du mineur lui-même ; s'il s'agit d'un mineur qui a atteint l'âge de 16 ans et qui est réputé capable de juger raisonnablement de ses intérêts, il doit demander un avis non contraignant aux parents, au parent qui exerce l'autorité sur le mineur ou au tuteur, le mineur disposant alors néanmoins du droit de décision final. Un autre texte ¹¹¹ suggère d'étendre au mineur âgé de quinze ans et plus la possibilité de demander une euthanasie et d'en bénéficier, pourvu qu'il dispose de la capacité de discernement, qu'il soit conscient au moment de sa demande et que le médecin soit d'avis que le décès interviendra manifestement à brève échéance. Dans ce cas, deux autres médecins devraient être consultés « quant au caractère grave et incurable de l'affection » et le médecin devrait – outre s'assurer que le mineur a la « capacité de discernement » et se trouve dans un « état de conscience au moment de sa demande » – « s'entretenir de (la) demande avec les parents qui ont l'autorité parentale, entourés d'une équipe pluridisciplinaire », en vue de « les informer de la procédure et après le décès, de tous les aspects pratiques qui en découlent ».

Il était utile de faire ici état de ces tentatives, qui vont dans le bon sens même si aucune des propositions n'est irréprochable et si toutes commandent une discussion approfondie et de nécessaires ajustements. Dans l'ignorance, à ce stade, du sort qu'elles pourraient connaître, on n'en approfondira pas l'analyse et le commentaire ; nous renvoyons pour le surplus à l'étude approfondie d'Aurélié Nottet dans le présent ouvrage.

39. Il reste un sujet de discussion, aiguë et très actuelle, à évoquer. L'article 14 de la loi du 28 mai 2002 énonce, outre que la demande et la déclaration anticipée de volonté « n'ont pas de valeur contraignante », qu'aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie et qu'aucune autre personne n'est tenue de participer à celle-ci. C'est la fameuse *clause de conscience*, que l'on retrouve dans toute législation chargée d'un fort poids éthique (interruption de grossesse, procréations assistées). Quoi de plus normal, dans un pays qui prône la neutralité du droit face aux conceptions morales individuelles, que de permettre expressément aux destinataires potentiels d'un texte de s'y soustraire s'il n'est pas conforme à leurs convictions ? La liberté individuelle semble ainsi préservée, dans la mesure où aucune orientation éthique n'est juridiquement contraignante. Tout serait parfait ... s'il n'apparaissait que la clause de conscience peut, insidieusement, amener des *institutions entières* (hôpitaux, centres de soins, maisons de repos) à récuser l'idée même d'euthanasie dans leurs murs et, partant, à ne pas prêter oreille aux sollicitations, légales et légitimes, des malades qui souffrent.

111. Déposé au Sénat le 23 septembre 2010 par M^{me} DEFRAIGNE (n° 5-179/1).

La loi (article 14, alinéas 4 et 5) se borne à prévoir que, si le médecin consulté refuse de pratiquer une euthanasie, il est tenu d'en *informer en temps utile le patient* ou la personne de confiance éventuelle, en précisant les raisons. Dans le cas où son refus est justifié par une raison médicale, celle-ci est consignée dans le dossier médical du patient. Par ailleurs, le médecin qui refuse de donner suite à une requête d'euthanasie est tenu, à la demande du patient ou de la personne de confiance, de *communiquer le dossier médical du patient* au médecin désigné par ce dernier ou par la personne de confiance. Cela n'apparaît, en pratique, pas suffisant afin que, dans le respect des options éthiques de chacun des soignants, la demande du malade soit en tout état de cause *entendue* et que son droit de bénéficiaire, s'il est dans les conditions requises, d'une possibilité expressément ouverte par la loi ne soit pas bafoué. La question est d'importance (droit fondamental contre droit fondamental...) et la difficulté réelle, si l'on en juge par le nombre croissant de déclarations d'euthanasie reçues par la Commission de contrôle et d'évaluation qui font état de ce qu'il n'a pu « être question » d'euthanasie là où le patient résidait, un transfert vers une oreille plus compréhensive ayant été *in extremis*, dans l'inconfort et le stress que l'on imagine, rendu nécessaire.

40. Pour tenter d'améliorer la situation, les propositions de lois citées ci-dessus¹¹² entendent, outre modifier la notion d'inconscience requise pour donner effet à une déclaration anticipée, introduire *l'obligation*, en l'absence de médecin désigné par le patient ou par sa personne de confiance, pour le médecin qui refuse d'accéder à une demande d'euthanasie, de communiquer le dossier médical à un autre médecin en vue d'assurer la continuité des soins. Des nuances devraient sans doute être envisagées, sous peine de donner prise à l'objection éthique de la « complicité morale » à laquelle on contraindrait alors les praticiens récalcitrants. La question, âprement débattue, est actuellement à l'étude au sein du Comité consultatif de Bioéthique¹¹³ : est-il admissible qu'un établissement de soins interdise l'euthanasie au nom d'une « clause de conscience institutionnelle » ou ajoute, réglementairement, des conditions supplémentaires à celles que la loi prévoit, alors que la situation rencontrerait pourtant les critères requis ? Corrélativement, serait-il judicieux de créer des cliniques spécialisées, ou des structures spécialisées dans les établissements de soins existants – plus exactement, des équipes mobiles de soutien et d'assistance –, en vue

112. Sénat, n° 5-1611/1, et Chambre, n° 53-0498/001.

113. Suite à des questions posées les 3 février 2011, 14 février 2011 et 14 avril 2011 par M^{me} ONKELINX, ministre fédérale des Affaires sociales et de la Santé publique, et M. VANDEURZEN, ministre flamand du Bien-être, de la Santé publique et de la Famille.

de « faciliter les choses » aux malades qui pourraient se voir refuser l'euthanasie dans l'institution où ils se trouvent ?

Nous laisserons ici en suspens cette double question, non sans observer qu'une réponse affirmative à la première, soit impliquerait de reconnaître qu'une personne morale a une conscience¹¹⁴, ce qui surprend (euphémisme), soit aboutirait à ce que, sur la base d'une politique institutionnelle et non d'une position personnelle, un droit reconnu et affirmé par la loi, au terme d'un processus démocratique, puisse de manière inquiétante rester lettre morte. Ce droit, offert au malade en proie aux affres des souffrances terminales, n'est pas d'être euthanasié, mais de voir sa demande *véritablement entendue*, soigneusement et avec empathie et sérénité, là où il se trouve, afin de vérifier la réunion des conditions requises et de cheminer de concert vers la meilleure – ou moins mauvaise – issue possible. La loi du 28 mai 2002 – texte de droit pénal, qui s'adresse aux médecins pris individuellement – ne leur recommande-t-elle pas (article 3, § 2, 1^o et 2^o) de se concerter avec le patient sur sa demande d'euthanasie, d'évoquer avec lui les possibilités thérapeutiques encore envisageables ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences, et d'arriver, avec le malade, « à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution raisonnable dans sa situation » et que sa demande est entièrement volontaire, en menant, afin de « s'assurer de la persistance de la souffrance physique ou psychique du patient et de sa volonté réitérée », plusieurs entretiens avec lui, espacés d'un délai raisonnable au regard de l'évolution de son état ?

Il y a là un véritable enjeu sociétal, et un débat juridique et éthique à aplanir d'urgence¹¹⁵.

-
114. Sur la notion de conscience, voy. not. D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1993 ; J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, La Découverte, 2010 ; E. MONTERO, « La loi contre la conscience : réflexions autour de l'objection de conscience », in *Jérusalem, Athènes, Rome. Liber amicorum Xavier Dijon*, Bruylant, 2012, pp. 163-198.
115. Pour quelques pistes à cette fin, voy. l'analyse d'Evelien DELBEKE dans sa thèse *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Intersentia, 2012, pp. 204-222, n^{os} 377-405 ; et les travaux de Sylvie TACK, not. « Recht op (uitvoering van) euthanasie ? Instellingsbeleid en de professionele autonomie van de arts », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 7-22 ; « Legal aspects of end-of-life decision policies in healthcare institutions », *Med. & Law*, Dec. 2009 ; « Can hospitals prohibit euthanasia ? An analysis from a European human rights perspective », présentation au 18^e Congrès mondial de droit médical, Zagreb, 2010.

Conclusion

41. Ce tour d’horizon, supposé être succinct, a finalement dû se plonger, sur des sujets divers dont l’acuité et l’actualité constituent le point commun, dans les arcanes du droit (bio)médical ; on a pu à cette occasion en effleurer les techniques, les raisonnements, les paramètres, les enjeux, les défis, les acquis et les limites, entrevoir les intérêts parfois contradictoires qu’il lui revient de concilier, et les impératifs qu’il doit veiller à combiner le plus harmonieusement possible. La conclusion, elle, sera brève, la présente contribution n’étant que le hors-d’œuvre de celles qui la suivent. Se voulant libérale, humaniste, tolérante et respectueuse des conceptions morales et des parcours de vie, la législation belge en la matière – à l’image des textes de droit des personnes et des familles, qui l’inspirent à bien des égards – présente d’incontestables vertus. Il importe de réaffirmer constamment les valeurs essentielles qu’elle promeut, face aux incompréhensions, voire aux tentatives de remise en cause, dont notre droit fait l’objet, en Belgique comme à l’étranger¹¹⁶.

Nos textes ne sont toutefois évidemment pas parfaits, loin s’en faut, et des chantiers importants sont ou seront ouverts au sujet du matériel corporel humain, de l’euthanasie, peut-être de la gestation pour autrui. Certaines orientations déçoivent, comme on l’a relevé à propos du secret professionnel mis en péril. Les réflexions juridiques ne sauraient ici faire l’impasse sur la dimension proprement *éthique* de tout ce qui touche au corps et à la vie des hommes. La pluridisciplinarité, stimulante, doit être de mise à tous les niveaux, afin non pas de se défausser et de diluer les responsabilités, mais d’affiner constamment le processus analytique et décisionnel. Les choix auxquels médecins et scientifiques sont régulièrement confrontés peuvent s’avérer extrêmement ardu : aux juristes de les aiguiller, en prenant un peu de distance, modestement, avec les armes qui sont les leurs et en osant s’extraire de la gangue des habitudes confortables. La mise en application de la loi du 31 mars 2010, qui modifiera dans une large mesure – pour ne pas dire révolutionnera – l’approche concrète et stratégique des litiges de responsabilité, devrait les y inciter. L’audace venant, verrons-nous poindre l’affirmation jurisprudentielle qu’une information déficiente cause *ipso facto* au patient un préjudice moral autonome ?

116. On pense surtout aux assauts réguliers, et parfois tapageurs, à l’encontre des lois relatives à l’avortement et à l’euthanasie. Pour une présentation édifiante de celle-ci, percluse de parti-pris et de contrevérités, voy. B. LEGROS, *Euthanasie, arrêt de traitement, soins palliatifs et sédation. L’encadrement par le droit de la prise en charge médicale de la fin de vie*, Les Études Hospitalières, 2011, spéc. pp. 269-285.

Information, consentement, preuve ; liberté, responsabilité ; autonomie, protection ; en 2012, le droit (bio)médical poursuit son chemin. Puisse-t-il progresser avec souplesse et dignité, fidèle au modèle progressiste mis en place il y a dix ans dans les lois des 28 mai et 22 août 2002.

BIBLIOGRAPHIE RÉCENTE ET SÉLECTIVE

Monographies

- G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2010, 858 p.
- J. HERVEG, *La protection des données du patient dans l'hôpital*, Kluwer, 2009, 110 p.
- H. NYS, *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Lannoo Campus, 2010, 279 p.
- H. NYS, *Recente ontwikkelingen in het gezondheidsrecht*, Kluwer, 2012, 130 p.
- M.-G. PINSART, *La Bioéthique*, Le Cavalier Bleu, 2009, 128 p.
- P. SCHOTSMANS, *Handboek medische ethiek*, Lannoo Campus, 2008, 264 p.
- V. DEPADT-SEBAG, *Droit et bioéthique*, Larcier, 2^e éd., 2012, 276 p.
- M.-N. VEYS, *De Wet Patiëntenrechten in de psychiatrie*, Larcier, 2008, 256 p.
- Deux thèses de doctorat à signaler : E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Intersentia, 2012, 1249 p. ; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Die Keure, 2011, 494 p.

Ouvrages collectifs

- Actualités de droit médical*, E. THIRY (dir.), Bruylant, 2006, 156 p.
- Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles*, E. THIRY (dir.), Bruylant, 2007, 105 p.
- Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Actes des Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, Bruylant / LB2V, 2012, 938 p.
- Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. SCHAMPS (dir.), Bruylant/L.G.D.J., 2008, 599 p.
- Médecine et droit. Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Anthemis, 2007, 231 p.
- Medisch recht*, H. NYS et S. CALLENS (éd.), Die Keure, 2011, 106 p.
- Organisatie van de gezondheidszorg*, S. CALLENS et J. PEERS (éd.), Intersentia, 2^e éd., 2008, 677 p.
- La protection des données médicales. Les défis du XXI^e siècle/The protection of medical data. Challenges of the 21st century*, J. HERVEG (éd.), L.G.D.J./Anthemis, 2008, 217 p.

Publications du Comité consultatif de Bioéthique

- Les avis du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique 2000-2004*, M. BOGAERT, L. CASSIERS, M. ROELANDT et J.-A. STIENNON (éd.), Lannoo Campus, 2005, 590 p.
- Les avis du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique 2005-2009*, P. DEVROEY, M. DUPUIS, P. SCHOTSMANS et J.-A. STIENNON (éd.), Bernard Gilson, 2010, 598 p.
- Tous dopés ? Ethique de la médecine d'amélioration*, J.-A. STIENNON et P. SCHOTSMANS (éd.), Bernard GILSON, 2009, 179 p.
- Les 15 ans du Comité consultatif de Bioéthique. Bilan & perspectives*, M.-G. PINSART et P. SCHOTSMANS (éd.), Lannoo Campus, 2012, 300 p.
- Les avis du Comité, toujours très instructifs, sont disponibles sur son site <http://www.health.fgov.be/bioeth>

LEXNOW