


Jurisprudence - Généralités

Observations : voir  Yves-Henri Leleu, Gilles Genicot

Cour de cassation (1^{ère} chambre), 14 décembre 2001

J.L.M.B. 02/250

- I. Médecin - Responsabilité - Stérilisation - Atteinte à l'intégrité physique - Consentement - Epoux (non).**
- II. Médecin - Responsabilité - Preuve - Matières civiles - Consentement éclairé - Charge de la preuve - Médecin (non).**

1. 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.

Aucune disposition légale ne requiert le consentement d'un époux à une intervention tendant, même sans nécessité thérapeutique, à la stérilisation, fût-elle irréversible, de son épouse.

La circonstance que la décision prise par une femme de se soumettre à pareille intervention sans l'accord ou à l'insu de son mari puisse constituer un manquement aux devoirs respectifs des époux, voire une cause de divorce, est sans incidence sur l'appréciation de la faute imputée à l'homme de l'art qui a procédé à l'intervention.

2. En matière civile, il incombe à la partie qui a introduit une demande fondée sur une infraction de prouver que les éléments constitutifs de celle-ci sont réunis, qu'elle est imputable à la partie adverse et, si cette dernière invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que cette cause de justification n'existe pas.

L'obligation du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention et que l'arrêt ne lui assigne d'ailleurs pas de fondement distinct.

L'arrêt, qui ne constate pas que la cause de justification alléguée par le demandeur est dénuée de toute crédibilité mais repose sur la considération que la preuve de cette cause de justification lui incombe et qu'il n'y satisfait pas, renverse le fardeau de la preuve.

(M. / L. et D.)

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 30 avril 1998 par la cour d'appel de Liège;

Attendu que le défendeur ci-dessus qualifié s'identifie avec le nommé Mohamed D. en cause de qui a été rendu l'arrêt;

Sur le premier moyen, pris de la violation des articles 22, 23 de la Constitution, 2, 3, 5, 8, 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, 3, 6, 7, 9, 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981,

en ce que l'arrêt condamne le demandeur à payer aux défendeurs respectivement les sommes de 240.000 francs et de 60.000 francs à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral qui aurait été causé à ceux-ci, pour tous ses motifs réputés ici intégralement reproduits et spécialement aux motifs «qu'il n'est ni contesté ni contestable que (le défendeur) n'a pas donné son consentement à la ligature des trompes, ce qui, d'une part, devait déjà alerter (le demandeur) sur une possible non-adhésion du couple et l'inciter à rencontrer les deux époux et, d'autre part, en tout état de cause, ne lui permettait pas de passer outre (à) cette absence de deux consentements; qu'il doit y avoir un concours de deux volontés; qu'en effet, un couple marié poursuit une communauté de vie qui implique qu'une décision de stérilisation non exigée par des motifs thérapeutiques soit une décision commune, a fortiori si elle est irréversible et ce, avec d'autant plus d'intensité dans le cas d'espèce au vu de la culture personnelle (des défendeurs); qu'on peut facilement songer au grief qu'un époux pourrait faire à son épouse d'avoir fait procéder à une stérilisation sans son accord, ce qui pourrait même entraîner un

divorce aux torts de l'épouse pour injure grave; (...) que les enquêtes permettent de dire que (le demandeur) n'a pas sollicité et, en conséquence, pas obtenu un consentement éclairé des (défendeurs); (...) que (le demandeur) a commis une faute par son manque d'information adéquate, étant établi (...) qu'il n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé des deux (défendeurs); que cette faute est en relation causale avec le dommage, c'est-à-dire la stérilisation de (la défenderesse)».

alors que tant les articles 22 et 23 de la Constitution que les articles 2, 3, 5, 8, 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 3, 6, 7, 9, 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantissent à tout individu capable la libre disposition de son propre corps et le respect de sa vie privée, sans autre ingérence ou limitations que celles prévues par la loi et qui constituent une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui; qu'aucune disposition légale ne requiert le consentement du mari à la stérilisation de son épouse pour qu'une telle intervention chirurgicale puisse être licitement effectuée; que l'arrêt n'a pu, dès lors, considérer, pour décider que l'opération chirurgicale de stérilisation tubaire de la défenderesse est fautive, que le demandeur ne pouvait «passer outre» à l'absence de consentement du défendeur et devait obtenir l'accord de celui-ci, sans violer les dispositions légales visées au moyen :

Attendu que toute personne jouit des droits de la personnalité, qui comprennent le droit à la vie et à l'intégrité physique;

Attendu qu'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;

Attendu qu'aucune disposition légale ne requiert le consentement d'un époux à une intervention tendant, même sans nécessité thérapeutique, à la stérilisation, fût-elle irréversible, de son épouse;

Que la circonstance que la décision prise par une femme de se soumettre à pareille intervention sans l'accord ou à l'insu de son mari puisse constituer un manquement aux devoirs respectifs des époux, voire une cause de divorce, est sans incidence sur l'appréciation de la faute imputée à l'homme de l'art qui a procédé à l'intervention;

Attendu que, ni par les considérations reproduites au moyen ni par aucune autre, l'arrêt ne justifie légalement sa décision que le demandeur a commis une faute en pratiquant sur la défenderesse l'intervention chirurgicale de stérilisation tubaire litigieuse sans le consentement du défendeur;

Que le moyen est fondé;

Sur le second moyen, pris de la violation des articles 1315, 1319, 1320, 1322, 1382 du code civil, 870 du code judiciaire, 392, 398 du code pénal, 149 de la Constitution et des règles relatives à la charge de la preuve d'une infraction,

en ce que, après avoir considéré à bon droit qu'une intervention chirurgicale qui n'est ni urgente ni indispensable sur le plan thérapeutique constitue un acte illégitime si le médecin n'a pas obtenu au préalable le consentement éclairé du patient et que l'obligation de recueillir l'assentiment du malade ne découle pas du contrat mais est imposée par le respect de la personne humaine, l'arrêt retient la responsabilité délictuelle du demandeur pour avoir pratiqué une stérilisation tubaire sans avoir obtenu le consentement libre et éclairé de la défenderesse quant à cette opération et condamne le demandeur à indemniser les défendeurs, pour tous ses motifs réputés ici intégralement reproduits,

alors que, première branche, l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne que constitue une intervention chirurgicale de stérilisation tubaire qui n'est ni urgente ni indispensable sur le plan thérapeutique, pratiquée sans le consentement libre et éclairé de la patiente, est un acte illicite susceptible d'être réprimé sur la base des articles 392 et 398 du code pénal; qu'ainsi, le consentement de la patiente est la condition nécessaire pour que pareil acte ne puisse être considéré comme culpeux; qu'en vertu des articles 1315, 1382 du code civil, 870 du code judiciaire et des règles relatives à la charge de la preuve d'un fait infractionnel, lorsque la demande portée devant le juge civil est fondée sur un fait constituant une infraction, c'est au demandeur en réparation qu'il incombe de prouver à la fois que le défendeur à l'action a commis cette infraction et que la circonstance que ce dernier allègue à titre de cause de justification pour contester l'imputabilité du fait qui lui est reproché n'existe pas, pour autant que quelque crédit puisse être accordé à cette allégation; qu'en l'espèce, le demandeur alléguait avoir obtenu le consentement de la défenderesse à l'opération de stérilisation tubaire en produisant un document signé par elle, sur lequel figuraient les mentions : «Je soussigné(e) (...) certifie demander la

stérilisation tubaire chirurgicale (...). J'ai été informé(e) du caractère irréversible de ce type d'intervention»; que l'arrêt, qui ne constate pas que l'allégation du demandeur selon laquelle la défenderesse avait consenti à l'opération litigieuse en signant le document précité était dépourvue de tout crédit puisqu'il considère «que le document produit n'est (...) pas la preuve du consentement éclairé de (la défenderesse)» et «que (le demandeur) doit dès lors prouver autrement que par cet écrit qu'il a reçu le consentement de sa patiente» et décide que la charge de la preuve du caractère libre et éclairé du consentement donné par la défenderesse dans cet écrit repose sur le médecin et que, partant, le demandeur a la charge de prouver qu'il n'a pas commis l'acte illicite qui lui est reproché, n'est ni légalement justifié (violation de toutes les dispositions légales visées au moyen à l'exception des articles 1319, 1320, 1322 du code civil et 149 de la Constitution) ni régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution);

deuxième branche, dans ses conclusions principales régulièrement déposées devant la cour d'appel, le demandeur faisait valoir «que, dans un premier temps, (la défenderesse) avait consulté le docteur G. sur les possibilités d'une stérilisation et qu'elle avait réservé sa réponse; (...) qu'il apparaît difficilement concevable que, lors de ces discussions, le docteur G. n'ait employé que les termes "ligature des trompes" en lieu et place du terme "stérilisation" (et) que le terme "stérilisation" ne pouvait donc être étranger à (la défenderesse) lorsqu'elle a signé le document du 23 mai 1985 qui fait expressément référence à ce terme "stérilisation"; que l'arrêt qui, pour écarter que l'écrit signé par la défenderesse établit l'existence de son consentement éclairé, considère de façon générale «que l'existence d'un écrit, formulaire standardisé, dont la signature peut avoir été apposée mécaniquement, dans l'appréhension ou le stress de la future intervention chirurgicale, n'atteste pas en lui-même d'un consentement éclairé du patient car le document produit en la présente cause, tel qu'il est rédigé, n'est pas suffisamment explicite, les termes n'en étant pas facilement compréhensibles pour un non-initié et a fortiori pour une personne de nationalité étrangère qui, même si elle comprend le français, percevra difficilement la signification de termes techniques médicaux, qui ne s'emploient évidemment pas dans le langage courant; qu'il est sans doute d'usage, pour la fertilisation in vitro et la stérilisation, de remettre une documentation écrite mais que la remise d'un document n'équivaut pas toujours ipso facto à une bonne information du patient; que le médecin doit contrôler si le patient est capable de comprendre le contenu de la brochure ou du document qui lui sont remis (...); qu'en l'espèce, il n'est pas établi que la signification des termes employés dans le document signé par (la défenderesse) lui ait été correctement expliquée puisque le document apparaît bien comme lui ayant été remis, sans plus, à son entrée à l'hôpital», ne rencontre par aucune considération le moyen précis et circonstancié soutenant qu'il n'était pas concevable que la défenderesse ne comprenne pas le mot «stérilisation» alors qu'elle avait eu un entretien avec le docteur G. sur les possibilités d'une pareille opération et qu'elle avait alors réservé sa réponse; que l'arrêt n'est, partant, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution);

troisième branche, dans ses conclusions principales, le demandeur faisait encore valoir «qu'il est admis par (la défenderesse) qu'avant son opération du 23 mai 1985, elle avait consulté sa gynécologue, le docteur G., qui lui avait conseillé une stérilisation et lui avait manifestement expliqué toutes les conséquences de celles-ci puisque (la défenderesse) précise qu'à l'issue de cet entretien, elle réserv(a) sa décision» et «que le 23 mai 1985, (elle) a signé un document tout à fait précis, par lequel elle reconnaissait consentir non seulement à une interruption thérapeutique de grossesse mais également à une stérilisation tubaire chirurgicale»; que «(le) document par lequel elle attestait demander une stérilisation tubaire chirurgicale (...) précis(ait) qu'elle avait été "informée du caractère irréversible de ce type d'intervention"; que le demandeur rappelait ces faits dans ses conclusions additionnelles et en déduisait «qu'ainsi, au-delà d'un silence circonstancié, (la demanderesse) a, expressément, fait part de sa volonté de subir l'intervention chirurgicale litigieuse»; que l'arrêt, qui considère «que le demandeur ne peut invoquer un silence circonstancié de sa patiente dès lors qu'il n'établissait pas l'avoire complètement informée», se méprend sur la portée du moyen du demandeur qui n'invoquait pas un silence circonstancié mais, au contraire, un accord exprès de la défenderesse; que, ce faisant, l'arrêt donne des conclusions du demandeur une interprétation inconciliable avec leurs termes et viole, partant, la foi qui leur est due (violation des articles 1319, 1320 et 1322 du code civil); qu'en outre, il ne rencontre par aucune considération le moyen déduisant la volonté expresse de la défenderesse de subir l'intervention chirurgicale litigieuse des circonstances particulières dans lesquelles ce document avait été signé, soit, d'une part, l'information préalable reçue du docteur G. et, d'autre part, les termes mêmes dudit document soulignant le caractère irréversible de l'intervention; que l'arrêt n'est, partant, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution) :

Quant à la première branche :

Attendu que l'arrêt considère en substance que le médecin qui accomplit sans le consentement libre et éclairé du patient un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique de celui-ci commet un acte illicite et que l'obligation qui s'impose à lui de recueillir ce consentement, qui suppose qu'il donne au patient une information suffisante, est étrangère au contrat qui lie les parties;

Qu'il résulte de ces considérations qu'aux yeux de la cour d'appel, la demande en réparation dont elle était saisie était fondée sur un acte illicite consistant en une atteinte à l'intégrité physique de la défenderesse et dès lors de

nature à constituer l'infraction prévue aux articles 392 et 398 du code pénal mais que cet acte eût été justifié si la défenderesse y avait donné son consentement libre et éclairé;

Attendu qu'en matière civile, il incombe à la partie qui a introduit une demande fondée sur une infraction de prouver que les éléments constitutifs de celle-ci sont réunis, qu'elle est imputable à la partie adverse et, si cette dernière invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que cette cause de justification n'existe pas;

Attendu que le demandeur a allégué devant la cour d'appel avoir recueilli le consentement libre et éclairé de la défenderesse avant de procéder à l'intervention litigieuse;

Attendu que ce consentement eût été de nature à ôter tout caractère culpeux à un acte relevant de l'art de guérir et poursuivant un but curatif ou préventif d'ordre thérapeutique;

Attendu que l'arrêt considère «que le médecin, qui est légalement et contractuellement tenu de l'obligation d'informer puis d'obtenir le consentement libre et éclairé de son patient, a la charge de prouver l'exécution de cette obligation» et décide, par les motifs que le moyen critique, que le demandeur échoue dans cette épreuve;

Attendu que l'obligation du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention et que l'arrêt ne lui assigne d'ailleurs pas de fondement distinct;

Attendu que l'arrêt, qui ne constate pas que la cause de justification alléguée par le demandeur est dénuée de toute crédibilité mais repose sur la considération que la preuve de cette cause de justification lui incombe et qu'il n'y satisfait pas, reverse le fardeau de la preuve et viole, partant, toutes les dispositions légales visées au moyen, en cette branche, à l'exception de l'article 149 de la Constitution;

Qu'en cette branche, le moyen est fondé.

Par ces motifs, ...

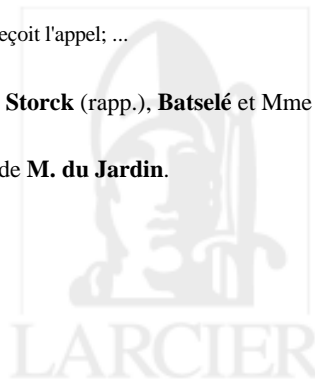
Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il reçoit l'appel; ...

Siég. : MM. **Marchal**, **Echement**, **Storck** (rapp.), **Batselé** et Mme **Matray**.

Greffier : Mme **Danhiez**.

M.P. : M. **Henkes** sur conclusions de **M. du Jardin**.

Plaid. : M^e **C. Draps** .



Jurisprudence - Généralités

Autonomie corporelle de la personne et responsabilité médicale

Arrêt(s) annoté(s) : voir [▲](#) Cour de cassation - 14 décembre 2001

-
- I. Médecin - Responsabilité - Stérilisation - Atteinte à l'intégrité physique - Consentement - Epoux (non).**
 - II. Médecin - Responsabilité - Preuve - Matières civiles - Consentement éclairé - Charge de la preuve - Médecin (non).**
-

1. L'arrêt commenté établit plusieurs principes importants quant au traitement juridique de la stérilisation volontaire, qu'il place très clairement dans l'orbite de l'autonomie individuelle de celui ou celle qui en fait l'objet, consacrant de la sorte l'idée que tout individu est maître de son corps et décide souverainement des atteintes qui peuvent lui être portées. Il précise au surplus certaines règles relatives à la mise en oeuvre de la responsabilité du médecin qui a fourni une information insuffisante ou n'a pas recueilli le consentement éclairé de son patient.

Les faits de l'espèce peuvent se résumer comme suit : une femme devant subir un avortement thérapeutique se voit conseiller par son médecin de coupler cette intervention à une stérilisation tubaire chirurgicale. Elle signe un document par lequel elle consent à cette double opération puis conteste, celle-ci effectuée, avoir été valablement informée de l'importance de la stérilisation et notamment de son caractère irréversible, tandis que son époux reproche au médecin de ne pas avoir sollicité son propre consentement préalablement à celle-ci.

Après avoir été déboutés en première instance, les époux obtiennent gain de cause devant la cour d'appel de Liège [1]. Dans son pourvoi, le médecin reproche à l'arrêt, d'une part, d'exiger le consentement des deux époux en cas de stérilisation de l'un d'eux et, d'autre part, de lui imposer la charge de la preuve du défaut d'information alors qu'il faisait état du document signé par l'épouse au titre de cause de justification vraisemblable légitimant l'atteinte à l'intégrité physique qui lui était imputée. Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation casse cette décision en retenant, d'une part, que le consentement du conjoint n'est pas requis lors de la stérilisation d'une femme mariée et, d'autre part, que l'arrêt, qui se fondait sur l'infraction de coups et blessures involontaires mise à la charge du médecin et qui aurait été justifiée si la patiente y avait donné son consentement libre et éclairé, ne pouvait, sans renverser le fardeau de la preuve, décider qu'il incombait au médecin de prouver cette cause de justification vraisemblable qu'il alléguait.

2. Les différents aspects de cet arrêt riche d'enseignements en droit médical seront successivement abordés dans le cadre de ce commentaire : consécration de la maîtrise de son corps par la personne dans le contexte d'une stérilisation (I), incidences de celle-ci lorsqu'elle est pratiquée sur une personne mariée (II) et problématique de la charge de la preuve selon que le patient qui se prétend victime d'un défaut d'information ou de consentement place son action dans l'orbite du droit civil ou la fonde sur la commission d'une infraction pénale (III).

I. Stérilisation volontaire et maîtrise juridique de son corps par la personne

3. La stérilisation volontaire à fins contraceptives a alimenté le débat juridique à propos de l'autodétermination corporelle de l'individu. Cette intervention médicale parfois dénuée d'objectif thérapeutique, mais lourde d'implications éthiques et sociologiques, a été longtemps entourée d'un climat de réprobation. C'est qu'affectant la fécondité, elle implique par ses conséquences d'autres personnes que le patient : son partenaire affectif, ses représentants en cas d'incapacité juridique ou mentale, voire les enfants à naître.

Si certains pays ont tardé avant de dépénaliser la stérilisation à fins contraceptives [2], le droit belge des dernières décennies s'est abstenu de porter une appréciation négative à son encontre [3]. Au contraire, notre jurisprudence reconnaît la responsabilité du médecin en cas de naissance consécutive à un échec d'une stérilisation (*wrongful pregnancy*) [4], et apprécie sévèrement son devoir d'information préalable, suivant le principe que celui-ci s'aggrave à mesure que la nécessité thérapeutique de l'intervention faiblit [5].

4. L'arrêt commenté de la Cour de cassation inscrit sans ambiguïté la stérilisation volontaire contraceptive dans le domaine d'exercice du droit de la personne à la maîtrise de son corps [6].

Alors que le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir méconnu certaines dispositions de droit supranational consacrant les droits fondamentaux de l'individu à la vie, à la prohibition de traitements inhumains et dégradants, à la libre disposition de son corps et au respect de sa vie privée et familiale [7], la Cour de cassation, ramenant le débat dans les frontières du droit national, estime que le droit à la vie et à l'intégrité physique, en tant que droits de la personnalité, suffisent à fonder juridiquement les principes selon lesquels, d'une part, le *consentement* de la personne est nécessaire pour valider sa stérilisation contraceptive et, d'autre part, elle *seule* est appelée à donner ce consentement.

Nous ne pouvons qu'approuver cette décision, tant il nous paraît que le droit de la personne à la maîtrise de son corps est à compter parmi ses droits de la personnalité, qu'il lui est, par conséquent, conféré à titre individuel, et qu'il ne peut être limité que par des principes supérieurs tels le respect de la dignité humaine et la protection de l'espèce [8].

5. Comme ces restrictions du droit à la maîtrise du corps ne paraissent pas susceptibles d'entraver un projet individuel [9] de stérilisation contraceptive, la Cour a justement affirmé qu'aucune disposition légale ne requerrait le *consentement du conjoint* du patient à la stérilisation, même en l'absence de nécessité thérapeutique.

S'il est heureux que la jurisprudence se fixe en ce sens au plus haut niveau national [10], ce principe gouvernait déjà d'autres problématiques similaires, telles la conversion sexuelle du transsexuel marié [11], ou l'interruption volontaire de grossesse de la femme mariée [12]. La soustraction de l'I.V.G. et de la contraception (d'urgence [13]) au pouvoir de décision des parents de la patiente mineure [14], participe de la même construction jurisprudentielle.

6. A défaut de pouvoir prétendre donner son accord à une telle intervention, le conjoint du patient ne pourrait-il pas se voir créditer d'une *information* préalable ?

L'article 54 du code de déontologie médicale impose une information correcte des conjoints ou partenaires sur le déroulement et les conséquences de l'intervention, tout en rappelant que la décision est du seul ressort de la personne concernée et qu'une opposition du conjoint ou partenaire est sans effet.

Sans doute, une prise de décision du commun accord des deux membres du couple est-elle souhaitable sur le plan humain, tout comme le serait ne fût-ce qu'une information préalable du partenaire affectif. Mais consacrer juridiquement cette "bonne pratique" déontologique nous semble aller trop à l'encontre des principes contenus dans l'arrêt commenté, surtout en cas de demande de discrétion émise par le patient. Au demeurant, il n'appartient pas au médecin de se constituer gardien de la mise en oeuvre des conséquences de droit familial d'une stérilisation volontaire, détaillées ci-après.

7. Dans la présente problématique, il convient de réserver l'hypothèse de l'inaptitude physique ou mentale de la personne à manifester un consentement valable (ou à recevoir l'information préalable) lorsqu'une stérilisation contraceptive est jugée nécessaire d'un point de vue thérapeutique. Faut-il interdire l'intervention ? D'autres personnes que le patient pourraient-elles intervenir dans le processus de décision ? Pourraient-elles le faire dans les deux sens, positif et négatif ?

Face aux difficultés éthiques de cette problématique particulière [15] et à celle, juridique, de désigner les personnes ou les autorités appelées à donner un consentement de substitution [16], l'intervention de tiers n'est pas actuellement légitimée au regard de la maîtrise de la personne sur son corps [17]. Une intervention législative s'impose, la déontologie du corps médical ne devant pas indéfiniment combler le vide législatif.

II. Stérilisation volontaire et mariage

8. Si le droit du patient à la maîtrise de son corps est consacré en matière de stérilisation volontaire, les répercussions éventuelles de son initiative sur certains de ses proches n'échappent pas à toute sanction juridique. Ainsi, comme le rappelle opportunément la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, si le patient est marié, sa stérilisation volontaire peut "constituer un manquement aux devoirs respectifs des époux, voire une cause de divorce".

On remarquera que la Cour de cassation ne précise pas quel "devoir" des époux serait méconnu par un refus volontaire (et définitif) de procréer, alors que la cour d'appel appréciait ce comportement au regard du devoir, non imposé comme tel par la loi, de "communauté de vie". De fait, le mariage n'astreint pas les époux à la procréation, car ce n'en est pas la seule finalité [18]. Le juge devra, par conséquent, apprécier *in concreto* le

manquement allégué à un “devoir innommé” du mariage, qui consisterait à respecter l’engagement moral souscrit envers son conjoint de collaborer à un projet de procréation.

Par ce biais pourraient théoriquement être “sanctionnés” par le divorce une I.V.G. [19], le refus de procréer [20], par contraception occasionnelle ou définitive [21], ainsi que, de manière plus critiquable selon nous, la conversion sexuelle de l’époux transsexuel [22].

Encore faut-il que ce comportement pouvant être ressenti comme injurieux par le conjoint, le soit *gravement* pour emporter le prononcé du divorce. A ce titre seulement, le juge pourra apprécier le degré de participation ou d’information du demandeur en divorce au comportement «anti-procréatif» reproché à son conjoint [23].

9. De tels reproches pourraient-ils être adressés par un *concubin* à son partenaire qui subit une stérilisation volontaire, ou au médecin du second qui ne demande pas l’accord du premier ou ne l’informe pas de cette démarche ?

A défaut d’obligations juridiques personnelles au sein du couple non marié, il paraît difficile de fonder un recours en responsabilité délictuelle, la question du divorce ne se posant évidemment pas. Selon nous, une décision relevant de la maîtrise du corps, en deçà des limites qui lui sont imparties, ne peut être en soi considérée comme fautive. Tout au plus, les circonstances de fait entourant la révélation de la stérilisation volontaire pourraient-elles révéler une offense, d’ordre moral, comme cela peut se produire en cas de rupture de fiançailles. La voie contractuelle n’offre pas plus de débouchés : un engagement de concevoir une descendance ne peut recevoir de protection juridique. Quant à la protection des droits de l’homme, elle ne nous paraît pas offrir de recours dans l’état actuel de la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l’homme [24].

III. Charge de la preuve du défaut d’information ou de consentement

10. L’arrêt commenté déduit des considérations de la cour d’appel qu’aux yeux de celle-ci, «la demande en réparation dont elle était saisie était fondée sur un acte illicite consistant en une atteinte à l’intégrité physique (...) de nature à constituer l’infraction prévue aux articles 392 et 398 du code pénal». Cette lecture de la décision attaquée, établie par le pourvoi mais contestée par le procureur général dans ses conclusions écrites, procède de l’idée que le patient qui fonde sa demande d’indemnisation sur une atteinte abusive à son intégrité physique invoque *ipso facto* l’infraction de coups et blessures volontaires et place dès lors son action civile dans l’orbite du droit pénal, ce qui implique qu’elle sera soumise aux principes gouvernant cette matière [25].

Il est constant que l’atteinte à l’intégrité physique du patient résultant d’une intervention chirurgicale est en principe constitutive du délit de coups et blessures volontaires [26], celui-ci se trouvant justifié par la réunion de plusieurs critères, en principe cumulatifs, et appréciés avec plus ou moins de sévérité selon les hypothèses [27]. L’enseignement de l’arrêt commenté sur ce point est double.

11. Premièrement, si le patient qui s’estime victime d’une telle atteinte abusive fonde son action sur cette infraction, fût-ce de manière implicite, il s’astreint à respecter les principes gouvernant la charge de la preuve en matière pénale, même s’il porte celle-ci exclusivement devant les juridictions civiles [28]. Autrement dit, il lui appartiendra de rapporter la preuve non seulement des éléments de l’infraction, mais aussi de l’absence d’une cause de justification lorsque celle-ci est invoquée avec vraisemblance par le défendeur.

Dans ces conditions, il est logique que l’arrêt commenté, après avoir adopté la lecture de l’arrêt déferé proposée par le pourvoi, ait imposé à la patiente la charge de la preuve de l’inexistence de son consentement, puisque le médecin faisait état du document signé par elle à son entrée à l’hôpital à titre de cause de justification. En effet, les règles relatives à la charge de la preuve sont déterminées non par la juridiction saisie du litige, mais par la nature de celui-ci (article 876 du code judiciaire), ce qui cantonne le principe énoncé par l’article 870 du même code aux litiges purement civils, qui ne sont pas fondés sur l’existence d’une infraction [29].

12. Deuxièmement, le consentement du patient devient, à la lecture de l'arrêt, une véritable cause de justification puisqu'il est «de nature à ôter tout caractère culpeux à un acte relevant de l'art de guérir et poursuivant un but curatif ou préventif d'ordre thérapeutique», celui-ci étant au demeurant apprécié de façon large, s'agissant d'une stérilisation volontaire [30]. Or, l'on enseigne traditionnellement que le consentement de la victime est impuissant, à lui seul, à exonérer pénalement l'auteur de coups et blessures [31]. Pourtant, par opposition aux causes d'excuse, qui laissent subsister l'infraction, mais affectent la *peine* infligée à son auteur, les causes de justification sont précisément les faits justificatifs qui suppriment le caractère délictueux de l'acte [32]. En décidant que le consentement du patient suffit à rendre licite une intervention médicale par nature attentatoire à son intégrité physique, et en interprétant de façon large l'exigence de but thérapeutique, la Cour de cassation accroît encore l'autonomie de l'individu par rapport à son corps [33], complémentirement à ce qui a été exposé ci-dessus (*supra*, n° 3-7).

13. Il convient dès lors de s'interroger sur la dualité des voies s'ouvrant au patient victime d'une négligence médicale et sur les conséquences de son choix.

S'il opte, serait-ce implicitement, pour la qualification pénale [34], il se heurtera à la rigidité probatoire de la matière que vient rappeler l'arrêt commenté. Par contre, s'il agit uniquement sur une base civile (en principe contractuelle), certaines décisions ont considéré que la charge de la preuve de la fourniture de l'information et de l'obtention du consentement repose alors sur le médecin [35]. Il n'est pas certain que cette orientation, qui repose sur l'aptitude à la preuve nettement plus élevée dans son chef [36], soit remise en cause par l'arrêt commenté.

La Cour affirme en effet que «l'obligation du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention», sans faire référence à l'origine contractuelle de ces obligations [37]. Raisonnant selon les principes du *droit pénal*, elle conclut qu'en imposant au médecin la charge de prouver l'exactitude de la cause de justification qu'il alléguait, l'arrêt entrepris a renversé le fardeau de la preuve. Il n'en résulte pas que, dans le domaine de la *responsabilité civile*, où cette charge est gouvernée par des règles différentes, il ne serait pas possible de l'imposer au médecin, et non plus au patient. Il ne semble donc pas qu'il soit permis d'étendre jusque là l'enseignement de l'arrêt commenté, qui adopte la lecture de la décision attaquée suggérée par le pourvoi.

14. En dehors de toute référence à un fait infractionnel, la position traditionnelle de la jurisprudence consistait à imposer la charge de la preuve du défaut d'information ou de consentement au patient, par application de l'adage *actori incumbit probatio* et des articles 870 du code judiciaire et 1315 du code civil [38].

La Cour de cassation française a fait évoluer les choses en décidant «que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation» [39]. Certaines décisions belges lui ont emboîté le pas [40], d'autres non [41].

Il est permis de penser que la Cour de cassation française s'est implicitement autorisée de l'article 16-3 du code civil français, introduit par la loi «bioéthique» du 29 juillet 1994, qui subordonne au consentement préalable de l'intéressé et à la nécessité médicale toute atteinte à l'intégrité du corps humain, pour renverser le raisonnement antérieurement conduit. Cette évolution, par comparaison avec l'arrêt commenté, paraît opposer la plasticité des règles de preuve de droit civil à la rigidité apparente des principes applicables en matière pénale, dont notre Cour de cassation a fait une application correcte. Toutefois, si l'on envisage le consentement du patient non pas sous l'angle pénal, mais sur le plan des droits de la personnalité, comme semble le faire la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, et que l'on y voit une obligation qui s'impose au médecin en vertu du respect de la personne humaine, la position adoptée par la Cour de cassation française paraît pouvoir être suivie, car le patient n'aurait plus à prouver l'existence de cette obligation impérative à charge du médecin [42].

15. Les incidents des traitements médicaux relèvent d'une incrimination pénale par nature abstraite et générale, même si celle-ci est appréciée de manière particulière en raison du contexte dans lequel elle s'inscrit, ce qui fait *a priori* obstacle à une modification des positions procédurales respectives des protagonistes [43]. Il paraît cependant souhaitable qu'ils soient plutôt appréhendés sous l'angle contractuel, ou mieux encore par référence aux droits de la personnalité et au respect de la personne humaine [44].

16. Il convient enfin de souligner que la règle suivant laquelle il incombe au demandeur à l'action civile fondée sur une infraction pénale de fournir la preuve de l'inexistence d'une cause de justification invoquée par le défendeur, en l'occurrence donc du consentement du patient, ne s'applique qu'à la condition que cette allégation (du médecin) *ne soit pas dépourvue de tout fondement ou de tout élément de nature à lui donner crédit* [45]. Autrement dit, le médecin ne pourra se contenter d'affirmer qu'il a informé le patient et a obtenu son consentement : il faudra, comme dans l'espèce commentée, qu'il produise certains éléments tendant à l'établir.

Couplée au principe de la libre appréciation des preuves par le juge, qui prévaut en matière pénale, cette précision est de nature à relativiser la défaveur procédurale qui semble résulter pour le patient de l'arrêt commenté.

On voit donc que cet arrêt enrichit incontestablement l'appréhension juridique de la relation médicale. Certaines questions cruciales [46] doivent encore être résolues, ce qui ne manquera pas d'entraîner de nouvelles interventions de la Cour de cassation.

Yves-Henri LELEU
Chargé de cours à l'U.Lg.
Maître de conférences à l'U.L.B.

Gilles GENICOT
Avocat au barreau de Liège

[1] Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 139, note TH. VANSWEEVELT.

[2] Articles 2123-1 et 2123-2 du code de la santé publique, loi du 4 juillet 2001; TH. FOSSIER et TH. VERHEYDE, "La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs", *J.C.P.*, 2001, p. 1477. Comparez Cass. fr., avis, 6 juillet 1998, *Dr. fam.*, 1998, n° 162, obs. TH. FOSSIER, *R.T.D.C.*, 1998, p. 881, obs. J. HAUSER; Cass. fr., crim., 18 juillet 1937, *S.*, 1939, 1, 193, note TORTAT.

[3] Exemple : Civ. Anvers, 17 janvier 1980, *Bull. Ass.*, 1981, p. 183. Dans le même sens : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck-Université, 2001, p. 176, n° 215-216; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Louvain, Acco, 4^e édition, 1999, p. 194, n° 493; D. VANDERMEERSCH, "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.*, 1983, p. 849; *contra* J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, tome I, *Principes généraux du droit pénal positif belge*, Liège, Imprimeries nationales, 1965, n° 463; M.-TH. MEULDERS-KLEIN, "Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale", *Ann. dr. Louvain*, 1967, p. 3.

[4] Voy. à ce sujet : H. NYS, "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.*, 1988-1989, p. 1156; G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *R.G.D.C.*, 2002, p. 81, n° 8.

[5] Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 64, n° 79.

[6] En ce sens et sur cette notion : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, "La maîtrise de son corps par la personne", *J.T.*, 1999, p. 589.

[7] L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a conclu à l'absence de violation du droit au respect de la vie privée d'une requérante, stérilisée contre son gré, au motif qu'elle pouvait rechercher la responsabilité civile du médecin (Comm. eur. D.H., n° 20393/92, M.D. / Autriche, décision de recevabilité du 17 janvier 1996, inédite, citée par U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 148).

[8] Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 594, n° 18-26.

[9] Les pratiques collectives, tendant à l'eugénisme, sont évidemment limitées par ces restrictions.

[10] En droit européen des droits de l'homme : Comm. eur. D.H., n° 8416/79, Paton / Royaume Uni, décision de recevabilité du 13 mai 1980, *D. & R.*, 19, p. 244; Comm. eur. D.H., n° 17004/90, Hercz / Norvège, décision de recevabilité du 19 mai 1992, *D. & R.*, 73, 155. Dans ces affaires, la Commission décide que le requérant, père potentiel du fœtus ayant subi l'I.V.G., était suffisamment concerné par l'interruption volontaire de grossesse de son épouse (Paton), ou de sa partenaire

(Hercz), pour être considérée comme une victime indirecte au sens de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (comparer Comm. eur. D.H., n° 11684/85, J.-J. Amy / Belgique, décision de recevabilité du 5 octobre 1988, *inédite*). Toutefois, la Commission estime que le droit d'interrompre une grossesse relève de la vie privée, et non de la vie familiale, de la femme (Paton, p. 254, n° 27; Hercz, p. 169-171), de sorte que ses droits l'emportent sur ceux du père potentiel (pour une critique : F. SUDRE, "Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie", in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 383-384; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 3^e édition, 1998, p. 611). Certains auteurs estiment que chaque partenaire d'un couple, marié ou non, dispose d'un droit identique et égal au respect de ses choix en matière de procréation, de sorte que toute immixtion de l'autre dans l'exercice de ceux-ci est exclue (C. PARKER, "Defining an delineating the Right to Reproductive Choice", *Nordic Journal of International Law*, 1998, p. 92-93).

[11] Impl. : Anvers, 27 janvier 1999, *Echtscheidingsjournaal*, 1999, note K. UYTERRHOEVEN, *R.T.D.F.*, 1999, p. 89, note Y.-H. LELEU (p. 96), *R.W.*, 1999-2000, note G. VERSCHELDEN. *Contra J. PETIT*, "L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel", *R.T.D.C.*, 1976, p. 287.

[12] Gand, 8 août 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 366, note T. BALTHAZAR; C.A., 19 décembre 1991, arrêt n° 31/91, *M.B.*, 24 janvier 1992, *J.T.*, 1992, p. 362, obs. PH. COENRAETS, n° 6.B.10 et suivants. Voy. à ce sujet : G. GENICOT, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 93-95, n° 36-39. En France : C.E. fr., 31 octobre 1980, *D.*, 1981, jur., 38, conclusions GENEVOIS et somm., 167, obs. F. MODERNE et P. BON, *J.C.P.*, 1982, II, 19732, note F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ. Cette décision refuse au père tout droit de regard sur la décision de la mère (arg. article L. 162-4 du code de la santé publique), ce en quoi, selon M. MALAURIE, elle refuse de reconnaître la nature biologique de l'embryon (PH. MALAURIE, "Le respect de la vie en droit civil", in *Mélanges Louis Boyer*, P.U. Toulouse, 1996, p. 438).

[13] Voy. Interpellation de M. M. MOOCK et de Mme D. BRAECKMAN à M. A. HUTCHINSON, *J.D.J.*, 2000, n° 199, 32. Comparer. : J. PEIGNÉ, "Pilule du lendemain : annulation des passages de la circulaire ministérielle autorisant les infirmières scolaires à délivrer le contraceptif d'urgence 'NorLevo'", note sous C.E. fr., 30 juin 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10423. Il est à noter que le Conseil d'Etat français n'a pas choisi de fonder sa décision sur une prétendue atteinte de la circulaire à l'autorité parentale des parents de la jeune fille (C. RADÉ et O. DUBOS, "La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires", *D.*, 2000, p. 545, n° 3).

[14] C.A., 19 décembre 1991, précité, n° 6.B.17 et suivants. Voy. à ce sujet : Y.-H. LELEU et S. DELVAL, "Autorité parentale et actes médicaux", *J.D.J.*, 2002/4, à paraître. En France, cette soustraction n'est également que très récente (article L. 2212-4 du code de la santé publique, loi du 4 juillet 2001). La mineure enceinte doit néanmoins encore se faire accompagner par une personne majeure dans sa démarche. Sur les difficultés d'application des anciennes dispositions ouvrant aux parents un droit de consentement : D. DUVAL-ARNOULD, "Minorité et interruption volontaire de grossesse", *D.*, 2001, p. 471; M. REDON, "L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental", *D.*, 2001, p. 1194.

[15] Voy. à ce sujet : Comité Consultatif de Bioéthique, avis n° 8 du 14 septembre 1998 relatif à la problématique de la stérilisation des handicapés mentaux, publié in *Bioéthica Belgica*, mars 1999, n° 4 et in L. CASSIERS, Y. ENGLERT, A. VAN ORSHOVEN et E. VERMEERSCH (éd.), *Les avis du Comité consultatif de bioéthique de Belgique (1996-2000)*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 73.

[16] Voy. à ce sujet, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 177, n° 217; H. NYS, *La médecine et le droit*, Bruxelles, Kluwer, 1995, p. 155, n° 365.

[17] Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 592-593, n° 15 et n° 14, note 44. Cette problématique vient d'être réglementée en France dans le sens d'une autorisation judiciaire (voy. les références citées *supra*, note 2 et F. FRESNEL, "La stérilisation volontaire contraceptive", *D.*, 2001, p. 2045).

[18] Voy. à ce sujet M. KEMPEN, "Zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk", in *Over zichzelf beschikken ? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1996, p. 221 et suivantes.

[19] En France : Cass. fr., (2^e ch. civile), 27 mars 1974, *Bull. civ.*, II, n^o 111.

[20] Cass., 6 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, 136; Civ. Anvers, 7 décembre 1960, *R.W.*, 1960-1961, p. 1579. D'autres décisions sanctionnent l'abstinence sexuelle en raison du désintéret affectif qu'elle témoigne (Bruxelles, 28 juin 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 340; comparer Civ. Tournai, 30 juin 1997, *cette revue*, 1997, p. 1584, motifs).

[21] A laquelle on peut assimiler un refus de soigner une stérilité : Bordeaux, 7 juin 1994, *J.C.P.*, 1996, II, 22590, note J. VASSAUX.

[22] T.G.I. Caen, 28 mai 2001, *D.*, 2002, p. 124. Dans le même sens, mais pour une violation d'un prétendu devoir *légal* du mariage : Nîmes, 7 juin 2000, *Dr. fam.*, 2001, n^o 4, note H. LÉCUYER, *R.T.D.C.*, 2001, p. 335, obs. J. HAUSER. Cette jurisprudence est critiquable parce que le transsexualisme est un syndrome, non *imputable* au patient (H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, *Les personnes*, 4^e édition, 1990, p. 160, n^o 150, B). En l'absence d'une intervention législative indispensable pour régler le sort du mariage du transsexuel converti, ce dernier ne pouvant être annulé pour identité de sexe au moment de sa conclusion (rapp. Anvers, 7 mars 2001, (1999/AR/3287), *Echtscheidingsjournaal*, 2001, p. 56, note K. VANLEDE (p. 59)), cette jurisprudence est une réponse imparfaite à l'impossibilité actuelle de "laisser" mariées deux personnes de même sexe juridique, une autre, également critiquable, étant le refus d'adapter l'acte de naissance au nouveau sexe du transsexuel marié avant son divorce (Anvers, 27 janvier 1999, précité).

[23] En ce sens, à propos d'une conversion sexuelle ayant (dans un premier temps) reçu l'approbation du conjoint : Anvers, 7 mars 2001, (1999/AR/3288), *loc. cit.*

[24] Voy. *supra*, note 10. On trouve cependant des auteurs qui considèrent qu'une I.V.G. au sein d'un couple, marié ou non, tombe sous l'empire de la protection d'une vie familiale, au contraire de celle pratiquée à la demande d'une femme seule, qui relève de la protection de sa vie privée (M. WITTINGER, *Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 265).

[25] A. KOHL, "L'action civile en dommages-intérêts résultant d'une infraction. Charge de la preuve de la cause de justification et autorité de chose jugée de la décision répressive antérieure", note sous Cass., 7 septembre 1972, *R.C.J.B.*, 1975, p. 372; comparer R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Anvers, Kluwer, 2^e édition, 1999, n^o 1212, pour qui les règles de preuve en matière pénale ne sont d'application devant les juridictions civiles que pour autant que le demandeur invoque l'existence d'un *délit*, dont il déduit le fondement de son action.

[26] CH. HENNAU-HUBLET, L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1987, n^o 35-38; H. NYS, La médecine et le droit, précité, n^o 313.

[27] Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, n^o 8-14; voy. notamment Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 635.

[28] Jurisprudence constante de la Cour de cassation : voy. notamment Cass., 4 décembre 1992, *Bull.*, 1992, I, n^o 769; 30 septembre 1993, *Bull.*, 1993, I, n^o 389; 22 décembre 1995, *Bull.*, 1995, I, n^o 564. En doctrine, voy. notamment R. DECLERCQ, *op. cit.*, n^o 1210; du même auteur, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Swinnen, coll. Prolegomena, 1988, p. 18-20; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1989, p. 752 et jurisprudence citée note 28; A.-L. FETIWEIS, "La charge de la preuve en droit pénal belge et la présomption d'innocence", in *Les droits de la défense en matière pénale*, Editions Jeune barreau de Liège, 1985, p. 140-141; J.-L. FAGNART, "La charge de la preuve en matière

d'information", note sous Cass. fr., 25 février 1997, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 339-340, n° 7; du même auteur, "Charge de la preuve et responsabilité médicale", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 106, n° 25.

[29] Corrélativement, lorsque l'infraction dont il a à connaître se rattache à l'exécution d'un contrat, le juge répressif qui statue sur l'existence ou l'exécution de celui-ci doit se conformer aux règles du droit civil (article 16 du titre préliminaire du code d'instruction criminelle).

[30] P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, précité, loc. cit.

[31] FR, TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, Kluwer, Story-Scientia, 5^e édition, 1999, p. 295-297; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 1991, p. 223. En France : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 7^e édition, 1997, p. 599-601, n° 475-476; PH. SALVAGE, "Le consentement en droit pénal", *Rev. sc. crim.*, 1991, p. 701-710. Comparer Cass., 6 janvier 1998, *R.T.D.F.*, 2000, p. 203, note G. GENICOT, *R.D.P.*, 1999, p. 562, note A. DE NAUW ; adde G. LOISEAU, "Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps", *Rev. dr. McGill*, 1992, vol. 37, p. 976-978.

[32] CH. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 1995, p. 177-178, n° 201; FR, TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 279; C. VAN DEN WYNGAERT, *op. cit.*, p. 191-195; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 556-565, n° 431-442.

[33] Certains auteurs considéraient déjà, à juste titre, le consentement du patient comme la condition essentielle de légitimité de l'intervention médicale : H. NYS, *La médecine et le droit*, précité, n° 313-314; R.O. DALCQ, "Réflexions au sujet de la charge de la preuve", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, précité, 62, n° 12.

[34] Nous excluons l'hypothèse où le patient se constituerait partie civile devant la juridiction pénale elle-même : il bénéficierait alors d'un avantage procédural du fait que la charge de la preuve repose sur le ministère public, mais le sort de sa demande suivra celui de l'action pénale. Les procédures pénales engagées à l'encontre de médecins pour négligences ou traitements infructueux sont toutefois assez rares, ce dont l'on peut se réjouir, car il s'agit avant tout d'un problème de responsabilité civile dont le droit pénal doit être dans toute la mesure du possible absent.

[35] Citées *infra*, notes 42-43.

[36] A. KOHL, *op. cit.*, p. 378-379.

[37] Elle confirme en outre que le consentement à toute intervention médicale doit être *éclairé*, c'est-à-dire précédé d'une information suffisante et compréhensible portant sur son but, ses effets et ses risques. Cette tendance à fonder autrement que sur une stricte base contractuelle le devoir d'information du médecin se retrouve dans un arrêt récent de la Cour de cassation française qui affirme que le devoir d'information du médecin trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (Cass. fr. (1^{ère} ch. civile), 9 octobre 2001, *D.*, 2001, p. 3470, rapport P. SARGOS, note D. THOUVENIN).

[38] Voy. notamment Bruxelles, 29 mars 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE; Anvers, 21 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1078, note H. NYS. Sur l'historique de la jurisprudence concernant la charge de la preuve du défaut d'information ou de consentement : J.-L. FAGNART, "Charge de la preuve et responsabilité médicale", article précité., 104-106, n° 21-24.

[39] Cass. fr. (1^{ère} ch. civile), 25 février 1997, *D.*, 1997, somm. comm., p. 319, note J. PENNEAU, *Rev. dr. santé*, 1997-98, p. 337, note J.-L. FAGNART, *Rev. dr. sanit. soc.*, 1997, p. 288, note L. DUBOIS, *Grands arrêts jur. civile*, 11^e édition, 2000, tome I, n° 13. La haute juridiction française a ultérieurement précisé que la preuve de cette information pouvait être fournie par tous moyens : Cass. fr. (1^{ère} ch. civile), 14 octobre 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22942, rapport P. SARGOS; adde Cass. fr. (1^{ère} ch. civile), 17 février 1998, *J.C.P.*, 1998, I, p. 144, obs. G. VINEY.

[40] Outre l'arrêt déféré à la censure de la Cour de cassation dans la présente espèce (Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139, note TH. VANSWEEVELT) : Anvers, 22 juin 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 144, *R.W.*, 1998-1999, p. 544, note H. NYS; Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 282.

[41] Anvers, 30 mars 1998, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 29; Civ. Bruxelles, 21 décembre 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1357, note H. NYS; Gand, 6 avril 2000, *T.G.R.*, 2000, p. 158. *Adde* Mons, 11 janvier 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 278, note TH. VANSWEEVELT, qui admet la preuve de l'information par présomption mais rappelle que le patient doit rapporter la preuve du lien de causalité entre l'information incomplète et le dommage, autrement dit établir qu'il aurait refusé l'intervention si toute l'information significative lui avait été communiquée (à défaut, il ne pourra prétendre qu'à une indemnisation pour la perte de chance de prendre une décision en pleine connaissance de cause).

[42] En ce sens : R.-O. DALCQ, *op.cit.*, p. 59-60, n° 10; comparer J.-L. FAGNART, note précitée, n° 8; C. TROUET, "Vrouw heeft toestemming echtgenoot niet nodig voor sterilisatie", *De Juristenkrant*, 30 janvier 2002, p. 16.

[43] En ce sens : C. TROUET, *loc. cit.*

[44] Cass. fr. (1^{ère} ch. civile), 9 octobre 2001, précité.

[45] Jurisprudence constante de la Cour de cassation : voy. R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, précité, p. 14 et les références citées. La Cour de cassation a récemment rappelé que si le juge constate que le prévenu n'apporte aucun élément de nature à donner crédit à ses allégations, il justifie légalement sa décision de rejeter les causes de justification qu'il invoque (Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, 435).

[46] Notamment la distinction entre une responsabilité pour faute en cas d'échec des soins et une possible responsabilité objective des accidents médicaux sans relation avec celui-ci, qui suppose *a priori* une intervention législative : voy. J.-L. FAGNART, "La réparation des accidents médicaux. Perspectives d'avenir", in *Actualités du droit de la santé*, J. CRUYPLANTS et J.-L. FAGNART (dir.), Bruxelles, Editions du Jeune barreau, 1999, p. 361; *Responsabilité et accidents médicaux*, Gand, Mys & Breesch, 1996; G. VINEY et P. JOURDAIN, "L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ?", *J.C.P.*, 1997, I, p. 4016; P. SARGOS, "Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale", *D.*, 1996, 365; du même auteur, "L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire", *J.C.P.*, 2000, I, p. 202.



LARCIER