

**LA MAÎTRISE DE SON CORPS
PAR LA PERSONNE.
CONCEPT ET APPLICATIONS (*)**

PREMIÈRE PARTIE

**Du droit au respect de l'intégrité physique
à la maîtrise du corps :
le droit de la personnalité
comme vecteur d'autodétermination**

PAR

YVES-HENRI LELEU

PROFESSEUR ORDINAIRE À L'ULG
CHARGÉ DE COURS À L'ULB
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

I. – INTRODUCTION

Pour affirmer la nécessité et l'importance de l'autonomie corporelle du sujet, il importe de reconnaître à la personne un droit à la maîtrise de son corps et de ses éléments, en vue d'accompagner une demande sociale croissante en ce sens, et de lever des freins que l'on peut considérer comme purement théoriques, voire idéologiques (1).

La clé technique du renversement de perspective nous paraît résider dans le rattachement de la maîtrise du corps par la personne à la catégorie des droits de la personnalité, plus précisément ceux qui,

(*) Le texte est à jour au 29 février 2008.

(1) Sur les fondements et motivations de notre poursuite de l'extension juridique du champ de l'autodétermination physique des individus : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 15 et s.

comme le traditionnel droit au respect de l'intégrité physique, comportent, pour leur titulaire, une faculté d'en disposer.

L'objet de la présente introduction est de rappeler les bases, telles que développées dans une contribution antérieure où, avec M. Genicot, nous avons tenté, humblement, de formaliser le contenu et le régime de ce droit à la maîtrise du corps, qui nous semble être un véritable droit de la personnalité, avec un régime et des limites (2).

En effet, cette faculté, si elle est pilotée par le consentement éclairé de la personne, ne serait plus limitée par la traditionnelle indisponibilité du corps humain, mais par des principes beaucoup plus généraux et plastiques, mouvants comme le sont les personnes et la société, relevant autant du droit que de l'éthique.

Par cette démarche, nous concédons volontiers vouloir étendre au maximum le champ de la libre disponibilité du corps et de ses éléments, convaincus à la fois de ce que l'autodétermination contribue à l'épanouissement de l'individu, et pragmatiquement conscients de la difficulté croissante à légitimer le droit d'ingérence de l'autorité ou de tiers dans ce domaine.

II. — LA MAÎTRISE DE SON CORPS PAR LA PERSONNE : NOTION ET RÉGIME

Le concept de maîtrise du corps est né d'une synthèse, au sens hégélien du terme, de deux thèses antinomiques.

La majorité des auteurs identifient le corps et la personne, et ne conçoivent pas l'idée d'une relation juridique de la personne avec elle-même. Prenant appui sur le fait que le corps permet d'identifier l'être, ils rejettent toute assimilation de celui-ci à une chose. Cette thèse traditionnelle nous est apparue empreinte de contradictions. D'un point de vue logique, il est difficile de concevoir le corps comme étant en soi la personne, et de nombreuses législations récentes confirment que le corps humain, en tant que tel, peut faire l'objet de conventions, par la cession de certains de ses éléments ou produits.

L'autre thèse, minoritaire bien que plusieurs auteurs s'y rallient encore, consiste à soutenir que l'être humain est propriétaire de son

(2) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, p. 589.

corps et de ses éléments. Cette idée, qui a longtemps paru difficile à défendre, tant sur le plan de l'origine et de la nature de ce droit de propriété que sur celui de ses conséquences juridiques, connaît un succès grandissant dans la doctrine récente qui identifie le rapport sujet-corps comme étant un droit de propriété, les limites de ce droit pouvant toutefois être plus restrictives que celles de la propriété d'une chose.

D'où notre proposition d'une approche plus nuancée. Nous entendons distinguer la personne de son corps et insister sur la matérialité de celui-ci. Le concept de maîtrise, détaché des cadres juridiques classiques, nous semble le plus adéquat pour rendre compte de la liberté et de l'autonomie qu'il faut reconnaître au sujet par rapport à son corps, dans le cadre d'une sphère qui demeure toutefois moins ample que celle du droit de propriété classique, car ayant le corps humain comme objet. Il implique notamment que nul autre que l'individu ne peut décider de ce qui concerne son corps, et qu'il doit avoir le droit de principe d'utiliser librement celui-ci, moyennant son consentement personnel éclairé.

La maîtrise de l'individu sur son corps nous apparaît s'intégrer dans la catégorie connue des droits de la personnalité, englobant notamment le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique. Elle peut donc emprunter leurs principaux caractères et suivre leur régime. Là réside d'ailleurs le principal intérêt de notre tentative de conceptualisation.

L'idée de maîtrise implique le consentement éclairé de la personne concernée. Nécessaire, ce consentement doit aussi, par principe, être considéré comme suffisant, en ce sens qu'il légitime en soi toute atteinte portée sur le corps lorsqu'aucune considération supérieure ne s'y oppose. Dans la mesure du possible, il doit émaner personnellement du sujet, même juridiquement incapable. Il faut donc s'efforcer d'obtenir que l'individu, moyennant une prise en charge attentive, puisse, dans la mesure du possible, donner un avis conscient qui sera pris en compte. L'exemple de la loi relative aux droits du patient, traité plus loin, est emblématique à cet égard.

Le droit de chacun à la maîtrise de son corps s'entoure, comme tout droit de la personnalité, de règles et de limites, dont nous pensons que la définition peut être abstraite et générale. D'où notre souci de redessiner les frontières classiques de la libre disposition du corps, étant dit d'emblée que cette reformulation poursuit un objec-

tif, nettement affirmé et assumé, de repousser ces limites au maximum du juridiquement et de l'éthiquement possible.

Nous avons estimé pouvoir maintenir comme première limite l'ordre public dont le contenu est, par définition, plastique. Cette limite permet de protéger la personne contre elle-même et de la tentation d'exercer abusivement son droit de maîtrise, tout en permettant encore certaines intrusions de l'Etat, dans un but sanitaire ou social. On peut également rattacher à l'ordre public l'exigence systématique de gratuité des échanges portant sur des éléments du corps humain.

Une limite redessinée est la référence à la notion de dignité humaine. Elle est de plus en plus mise à contribution car elle permet de justifier le refus opposé à l'individu de soumettre son corps à une manipulation à laquelle il consentirait, mais qui ne serait pas légitime de ce point de vue. Concrètement, si tant est que cela soit possible, elle signifie que la notion de personne humaine dépasse chaque être humain en particulier et ne peut être mise à leur disposition. La personne ne peut renoncer à sa qualité d'homme et à la dignité inhérente à celle-ci.

A un degré supérieur, on trouve la troisième limite redessinée : la nécessité de protéger l'intégrité de l'espèce humaine dans son ensemble. Cela implique notamment que l'homme ne peut disposer des caractéristiques de l'espèce à laquelle il appartient, ni des moyens par lesquels celle-ci se reproduit. On quitte ici la dimension individuelle, reflétée par le principe de dignité, pour atteindre une dimension collective. Cette notion éclaire utilement les problématiques des procréations médicalement assistées, du clonage ou des modifications héréditaires du patrimoine génétique.

III. - APPLICATIONS

Dans la seconde partie de l'étude précitée, nous avons cherché à donner une dimension pratique à l'idée selon laquelle l'homme est maître de son corps et de ses éléments, en examinant le statut reconnu par les droits français et belge à certains d'entre eux et en suggérant la teneur d'une réglementation future lorsque celle-ci fait défaut.

Nous y renvoyons le lecteur pour aborder ici trois problématiques non rencontrées alors, et qui connaissent des développements que nous pouvons juger en phase avec le mouvement amplificateur de l'autodétermination.

La nouvelle réglementation du *changement de sexe des personnes transsexuelles* en constitue un premier et frappant exemple. La loi du 10 mai 2007 consacre les acquis d'une jurisprudence fournie mais en renverse la perspective. Le changement de sexe est sorti de l'orbite judiciaire au profit d'une démarche administrative de la personne (déclaration de changement de sexe). L'indisponibilité juridique traditionnelle du corps humain a ainsi reçu une nouvelle exception, qui se traduit, à notre avis, par une extension de l'autodétermination juridique.

Un exemple extrême qui agite jurisprudence et médias est celui du *sadomasochisme*. Le droit doit à notre avis respecter le choix de rechercher le plaisir dans la douleur. En matière sexuelle, la maîtrise du corps est renforcée par le respect dû à l'intimité de la vie privée, comme l'affirme notre Cour de cassation (3). Mais contrairement aux automutilations par exemple, le sadomasochisme implique au moins deux personnes et offre plus de prise à la répression pénale (coups et blessures volontaires) car le consentement de la victime n'est pas élusif de culpabilité. Aussi, nul ne conteste que les pratiques sadomasochistes organisées (prosélytisme, rémunération, etc.) sortent de la sphère intime et tombent sous l'emprise du droit pénal (4). Par contre c'est moins le cas des pratiques privées. Notre Cour de cassation exclut la peine «lorsqu'elles ne sont pas de nature à porter atteinte à la santé de la personne qui les subit et qu'elles sont commises à l'égard d'une personne qui y consent légalement», appelant la vérification d'un critère abstrait (la santé) et non pas seulement le consentement de la personne. Telle n'est pas l'optique de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a très opportunément selon nous replacé la problématique dans le champ de la maîtrise du corps, sans pour autant condamner la Belgique, dans l'affaire déjà jugée par la Cour de cassation (puisqu'en l'espèce la

(3) Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, 11, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, 562, note A. DE NAUW, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, 203, note G. GENICOT.

(4) C.E.D.H., *Laskey, Jaggard & Brown c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 1997, CEDH 1997-I, 120, *Gaz. Pal.*, 23-24 juillet 1997, 20, *D.*, 1998, 97, note J.-M. LARRALDE, *Rev. trim. d. h.*, 1997, 733, obs. M. LEVINET.

victime avait prononcé un «stop» non respecté). La Cour érige le consentement de la personne «victime» en critère principal d'appréciation de la légitimité de la pratique en cause (5). Cet arrêt qui renforce l'autodétermination revêt d'autant plus de force que le contexte factuel se prêtait plutôt à un jugement abstrait, que la Cour a eu l'intelligence de ne pas poser.

Reste encore irrésolue la problématique du *dopage sportif*, traitée ici en raison de l'actualité judiciaire belgo-internationale. S'il nous paraît légitime que toute personne, en tant qu'individu maître de son corps peut en améliorer les performances jusqu'à ce que mort s'ensuive, la dimension collective du sport, la loyauté des compétitions et les enjeux économiques dont elles sont assorties légitime, bien plus que dans les deux exemples qui précèdent, l'intervention de l'autorité (contrôles inopinés, sanctions en cas de défaut de s'y soumettre). Ce serait alors ici l'ordre public qui pourrait être invoqué comme limite. Mais quelle autorité, car tel est l'enjeu du débat judiciaire en cours? Les fédérations sportives ou l'Etat? Nous n'avons à cette heure qu'une intuition juridique à ce propos et la livrons modestement, pour l'argumenter une fois que le débat se sera plus amplement noué. Nous pensons que la réglementation par les instances sportives présente de suffisantes garanties de légitimité, et croyons qu'il peut être soutenu qu'il s'agit d'une norme générale suffisamment abstraite et formalisée pour être assimilée à une loi au sens de certains droits fondamentaux. Et au regard du droit à la maîtrise de son corps, assorti des limites décrites, nous croyons que cette réglementation n'est certainement pas moins légitime que ne le serait une réglementation étatique (une loi formelle) qui soumettrait les sportifs aux mêmes contraintes que les règlements qu'ils décrivent.

(5) Cour eur. D.H., *K.A. et A.D. c. Belgium*, 17 février 2005, *J.T.*, 2005, 331, obs. F. KRENC, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 341, note J.-P. MARGUENAUD.

DEUXIEME PARTIE

La maîtrise du début et de la fin de la vie

PAR

GILLES GENICOT

AVOCAT AU BARREAU DE LIÈGE

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE (6)

I. – INTRODUCTION : LA MAÎTRISE DU CORPS,
PRINCIPE BIOÉTHIQUE CARDINALA. – *La maîtrise du corps conçue
comme un droit de la personnalité fondamentale*

1. Le droit à la maîtrise du corps, conçu comme un droit de la personnalité dérivé du droit au respect de l'intégrité physique mais plus étendu que ce dernier, ouvre un champ de réflexions et des perspectives extrêmement larges puisqu'il vise l'ensemble des atteintes pouvant être portées au corps humain. L'idée que chacun a la maîtrise de son propre corps mais que cette prérogative doit s'assortir de limites est, de façon diffuse, au cœur des raisonnements juridiques et éthiques relatifs à ces atteintes, dont la nature et la finalité se sont multipliées au cours des dernières décennies.

La systématisation du concept s'avère une tâche de grande ampleur (7). Elle prend place dans la foulée d'une réflexion sur, d'une part, la maîtrise scientifique du vivant (8) et, d'autre part, le statut du corps humain en droit, statut qui nous paraît nécessairement devoir être repensé afin d'intégrer harmonieusement et de façon équilibrée ces atteintes dans un paysage juridique mettant au premier plan l'autonomie de la personne mais aussi la protection dont elle doit bénéficier.

(6) L'auteur est membre du Comité Consultatif de Bioéthique et de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie. Il s'exprime à titre personnel.

(7) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, 589.

(8) C. LABRUSSE-RIOU, «La maîtrise du vivant : matière à procès», *Pouvoirs*, 1991, n° 56, 87; du même auteur, «Sciences de la vie et légitimité», in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, 283 (ces deux textes sont également publiés in *Ecrits de bioéthique*, PUF, coll. Quadrige, 2007, 126 et 252); J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, coll. Partage du savoir, 2002.

Depuis lors, le législateur, conjointement avec d'autres instances régulatrices, a considérablement remodelé le droit médical et bioéthique, dont il a pour ainsi dire repris possession. Il y a dix ans, seuls les transfusions sanguines et les prélèvements d'organes – historiquement les premiers éléments corporels dont la « circulation » a été possible, contraignant les juristes à regarder le corps humain d'un œil nouveau – étaient réglementés (9).

2. Un ensemble de paramètres convergents illustre désormais une tendance nette du droit à se départir d'une vision « paternaliste » de la relation médicale pour s'orienter vers la pleine consécration de l'autonomie du patient, dans un rapport de soins repensé et rééquilibré, principalement à la lumière des droits fondamentaux de la personne. Au premier rang de ceux-ci, indissolublement lié à l'idée de maîtrise et d'autonomie, on trouve le *droit au respect de l'intégrité physique*, sur lequel se charpente une large part de l'édifice du droit médical (10).

Ce droit connaît des manifestations diverses en droit positif mais sa source est en définitive à rechercher prioritairement dans divers instruments supranationaux (11), à commencer par l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui prohibe en termes absolus – contrairement à d'autres dispositions susceptibles d'exceptions encadrées et contrôlées – la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants et qui en cela, selon la Cour européenne des droits de l'homme, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (12).

(9) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, 595-597. Loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 février 1987 (modifiée par les lois des 17 février 1987, 7 décembre 2001, 22 décembre 2003, 14 juin 2006, 27 décembre 2006 et 25 février 2007); A.R. du 24 novembre 1997 relatif au prélèvement et à l'allocation d'organes d'origine humaine, *M.B.*, 23 décembre 1997 et 26 mai 1998; loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine, *M.B.*, 8 octobre 1994 (modifiée par les A.R. des 20 juin 2002 et 1^{er} février 2005 et par les lois des 8 avril 2003, 13 décembre 2006 et 27 avril 2007).

(10) Sur le droit à la vie et le droit au respect de l'intégrité physique, parmi une abondante bibliographie, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005, 95-126; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, 54-95; J. VELU et R. ERGEC, *R.P.D.B.*, v^o Convention européenne des droits de l'homme, compl. t. VII, Bruylant, 1990, 207-233; R. CABRILLAC, «Le corps humain», in *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 10^e éd., 2004, 157; P. MALAURIE, *Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, 3^e éd., 2007, 103-113; J. PENNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v^o Corps humain, 2005.

(11) Pour un relevé de ces textes, M.-L. DELFOSSE et C. BERT, *Bioéthique, droits de l'homme et biodroit*, Larcier, 2005.

(12) Voir not. C.E.D.H., gr. ch., 10 mai 2001, *Z. c. Royaume-Uni*, req. n^o 29392/95 : les Etats ont l'obligation (positive) de prendre des mesures propres à empêcher que les personnes relevant de leur juridiction soient soumises à ce type de traitements, même administrés par des

On observera que, tout comme le droit à la vie que garantit l'article 2, cette disposition illustre une dimension protectrice, une prérogative *d'opposition*. L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 y fait directement écho et ajoute qu'«en particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique».

D'autres garanties illustrent plutôt une dynamique autonomiste, une prérogative de *disposition*; ainsi les articles 9 et 10 de la C.E.D.H. qui protègent la liberté de pensée, de conscience et de religion et la liberté d'expression et d'opinions. La Convention réalise en définitive une subtile synthèse entre ces deux orientations complémentaires et interdépendantes, comme l'illustre le droit – complexe – au respect de la vie privée et familiale (articles 8 de la C.E.D.H. et 22 de la Constitution), qui comporte également une dimension physique et psychique (13).

3. La catégorie juridique des *droits de la personnalité* (14) nous semble être le cadre archétypal d'une rencontre de ces deux impératifs – autonomie et protection, disposition et opposition – et dès lors le creuset le plus propice à l'épanouissement du concept de maîtrise du corps, qui permet cette symbiose (15).

particuliers; viole ces principes l'Etat dont les autorités ont mis plus de quatre ans pour protéger des enfants gravement maltraités, y compris, au besoin, en les retirant à la garde de leurs parents.

(13) Sur le droit au respect de la vie privée, voir notamment *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant/Nemesis, 2005, coll. Droit & Justice, n° 63; F. RIGAUX, *R.P.D.B.*, v° Protection de la vie privée, compl. t. IX, Bruylant, 2004, 806-902; du même auteur, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant/LGDJ, 1990 et *La vie privée. Une liberté parmi les autres?*, Larcier, 1992; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, *Economica*, 3^e éd., 1995; B. BEIGNIER, «La protection de la vie privée», in *Droits et libertés fondamentaux*, précité, 171; M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme», *R.I.D.C.*, 1992, 767 et in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant/LGDJ, 1999, 467.

(14) C. HENNAU-HUBLET, «Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaines», *J.T.*, 1994, 369; P. JOURDAIN, «Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle: la responsabilité civile», *Gaz. Pal.*, 19 mai 2007, 52; P. KAYSER, «Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques», *RTDciv.*, 1971, 445; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, précité, 95-156; J.-P. MASSON e.a., *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004*, Larcier, coll. Dossiers du J.T., 2006, 53-107; D. TALLON, *Rép. civ. Dalloz*, v° Personnalité (Droits de la), 1996.

(15) On constate au demeurant une évolution dans la présentation classique de la matière. C'est ainsi que le doyen CORNU distingue judicieusement, dans le dernier état de ses écrits, d'une part, «le respect du corps humain» et «la protection des autres droits primordiaux de la personnalité» et, d'autre part, sous le premier de ces titres, «les atteintes portées au corps humain sans le consentement de celui qui les subit» et «la mesure du pouvoir de l'individu sur son propre

L'idée que *toute* personne jouit des droits de la personnalité, qui comprennent entre autres le droit à la vie et à l'intégrité physique, et que le respect de cette valeur suprême impose que le patient *et lui seul* donne le consentement nécessaire à la licéité d'un acte médical portant atteinte à son intégrité physique, a accédé au grade de réalité juridique effective grâce à un important arrêt du 14 décembre 2001 par lequel notre Cour de cassation a clairement pris position sur le fondement des droits du patient en matière médicale (16). Cet arrêt consolide incontestablement l'édifice des droits de la personnalité s'agissant d'une atteinte médicale au corps.

Il n'est pas inutile de rappeler qu'en France – où le droit du corps humain est juridifié et encadré au moyen de textes nombreux, de principe ou de détail, dont la philosophie imprègne notre droit et guide l'action des praticiens –, les articles 16 et suivants du Code civil (17) posent plusieurs règles fondamentales, à combiner avec les multiples dispositions du Code de la santé publique garantissant et concrétisant le droit au respect de l'intégrité physique dans le con-

corps». Ce plan est doublement révélateur de l'avancée décrite (G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Domat-Montchrestien, 13^e éd., 2007, 29-81). Voir surtout, structurée autour d'une distinction entre «les personnes juridiques» et «la personne humaine», titre sous lequel sont successivement envisagés une «théorie générale des droits de la personnalité», «le corps humain» et «les utilités du corps humain», sur lequel le sujet détient un «pouvoir exclusif», la présentation progressiste et pertinente de F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. Droit fondamental, 2006, 205-282.

(16) Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, 2129, concl. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, 532, note LELEU et GENICOT, *J.T.*, 2002, 261, note TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, 328, concl. DU JARDIN, note TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 239, note FAGNART; R.O. DALCQ, A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488. Comp., en France, Cass. fr. 1^e civ., 9 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, n° 249, *D.*, 2001, 3470, rapport SARGOS, note THOUVENIN, *J.C.P.*, 2002, II, 10045, note CACHARD, *Contr. Conc. Cons.*, 2002, n° 22, note LEVENEUR, *Gaz. Pal.*, 25-27 novembre 2001, note GUIGUE, *R.J.P.F.*, 2002, 34, note CHABAS, *Petites Affiches*, 6 décembre 2001, note CLÉMENT et 13 mars 2002, note MARMOZ, *RTDciv.*, 2002, 176, obs. LIBCHABER; selon cet arrêt, la source fondamentale du droit médical est à chercher dans la notion de dignité humaine : «le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine».

(17) Insérés par la première loi «bioéthique» n° 94-653 du 29 juillet 1994, qui crée dans le titre I «Des droits civils» du Livre 1^{er} «Des personnes» un chapitre II intitulé «Du respect du corps humain» qui comprend les articles 16 à 16-9, lesquels sont, aux termes de cette dernière disposition, d'ordre public. C. BYK, «La loi relative au respect du corps humain», *J.C.P.*, 1994, I, 3788; J.-C. GALLOUX, «Le corps humain dans le Code civil», in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, 381; R. CABRILLAC, «Le corps humain», précité; J. MASSIP, «L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée», *Defr.*, 1995, 35.975 et 35.992; J. PENNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v° Corps humain, 2005; D. THOUVENIN, «De l'éthique médicale aux lois «bioéthiques»», *RTDciv.*, 1994, 717. Rapp. la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine; *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, J. GEVERS, E. HONDIUS et J. HUBBEN (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, coll. International Studies in Human Rights, 2005.

texte des interventions médicales. A cette occasion, le Conseil constitutionnel français a posé, dans sa décision précédant la promulgation de la loi du 29 juillet 1994, que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle (18).

En vertu de ces dispositions, la loi doit assurer la primauté de la personne, interdire toute atteinte à la dignité de celle-ci (19) et garantir le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Chacun a droit au respect de son corps, lequel est inviolable et ne peut, pas plus que ses éléments ou ses produits, faire l'objet d'un droit patrimonial. Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci (20). Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps

(18) Cons. const. fr., 27 juillet 1994, *D.*, 1995, jur., 237, note MATHIEU, *D.*, 1995, somm., 299, obs. FAVOREU; *addé* Cons. const. fr., 16 juillet 1996, *D.*, 1997, jur., 69, note MERCUZOT, *D.*, 1998, somm., 147, obs. RENOUX, *J.C.P.*, 1996, II, 22709, note NGUYEN VAN TUONG, *Petites Affiches*, 29 novembre 1996, note MATHIEU, F. LUCHAIRE, «Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation», *RD publ.*, 1994, 1647; B. MATHIEU, «Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science», *RF D adm.*, 1994, 1019; du même auteur, «Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme», *D.*, 1995, chr., 211; A.-M. LE POURHET, «Le Conseil constitutionnel et l'éthique biomédicale», in *Mélanges Dupuis*, LGDJ, 1997, 213. Mais l'existence même d'un principe supérieur de dignité humaine est discutée : D. DE BÉCHILLON, «Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire», *RT Dev.*, 2002, 47; B. MATHIEU, «De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique», *D.*, 2005, 1649; D. ROMAN, «Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas? La liberté sexuelle et ses juges, étude de droit français et comparé», *D.*, 2005, 1508 (la revendication d'une pleine liberté sexuelle entraîne l'éviction d'un principe de dignité vu comme réactionnaire et paternaliste).

(19) Sur la dignité humaine, notion phare de la bioéthique et droit de la personnalité cardinal, parmi de nombreuses références, *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), Economica, 1999; E. DREYER, «Les mutations du concept juridique de dignité», *RT Dev.*, 2005, 19; B. EDELMAN, «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *D.*, 1997, chr., 185 et in *La personne en danger*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, 505; J. FIERENS, «La dignité humaine comme concept juridique», *J.T.*, 2002, 577; J.-F. KRIEGK, «Droit civil, procréation et dignité humaine», *Gaz. Pal.*, 17-18 décembre 2004; P. MARTENS, «Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte», in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, 561; du même auteur, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, 2003, 67-81; B. MATHIEU, «La dignité de la personne humaine : quel droit? quel titulaire?», *D.*, 1996, chr., 282; du même auteur, «La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais?) usage en droit positif français d'un principe universel», in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, 213; P. MISTRETTA, «La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal», *J.C.P.*, 2005, I, 100; M.-L. PAVIA, «La dignité de la personne humaine», in *Libertés et droits fondamentaux*, précité, 139; V. SAINT-JAMES, «Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique de droit français», *D.*, 1997, chr., 61.

(20) L'analogie apparaît clairement avec les atteintes à la vie privée, visées par l'article 9 du Code civil français (loi n° 70-643 du 17 juillet 1970), aux termes duquel «chacun a droit au respect de sa vie privée» et «les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, pres-

humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, le consentement de l'intéressé devant être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

B. – *La maîtrise du corps consacrée en droit belge*

4. Sans doute inspiré par cette réglementation croissante et foisonnante du droit médical et biomédical dans le système juridique le plus proche du nôtre, et plus généralement dans la quasi totalité des pays occidentaux, le législateur belge s'est employé à élaborer, au cours des dernières années, plusieurs lois qui concrétisent la portée et les limites d'un droit à la maîtrise du corps. La jurisprudence a apporté sa pierre à l'édifice, à commencer par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 14 décembre 2001.

Parmi les textes qui ne pourront être évoqués ici, citons la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine (21), soit l'un des domaines fondateurs du droit international de la bioéthique (22).

crire toutes mesures (...) propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée». Le droit au respect de la vie privée étant indubitablement le principal droit de la personnalité, cette analogie confirme la pertinence de la catégorisation suggérée. Sur ce que la disposition précitée constitue une «matrice» à la fois fondamentale et procédurale de l'ensemble des droits de la personnalité, Cass. fr. 1^o civ., 16 juillet 1998, *D.*, 1999, jur., 541, note SAINT-PAU.

(21) *M.B.*, 18 mai 2004, commentée par E. LANGENAKEN, *J.T.*, 2005, 465; S. CALLENS et M. GOOSSENS, *N.j.W.*, 2004, 1190; H. NYS, in *Recht in beweging*, Maklu, 2005, 279; A. VIJVERMAN et T. VANSWEEVELT, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, 2 et 22. Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises (lois des 27 décembre 2004, 20 juillet 2005, 27 décembre 2005, 13 décembre 2006, 27 décembre 2006 et 27 avril 2007) et a fait l'objet des arrêts de la Cour constitutionnelle n^o 164/2005 du 16 novembre 2005 qui en restreint, par annulation partielle, le champ d'application (*Arr. C.A.*, 2005, 2101, *M.B.*, 24 novembre 2005, 50651, *R.W.*, 2006-2007, somm., 510, *T.B.P.*, 2007, 42) et n^o 48/2007 du 21 mars 2007 (*Arr. C.C.*, 2007, 667, *M.B.*, 5 avril 2007, 1^o éd., 19158; M. GOBERT, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, 76). Voir aussi les avis du Comité Consultatif de Bioéthique n^o 13 du 9 juillet 2001 (expérimentations sur l'homme), n^o 31 du 5 juillet 2004 (expérimentations impliquant des femmes enceintes et allaitantes) et, récemment, n^o 40 du 12 février 2007 (champ d'application de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine). En jurisprudence, on recense un étonnant jugement du tribunal civil de Gand (16^e ch.) du 11 octobre 2004 (*Juristenkrant*, 2005, 5, *N.j.W.*, 2005, 636, note CALLENS, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, 210, note VANSWEEVELT); *adde.* avant l'entrée en vigueur de la loi, Civ. Anvers (8^e ch.), 20 décembre 2002, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 251, note TER HEERDT; C. trav. Bruxelles, 23 mars 1993, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, 296, note STIÉVENARD, *R.D.S.*, 1993, 150, avis WERQUIN.

(22) M.-L. DELFOSSE et C. BERT, *Bioéthique, droits de l'homme et biodroit*, précité, 299-392; C. LABRUSSE-RIOU, «Expérimentation humaine et éthique», in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1988, 144 et in *Écrits de bioéthique*, PUF, coll. Quadrige, 2007, 97.

Il y eut bien sûr, tout d'abord et au premier chef, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (23). Les nombreuses applications de ces droits et les réflexions auxquelles ils donnent lieu placent clairement au premier plan l'autonomie du malade et, partant, sa maîtrise de son corps et de sa destinée.

Le fertile terreau de la responsabilité médicale n'est pas en reste, de par la pondération qu'il illustre entre la malléabilité et la progressivité pouvant imprégner la recherche d'un fait générateur de responsabilité (24) et la rigueur devant s'observer sur le terrain de la causalité et du préjudice réparable (25) et quant à la charge de la preuve (26). Les principes qui la gouvernent en matière civile auraient pu permettre une certaine plasticité, au contraire de la rigidité des règles applicables en matière pénale (27); pourtant,

(23) *M.B.*, 26 septembre 2002, commentée par Y.-H. LELEU, *J.T.*, 2003, 649 et in *Droit médical*, Larcier, 2005, coll. CUP, vol. 79, 7; H. NYS, *R.W.*, 2002-2003, 1121; D. MAYERUS et P. STAGNET, *D.C.C.R.*, 2002, n° 57, 3; C. TROUET et I. DREEZEN, *N.j.W.*, 2003, 2; T. VANSWEEVELT, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 66; *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, Kluwer, 2003; E. MORBE, *De wet betreffende de rechten van de patiënt*, UGA Courtraï-Heule, 2003; H. NYS et I. VINCK, *Nieuwe wetgeving inzake patiëntenrechten*, Kluwer, 2003.

(24) G. GENICOT, «Faute, risque, aléa, sécurité», in *Droit médical*, précité, 59.

(25) Cass., ch. réun., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 174, concl. WERQUIN, *Bull. Ass.*, 2006, 235, concl. M.P., *J.L.M.B.*, 2006, 1076, *J.T.*, 2005, 357, note ESTIENNE, *N.j.W.*, 2005, 628, note LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, 106, note BOONE; 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, n° 507; 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, 491, *J.L.M.B.*, 2006, 1170. Par ces arrêts – qui ont donné lieu à de nombreux commentaires, souvent critiques ou sous forme interrogative –, la Cour rappelle que, dès lors 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 par la victime, il incombe à celle-ci d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé. Ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit. Le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage. Il doit constater que, sans la faute de celui dont la responsabilité est recherchée, le dommage invoqué par la victime n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit.

(26) Cass., 14 décembre 2001, précité; 16 décembre 2004 (deux arrêts), *Pas.*, 2004, n° 616, *J.L.M.B.*, 2006, 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, 298, note LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, 1553, note NYS, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161. Il ressort clairement de ces arrêts que l'obligation d'information du médecin ne constitue pas une obligation de résultat, de sorte que le patient qui soutient que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information et qu'il a ainsi subi un dommage a la charge de le prouver. La Cour s'en tient strictement au principe selon lequel, lors d'une contestation civile portant sur un dommage à indemniser, la charge de la preuve relative à la faute, au dommage et au lien de causalité incombe à celui qui demande l'indemnisation du dommage qu'il a subi et il n'y est pas dérogé par la disposition selon laquelle celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation. J.-L. FAGNART, «Charge de la preuve et responsabilité médicale», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, 91 et in *La responsabilité médicale. Actualités du dommage corporel*, Juridoc, 2003, 41; du même auteur, «Information du patient et responsabilité du médecin», in *Actualités de droit médical*, Bruylant, 2006, 84-87; P. HENRY, «Le médecin face au droit», in *Médecine et droit. Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Anthemis, 2007, 33-41.

(27) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «Autonomie corporelle de la personne et responsabilité médicale», note sous Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, 541-545; R.O. DALCQ, «Réflexions au sujet de la charge de la preuve», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, précité, 53;

notre Cour de cassation a, dans les arrêts précités, pris sans ambiguïté le contre-pied de son homologue française, qui adopte la solution inverse (28).

On sait que la matière de la responsabilité médicale vient d'évoluer grâce à la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé (29) et il n'est pas sans intérêt de relever qu'elle est de celles où l'influence française imprègne le plus fortement le droit belge, de par la vigueur sans cesse renouvelée des raisonnements théoriques et le foisonnement de la casuistique que s'observent chez nos voisins (30).

5. De nombreux autres facteurs d'évolution ont récemment surgi, en France comme en Belgique : affinements jurisprudentiels et doctrinaux des liens entre responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle (31), responsabilité civile et pénale; avènement de la responsabilité du fait des produits défectueux, issue de la directive européenne du 25 juillet 1985; péripéties innombrables de la réparation du dommage lié au handicap, à la suite du fameux arrêt «*Perruche*» de la Cour de cassation française du 17 novembre

du même auteur, «Évolution du droit en matière d'information et de consentement des patients», in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Kluwer, 1999, 413; *adde* l'étude générale de J. KIRKPATRICK, «Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, 105.

(28) Solution constante depuis le célèbre arrêt de la 1^e chambre civile du 25 février 1997, *D.*, 1997, somm., 319, note PENNEAU, *RD sanit. soc.*, 1997, 288, note DUBOIS, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, n^o 13, obs. TERRÉ et LEQUETTE, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 337, note FAGNART.

(29) *M.B.*, 6 juillet 2007; E. LANGENAKEN, «La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé : révolution ou régression?», *R.G.A.R.*, 2007, n^o 14.312.

(30) G. GENICOT, «Faute, risque, aléa, sécurité», précité, 111-160. Sur la responsabilité médicale en France, A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006 (compte-rendu par G. GENICOT in *Act. dr.*, 2007, 579); S. HOCQUET-BERG et B. PY, *La responsabilité du médecin*, Heures de France, 2006; J. PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3^e éd., 2004. La matière y a également été profondément renouvelée par les lois des 4 mars et 30 décembre 2002 relatives aux droits des malades et à la responsabilité civile médicale, qui instaurent un mécanisme d'indemnisation «sans faute» des accidents thérapeutiques. Commentaires synthétiques : *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical?*, G. FAURÉ (dir.), PUF, coll. Ceprisca, 2003; P. JOURDAIN, A. LAUDE, J. PENNEAU et S. PORCHY-SIMON, *Le nouveau droit des malades*, Litec, coll. Carré Droit, 2002; Y. LAMBERT-FAIVRE, «La responsabilité médicale et sa garantie d'assurance dans la législation française de 2002», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, 797; *adde* J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n^o 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Litec/LexisNexis, coll. Carré Droit, 2005.

(31) P. WÉRY, «Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente», *R.G.D.C.*, 1998, 81; Cass. fr. ass. plén., 6 octobre 2006, *D.*, 2006, 2825, note VINEY, *J.C.P.*, 2006, II, 10181, avis GARIAZZO, note BILLIAU, *RTDciv.*, 2007, 123, obs. JOURDAIN.

2000 (32); irruption du principe de précaution dans le droit de la responsabilité civile (33).

Parmi la multitude de questions qu'a vu surgir l'édification progressive du droit de la bioéthique – au départ d'une réflexion sur les rapports entre le droit et la science qui a, on le sait, donné lieu à d'abondantes et pénétrantes études sur le plan juridique (34) –, la présentation commentée des deux lois belges récentes autour desquelles s'articule la présente contribution évoque celle de la difficulté de légiférer dans une matière aussi mouvante et chargée de poids moral qu'est la bioéthique, que nous ne pouvons approfondir (35).

(32) G. GENICOT, «Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé», *R.G.D.C.*, 2002, 79. Voir, parmi d'innombrables références doctrinales sur la question, O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître*, Gallimard, Le Débat, 2002; M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, PUF, coll. Questions d'éthique, 2002; F. BELLIVIER, «Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne : sous la technique, l'éthique», *R.T.D.H.*, 2006, 667; C. BYK, «Le droit civil et l'enfant à naître : une double instrumentalisation? (à propos de l'indemnisation de l'enfant né handicapé)», in *Procréation et droits de l'enfant*, G. TEBOUL (dir.), Bruylant/Nemesis, 2004, coll. Droit & Justice, n° 57, 73; P. COPPENS, «Du préjudice d'être né», in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), Bruylant, 2003, 69; E. DE KEZEL, «*Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken*», *N.j.W.*, 2004, 546; P. JESTAZ, «Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire *Perruche*)», *RTDciv.*, 2001, 547; R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PUTZ, «La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?», note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2001, *R.G.D.C.*, 2006, 117; P. MURAT, «La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun?», *Dr. fam.*, 2001, chr. n° 24; M.-L. NIBOYET, «La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droits de l'homme (à la lumière de la loi dite anti-Perruche)», in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, 341.

(33) M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 444, 2005; B. MATHIEU, «L'avenir du principe de précaution?», *J.C.P.*, 2001, 2025; P. SARGOS, «Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient», *J.C.P.*, 2000, I, 226; voy. déjà C. LABRUSSE-RIOU, «Responsabilité, droit des personnes et sciences de la vie», *Droit et Cultures*, Les métamorphoses de la responsabilité, L'Harmattan, 1996, 69 et in *Écrits de bioéthique*, PUF, coll. Quadrige, 2007, 287.

(34) *Bioéthique, bioéthiques*, L. AZOUX-BACRIE (dir.), Bruylant/Nemesis, 2003, coll. Droit & Justice, n° 45; *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, P.U. Aix-Marseille, 1996; *Le droit saisi par la biologie*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996; *Éthique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud/Inserm, coll. La fabrique du corps humain, 1988; *Médecine, bioéthique et droit. Questions choisies*, M. GOBERT (dir.), Economica, 1999; *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Maklu, 1996; *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° spécial Progrès scientifiques ou techniques et droits de l'homme, 2003, n° 54; *Science, éthique et droit*, N.M. LE DOUARIN et C. PUIGELIER (dir.), Odile Jacob, 2007; F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Intersentia, 2003; V. SEBAG, *Droit et bioéthique*, Larcier, coll. Droit des technologies, 2007.

(35) Sur la production des normes en bioéthique, *De la bioéthique au bio-droit*, C. NEIRINCK (dir.), LGDJ, coll. Droit et société, 1994, en particulier M.-T. MEULDERS-KLEIN, «La production des normes en matière bioéthique», 21; *Éthique médicale, bioéthique et normativités*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003; *Normativité et biomédecine*, B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), Eco-

Dans ce domaine, les normes – qu’elles soient contraignantes ou incitatives – ainsi que les avis des instances éthiques mettent en permanence l’accent sur un double aspect : consécration des prérogatives corporelles nouvellement conquises par l’individu grâce aux progrès scientifiques, et corrélativement nécessité de borner ces prérogatives par l’imposition de barrières reflétant la présence constante de l’ordre social, juridique et moral, au travers de limitations visant à couper court à d’inévitables risques de dérives pouvant mettre en danger l’être humain ou le corps social. Telle est la fonction des principes supérieurs imposant le respect de la dignité humaine et de l’intégrité de l’espèce humaine (36).

6. Le rôle des instances éthiques et des producteurs de normes, qu’il s’agisse du législateur ou d’autorités supranationales, consiste ainsi à déterminer où doit se placer le subtil « curseur » sur une ligne allant d’une toute-puissance de l’individu à l’interdiction radicale qui lui serait faite de prétendre tirer avantage des progrès des techniques et conceptions. Cette tâche est ardue, et accomplie diversement même dans des ordres juridiques fort proches ; il suffit de comparer l’état du droit du corps humain et de la bioéthique en France et en Belgique pour s’en convaincre. Elle évoque le délicat équilibre à effectuer entre des valeurs concurrentes et également dignes de protection – dont l’ensemble du droit médical est coutumier –, la proportionnalité des impératifs à respecter, la pondération des intérêts en présence (37). La manière dont le législateur belge s’en est acquitté au travers des deux lois examinées constituera la trame de ce texte.

Suivant le fil de la vie, nous examinerons tout d’abord la manière dont le législateur vient de consacrer la **maîtrise du début de la vie donnée** en encadrant, de manière souple et pondérée, les pro-

nomica, 2003 ; B. MATHIEU, « La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique », in *Les lois « bioéthique » à l’épreuve des faits. Réalités et perspectives*, B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), PUF, 1999, 21 ; C. LABRUSSE-RIOU, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la “bioéthique” », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 275.

(36) Voir sur tout ceci particulièrement les pénétrantes réflexions de S. BAUZON, *La personne biojuridique*, PUF, coll. Quadrige, 2006 ; J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, coll. Partage du savoir, 2002 ; C. LABRUSSE-RIOU, *Ecrits de bioéthique. Textes réunis et présentés par Muriel Fabre-Magnan*, PUF, coll. Quadrige, 2007.

(37) Sur ces questions, nous ne pouvons que conseiller la thèse de T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l’opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, coll. de thèses, 2005.

créations médicalement assistées. Cette réglementation de type plutôt technique ne fait pas l'impasse sur certaines options juridiques et éthiques fondamentales.

Dans un second temps, nous rappellerons qu'en 2002, le législateur belge a fait un grand pas en avant en offrant aux personnes aux prises avec les affres des souffrances terminales la **maîtrise de la fin de la vie subie** et en concevant celle-ci sous l'angle de l'autodétermination du malade plutôt que par le seul prisme des devoirs du médecin. Cette dépénalisation conditionnelle de l'euthanasie est profondément marquée du sceau de l'humanité et du respect de l'individu qui souffre. D'un côté comme de l'autre, il y a incontestablement de la noblesse à faire ainsi confiance, sous un indispensable contrôle médical pluridisciplinaire, aux mobiles affectifs et intimes des intéressés, bien que les aspirations profondes traduites par les deux textes ne soient évidemment pas identiques.

II. – LA MAÎTRISE DU DÉBUT DE LA VIE : LES PROCRÉATIONS MÉDICALEMENT ASSISTÉES

A. – *Le cadre général : un consensualisme balisé*

1. *Contextualisation*

7. Les enjeux bioéthiques et sociétaux des multiples aspects de la filiation sont cruciaux. De l'interruption volontaire de grossesse (38) aux tests génétiques de paternité, sur lesquels l'attention a été renouvelée à la suite de la réforme du droit de la filiation par les lois des 1^{er} juillet et 27 décembre 2006 (39) et qui voient se confron-

(38) Loi du 3 avril 1990 (articles 348 à 352 du Code pénal), modifiée par les lois des 10 juillet 1996 et 23 janvier 2003. Voir notamment R.O. DALCQ, «Réflexions au sujet de l'avortement», *J.T.*, 1986, 165; B. DAYEZ, «L'avortement et la raison pénale», *R.I.E.J.*, 1990, n° 24, 61; H. NYS, «Zelfbeschikkingsrecht en zwangerschapsafbreking», in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Maklu, 1996, 209; M. WOUTERS, «Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus», *R.W.*, 1993-1994, 458. En France : C. BRUNETTI-PONS, «Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse», *Dr. fam.*, 2001, n° 23; F. DREIFUSS-NETTER, «L'interruption de grossesse pour motif fœtal : refus d'enfant ou euthanasie prénatale?», in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, 2001, 63; J. ROCHE-DAHAN, «L'interruption volontaire de grossesse en droit civil français», in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, 109; P. SARGOS, «Réflexions "médico-légales" sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique», *J.C.P.*, 2001, I, 322.

(39) *M.B.*, 29 décembre et 28 décembre 2006. Voir les avis récents du Comité Consultatif de Bioéthique n° 37 du 13 novembre 2006 (ADN et filiation) et n° 38 du 13 novembre 2006 (tests

ter de manière évidente la maîtrise corporelle du père prétendu et le droit de l'enfant de connaître ses origines, la filiation est depuis longtemps au cœur des débats bioéthiques.

Il est à peine besoin de relever que, parmi ces enjeux, les procréations médicalement assistées (ci-après, les PMA), de par les potentialités qu'elles révèlent et les innombrables questions connexes qui les entourent, représentent certainement le sujet ayant produit la littérature bioéthique la plus fournie (40) et ayant donné lieu au plus grand nombre d'avis du Comité Consultatif de Bioéthique (41). On insistera sur l'importance de se référer en permanence à ces tra-

génétiques en vue d'établir la filiation après le décès), précédés de l'avis n° 32 du 5 juillet 2004 (libre disposition des tests génétiques); nous renvoyons à nos « Considérations juridiques concernant la filiation » constituant l'annexe à l'avis n° 37 précité, *Bioethica Belgica*, 2007, n° 27, 20. Sur les tests génétiques, parmi une abondante doctrine, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS (dir.), Bruylant, 1997, en particulier M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes? », également publié in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant/LGDJ, 1999, 209; F. BELLIVIER, L. BRUNET et C. LABRUSSE-RIOU, « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi? », *RTD Civ.*, 1999, 529; J. POUSSON-PETIT, « Empreintes génétiques et filiation : les discordances et les incohérences juridiques », in *L'identité de la personne humaine*, J. POUSSON-PETIT (dir.), Bruylant, 2002, 431; M.-I. MALAUZAT, *Le droit face aux pouvoirs des données génétiques*, P.U. Aix-Marseille, 2000; S. ROHMER, *Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée. Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique*, Genève, Schulthess, 2006; *Risquer de naître. Médecine prénatale et tests génétiques*, C. TILMANS-CABIAUX et J. DUCHÈNE (éd.), P.U. Namur, 2002.

(40) Références majeures : *Génétique, procréation et droit*, Actes Sud, 1985; *Procréation et droits de l'enfant*, G. TEBOUL (dir.), Bruylant/Nemesis, 2004, coll. Droit & Justice, n° 57; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, 1996; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987; C. BYK (dir.), *Procréation artificielle : où en sont l'éthique et le droit? Une contribution multidisciplinaire et internationale*, Lacassagne/Masson, 1989; G. DELAISI DE PARSEVAL et A. JANAUD, *L'enfant à tout prix. Essai sur la médicalisation du lien de filiation*, Seuil, 2^e éd., 1985; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997; J. TESTART, *La procréation médicalisée*, Flammarion, coll. Dominos, 1993; sous la direction du même auteur, *Le magasin des enfants*, Gallimard, Folio/Actuel, 1994.

(41) Ces avis traitent du choix du sexe (avis n° 3 du 17 novembre 1997 et n° 22 du 19 mai 2003), de l'optimisation du fonctionnement des centres de fécondation *in vitro* (avis n° 6 du 8 juin 1998), de la recherche sur les embryons *in vitro* et la destination des embryons congelés (avis n° 18 du 16 septembre 2002 et n° 19 du 14 octobre 2002), du don de sperme et d'ovules (avis n° 27 du 8 mars 2004) ou d'embryons (avis n° 29 du 21 juin 2004), de la procréation après le décès du partenaire (avis n° 28 du 21 juin 2004) et de la gestation pour autrui (avis n° 30 du 5 juillet 2004). *Les avis du Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique 1996-2000*, L. CASSIERS, Y. ENGLERT, A. VAN ORSHOVEN, E. VERMEERSCH (éd.), De Boeck, coll. Sciences, Éthiques, Sociétés, 2001; *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; pour les avis plus récents, périodique *Bioethica Belgica* et site internet du SPF santé publique (<https://portal.health.fgov.be>). Il existe également sur toutes ces questions de nombreux avis du Comité consultatif national d'éthique français (<http://www.cene-ethique.fr>). Voir la synthèse de J.-P. COBBAUT, « Quelle régulation pour les procréations médicalement assistées? Une lecture des avis des comités d'éthique français et belge », in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), Bruylant, 2003, 97.

vaux fondateurs qui comportent maintes réflexions transcendant les réglementations « techniques ».

Pendant de longues années, la Belgique était dépourvue de cadre juridique spécifique à cet égard. Elle n'était pas sans s'enorgueillir de la compétence et de la liberté de ses médecins et scientifiques en la matière, dont ils étaient supposés user avec raison et conscience (42), au profit de couples ou de femmes célibataires, tant nationaux qu'étrangers – notamment français, depuis la réglementation restrictive de ces pratiques en France en 1994 (43). Un état des lieux pluridisciplinaire de la PMA en Belgique au cours des dernières années a récemment été conduit; nous renvoyons aux résultats de cette recherche approfondie pour une description d'ensemble du paysage médical, philosophique, juridique et sociologique dans lequel la loi du 6 juillet 2007 a vu le jour (44).

8. La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* (45) (ci-après, la loi du 11 mai 2003), qui doit être lue conjointement avec la loi du 6 juillet 2007 qui y renvoie au sujet des recherches pouvant être menées sur les embryons surnuméraires ou sur les gamètes, avait pavé la voie d'une réglementation plus globale. Les consciences étaient mûres, dans un paysage incitatif et normatif européen de plus en plus touffu (46), pour qu'une loi soit

(42) F. VARONE et N. SCHIFFINO, « Politique de la procréation médicalement assistée en Belgique : un paradis bioéthique ? », in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, précité, 25. Dans son exposé introductif devant la Chambre, le Ministre estime que « la position de la Belgique en la matière est assez exceptionnelle et notre pays peut se targuer de jouir d'une réputation sans tache, rehaussée par une maîtrise reconnue mondialement » (*Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n° 51-2567/004, 3*).

(43) Pour un exposé synthétique du droit français des PMA, F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, 861-923; G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Domat/Montchrestien, 9^e éd., 2006, 455-480; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 2^e éd., 2006, 402-416; J. PENNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v° Corps humain, 2005, 29-34.

(44) *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), Bruylant, 2003.

(45) *M.B.*, 28 mai 2003, commentée par Y.-H. LELEU, *R.T.D.F.*, 2003, 715 et N. DENIES, *J.T.*, 2003, 693; C. BYK, « La recherche sur l'embryon humain », *J.C.P.*, 1996, I, 3949; B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.*, 2000, chr., 451; du même auteur, « De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux », *R.T.D.H.*, 2003, n° 54, 387; *La recherche sur l'embryon : qualification et enjeux*, M.-A. HERMITTE (dir.), Les Etudes Hospitalières, 2000; *L'embryon humain. Approche multidisciplinaire*, B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), Economica, 1996; *L'embryon humain in vitro*, Y. ENGLERT et A. VAN ORSHOVEN (éd.), De Boeck, 2000; *Conceiving the Embryo. Ethics, Law and Practice in Human Embryology*, D. EVANS (éd.), Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International, 1996.

(46) Déclarations de l'Association Médicale Mondiale du 1^{er} septembre 1995 sur les aspects éthiques de la réduction embryonnaire et du 1^{er} octobre 1997 sur la fécondation *in vitro* et le

adoptée qui veillerait, en stabilisant les acquis éthiques d'une longue pratique plutôt qu'en imposant d'en haut une morale abstraite, à combiner harmonieusement l'autonomie du couple parental et les indispensables limites, jusque là déontologiques et désormais juridiques, auxquelles elle doit être asservie (47).

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 2007; ci-après, la loi) est issue d'une proposition de loi déposée au Sénat le 23 novembre 2005 qui fit, conjointement avec divers textes relatifs à la maternité de substitution ou aux mères porteuses, l'objet d'un avis fouillé du Conseil d'Etat du 14 février 2006. Au terme d'un travail de réflexion de qualité, principalement sénatorial, le texte fut adopté au Sénat le 15 juin 2006 et à la Chambre le 15 mars 2007 (48).

2. *L'embryon défini et protégé*

9. La loi commence (art. 2) par une impressionnante série de 22 *définitions*, exercice délicat auquel le législateur est régulièrement contraint de se livrer (49) et qui suscite, quant à leur qualité intrinsèque – linguistique ou scientifique – et à la latitude délaissée dans l'interprétation et l'application du texte, des interrogations dépassant le cadre de cette contribution. Tout au plus suggérerait-on, à propos de la quasi totalité des notions ainsi « officiellement » appro-

transfert d'embryon; Rapport sur la procréation artificielle humaine du Comité d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (Conseil de l'Europe, 1989). La Belgique était déjà dotée de deux arrêtés royaux du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins « médecine de la reproduction » doivent répondre pour être agréés et les critères de programmation applicables à ces programmes (*M.B.*, 25 mars 1999). M.-L. DELFOSSE et C. BERT, *Bioéthique, droits de l'homme et bio-droit*, précité, 429-459.

(47) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, 589.

(48) Proposition de loi de Mmes DE ROECK, DEFRAIGNE et DURANT et de MM. MAHOUX et VANKRUNKELSVEN, *Doc. parl., Sénat*, 2004-2005, n° 3-1440/1; rapport fait au Sénat au nom de la Commission des affaires sociales par M. CORNIL et Mme DE SCHAMPHELAERE le 7 juin 2006, *Doc. parl., Sénat*, 2005-2006, n° 3-1440/9; rapport fait à la Chambre au nom de la Commission de la santé publique par MM. GERMEAUX et CHEVALIER le 9 mars 2007, *Doc. parl., Chambre*, 2006-2007, n° 51-2567/004. L'avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006 (*Doc. parl., Sénat*, 2005-2006, n° 3-417/3) porte particulièrement sur la compatibilité des PMA, de leurs conséquences et des règles visant à les encadrer avec les normes supérieures et les droits fondamentaux applicables (n° 23-104).

(49) G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, 77; M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, 25; *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Economica, 1999; N. MOLFESSIS, « La langue et le droit », in *Langue et droit*, E. JAYME (éd.), Bruylant, 1999, 177.

chées (PMA, cryoconservation, centres de fécondation, gamètes, gamètes surnuméraires, gonades, personne prélevée, implantation *post mortem*, insémination *post mortem*, diagnostic génétique préimplantatoire, centre de génétique humaine, appariement...), un rapprochement des définitions légales avec celles dont on peut admettre qu'elles font autorité (50).

L'embryon lui-même se voit doté d'une définition ayant force de loi, celle de «cellule ou ensemble organique de cellules susceptibles, en se développant, de donner un être humain», l'embryon étant *in vitro* lorsqu'il «se situe hors du corps féminin» et surnuméraire s'il «a été constitué dans le cadre de la procréation médicalement assistée mais n'a pas été implanté chez la femme». Ce n'est pas une nouveauté, puisque ces définitions sont mot pour mot identiques à celles qui figurent à l'article 2 de la loi du 11 mai 2003. Si c'en était une, elle resterait dépourvue de réelle incidence ontologique sur la suite des réflexions : comme dans ce dernier texte, il ne s'agit que d'une qualification «fonctionnelle» visant à délimiter le champ d'application de la loi (51).

On ne peut toutefois s'empêcher de penser à la célèbre notion de «personne humaine potentielle» – susceptible d'émerger d'un conglomerat cellulaire – adoptée par le Comité consultatif national d'éthique français, étant entendu à notre sens que la qualification d'être humain s'applique incontestablement à l'embryon (existence biologique, nature humaine), au contraire de celle de *personne* au sens juridique, qu'on ne saurait lui reconnaître, la distinction n'étant pas pure argutie (52). Il semble, pour le surplus, vain de vouloir ajouter

(50) *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, G. HOTTOIS et M.-H. PARIZEAU (éd.), De Boeck, 1993; *Nouvelle encyclopédie de bioéthique. Médecine, environnement, biotechnologie*, G. HOTTOIS et J.-N. MISSA (éd.), De Boeck, 2001.

(51) Y.-H. LELEU, «La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*», *R.T.D.F.*, 2003, 718, n° 6.

(52) P. MURAT, «Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique», *Dr. fam.*, 1997, chr. n° 9. La loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine définit celle-ci par référence à la notion civiliste de «personne née, vivante et viable», ce dont il se déduit, en droit civil, que l'enfant à naître n'a pas d'existence individuelle en tant que personne juridique (C.T. Gand, 7 mars 2002, *J.T.T.*, 2003, 29). Ceci n'enfreint pas l'article 2 de la C.E.D.H. tel qu'il est généralement interprété (Comm. E.D.H., 13 mai 1980, X *cf* *Royaume-Uni*, req. n° 8416/79; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, 281; M. F. LAMPE, «Procréations assistées. Problèmes juridiques et éthiques liés au sort de l'embryon. Statut de l'enfant à naître», *R.T.D.F.*, 1986, 152). Sur tout ceci, voir la thèse de N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997, dont toute la première partie (13-396) est consacrée au début de la personnalité juridique, à l'analyse de la règle *infans conceptus* et aux droits subjectifs de l'enfant à naître.

quoi que ce soit à un débat sans fin; protéger l'embryon, déjà être, personne en devenir, n'implique pas de l'affubler d'un costume juridique prédéterminé (53).

10. En droit pénal, on sait, depuis le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987 (54), que les critères du droit civil, pour reconnaître le droit à la personnalité juridique, sont étrangers au droit pénal, celui-ci protégeant l'enfant en train de naître, bien qu'il n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine, contre tout acte volontaire entraînant sa mort en le considérant comme une personne et la même protection devant lui être reconnue contre tout acte involontaire qui lui cause directement ce même mal. Il s'en déduit que commet un homicide involontaire le médecin qui, par défaut de prévoyance ou de précaution, cause, pendant l'accouchement, la mort d'un enfant en train de naître, bien que celui-ci n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine, si cette mort a été causée par sa faute ou par sa négligence.

Au plan européen, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître de cette question dans un arrêt du 8 juillet 2004, *Vo c/*

(53) Sur le statut juridique de l'embryon et du fœtus, outre les ouvrages cités *supra* notes 40 et 45, Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, «Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge?», *J.T.*, 2002, 657; C. BYK, «L'embryon jurisprudentiel», *Gaz. Pal.*, 24-25 octobre 1997, 46; B. EDELMAN, «Le Conseil constitutionnel et l'embryon», in *La personne en danger*, PUF, 1999, 487; M. HERZOG-EVANS, «Homme, homme juridique et humanité de l'embryon», *RTDciv.*, 2000, 65; C. LABRUSSE-RIOU et F. BELLIVIER, «Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé», *R.I.D.C.*, 2002, 579; P. MALAURIE, «Le respect de la vie en droit civil», in *Mélanges Louis Boyer*, P.U. Toulouse, 1996, 432; R. MARTIN, «Les premiers jours de l'embryon. A propos du projet de loi relatif à la bioéthique», *J.C.P.*, 2001, I, 115; G. MÉMETEAU, «La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque», *RTDciv.*, 1990, 611; du même auteur, «L'embryon législatif», *D.*, 1994, chr., 355; C. NEIRINCK, «L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable?», *D.*, 2003, chr., 841; G. RAYMOND, «Le statut juridique de l'embryon humain», *Gaz. Pal.*, 1993, doct., 524; L. ROEGIER, «L'énigmatique embryon *in vitro*», in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, précité, 135; R. THÉRY, «La condition juridique de l'embryon et du fœtus», *D.*, 1982, 231.

(54) Cass., 11 février 1987, *Pas.*, 1987, I, 694, concl. de M. l'avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.T.*, 1987, 738 et la note de F. KÉFER, «La protection pénale de l'enfant à naître», *J.L.M.B.*, 1987, 630, note PREUMONT. Un médecin était poursuivi pour avoir commis une faute pendant les heures précédant la délivrance d'une dame qui avait accouché de deux enfants, l'un mort-né, l'autre né vivant mais non viable et décédé le lendemain. La cour d'appel de Liège avait, par un arrêt du 25 juin 1986, considéré que ce médecin avait omis «avec une obstination coupable de prendre les mesures élémentaires indispensables au bon déroulement de l'accouchement» et «que ses fautes successives engendrèrent le décès des jumeaux». Le médecin condamné faisait, devant la Cour, grief à cette décision d'avoir déclaré établies à sa charge les préventions d'homicide involontaire et d'abstention coupable en tant que ces infractions concernaient des bébés mort-né ou né vivant mais non viable. Il soutenait que de tels enfants ne pouvaient être définis comme une personne, cette définition n'étant applicable qu'à un être humain né vivant et viable.

France (55). A la suite d'une confusion entre deux patientes présentes dans le même service hospitalier, un médecin avait pratiqué sur l'une d'elles, enceinte, un acte médical qui ne lui était pas destiné et, du fait de cette erreur, elle avait dû subir un avortement thérapeutique. Elle déposa une plainte pénale pour blessures involontaires commises sur elle-même et pour homicide commis sur son enfant à naître. La jurisprudence de la Cour de cassation française étant – quoique critiquée – fermement fixée en ce sens que l'application de cette qualification doit être rejetée en pareil cas, la loi pénale étant d'interprétation stricte et le fœtus n'étant pas considéré comme une personne humaine pénalement protégée (56), la Cour de Strasbourg fut saisie d'un grief de violation de l'article 2 de la C.E.D.H.

Elle décide «qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention», après avoir constaté qu'il n'y a pas de statut juridique clair de l'enfant à naître ni de consensus européen sur le statut de l'embryon. Elle ne tranche pas la question de savoir si l'enfant à naître est une «personne» au sens de cette disposition – ce qui lui fut reproché – mais s'abrite derrière le constat que, le litige concernant l'atteinte mortelle involontaire de l'enfant à naître, contre la

(55) *J.C.P.*, 2004, II, 10158, note LÉVINET, *D.*, 2004, 2456, note PRADEL, *RTDciv.*, 2004, 714, obs. HAUSER et 799, obs. MARGUÉNAUD, *Dr. fam.*, 2004, 43, n° 194, note MURAT, *R.T.D.F.*, 2005, 368; S. VAN DROOGHENBROECK, «Leaving things undecided... Les incertitudes du juge européen sur le droit à la vie», *Journ. jur.*, 2004/36, 11; E. SERVERIN, «Réparer ou punir? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme», *D.*, 2004, 2801; F. SUDRE, «Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie», in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, 337.

(56) Cass. fr. crim., 30 juin 1999, *Gaz. Pal.*, 29-30 octobre 1999, 19, note BONNEAU, *Petites Affiches*, 17 novembre 1999, n° 229, 15, note DEBOVE, *D.*, 1999, 710, note VIGNEAU, *J.C.P.*, 2000, II, 10231, note FAURÉ, *D.*, 2000, somm., 169, obs. DESNOYER et DUMAINE; Cass. fr. ass. plén., 29 juin 2001, *J.C.P.*, 2001, II, 10569, note RASSAT, *Gaz. Pal.*, 7 septembre 2001, 24, note BONNEAU, *D.*, 2001, 2907, note PRADEL, *D.*, 2001, 2917, note MAYAUD, *Gaz. Pal.*, 28-30 juillet 2002, 12, note MONNIER; Cass. fr. crim., 25 juin 2002, *J.C.P.*, 2002, II, 10155, note RASSAT, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.625, *D.*, 2003, somm., 243, obs. MIRABAIL, *D.*, 2003, somm., 660, obs. PLANCKEEL, *J.C.P.*, 2003, I, 132, obs. BYK; Metz, 3 septembre 1998, *J.C.P.*, 2000, II, 10231, note FAURÉ; G. ROUJOU DE BOUBÉ et B. DE LAMY, «Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus», *D.*, 2000, 181; J. SAINTE-ROSE, «Les atteintes à l'enfant en formation et les sanctions pénales», in *Procréation et droits de l'enfant*. G. TEBoul (dir.), Bruylant/Nemesis, 2004, coll. Droit & Justice, n° 57, 85; D. VIGNEAU, «Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme!», *Dr. fam.*, 2002, n° 25; sur l'amendement qui visait à incriminer pénalement l'interruption involontaire de grossesse, F. BELLIVIER et P. EGEE, «Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique)», *D.*, 2004, chr., 647. En Belgique, voir Corr. Anvers, 24 novembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, 1423, notes DESMET et NYS, *J.D.J.*, 2001, n° 206, 45; Liège, 8^e ch. corr., 22 novembre 2007, inédit, notice n° 2007/CO/84.

volonté de la mère et au prix d'une souffrance toute particulière de celle-ci, les intérêts du fœtus et de sa mère se confondaient.

Ceci conduit la juridiction strasbourgeoise à examiner l'affaire sous l'angle du caractère adéquat des voies de recours existantes en droit français, autrement dit à apprécier la protection dont la mère disposait pour faire valoir la responsabilité du médecin dans la perte de son enfant *in utero* et pour obtenir réparation de l'interruption forcée de sa grossesse. Dès lors que la mère disposait de la possibilité d'engager une action en responsabilité à raison de la faute commise par le médecin, la Cour retient – même à supposer que l'article 2 trouve application en l'espèce – que cette action pouvait passer pour un recours efficace à sa disposition et que l'article 2 n'a pas été violé.

3. *Les principes généraux consacrés par la loi*

11. On peut relever, au gré des définitions proposées et au cœur des dispositions de la loi, *plusieurs principes ou options substantiels* consacrés par le législateur et qui l'étaient déjà dans la loi du 11 mai 2003, dont celle du 6 juillet 2007 constitue le prolongement. Ces principes sont, d'une part, conformes à ce qu'il est convenu d'appeler le droit fondamental de la bioéthique et, d'autre part, accréditent pleinement l'idée d'autonomie de la personne et du couple et, partant, de maîtrise. Le législateur s'immisce en définitive fort peu dans l'autonomie des personnes et dans la liberté de réaction des centres (57) et proclame une nouvelle fois la stricte égalité des personnes et des couples.

Gratuité. Conformément à l'idée d'une bioéthique de la maîtrise refusant tout risque de dérives, *le don d'embryons surnuméraires ou de gamètes doit être gratuit* (58), de même que leur affectation à un

(57) La volonté affirmée étant de laisser «une large marge de manœuvre au médecin ou au centre de fécondation consulté» et de créer «un cadre large et tolérant pour les patients tout en y posant quelques balises claires et essentielles pour les médecins et qui complètent les textes existants» (Rapport, *Doc. parl., Chambre*, 2006-2007, n° 51-2567/004, 3). Cette souplesse se double de sanctions fermes en cas d'abus (art. 73-74) : toute infraction aux dispositions de la loi est punissable d'un emprisonnement d'un à cinq ans et/ou d'une amende de 1000 euros à 10000 euros; une condamnation prononcée de ce chef peut être assortie d'une interdiction d'exercer toute activité médicale ou de recherche pour une durée de cinq ans.

(58) Il en va de même en France où, dans la lignée du principe selon lequel les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles (art. 16-5 C.civ.), aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci (art. 16-6). On peut considérer qu'il existe en doctrine une unanimité quant à cette exigence.

programme de recherche. Est expressément interdite la commercialisation des embryons surnuméraires (art. 19) et plus généralement des embryons et gamètes humains (59) (art. 22 et 48), en application du caractère extrapatrimonial du corps humain et de ses éléments et produits (60). S'agissant des prélèvements de gamètes, il est toutefois prévu que le Roi peut fixer une indemnité qui couvre les frais de déplacement ou de perte de salaire de la personne prélevée ainsi que les frais d'hospitalisation inhérents au prélèvement d'ovocytes de la donneuse (art. 48). On retrouve ici une distinction classique entre rémunération – prohibée s'agissant d'éléments ou produits du corps humain – et défraiement, autorisé puisqu'il n'entraîne pas de profit (61).

12. Anonymat. *L'anonymat* résultant de l'utilisation des gamètes ou embryons au cours d'une PMA est par principe garanti (62). Le don d'embryons surnuméraires, licite, est anonyme (art. 22). Ce n'est pas le cas du don de gamètes, l'article 57, alinéa 1^{er}, disposant que «le don non anonyme résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs est autorisé» (63). Il s'agira alors, ni plus ni

(59) Cet adjectif conduit naturellement à s'interroger sur le sort à cet égard des gamètes et embryons animaux. Les animaux ne sont pas exclus du champ de la bioéthique, dont le clonage, la vivisection et les diverses formes d'expérimentations font partie.

(60) Extrapatrimonial dans le sens «hors du marché», mais pas hors du commerce juridique, la circulation de nombreux éléments et produits humains étant organisée par la loi et permise par le droit; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, 591, n° 12 et 594, n° 21; M.-A. HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», *Arch. philos. dr.*, 1988, 323. Comp. J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993; du même auteur, «Le corps, personne par destination», in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, 13; X. DIJON, «Vers un commerce du corps humain?», *J.T.*, 2006, 501; G. LOISEAU, «Typologie des choses hors du commerce», *RTDciv.*, 2000, 47; I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997.

(61) Sur cette distinction, cf. notamment l'article 4 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, 215-216, n° 261.

(62) Ce point a fait l'objet d'un large débat parlementaire. Sur l'anonymat dans le cadre des PMA, V. DEPADT-SEBAG, «Le don de gamètes ou d'embryons dans les procréations médicalement assistées: d'un anonymat imposé à une transparence autorisée», *D.*, 2004, 891; H. GAUMONT-PRAT, «Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique», *Dr. fam.*, 2001, n° 2; C. LABRUSSE-RIOU, «L'anonymat du donneur: étude critique du droit positif français», in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, 81 et in *Écrits de bioéthique*, PUF, coll. Quadrige, 2007, 196; F. SHENFIELD, «Don de gamètes et d'embryons. L'anonymat du don en question: la position britannique», in *Procréation et droits de l'enfant*, G. TEBOUL (dir.), Bruylant/Nemesis, 2004, coll. Droit & Justice, n° 57, 109.

(63) Une femme pourra ainsi faire appel à un homme et à une femme de ses amis et leur demander de mettre respectivement un spermatozoïde et un ovule à disposition en vue de créer un embryon qui sera ensuite implanté chez elle. Ce don de gamètes ne doit pas nécessairement être anonyme. Il fut envisagé d'étendre cette exception à l'anonymat au don d'embryons surnuméraires mais l'amendement en question fut retiré en raison des risques de «commercialisation

moins, d'une sorte d'adultère procréatif médicalisé librement consenti par les protagonistes. Du reste, si l'anonymat du don de sperme peut aisément être envisagé, cela est beaucoup plus théorique s'agissant du don d'ovocytes; le traitement est à ce point lourd qu'on comprend qu'une femme ne s'y plie que pour aider une autre femme qu'elle connaît. Bien que la question de la valeur de la vérité et du secret en matière de filiation soit extrêmement délicate (64), il est, nous semble-t-il, permis d'approuver par principe les mesures favorables au droit de l'enfant de connaître ses origines biologiques, droit fondamental dont nous considérons qu'il doit prévaloir.

Mais cette hypothèse est probablement vouée à demeurer très marginale. En règle, la conséquence juridique la plus marquante de l'anonymat, constante du recours aux PMA, est qu'*aucun lien de filiation* ne pourra être établi entre l'enfant à naître et le donneur : la filiation de l'enfant sera délibérément inexacte biologiquement (partiellement ou complètement) mais juridiquement inattaquable (65). Cela a pu laisser certains civilistes classiques interloqués, le schéma étant tout différent de celui de la classique possession d'état, qui peut induire le même effet, sous l'importante réserve du caractère *intentionnel* de la situation où on a pu déceler une brèche

déguisée» de ces embryons qu'entraînerait un «droit de suite» du donneur (Rapport complémentaire fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat le 15 juin 2006, *Doc. parl., Sénat*, 2005-2006, n° 3-1440/12). Il a été observé qu'«en clarifiant les règles de filiation et en renforçant la sécurité juridique des donneurs, le projet de loi ouvre la porte à la possibilité de développer des programmes de don non anonyme» (Rapport, *Doc. parl., Chambre*, 2006-2007, n° 51-2567/004, 8-9).

(64) Avis n° 37 du Comité Consultatif de Bioéthique portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation, avec en annexe nos «Considérations juridiques concernant la filiation», *Bioethica Belgica*, 2007, n° 27, 3 et 20; H. GAUMONT-PRAT, «Le droit à la vérité est-il un droit à la connaissance de ses origines?», *Dr. fam.*, 1999, n° 17; C. LABRUSSE-RIOU, «La vérité dans le droit des personnes», in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1988, 159 et in *Ecrits de bioéthique*, PUF, coll. Quadrige, 2007, 49; F. MILLET, «La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation», *J.C.P.*, 2006, I, 112; S. MIRABAIL, «Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes», *D.*, 2000, chr., 9; C. NEIRINCK, «Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines», in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, 29; D. SIROUX, «Filiations dissociées et accès aux origines : un chemin difficile entre secret et mensonge, anonymat et vérité(s)», *Gaz. Pal.*, 9-10 juin 2006, 26; *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, L. KHAÏAT (éd.), Toulouse, Erès, 1995.

(65) X. DIJON, «La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur», *R.G.D.C.*, 1990, 95; F. DREIFUSS-NETTER, «La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers», *RTDev.*, 1996, 2; du même auteur, «Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles?», *D.*, 1998, chr., 100; N. MASSAGER, «L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître», in *Dix années d'application du nouveau droit de la filiation*, Jeune Barreau de Liège, 1997, 135; M.-N. VEYS, «Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap», *R.G.D.C.*, 2006, 402.

dans le traditionnel (mais très relatif) principe d'indisponibilité de l'état. De plus en plus, l'anonymat interpelle au regard du droit fondamental précité de l'enfant de connaître ses origines.

Du point de vue de la filiation, il est constant que la mère gestatrice, qui accouche, sera la mère juridique, qu'elle ait ou non fourni l'ovocyte. Le père juridique sera son mari ou son partenaire reconnaissant l'enfant. L'anonymat se traduit par l'irrecevabilité de toute contestation de la *présomption de paternité* «si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence» (art. 318, §4 du Code civil, avant comme après la réforme de 2006). Il faut donc que l'enfant ait été conçu dans le cadre du projet procréatif auquel le père a consenti – il peut au demeurant s'agir de relations sexuelles avec un tiers (66).

Par contraste, la *reconnaissance paternelle* du partenaire non marié avec la mère peut, en règle, être contestée, faute de disposition symétrique dans l'article 330 du Code civil (67). Cette contestation d'une filiation paternelle établie par reconnaissance consécutivement à une PMA avec donneur, théoriquement possible même si l'auteur de la reconnaissance a consenti à l'insémination, ne se satisfera toutefois naturellement pas de la seule preuve que l'enfant est issu de celle-ci. Il n'existe pas davantage de disposition incitant voire contraignant le partenaire de la mère, supposé pleinement engagé dans le processus procréatif auquel il doit avoir consenti, à assumer sa paternité juridique de l'enfant (68).

L'implantation d'embryons surnuméraires ou l'insémination de gamètes donnés fait donc logiquement jouer les *règles civiles de la filiation* en faveur des auteurs du projet parental qui les reçoivent.

(66) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005, 502, n° 625.

(67) Soit par l'homme qui revendique sa paternité (autrement dit le donneur qui aurait retrouvé la trace de l'enfant) – pourvu qu'il n'y ait pas possession d'état à l'égard du reconnaissant, ce qui est rare –, dans les délais fixés par ladite disposition; soit par le partenaire reconnaissant lui-même, à condition qu'il prouve que son consentement a été vicié (par dol, dans l'hypothèse où la mère a en réalité conçu l'enfant avec un partenaire affectif et non au moyen du sperme du donneur).

(68) Le droit français est plus précis et plus strict, tant sur le plan des principes (art. 16-8 C.civ.) que sur celui de la filiation (art. 311-19 et 311-20 C.civ.), issus de la première loi «bioéthique» du 29 juillet 1994, notamment en ce que les époux ou concubins qui recourent à une PMA avec intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation; ce consentement interdit toute action en établissement ou contestation de la filiation. L'homme qui, après avoir consenti, ne reconnaît pas l'enfant engage sa responsabilité envers ce dernier et la mère et sa paternité est judiciairement déclarée.

Plus spécifiquement – car cela n'est pas une conséquence directe de l'application de ces règles –, la loi précise qu'aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte aux donneurs ni ne peut être intentée à leur rencontre par les receveurs ou par l'enfant né de l'insémination ou de l'implantation. Le centre doit garantir l'anonymat des donneurs en rendant inaccessible toute donnée permettant leur identification (69). Les réflexions sur le droit fondamental de l'enfant de connaître ses origines ont dès lors encore de beaux jours devant elles (70).

13. Consensualisme. A l'aune du principe de maîtrise de la personne ou du couple et de leur droit de destination sur l'affectation des éléments biologiques provenant de leur corps (71), l'aspect majeur de la loi consiste en la *prévalence du consensualisme à tous les stades* (72). Le processus est en permanence de type *contractuel*. Ceci confirme l'idée de maîtrise et le recul du « principe » d'indisponibilité du corps humain, qui ne saurait être indisponible pour le sujet lui-même (73).

(69) Dans ce cadre, toute personne qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant d'identifier des donneurs d'embryons surnuméraires ou de gamètes ou plus généralement de toute donnée personnelle afférente aux auteurs du projet parental est tenue au secret professionnel et est soumise à l'article 458 du Code pénal; ce qui va sans dire va encore mieux en le disant (art. 27-28, 56-57 et 70).

(70) Réflexions renouvelées à la suite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : arrêts *Mikulic* du 7 février 2002 (*J.C.P.*, 2002, I, 157, n° 13, obs. SUDRE, *J.C.P.*, 2003, I, 148, obs. RUBELLIN-DEVICHI) et surtout *Odièvre* du 13 février 2003 (*J.C.P.*, 2003, II, 10049, note GOUTTENNOIRE-CORNUT et SUDRE, *R.G.D.C.*, 2003, 403, note VAN BROECK, *Dr. fam.*, 2003, 23, note MURAT, *R.T.D.F.*, 2004, 629, *Gaz. Pal.*, 16-18 janvier 2005, 11, note ROYANT); voir déjà l'arrêt *Gaskin* du 7 juillet 1989 (*R.T.D.H.*, 1990, 353, obs. LAMBERT). Dans son avis du 14 février 2006 (n°s 79 et 93-95), le Conseil d'Etat estime que l'anonymat ne peut être absolu et doit toujours pouvoir être levé.

(71) J.-C. GALLOUX, « L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? », *D.*, 1999, chr., 13.

(72) Sur le modèle contractuel en bioéthique, F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006. Dans le même sens, l'unique disposition transitoire (art. 75) prévoit que le centre qui serait en possession de gamètes, de gonades ou fragments de gonades et (ou?) d'embryons surnuméraires qui lui auraient été confiés, avant l'entrée en vigueur de la loi, en vue de leur conservation et dont la destination n'aurait pas été fixée, *s'enquiert du souhait* du ou des auteur(s) du projet parental. S'il est impossible de connaître pareil souhait univoque, le matériel biologique est détruit, en tenant compte des délais définis dans la loi.

(73) Voir sur ce point l'analyse percutante, audacieuse dans le paysage doctrinal français, de 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.*, 1992, 489, sp. 511-519, selon laquelle le principe serait plutôt la *disponibilité* du corps tandis que l'indisponibilité, qui émanerait de l'imaginaire doctrinal et n'aurait de valeur qu'incantatoire, ne serait qu'une exception aux contours fort limités et en maintes circonstances non conforme à la réalité des faits; comp. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, 317 et in *La personne, la famille et le droit*.

Préalablement à toute démarche médicale relative à la PMA, les auteurs du projet parental (soit « toute personne ayant pris la décision de devenir parent » par le biais d'une PMA) et le centre établissent une *convention* dont il est simplement précisé, quant à sa substance, qu'elle mentionne l'identité, l'âge et l'adresse des auteurs du projet parental et les coordonnées du centre (art. 7) ainsi que leur accord à la réalisation d'un diagnostic génétique préimplantatoire le cas échéant (art. 69).

Conformément au principe admis de révocabilité *ad nutum* du consentement en matière d'atteintes au corps humain (74), les instructions des auteurs du projet parental peuvent être modifiées jusqu'à l'accomplissement de la dernière instruction donnée (sous réserve de l'expiration du délai de conservation des gamètes ou des embryons surnuméraires, dont il sera question plus loin). Ces modifications – qui, s'il s'agit d'un couple, doivent évidemment être faites de commun accord (75) – font elles-mêmes l'objet d'un document écrit signé par toutes les parties signataires de la convention initiale (art. 8).

De même, préalablement à toute implantation d'embryons ou insémination de gamètes, le centre et les auteurs du projet parental établissent une *convention similaire* qui prévoit alors l'affectation, dans certaines circonstances, des embryons ou gamètes surnuméraires cryoconservés (76). Ces instructions peuvent elles aussi être modifiées. Si, postérieurement à la signature de la convention, les auteurs du projet parental ne s'accordent pas sur l'affectation des embryons surnuméraires, le centre tient compte de la dernière ins-

1968-1998. *Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant/LGDJ, 1999, 135; A. SÉRIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, 147. Adde M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Arch. philos. dr.*, 1988, 325-328; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, 590-593; I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, P.U. Bordeaux, 1994, sp. 191-192.

(74) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, 592, n° 14.

(75) Il ne se conçoit pas, principalement sous l'angle du droit au respect de la vie privée et familiale, qu'une décision quelconque en matière de PMA soit prise sans l'implication du partenaire affectif; « Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur », in *Médecine, bioéthique et droit. Questions choisies*, M. GOBERT (dir.), Economica, 1999, 115 et s.

(76) Pour les embryons : la séparation, le divorce, l'incapacité permanente de décision d'un des auteurs du projet parental, la divergence d'opinion insoluble entre eux, le décès d'un des auteurs et l'échéance du délai de conservation; pour les gamètes : seulement l'incapacité permanente de décision ou le décès de celui qui en a sollicité la cryoconservation et l'échéance du délai de conservation.

truction donnée de commun accord par eux. Leur maîtrise est donc bel et bien totale (art. 13-14 et 42-43).

4. *Le champ d'application de la loi*

14. La loi envisage *quatre grandes questions* : la procréation médicalement assistée en tant que telle (art. 3 à 8) ; les embryons surnuméraires (art. 9 à 36) ; les gamètes (art. 37 à 65) ; le diagnostic génétique préimplantatoire (art. 66 à 72). On observera que ce plan ne respecte pas strictement la chronologie du processus : la procréation, acte central, peut laisser subsister des embryons surnuméraires sur le sort desquels il faut alors se pencher ; mais, en amont, se pose le problème des gamètes permettant cette procréation et du diagnostic préimplantatoire susceptible d'être conduit sur les embryons. Signalons que par l'effet combiné des deux textes, l'ensemble des traitements relevant de la loi sont soumis à celle du 22 août 2002 relative aux droits du patient, vu la généralité de son champ d'application (77), et doivent être considérés comme des actes médicaux entrant dans la sphère des soins de santé.

L'article 3 de la loi réserve «les activités de fécondation *in vitro* et de cryoconservation d'embryons, de gamètes, de gonades et fragments de gonades» aux centres de fécondation (ci-après : les centres), renvoie au Roi l'établissement des normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution de ceux-ci et précise qu'«à défaut, les centres de fécondation appliquent les procédures conformes aux données acquises de la science et aux usages de la profession» – à commencer par les lois des 22 août 2002, 11 mai 2003 et 6 juillet 2007. De même, le diagnostic génétique préimplantatoire ne peut être effectué que dans un centre de fécondation et dans un centre de génétique humaine qui ont établi une convention de collaboration spécifique à cet effet (art. 70) (78).

(77) Fixé par les art. 2 et 3. Sur la loi du 22 août 2002, voir *supra* la note 23.

(78) L'article 71 précise que le nombre de centres de fécondation habilités à pratiquer pareil diagnostic est fixé par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, après avis du Conseil national des établissements hospitaliers, et qu'il ne peut être inférieur à huit. Au surplus, ainsi que l'a relevé le Conseil d'Etat dans son avis du 14 février 2006 (n° 161), le monopole des centres n'est pas formulé de façon très précise. Il semble devoir s'en déduire, en l'absence de distinctions, qu'il est général.

15. Contrairement à la France – où, depuis la loi bioéthique du 29 juillet 1994, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle (art. 16-7 C.civ.) (79), la *gestation pour autrui* ou maternité de substitution n'a jamais été formellement interdite en droit belge et ne l'est pas davantage par la loi du 6 juillet 2007, qui à proprement parler ne l'envisage pas (80). Cette notion recouvre plusieurs hypothèses de stérilité féminine.

Aucun problème ne se pose si la stérilité de la future mère atteint sa seule fonction «génitrice», la loi autorisant l'insémination *in vitro* de l'ovocyte d'une donneuse avec le sperme du futur père et l'implantation de l'embryon ainsi obtenu dans l'utérus de la future mère, qui sera gestatrice à défaut d'être génitrice. Le texte ne régleme- nte en revanche pas les hypothèses inverses d'implantation dans l'utérus d'une «mère porteuse» de l'embryon issu, soit de la rencontre des gamètes du couple parental (la future mère étant alors génitrice mais non gestatrice), soit de l'insémination de la mère porteuse avec le sperme du futur père (la future mère n'étant alors ni génitrice ni gestatrice), hypothèses dans lesquelles la mère porteuse s'engage à remettre à sa naissance l'enfant au couple stérile.

Si la loi n'envisage pas expressément ces cas de figure, elle ne les proscribit pas davantage. Une interprétation *a contrario* qui verrait dans cette absence de réglementation – en particulier du «statut» de cette «mère porteuse» qui n'est ni auteur du projet parental, ni don-

(79) Par un arrêt marquant rendu en assemblée plénière le 31 mai 1991, la Cour de cassation française a décidé que «la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes» (*J.T.*, 1991, 767, note DIJON et MASSON, *J.C.P.*, 1991, II, 21752, concl. DONTENWILLE, note TERRÉ, *D.*, 1991, jur., 417, note THOUVENIN, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, n° 49, obs. TERRÉ et LEQUETTE). La Cour casse, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, l'arrêt audacieux de Paris, 15 juin 1990, *J.C.P.*, 1991, II, 21653, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU, *D.*, 1990, jur., 540, note BOULANGER. La solution est confirmée dans un arrêt du 9 décembre 2003 (*Defr.*, 2004, 592, note MASSIP, *D.*, 2004, 1998, note POISSON-DROCOURT); *adde* Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, 2902, note GRANET, *Dr. fam.*, 2002, n° 142, note MURAT, *J.C.P.*, 2003, I, 101, obs. RUBELLIN-DEVICHI. Voir à ce sujet l'article précité de M. GOBERT (note 73).

(80) En dépit de l'existence de cinq propositions de loi sur la question, examinées de manière approfondie par le Conseil d'Etat dans son avis du 14 février 2006 (*Doc. parl.*, *Sénat*, 2005-2006, n° 3-417/3). Ainsi que le relève le Professeur ENGLERT dans son exposé devant la Chambre (*Doc. parl.*, *Chambre*, 2006-2007, n° 51-2567/004, 6-7), les techniques visées par le texte tendent «à induire une grossesse chez la femme présentant un désir d'enfant», de sorte que «l'enfant naît toujours dans la famille qui le désire. Il importe par conséquent de ne pas confondre cette problématique avec l'accouchement sous X ou la problématique des mères porteuses qui posent des questions éthiques, politiques et philosophiques d'un tout autre ordre».

neuse, et du contexte nécessairement contractuel de son intervention – et dans la circonstance que la proposition de loi relative à la PMA *sensu stricto* a abouti, au rebours de celles portant sur la maternité de substitution, un motif de l'interdire nous semble audacieuse et abusive (81). Cette pratique est certainement la plus délicate à appréhender et ne le sera pas dans le cadre du commentaire d'une loi qui ne la régit pas (82).

16. *Les manipulations à visée eugénique et le clonage* sont pour leur part bannis par les lois des 11 mai 2003 et 6 juillet 2007, celle-ci intégrant les définitions de celle-là. Tant le don d'embryons surnuméraires ou de gamètes que le diagnostic génétique préimplantaire sont interdits lorsqu'ils sont à caractère eugénique, au sens d'«axé(s) sur la sélection ou l'amplification de caractéristiques génétiques non pathologiques de l'espèce humaine» (art. 23, 52 et 67) (83).

En France, l'eugénisme est défini comme une atteinte portée à l'intégrité de l'espèce humaine; toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite (art. 16-4,

(81) Sur ce que – quoiqu'en pense la doctrine très majoritaire citée notamment à la note suivante –, la maternité de substitution apparaît, hors but de lucre, comme licite et relevant de la maîtrise du corps, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, précité, 114-115, n° 119; *adde* l'article précité de 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)». Le Conseil d'Etat relève d'ailleurs dans son avis précité (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 gestation pour autrui, aucune règle supérieure ne fait obstacle à l'adoption de textes visant à les autoriser et à les réglementer.

(82) L'avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui montre bien l'existence de conceptions éthiques divergentes mais considère que celle-ci «est éthiquement acceptable en principe». Mais la doctrine reste en grande partie hostile, voir et comp. K. BOELE-WOELKI et M. ODERKERK (dir.), (*On*)*geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Intersentia, 1999; S. DE MEUTER, «Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap», *T.P.R.*, 1990, 645; J. FLAUSS-DIEM, «Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre», *R.I.D.C.*, 1996, 855; I. MARTENS, «Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.», *T.J.K.*, 2006, 5; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997, 812 et s.; J. RUBELLIN-DEVICHI, «La gestation pour compte d'autrui», *D.*, 1985, chr., 147; M. SCHOOTS, J. VAN ARKEL et S. DERMOUT, «Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?», *F.J.R.*, 2004, 189; P. SENAEVE, «Juridische aspecten van het draagmoederschap», *T. Gez.*, 1987-1988, 247; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, APR, 2004, 696-730; M.-N. VEYS, «Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap», *R.G.D.C.*, 2006, 402; J.B.M. VRANKEN, «Contractualisering en draagmoederschap», *T.P.R.*, 1997, 1751.

(83) Par renvoi à l'art. 5, 4°, de la loi du 11 mai 2003. Observons que l'appariement entre donneurs et receveurs – qui «consiste dans le choix des gamètes et des embryons surnuméraires (destinés) à éviter une trop grande dissemblance physique entre eux – est licite et n'est pas considéré comme une pratique à caractère eugénique (art. 24 et 53).

al. 1 et 2, C.civ.), de même que la «transformation (...) apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne», sans préjudice des «recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques» (art. 16-4, al. 4, C.civ.).

La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 réformant le droit de la bioéthique y a ajouté toutes les formes de clonage (84) : reproductif – défini comme «toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée», art. 16-4, al. 3 –, mais aussi à fins de recherche, commerciales, industrielles ou thérapeutiques (art. L. 2151-2, L. 2151-2-1 et L. 2151-2-2 du Code de la santé publique). La loi belge du 11 mai 2003 adopte, à l'instar du Comité Consultatif de Bioéthique, une approche plus nuancée (85). On voit que c'est ici l'humanité dans son ensemble qu'il s'agit de sauvegarder (86).

B. – *Le cadre spécifique : une réglementation souple et respectueuse*

Progressant dans le cheminement de la loi, nous distinguerons la procréation médicalement assistée et le diagnostic génétique préimplantatoire, d'une part, et les embryons surnuméraires et les gamètes, qui font l'objet d'une réglementation symétrique, d'autre part, en veillant à épinglez les dispositions révélatrices d'une consécration de l'autonomie dont la personne dispose et celles qui témoignent de

(84) J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Litec/LexisNexis, coll. Carré Droit, 2005, sp. 67-74; A. DORSNER-DOLIVET, «De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004», *J.C.P.*, 2004, I, 172; J.-C. GALLOUX, «La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique», *D.*, 2004, 2379; H. GAUMONT-PRAT, «La révision des lois bioéthiques et le clonage», *Dr. fam.*, 1999, comm. n° 75; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, 71-76, n°s 67-72 et 882-885, n° 932.

(85) Y.-H. LELEU, «La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*», *R.T.D.F.*, 2003, 729-731; avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 10 du 14 juin 1999 concernant le clonage humain reproductif et n° 24 du 13 octobre 2003 relatif aux cellules souches humaines et au clonage thérapeutique.

(86) Sur le clonage, H. ATLAN, M. AUGÉ, M. DELMAS-MARTY, R.-P. DROIT et N. FRESKO, *Le clonage humain*, Seuil, 1999; C. BACHELARD-JOARD, *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, coll. Partage du savoir, 2001; *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° spécial Progrès scientifiques ou techniques et droits de l'homme, 2003, n° 54; S. et Y. OSCHINSKY, «L'interdiction du clonage d'êtres humains», *J.T.*, 1998, 449; G.-R. PLATTNER, «L'interdiction par le Conseil de l'Europe du clonage d'êtres humains», *Bull. D.H.*, 1998, n° 42, 38. Sur l'humanité comme sujet de droit, B. EDELMAN, «Le concept juridique d'humanité», in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, 245 et in *La personne en danger*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, 527; G.B. KUTUKDJIAN, «Le génome humain : patrimoine commun de l'humanité», in *Liber amicorum Hector Gros Espiell. Personne humaine et droit international*, Bruylant, 1997, 601; P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, 2003, 83-110.

ce que *des barrières peuvent lui être opposées*, distinction qu'on retrouvera à propos de la réglementation légale de l'euthanasie.

1. Procréation médicalement assistée et diagnostic génétique préimplantatoire

17. Le temps où une certaine doctrine civiliste mettait en cause jusqu'à la légitimité des inséminations artificielles internes au couple parental, sans appel aux forces génétiques d'un tiers, semble bien révolu. Il est permis de considérer que les procréations médicalement assistées sont depuis longtemps bien comprises scientifiquement et psychologiquement et acceptées par la société, l'éthique et le droit. Il n'est toutefois certainement pas inintéressant de se remémorer le chemin parcouru à cet égard, l'engouement et les craintes que ces pratiques ont pu susciter, la profondeur de certaines réflexions et le caractère réfractaire, voire rétrograde, d'autres positions (87).

Il reste qu'au rebours de la législation française de 1994, qui avait à faire œuvre novatrice à maints égards, la loi belge de 2007 s'installe de ce point de vue dans un paysage déjà bien balisé par une éthique professionnelle rigoureuse, dominée par la conscience des

(87) Outre les références citées plus haut (note 40), de multiples lectures demeurent instructives : R. ANDORNO, «Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne?», *R.I.D.C.*, 1994, 141; A.M.L. BROEKHUIZEN-MOLENAAR, «Moederschap en eiceldonatie in rechtsvergelijkend perspectief», *F.J.R.*, 1994, 8; F. GRANET, «L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de lois sur la bioéthique», in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, 219; J. HAUSER, «Un nouveau-né : l'enfant conventionnel?», *D.*, 1996, 182; P. KAYSER, «Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle», *D.*, 1987, chr., 189; M. KEMPEN, «Zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk», in *Over zichzelf beschikken?*, précité, 221; C. LABRUSSE-RIOU, «Les procréations artificielles : un défi pour le droit», in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud/Inserm, coll. La fabrique du corps humain, 1988, 65 et in *Ecrits de bioéthique*, PUF, 2007, 112; P. MALAURIE, «L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique)», *D.*, 1994, 97; C. NEIRINCK, «PMA : six personnages en quête d'auteur», in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, 307; G. RAYMOND, «L'assistance médicale à la procréation après la promulgation des lois bioéthiques», *J.C.P.*, 1994, I, 3796; P. RAYNAUD, «L'enfant peut-il être objet de droit?», *D.*, 1988, chr., 109; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Procréations assistées : état des questions», *RTDciv.*, 1987, 457; du même auteur, «Procréations assistées et stratégies en matière de filiation», *J.C.P.*, 1991, I, 3505; A. ROUVROY, «Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées», *J.T.*, 1997, 769; P. SENAËVE, «Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven», *R.W.*, 1985, 625; A. SÉRIAUX, «Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence?», *D.*, 1985, chr., 53; du même auteur, «L'enfant comme don», in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, 11; F. TERRÉ, «Génétique et sujet de droit», *Arch. philos. dr.*, 1989, 159; D. THOUVENIN, «Ethique et droit en matière biomédicale», *D.*, 1985, chr., 21.

actes et le respect des personnes, et peut dès lors se contenter d'énonciations assez générales.

18. L'autonomie est pleinement consacrée s'agissant de l'accès aux PMA, qui se voit placé sous la responsabilité de l'équipe médicale et non sous le joug d'une morale imposée. La seule limite que le législateur impose d'autorité tient à l'âge (art. 4). Le prélèvement de gamètes ainsi que la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes ne sont ouverts qu'aux femmes âgées de 45 ans maximum, l'implantation ou l'insémination ne pouvant quant à elles être effectuées au-delà de 47 ans. Le prélèvement de gamètes n'est ouvert qu'aux femmes majeures, avec par dérogation la possibilité d'un prélèvement pour cryoconservation de gamètes, d'embryons surnuméraires, de gonades ou fragments de gonades, sur indication médicale, chez un mineur (88). Ces balises sont justifiées par des considérations biologiques et psycho-sociales.

Pour le reste, l'une des options majeures du législateur belge, qui tranche avec le droit français, est de n'avoir imposé aucune restriction de principe quant aux choix de vie du/des demandeur(s) (89). On sait que le droit belge refuse désormais dans une large mesure de distinguer les types de couples et les choix affectifs. Dès lors, l'insémination ou l'implantation chez une femme célibataire se conçoivent, de même que chez une femme homosexuelle, un couple étant un couple. La Belgique demeurera ainsi la destination privilégiée des femmes célibataires ou homosexuelles, en particulier françaises, auxquelles l'accès aux PMA est refusé dans leur pays. La possibilité pour un homme seul ou vivant en couple homosexuel de devenir père n'est en revanche pas réglementée, à défaut pour la loi d'appréhender la gestation pour autrui.

(88) Cette justification ne permet pas de voir ici, comme dans l'article 12, §2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, une consécration de la «capacité naturelle» des mineurs en matière médicale (Y.-H. LELEU, *J.T.*, 2003, 657, n° 47-50; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, 85-91, n° 106-111). N. COLETTE-BASECQZ, S. DEMARS et M.-N. VERHAEGEN, «L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale», *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 166; P. VLAARDINGERBROEK, «Le droit fondamental de l'enfant mineur à l'intégrité corporelle et aux décisions médicales», in *L'enfant et les conventions internationales*, J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANK (éd.), P.U. Lyon, 1996, 385; D. DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994.

(89) Sur ce point, voir les développements de l'avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006 (sp. n° 34-62 et 97-103), ainsi que celui du 3 octobre 2005 portant sur l'adoption monosexuée et la beau-parenté (*Doc. parl., Chambre*, 2003-2004, n° 51-393/2).

Sans nier les objections qui peuvent être élevées – en substance, qu’une parenté « unilinéaire » ou l’absence délibérée de repère paternel ne paraît pas de prime abord favorable à l’enfant, de sorte qu’il convient d’appréhender avec prudence la possibilité que permet la science de s’écarter du modèle biparental classique –, nous approuvons l’option consistant à ne pas verrouiller cette possibilité dans la loi mais à la maintenir dans le giron de l’éthique médicale, juridique et humaine, au gré des cas concrets (90). L’aptitude à devenir parent ne saurait, selon nous, être *a priori* fonction de l’orientation sexuelle ou de quelque choix de vie personnel ou affectif.

Cette neutralité est conforme au dogme de stricte égalité des personnes et des couples que promeut désormais notre ordre juridique. L’auteur du projet parental est ainsi sobrement défini comme « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d’une procréation médicalement assistée ». En conséquence, toute femme majeure – qu’elle vive ou non en couple et quel que soit ce couple – peut faire une demande d’implantation d’embryons ou d’insémination de gamètes. Mais les centres doivent faire « preuve de la plus grande transparence quant à leurs options en ce qui concerne l’accessibilité au traitement; ils ont la liberté d’invoquer la clause de conscience à l’égard des demandes qui leur sont adressées ».

C’est donc à l’équipe médicale qu’il revient d’apprécier la légitimité de la demande, en fonction notamment de la personnalité du demandeur et donc de son mode de vie. S’il refuse d’y donner suite, le centre doit l’avertir par écrit dans le mois qui suit la décision du médecin consulté, en indiquant, soit les raisons médicales du refus, soit l’invocation de la clause de conscience prévue, ainsi que, dans le cas où le demandeur en a exprimé le souhait, les coordonnées d’un autre centre auquel il peut s’adresser (art. 5).

19. Si le centre consulté décide de donner suite à la demande de PMA, il doit d’abord – c’est un préalable important à une bonne

(90) N. MASSAGER, *Les droits de l’enfant à naître*, Bruylant, 1997, n° 263-264; du même auteur, note sous Civ. Courtrai, 18 mars 1997, *J.T.*, 1998, 733 et 871 (comp., sous le même jugement, la note de Y.-H. LELEU, *R.T.D.F.*, 1998, 691-692); E. DE KEZEL, « Het begrip “het belang van het kind” », *R.W.*, 1998-1999, 1163. Sur cette épineuse question, voir surtout M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l’enfant face au droit à l’enfant et les procréations médicalement assistées », *RTDciv.*, 1988, 645 et, avec un « Post-scriptum - Dix ans après », in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant/LGDJ, 1999, 285; du même auteur, « Les bio-droits : à qui appartient l’enfant ? », in *Droits de la personne : les bio-droits. Aspects nord-américains et européens*, J.-L. BAUDOIN et S. LE BRIS (éd.), Cowansville, Yvon Blais, 1997, 61 et in *La personne, la famille et le droit*, précité, 327.

orientation du traitement – vérifier, si cela s'indique, que les causes de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession. Cette vérification effectuée, le centre doit «*fournir aux parties intéressées une information loyale*» sur la PMA ainsi qu'un «*accompagnement psychologique avant et au cours du processus*» (art. 6).

On retrouve cette obligation d'information préalable et étendue à tous les stades. Il s'agit d'une information élargie, non strictement cantonnée aux aspects médicaux du traitement, qui évoque en cela la réglementation de l'IVG et de l'euthanasie. L'étendue de l'information requise tient naturellement à l'objet et au but très particuliers de la convention à conclure. On pourra toutefois regretter, d'un point de vue pédagogique, que les points à aborder lors du colloque singulier soient décrits nettement moins précisément que dans ces deux autres législations.

20. En amont du processus, le *diagnostic préimplantatoire* (DPI) – défini comme la «*technique consistant, dans le cadre d'une fécondation *in vitro*, à analyser une ou des caractéristiques génétiques d'embryons *in vitro* afin de recueillir des informations qui vont être utilisées pour choisir les embryons qui seront implantés*» (91) – doit avoir une finalité médicale, celle d'éviter la naissance d'un enfant malade ou handicapé en implantant un embryon sain, tout comme le diagnostic prénatal ouvre la voie à un avortement thérapeutique (IMG). Outre le DPI à caractère eugénique, la loi l'interdit à juste titre s'il est axé sur la *sélection du sexe*, à l'exception de la sélection qui permet d'écarter les embryons atteints de maladies liées au sexe, car il comporte alors une visée thérapeutique (art. 67).

A cet égard, le législateur a encore souhaité prendre position sur la problématique, délicate et controversée, de ce qu'on appelle bien

(91) I. FLORENTIN, «Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître», in *Le droit saisi par la biologie*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, 1996, 109; B. MATHIEU, «Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain», *RD publ.*, 1999, 93; B. SELE et J. TESTART, «Le diagnostic préimplantatoire : quels outils, pour quelle quête?», in *Les lois «bioéthique» à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, B. FEUILLET-LE MINTIER (éd.), PUF, 1999, 159; J. TESTART (dir.), *Le magasin des enfants*, Gallimard, Folio/Actuel, 1994, en particulier L. GAVARINI, «Experts et législateurs de la normalité de l'être humain : vers un eugénisme discret», 217.

improprement les «bébés-médicaments». Exceptionnellement, le DPI est autorisé «dans l'intérêt thérapeutique d'un enfant déjà né du ou des auteurs du projet parental» (art. 68). Il était déjà permis de penser que le fait d'initier une PMA pour concevoir un enfant dont certains organes ou tissus permettront la survie ou la guérison d'un frère ou d'une sœur malade est admissible si cela n'est pas – question de fait délicate à apprécier par l'équipe – le *seul* mobile du projet parental (92). La loi confirme cette vue en conférant au centre le pouvoir d'estimer que, dans cette hypothèse, «le projet parental n'a pas pour seul objectif la réalisation de cet intérêt thérapeutique» (93).

Au surplus, les dispositions relatives au DPI sont succinctes. La loi, qui n'a certes pas vocation strictement médicale, ne précise notamment pas (ou, plus exactement, ne définit pas) les *maladies* pouvant être considérées comme suffisamment graves pour justifier la «mise à l'écart» d'un embryon au profit d'un autre. Il semble logiquement devoir s'en déduire que, dès lors que le diagnostic révélera quelque «imperfection» que ce soit, une sélection pourra s'ensuivre, puisque telle est sa finalité. La question est maintenue sous la responsabilité des centres de fécondation, les parlementaires s'étant accordés à reconnaître l'excellence de leur travail.

2. Embryons surnuméraires et gamètes

21. Il s'agit sans nul doute de l'aspect central de la matière, ce dont témoigne le nombre d'articles – symétriques – que la loi lui consacre. La nécessité, dans le cadre des PMA, de prélever les cellules reproductrices puis d'isoler l'embryon hors du corps de la femme, de même que l'existence d'embryons fécondés mais non implantés, qui induisent le délicat questionnement éthique et juridique relatif au sort à leur réserver, sont à la source et au cœur des nombreuses réflexions relatives à la nature et au statut de ce produit de la rencontre des gamètes qui, utilisé par la science, interroge le droit et parfois l'inquiète (94).

(92) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005, 114, n° 118.

(93) Signe du caractère délicat de cette appréciation, il est prévu que le centre de génétique humaine impliqué soit consulté et la confirme, son avis étant joint au dossier. Les dispositions de la loi relatives au diagnostic préimplantatoire apparaissent conformes au prescrit des articles 11 à 14 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

(94) Voir les références citées *supra* notes 40, 45 et 87.

Les embryons surnuméraires, gamètes, gonades et fragments de gonades sont soumis au même régime de principe qu'on approuvera. Leur affectation est *décidée par les demandeurs dans la convention* et par eux seuls. Ils ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une affectation différente de celle stipulée (art. 11 et 38). Ceci illustre la double idée que la maîtrise s'étend à ces éléments chargés d'un fort poids symbolique et qu'elle est permanente, le consentement donné présentant un caractère *spécial* (95). La loi précise à bon escient que, sous réserve d'une indication médicale, il ne peut être procédé à de nouveaux prélèvements de gamètes pour constituer d'autres embryons tant que les auteurs du projet parental disposent encore d'embryons surnuméraires cryoconservés, pour autant que ceux-ci satisfassent aux normes sanitaires requises, l'appréciation de cette sécurité sanitaire étant évidemment effectuée par le centre (art. 9).

Les gamètes prélevés en vue d'un projet parental ou d'une cryoconservation pour un projet parental ultérieur (96) et les embryons fécondés et non implantés peuvent recevoir, au libre choix des auteurs du projet parental, trois destinations, outre la destruction (art. 10, 37 et 40) : la *cryoconservation* en vue de la réalisation de ce projet, qu'il soit actuel ou ultérieur ; dans le cas où celle-ci n'a pas été effectuée à cette fin ou à l'expiration du délai de cryoconservation – qui est en principe de cinq ans pour les embryons et de dix ans pour les gamètes –, l'intégration dans un protocole de *recherche scientifique* conformément à la loi du 11 mai 2003 ou l'affectation à un programme de *don d'embryon ou de gamètes* en vue d'une PMA chez un autre couple (97).

22. *L'utilisation des embryons dans le cadre d'un projet parental* implique que le centre qui donne suite à une demande de PMA en procédant à une implantation d'embryons *in vitro* informe les auteurs du projet parental sur les conditions et le délai de conservation de leurs embryons surnuméraires et sur les affectations possibles de ceux-ci à l'expiration dudit délai. Dans le cas d'une nou-

(95) J.-C. GALLOUX, «L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination?», *D.*, 1999, chr., 13.

(96) Rappelons que la loi permet le prélèvement de gamètes chez un mineur «sur indication médicale» (art. 4, al. 4) et leur cryoconservation subséquente. Dans ce cas, conformément à l'article 12 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, la convention est conclue entre le centre et les parents ou le tuteur (art. 42).

(97) On s'autorisera une réserve d'élégance quant à cette périphrase peu heureuse, ne fût-ce que pour apaiser les pourfendeurs de la réification.

velle implantation d'embryons surnuméraires cryoconservés à la demande d'un couple d'auteurs en vue d'un projet parental ultérieur, le centre doit évidemment s'assurer, préalablement à toute démarche médicale, du consentement effectif des deux auteurs à cette nouvelle implantation (art. 12). Les mêmes règles s'appliquent logiquement à l'insémination artificielle de gamètes (art. 41).

Lorsque les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des gamètes ou des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur *et s'ils l'ont expressément prévu dans la convention*, l'implantation *post mortem* d'embryons surnuméraires ou l'insémination *post mortem* de gamètes est permise (art. 15 et 44). Il y a là une autre option éthique importante sur laquelle un consensus relativement large s'est dégagé au Parlement. La loi prévoit toutefois un *double délai* dans les deux cas : il ne peut être procédé à l'implantation ou à l'insémination qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental qui a sollicité la cryoconservation et au plus tard dans les deux ans qui suivent ce décès. Ces délais sont impératifs, toute disposition conventionnelle contraire étant nulle de plein droit (art. 16 et 45).

Le *délai de cryoconservation* des embryons surnuméraires en vue de la réalisation d'un projet parental est de cinq ans à dater du jour de la cryoconservation et, pour les gamètes, il est de dix ans. Il peut être réduit, à la demande expresse des auteurs du projet parental; cette réduction du délai est alors indiquée dans la convention. A l'expiration du délai, le centre effectue logiquement *«la dernière instruction»* exprimée par ceux-ci dans la convention, sans pouvoir la modifier.

Par dérogation, les auteurs du projet parental peuvent demander que, en raison de circonstances particulières, la durée du délai soit prolongée. Cette demande est faite par un écrit signé par toutes les parties signataires de la convention et le centre doit y répondre «dans un délai raisonnable». Si la réponse est positive, la prolongation du délai est indiquée dans la convention. Si elle est négative, le délai de conservation ne pourra être prolongé et «la dernière instruction» donnée est exécutée (art. 17-18 et 46-47).

23. *L'affectation des embryons et des gamètes à un programme de recherche* est licite et autorisée. Elle doit être expressément indiquée dans la convention. Il convient de se référer sur ce point à la loi du

11 mai 2003, à laquelle il est expressément renvoyé (quant au cadre des recherches, aux conditions de fond et de procédure de celles-ci et aux limites juridiques et éthiques). Il est précisé que, conformément à cette loi, la décision d'affecter les embryons surnuméraires ou les gamètes à la recherche peut être retirée jusqu'au début de la recherche (art. 20 et 49) (98). Le délai de conservation des embryons surnuméraires et des gamètes, lorsqu'ils sont affectés à un programme de recherche, est fixé par le centre (art. 21 et 50).

24. *Le don d'embryons surnuméraires ou de gamètes*, gratuit et anonyme, est licite. Les principes généraux applicables respectent tant le droit à la maîtrise et le principe d'anonymat que les limites résultant des impératifs bioéthiques fondamentaux. Ainsi, le don est interdit s'il est axé sur la sélection du sexe, à l'exception de la sélection qui permet d'écartier les embryons ou les spermatozoïdes atteints de maladies liées au sexe (art. 5, 5^o de la loi du 11 mai 2003), et bien sûr s'il est à caractère eugénique (art. 22 et 23). Ces barrières s'inscrivent dans un souci universel de protection de l'intégrité de l'espèce humaine (99) et de rejet des discriminations «anténatales» liées au sexe et visent, à l'instar de la prohibition du clonage, à garantir la singularité ultime de la personne.

Dans ce même esprit, la loi précise (art. 25-26 et 54-55) que l'implantation simultanée d'embryons ou l'insémination simultanée de gamètes provenant de donneurs différents est interdite et que les embryons surnuméraires ou les gamètes d'un même donneur ou couple de donneurs ne peuvent conduire à la naissance d'enfants chez plus de six femmes différentes.

Si l'affectation altruiste est envisagée par les auteurs du projet parental, le centre doit spécifiquement les informer «loyalement» sur la procédure de prélèvement et sur les conséquences de cette affectation, laquelle est expressément indiquée dans la convention. Celle-ci doit, dans ce cas, mentionner l'engagement pris par les donneurs «de se soumettre à tout examen et de fournir toutes les informations médicales nécessaires à la mise en œuvre de la loi, afin de permettre

(98) Encore le fameux «droit de destination» si pertinent. Y.-H. LELEU, «La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*», *R.T.D.F.*, 2003, 715; N. DENIES, «La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* ou la science à l'épreuve du droit», *J.T.*, 2003, 693.

(99) Sur la protection de l'intégrité de l'espèce humaine comme limite assignée à la maîtrise du corps, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, 595, n^{os} 25-26.

au centre de s'assurer du respect de la sécurité sanitaire» des embryons ou gamètes donnés, et préciser la destination que les donateurs entendent affecter à ceux-ci (détruits ou affectés à un protocole de recherche scientifique) si les résultats de ces examens s'avèreraient incompatibles avec le don ou si les donateurs refusent ou s'abstiennent ultérieurement de se soumettre aux examens prévus.

On peut retenir de cette rédaction quelque peu alambiquée, outre qu'elle met au premier plan la légitime exigence de sécurité sanitaire, corollaire du principe de précaution, qu'elle conforte une fois encore l'idée de maîtrise, de droit de destination, sous le sceau de laquelle s'inscrit la loi. Trois affectations sont possibles et, si l'affectation altruiste envisagée s'avère médicalement inopportune, il revient aux géniteurs et à eux seuls de décider du sort à réserver à leurs embryons (art. 29-30 et 58-59).

25. La loi interpelle en ce qu'elle énonce, aux articles 30 et 59 *in fine*, qu'«une fois que la procédure de don (des embryons surnuméraires ou des gamètes) est engagée, le don est irrévocable». Quand décidera-t-on que la procédure «est engagée»? N'oublions pas qu'en vertu des articles 8 et 14, les instructions des auteurs du projet parental peuvent être modifiées «jusqu'à l'accomplissement de la dernière instruction donnée», la notion d'accomplissement (concrétisation) étant plus précise que celle d'engagement d'une procédure (initialisation).

Il convient assurément de poser en règle, dans ces matières inextricablement liées au vécu corporel et psychologique intime, que les auteurs du projet parental peuvent changer d'avis jusqu'au tout dernier moment médicalement et techniquement possible. La révocabilité du consentement a d'autant plus de sens que celui-ci engage la personne dans son être même.

Des règles particulières sont applicables à la *receveuse* ou au *couple receveur*. Outre l'obligation générale d'information, le centre doit les renseigner précisément quant à la procédure suivie. La candidate receveuse doit introduire une demande d'implantation d'embryons surnuméraires ou d'insémination de gamètes par lettre recommandée adressée au centre (100). Le centre consulté répond à la demande dans les deux mois (art. 31-32 et 60-61). Conformément

(100) S'il s'agit d'un couple - on rappellera que cela n'est pas exigé -, la demande doit évidemment être signée par les deux auteurs du projet parental.

aux règles générales évoquées plus haut, s'il répond favorablement, une convention est établie avec la receveuse ou le couple receveur; s'il répond négativement, il indique, soit les raisons médicales du refus, soit l'invocation de la clause de conscience qui lui est octroyée, ainsi que, dans le cas où les candidats receveurs en ont exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre auquel ils peuvent s'adresser (art. 33 et 62).

Tout comme lorsque les embryons surnuméraires ou les gamètes sont affectés à un programme de recherche (art. 21 et 50), leur délai de conservation – qui constitue depuis longtemps l'un des points de focalisation des réflexions – est fixé par le centre s'ils sont «affectés à un programme de don» (art. 34 et 63). Il est certainement préférable, en effet, de ne pas verrouiller cette question technique et éthique dans la loi.

3. *Collecte et diffusion des informations génétiques*

26. Il y a lieu, en conclusion, d'émettre quelques réserves sur les dispositions relatives à *la collecte et à la diffusion des informations personnelles* dans le cadre des dons d'embryons ou de gamètes, qui ne sont pas sans interpeller d'un point de vue proprement bioéthique. Le centre collecte pour chaque donneur «les informations médicales» relatives aux géniteurs ou au donneur qui sont «susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître», les «caractéristiques physiques» des géniteurs ou du donneur et «les informations nécessaires à l'application de la présente loi» (101). Les informations relatives aux donneurs peuvent être communiquées par le centre «à la receveuse ou au couple receveur qui le demande au moment de faire un choix» et, «pour autant que la santé de la personne qui a été conçue (par l'implantation d'embryons surnuméraires ou l'insémination de gamètes) le requière, à son médecin traitant et à celui de la receveuse ou du couple receveur», autrement dit de ses parents (art. 35-36 et 64-65).

Ces dispositions, qui sont au cœur de l'intersection entre génétique, bioéthique et vie privée et visent une problématique sensible, ne paraissent pas avoir fait l'objet de réflexions approfondies. La loi

(101) La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel s'applique. Le Roi devra établir un système d'échange d'informations entre les centres de fécondation.

ne décrit pas les informations dont la collecte est autorisée auprès des donneurs ; ici encore, elle s'en remet à la déontologie des centres. Cela peut se concevoir, dans un paysage éthique dominé par une pratique efficace, saine et raisonnable. Il reste qu'à tout prendre, le législateur eût pu mettre à profit son intervention pour cibler un peu mieux les données qui peuvent ou ne peuvent pas être sollicitées et divulguées.

Force est en effet de constater que les notions d'informations médicales relatives aux géniteurs qui sont «*susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître*», de «*caractéristiques physiques*» des géniteurs et d'«*informations nécessaires à l'application de la présente loi*» sont à cet égard extrêmement vagues. Du point de vue de l'indispensable droit de chacun au respect de sa vie privée – la génétique s'analysant comme le langage intime du corps –, elles laissent une large porte ouverte et, partant, ne satisfont guère l'esprit désireux que des balises un tant soit peu nettes soient fixées (102).

27. Cette imprécision est regrettable et constitue, à notre sens, l'un des points faibles de la loi. On peut y voir poindre un conflit potentiel entre la protection de la santé (privée et publique) et le nécessaire respect de *l'indétermination biologique délibérée* des filiations procédant d'une PMA, avec peut-être – c'est tout sauf nouveau – un petit goût de *forum shopping* bioéthique. Quelles informations relatives aux donneurs – puisqu'on ne peut déterminer *in abstracto* celles qui peuvent licitement être récoltées – seront «*nécessaires*» aux receveurs «*au moment de faire un choix*» et selon quels critères acceptables ce choix peut-il s'effectuer ? Cet aspect est à mettre en parallèle avec l'absence de toute indication dans la loi des maladies ou affections qui pourront, au moyen d'un diagnostic génétique préimplantatoire, permettre la «*sélection*» d'un embryon au détriment d'un autre.

Dans ces matières assurément sensibles, il convient de ne jamais perdre de vue que l'idée de «*choix*» ou de «*sélection*» évoque irrésistiblement le concept de «*normalité*», lequel n'est guère éloigné de celui de «*perfection*» et peut conduire – au départ d'un légitime

(102) *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Litec, 1992 ; J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POULLET, «*Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique : les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé*», *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 56.

souci de santé – vers les célèbres «pentes glissantes» en matière de bioéthique au sens large et plus précisément de «sélection» des individus jugés «aptes». Les fantasmes sont prompts à renaître lorsque la médecine et la science en permettent l'assouvissement (103).

Si nous ne sommes pas de ceux, on l'aura compris, qui font à la science un procès d'irrespect des valeurs humanistes du droit (104) et si nous nous situons résolument dans une perspective autonomiste quant aux droits de la personne sur son corps et sur sa destinée, nous sommes conscient des dangers potentiels de certaines pratiques, en soi légitimes, lorsqu'il y est abusivement recouru ou lorsqu'elles sont détournées de leur finalité (105). Mais ce risque d'abus ne doit pas entraîner une régulation timorée et trop coercitive des techniques. A cet égard, la loi du 6 juillet 2007 est le fruit d'un compromis éthique soigneusement élaboré entre les positions de ceux qui prônaient un cadre moins contraignant, une ingérence moins grande du juridique dans le scientifique, et ceux qui estimeront que le texte est trop laxiste sur certains points. Elle nous semble globalement mesurée, cohérente, responsable et respectueuse de la liberté et de la responsabilité de chacun des intervenants.

III. – LA MAÎTRISE DE LA FIN DE LA VIE : L'EUTHANASIE

A. – *Le cadre général : une large place à l'autonomie*

1. *Déplacement de perspectives*

28. Tout comme les Pays-Bas l'avaient fait par la loi du 12 avril 2001 sur le contrôle de l'interruption de la vie sur demande et de l'aide au suicide, la Belgique a autorisé et réglementé l'euthanasie par la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie (*M.B.*, 22 juin

(103) Ces points sont amplement développés par une abondante littérature dont nous avons déjà cité maints représentants. L'un des ouvrages majeurs demeure *Le magasin des enfants*, sous la direction de J. TESTART, Gallimard, Folio/Actuel, 1994; *adde*, sur le contentieux qui a fait – de très loin – couler le plus d'encre ces dernières années, G. GENICOT, «Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé», *R.G.D.C.*, 2002, 79 et les réf. citées.

(104) Pour une thèse érudite et instructive en ce sens, J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, coll. Partage du savoir, 2002.

(105) Nous ne pouvons que recommander un retour incessant aux travaux fondamentaux de C. LABRUSSE-RIOU, *Ecrits de bioéthique. Textes réunis et présentés par Muriel Fabre-Magnan*, PUF, coll. Quadrige, 2007 et de B. EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999.

2002; ci-après, la loi). La Chambre des Députés du Luxembourg vient également d'adopter une proposition de loi en ce sens (106).

Il s'agissait – en troublant un relatif consensus au plan européen (107) – de donner une solution à un débat aigu en accroissant l'emprise de la personne sur la manière dont elle terminera son existence, et de répondre à un besoin social issu d'une situation paradoxale où les progrès de la médecine permettent de prolonger la vie sans toujours pouvoir en assurer la qualité (108). Cette dernière exigence étant essentiellement d'ordre subjectif, il n'y a guère d'autre solution concevable que de s'ouvrir à la volonté de la personne vivant mal le soir de son existence. Le droit médical moderne ne pouvait indéfiniment reporter le débat sur l'euthanasie ni l'orienter dans une direction diamétralement opposée à celle adoptée au sujet des droits des malades, auxquels on reconnaît, comme on l'a vu plus haut, la maîtrise de leur corps et le droit à l'autodétermination.

29. La réflexion sur l'euthanasie se rapproche de celle menée à propos de l'interruption volontaire de grossesse (109), la différence principale tenant en ce que l'I.V.G. fait l'objet d'une incrimination

(106) Proposition de loi n° 4909 sur le droit de mourir en dignité, adoptée le 19 février 2008 (<http://www.chd.lu/fr>). Le texte est très similaire à la loi belge, à ceci près qu'il envisage expressément tant l'euthanasie que l'assistance au suicide.

(107) C. BYK, «La revendication individuelle face à la mort : approche comparatiste des questions posées par l'interruption de traitement, l'euthanasie et l'aide au suicide», *Rev. gén. dr.*, 1998, 224-228; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Intersentia, 2003, 65-66, n° 98. L'ambiguïté demeure présente au plan européen et la tension est perceptible entre les instances qui prônent l'autonomie des malades au stade terminal (proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée par le Parlement européen le 25 avril 1991, article 8) et celles qui réaffirment l'interdit de tuer (recommandation n° 1418 du Conseil de l'Europe du 25 juin 1999 sur la protection des droits de l'homme et la dignité des malades mourants ou en phase terminale, approuvée le 26 mars 2002). Pour les textes, M.-L. DELFOSSE et C. BERT, *Bioéthique, droits de l'homme et biodroit*, Larcier, 2005, 515-548.

(108) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination», *R.T.D.H.*, 2004, 5; des mêmes auteurs, «L'euthanasie en droit belge et en droit néerlandais», *Resp.*, 2004, n° 13, 34; M. ADAMS et H. NYS, «Euthanasie in de Lage Landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische euthanasiewet», *T.P.R.*, 2003, 11; W. DE BONDT, «La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle», *R.I.D.C.*, 2003, 233; T. VANSWEEVELT, «De euthanasiewet : de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid?», *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 216; du même auteur, «Pallatieve zorg en aansprakelijkheid : enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen», *Rev. dr. santé*, 2007-2008, 15; *Euthanasia and Palliative Care in the Low Countries*, T. MEULENBERGS et P. SCHOTSMANS (éd.), Peeters, coll. Ethical Perspectives Monograph Series, 2005; *Euthanasie. Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, M. ADAMS, J. GRIFFITHS et G. DEN HARTOGH (éd.), Kok, Kampen, 2004; J. GRIFFITHS, A. BOOD et H. WEYERS, *Euthanasia & Law in the Netherlands*, Amsterdam University Press, 1998.

(109) Y.-H. LELEU, «Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht», *T.P.R.*, 2002, 1373, n° 5-8; F. RIGAUX, «L'avis du Conseil d'Etat belge sur la dépénalisation de l'euthanasie et le droit aux soins palliatifs», *R.T.D.H.*, 2002, 274-275.

spécifique. La construction de la dépénalisation conditionnelle de l'avortement a ainsi pu servir de modèle à celle de l'euthanasie, ce qui a eu des conséquences quant à la technique utilisée. Il fallait rencontrer un délicat problème d'adaptation du droit aux pratiques. Des abrègements de vie médicalisés étaient pratiqués dans une relative clandestinité (110) et, pendant longtemps, on n'osait guère affronter un sujet qu'on pensait nimbé d'une réprobation sociale diffuse. Les législateurs belge et néerlandais ont pris acte de ce que ces pratiques se développaient en dehors de leur emprise, ont initié un large débat social et politique et ont compris qu'il s'indiquait de les réglementer pour mieux les encadrer et éviter d'éventuelles dérives (111).

Le débat normatif s'est concentré sur l'euthanasie au sens strict, qu'il y a lieu de distinguer des notions voisines. C'est à ce propos que se sont posées les questions les plus aiguës (112), notamment vis-à-vis de patients en phase non terminale ou incapables de manifester leur volonté. Il pouvait sembler difficile de reconnaître à l'individu le droit de demander qu'il soit mis fin à ses jours, ultime étape d'un droit à l'autodétermination et à la libre disposition du

(110) R. COHEN-ALMAGOR, «Why the Netherlands?», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2002, 96; I. MARIN, «L'euthanasie : question éthique, juridique, médicale ou politique?», *D.*, hors-série *Justices*, mai 2001, 128.

(111) Si certains rejetaient farouchement l'éventualité d'une loi (X. DIJON, «Entre le droit et la mort. Propositions pour éviter et récuser l'euthanasie», *J.T.*, 1985, 33 et 49), d'autres souhaitaient son avènement (P. CRAS et T. VANSWEEVELT, «Levensbeeïndigende handelingen bij niet-terminale patiënten : kanttekening bij enkele praktijkgevallen», *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 4), y compris en France (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 4^e éd., 1999, 273-274; S. HENNETTE, «L'euthanasie est-elle pensable en droit?», *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, THESI, 1997, n° 29, 151-153; J. HAUSER, obs. sous Cour E.D.H., 29 avril 2002, *RTDciv.*, 2003, 484; I. MARIN, *op. cit.*, 135).

(112) Pour un exposé approfondi de ce débat, parmi de nombreuses références, N. AUMONIER, B. BEIGNIER et P. LETELLIER, *L'euthanasie*, PUF, coll. Que sais-je?, 2001; J.-L. BAUDOUIN et D. BLONDEAU, *Éthique de la mort et droit à la mort*, PUF, coll. Les voies du droit, 1993; B. BEIGNIER, «La mort», *Juris-classeur civil*, art. 16 à 16-12, fasc. 70, n° 36-61; C. BYK, «La revendication individuelle face à la mort : approche comparatiste des questions posées par l'interruption de traitement, l'euthanasie et l'aide au suicide», précité; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Larcier, 1982, 513-624; C. GIRAULT, *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, P.U. Aix-Marseille, 2002; J. KEOWN, *Euthanasia, Ethics and Public Policy. An Argument Against Legalisation*, Cambridge University Press, 2002; P. LA MARNE, *Éthiques de la fin de vie. Acharnement thérapeutique, euthanasie, soins palliatifs*, Ellipses, coll. La bioéthique en question, 1998; J. POUSSON-PETIT, «Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents», *Dr. fam.*, 2001, chron. n° 3; H. VAN DEN ENDEN, *Ons levenseinde humaniseren. Over waardig sterven en euthanasie*, VUB Press, 1995; J. VELAERS, «Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie», in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Maklu, 1996, 469-574; *Euthanasie et responsabilité médicale. Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Paris, Eska, 2005.

corps qu'on s'accorde par ailleurs à ériger en pierre d'angle du droit médical moderne. La question elle-même allait jusqu'à prendre parfois l'aspect d'un tabou qu'on n'osait aborder, pas même à l'occasion de «grands procès» qui peuvent pourtant être le catalyseur de réformes législatives.

Signalons qu'en France, la tendance socio-politico-juridique reste très majoritairement favorable au maintien de l'incrimination (113), malgré l'ouverture tentée par le Comité Consultatif National d'Éthique dans son avis du 27 janvier 2000 sur la fin de vie, l'arrêt de vie et l'euthanasie (114). La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, tout en demi-mesure, est bien insatisfaisante et manifeste une tendance persistante à envisager la fin de vie sous l'angle des *obligations légales et déontologiques du médecin* et non, comme en Belgique, par référence à *l'autonomie intrinsèque de la personne* et à son aptitude souveraine à se réapproprier sa propre mort (115).

30. Sur un plan à la fois fondamental et méthodologique, l'émergence de l'intérêt social d'une législation sur l'euthanasie a suscité une passionnante réflexion sur la confrontation entre l'état des faits, l'état du droit, la réaction du droit et les instruments de cette

(113) Outre les références citées note précédente, A.-C. AUNE, «Peut-on légaliser l'euthanasie?», *Gaz. Pal.*, 19-21 décembre 2004, 7; V. BONNIN, «La mort voulue pour soi-même (du suicide à la mort demandée à autrui)», *R.R.J.-Droit prospectif*, 1995, 240; C. LABRUSSE-RIOU, «Quelques regards civilistes sur la fin de vie», in *Euthanasie et responsabilité médicale*, précité, 37 et in *Écrits de bioéthique*, PUF, coll. Quadrige, 2007, 235; J. PENNEAU, «Corps humain», *Rép. civ. Dalloz*, 2005, n° 420-443. Sur ce que l'opposition de nombreux auteurs à la reconnaissance de l'euthanasie par le droit procède d'une vision jusnaturaliste de celui-ci et sur l'inadéquation qui en résulte avec la conscience sociale majoritaire, S. HENNETTE, *op. cit.*, 143.

(114) Le Comité déclare que si «la mort donnée reste, quelles que soient les circonstances et les justifications, une transgression», il convient de respecter *l'autonomie du patient* manifestée par une demande libre et répétée, dans des situations extrêmes, et à cette fin, tout en continuant à soumettre l'acte d'euthanasie à l'autorité judiciaire, «une sorte "d'exception d'euthanasie" pourrait être prévue par la loi (qui) permettrait d'apprécier tant les circonstances exceptionnelles pouvant conduire à des arrêts de vie que les conditions de leur réalisation» (avis du 27 janvier 2000 sur la fin de vie, l'arrêt de vie et l'euthanasie, *Cahiers du CCNE*, 2000, n° 23, *J.C.P.*, 2000, I, 229; commentaires de N. AUMONIER, *L'euthanasie*, précité, 61-64; P. BOUCAUD, *Cahiers Laënnec*, octobre 2000, n° 6; C. BYK, *J.C.P.*, 2000, I, 253, n° 22; G. MÉMETEAU, *R.R.J.-Droit prospectif*, 2000, 913; J. MICHAUD, *Méd. & Dr.*, 2000, n° 43; J. RICOT, *Esprit*, novembre 2000, 98; M.-N. SICARD et A. BERNARD, *Cahiers du CCNE*, 2000, n° 24; P. VERSPIEREN, *Études*, mai 2000, 581).

(115) D. BAILLEUL, «Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. A propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie», *J.C.P.*, 2005, I, 142; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, «Vivre et laisser mourir», *D.*, 2003, 2980; du même auteur, «La loi sur la fin de la vie», *D.*, 2005, 164; J. COELHO, «Droits des malades et fin de vie : une passerelle législative vers l'euthanasie indirecte à la morphine», *Gaz. Pal.*, 22-23 mars 2006, 13; J. PRADEL, «La Parque assistée par le Droit. Apports de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie», *D.*, 2005, 2106; F. VIALLA, «Droits des malades en fin de vie», *D.*, 2005, 1797.

réaction (116). On a pu constater une singulière équivalence fonctionnelle entre les législations belge et néerlandaise et en déduire la confirmation de ce qu'une régulation précise mais pondérée est une bonne manière de rencontrer la revendication sociale dans un tel domaine, ainsi qu'un modèle théorique de réglementation respectueuse des intérêts individuels et sociaux en présence (117).

L'euthanasie est *définie par la loi* comme «l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci» (art. 2). Cette définition étroite reprend celle que proposait le Comité Consultatif de Bioéthique (118). Il s'agit donc du fait d'administrer intentionnellement la mort à autrui *à sa demande*. L'euthanasie implique un geste délibéré, un don de mort, au contraire d'autres attitudes pouvant être adoptées en fin de vie (119). Il n'y a pas lieu de distinguer entre *euthanasie active* et *passive*, cette dernière notion paraissant contradictoire (120). En revanche, il ne convient pas d'opposer radicalement euthanasie et assistance au suicide, du moins si celle-ci a lieu dans un contexte médicalisé entouré des mêmes garanties.

Ainsi défini, l'acte d'euthanasie est classiquement assimilé à un *homicide*, incrimination de portée générale (121). Le consentement

(116) Parmi les auteurs ayant fait substantiellement avancer le débat en Belgique, voir surtout J. VELAERS, «Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie», précité. Pour une perspective comparatiste nuancée, C. BYK, «La revendication individuelle face à la mort: approche comparatiste des questions posées par l'interruption de traitement, l'euthanasie et l'aide au suicide», précité; J. POUSSON-PETIT, «Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents», précité.

(117) Sur tout ceci, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination», précité.

(118) Avis n° 1 du 12 mai 1997 sur l'opportunité d'un règlement légal de l'euthanasie, *R.W.*, 1997-1998, 269, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 22, *Les avis du Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique 1996-2000*, L. CASSIERS, Y. ENGLERT, A. VAN ORSHOVEN, E. VERMEERSCH (éd.), De Boeck, 2001, 11, dans lequel le Comité conclut à l'existence de quatre thèses sur l'opportunité de légiférer, sans en élire une en particulier. Voir aussi les avis n° 9 du 22 février 1999 sur l'arrêt actif de la vie des personnes incapables d'exprimer leur volonté et n° 41 du 16 avril 2007 sur le consentement éclairé et les codes «D.N.R.».

(119) J. POUSSON-PETIT, *op. cit.*, 9-10; E. DUNET-LAROUSSE, «L'euthanasie: signification et qualification au regard du droit pénal», *RD sanit. soc.*, 1998, 265. Pour une approche philosophique de la notion, N. AUMONIER, «Euthanasie et arguments», *Res Publica*, hors-série *Bioéthique et éthique médicale*, 2002, 15; D. JANICAUD, «Du droit de mourir. Un regard philosophique sur une question controversée», *Droits*, 1991, n° 13, *Biologie, personne et droit*, 67.

(120) Dans le même sens, R. COHEN-ALMAGOR, *op. cit.*, 95-96; C. GIRAULT, *op. cit.*, 44-49. D'autres auteurs perpétuent l'amalgame (V. BONNIN, *op. cit.*, 231 et s.). Comp., distinguant euthanasie «directe» et «indirecte», R.O. DALCQ, «A propos de l'euthanasie. Exposé présenté aux commissions réunies de la justice et des affaires sociales du Sénat», *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 3.

(121) Art. 392, 393 et 397 C.pén.; R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, 1966, 31, n° 34 et les réf. citées; H. NYS, «Handelen en nalaten door een arts bij een stervende patiënt», *Pan.*, 1995, 20-22; R.O. DALCQ, *op. cit.*, 4-5.

du patient permettrait alors tout au plus une réduction de peine, dans la faible mesure où le consentement de la victime peut avoir une incidence en matière pénale (122). Il est toutefois malheureusement très fréquent que l'euthanasie soit trop peu dissociée de notions telles que soins palliatifs, refus de traitement ou abandon d'un traitement inutile.

2. *Euthanasie et notions voisines*

31. A propos des *soins palliatifs*, il existe un consensus assez large pour admettre la suppression de la douleur et parallèlement de la conscience au moyen de narcotiques, même si on peut prévoir que cela abrègera la vie, pour autant que l'intention ne soit pas d'y mettre fin (123). Il s'agit d'ailleurs d'une obligation déontologique pour le médecin, qui reste dès lors légitime en l'absence de consentement, contrairement à l'euthanasie elle-même. Il n'y a dès lors pas lieu d'opposer euthanasie et soins palliatifs (124) mais de promouvoir ceux-ci et de laisser coexister les deux approches (125).

En effet, penser que les demandes claires et réfléchies d'abrègement de la vie pourraient *toujours* être rencontrées par la fourniture d'un réconfort et l'allègement de la douleur (126), c'est s'aveugler sur la réalité de la souffrance ou, à tout le moins, vouloir réécrire une volonté, mettre en doute les intentions du malade, en définitive le déposséder, sans autre raison que morale, d'un choix qui n'appartient qu'à lui. L'autonomie du patient doit lui offrir une *réelle faculté de choix* au sujet du traitement à entreprendre; s'il ne sou-

(122) G. GENICOT, «Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée», note sous Cass., 6 janvier 1998, *R.T.D.F.*, 2000, 215-216, n° 6 et les réf. citées; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «Autonomie corporelle de la personne et responsabilité médicale», note sous Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, 542-543, n° 12; P. SALVAGE, «Le consentement en droit pénal», *RF sc. crim.*, 1991, 699.

(123) J. POUSSON-PETIT, *op. cit.*, 4 et s.; comp. I. MARIN, *op. cit.*, 135-136; E. DELBEKE, «Juridische kwalificatie van pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend effect : medisch handelen gerechtvaardigd op grond van het wettelijk voorschrift», note sous Gand (ch. mises acc.), 9 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, 46. La loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs (*M.B.*, 26 octobre 2002) ne fait à cet égard qu'affermir un cadre juridique déjà solide, quoique souvent jugé insatisfaisant par les acteurs de terrain.

(124) *Contra*, A.-C. AUNE, «Peut-on légaliser l'euthanasie?», précité; B. BEIGNIER, La mort, précité; A. GUILLOTIN, «La dignité du mourant», in *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, 317; P. LA MARNE, *Ethiques de la fin de vie. Acharnement thérapeutique, euthanasie, soins palliatifs*, précité.

(125) R. LALLEMAND et P. DE LOCHT, *L'euthanasie*, EVO, coll. Dialogue, 2001, 89-90, cité par F. RIGAUD, *op. cit.*, 278.

(126) P. MALAURIE, «Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade?», *Defr.*, 2002, art. 37598, 1138, se fondant sur le respect du «caractère sacré et indisponible de la vie».

haite plus produire d'efforts, pas même ceux que supposent les soins palliatifs, il n'est pas légitime de les lui imposer.

32. La faculté pour le médecin de décider *l'arrêt d'un traitement inutile* participe du même esprit mais n'est pas non plus assimilable à l'euthanasie. Il est constant que les actes médicaux ne sont licites que s'ils comportent un objectif curatif (ou préventif), sont proportionnés à celui-ci et emportent l'adhésion éclairée du patient (127). L'arrêt d'un traitement qui entraîne ou accélère la mort mais dont le but n'est pas de provoquer celle-ci (principe du double effet) ne constitue, au plan pénal, ni un homicide ni une non-assistance à personne en danger.

Le refus, unanime dans les sociétés modernes, de *l'acharnement thérapeutique* (128) va clairement dans le sens de la reconnaissance de l'autonomie du patient et de sa dignité. Face à un traitement qui ne vise qu'à prolonger la vie sans en améliorer la qualité, déontologie et éthique rappellent qu'il faut proscrire une insistance ne respectant ni la dignité du malade ni l'évidence du cours des choses, et qu'il y a davantage de dignité à l'acceptation d'un processus morbide inéluctable qu'à une obstination vouée à l'échec. Au demeurant, la plupart des systèmes juridiques reconnaissent au malade le *droit de refuser un traitement*, même s'il comporte encore un certain espoir, le cas échéant au moyen d'un testament de vie ou de la désignation d'un mandataire de santé (129). Aller jusqu'au

(127) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, 17-20. Sur le rôle de la volonté et l'autonomie du malade qui demande qu'on le laisse mourir, V. BONNIN, *op. cit.*, 232-237; H. NYS, *op. cit.*, 8-15; 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, 965; W. MÜLLER-FREIENFELS, «L'autonomie du patient entre la vie et la mort et son rapport avec l'autorité du médecin sous le contrôle du juge», in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, 635.

(128) Pour une définition, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, G. HOTTOIS et J.-N. MISSA (dir.), De Boeck, 2001, v° «acharnement thérapeutique» par Y. KENIS, 35; C. BYK, *op. cit.*, 213-217; Civ. Namur, 25 octobre 1991, *Journ. Proc.*, 31 octobre 1991, 26.

(129) Pour une analyse de droit comparé, C. BYK, *op. cit.*, 217-223; J. POUSSON-PETIT, *op. cit.*, 5-9. En Belgique, ce droit est consacré par l'article 8, §4, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. En France, avant la loi du 22 avril 2005 qui reconnaît ce droit (art. L. 1111-10 C. santé publ.), la jurisprudence tendait parfois à faire prévaloir l'obligation de protéger la vie du malade, même contre sa volonté (Cour adm. app. Paris, 9 juin 1998, *D.*, 1999, jur., 277, note PELLISSIER, *RFD publ.*, 1999, 235, note AUBY, *Petites Affiches*, 23 avril 1999, n° 81, 10, note MEMETEAU; Cass. fr. crim., 19 février 1997, *D.*, 1998, jur., 236, note LEGROS; C.E. fr., 26 octobre 2001, *J.C.P.*, 2002, II, 10025, note MOREAU, *Dr. fam.*, 2002, n° 53, note FRION). *Addé* S. PORCHY-SIMON, «L'information des usagers du système de santé et l'expression de leur volonté», in *Le nouveau droit des malades*, Litec, coll. Carré Droit, 2002, 65-66, n° 88; O. DE SCHUTTER, «L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002)», *R.T.D.H.*, 2003, 101-103; E. WICKS, «The right to refuse medical treatment under the European Convention on Human Rights», *Med. L. Rev.*, 2001, 17-40.

bout de cette logique, c'est accepter que le patient décide de mettre un terme à une vie qu'il ne juge plus compatible avec les critères de dignité qu'il se forge de manière personnelle et intime.

On voit ainsi qu'un puissant moteur d'évolution incitant à appréhender l'euthanasie en tant *qu'acte médical* a pu être trouvé dans la nette tendance européenne à promouvoir et systématiser les droits du patient, symptomatiques d'une approche plus égalitaire de la relation médicale, au premier rang desquels leur droit à l'autonomie et au respect de leur vie privée. En particulier, le droit fondamental à l'information, préalable à tout assentiment à un acte médical, est garanti au malade afin de lui permettre d'exercer sa faculté de *choix* du traitement à entreprendre ou à terminer. Or, *aucun choix n'est possible lorsqu'une des branches de l'alternative est bouchée par une incrimination pénale* (130).

33. En l'absence de toute réglementation, *l'assistance au suicide d'autrui* n'est pas en soi pénalement punissable, dans la mesure où le suicide n'est pas un délit (131). Mais si elle est le fait d'un médecin, celui-ci peut s'exposer à une sanction disciplinaire pour manquement à la déontologie ou, le cas échéant, à une requalification de son geste ou à une action en responsabilité. La loi du 28 mai 2002 ne s'applique qu'à l'euthanasie, telle que définie plus haut, et ne devrait pas influencer, en vertu du principe de stricte interprétation, sur l'appréhension juridique et déontologique d'autres comportements.

Il en résulte que *l'aide active* apportée au suicide d'autrui reste en théorie punissable, même si elle respecte les conditions déterminées par la loi pour une euthanasie (132). Le législateur aurait

(130) Sur les motivations d'une dépénalisation de l'euthanasie, G. VANHEESWIJCK, «Zelfbeschikkingsrecht of authenticiteit? Twee modaliteiten van de menselijke autonomie», in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, précité, 41-45; J. DE HAAN, «The New Dutch Law on Euthanasia», *Med.L.Rev.*, 2002, 61; J. POUSSON-PETIT, *op. cit.*, 9.

(131) En France, il a été soutenu que le projet de suicide devrait être considéré comme un péril grave encouru par celui qui le forme, auquel le devoir d'assistance à personne en danger imposerait de remédier (T.G.I. Paris, 20 novembre 1985, *D.*, 1986, jur., 369; Cass. fr., 26 avril 1988, *D.*, 1990, jur., 479). En ce sens, H. NYS, «Handelen en nalaten door een arts bij een stervende patiënt», précité, 23-24. *Adde* J. BORRICAND, «La répression de la provocation au suicide : de la jurisprudence à la loi», *J.C.P.*, 1988, I, 3359; V. BONNIN, *op. cit.*, 238-240.

(132) Ceci fut critiqué par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 juillet 2001, *R.T.D.H.*, 2002, 268-269 et 273. En droit comparé, H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, I, *Rechten van de mensen in de gezondheidszorg*, 4^e éd., Bohn Stafleu van Loghum, 2000, 348-351; C. BYK, *op. cit.*, 224-225; J. POUSSON-PETIT, *op. cit.*, 11-12. Comp. la proposition de loi luxembourgeoise n° 4909 sur le droit de mourir en dignité, adoptée le 19 février 2008, qui envisage de façon plus cohérente tant l'euthanasie que l'assistance au suicide.

pu appréhender de la même manière l'acte du médecin qui abrège la souffrance et la vie et celui du patient qui s'auto-administre le cocktail lytique qu'il lui fournit (133). Un raisonnement *a fortiori* nous semble envisageable (134) et il subsiste à cet égard une ambiguïté dans une loi qui a pourtant tout fait pour être claire.

3. Droit à la vie versus autonomie décisionnelle

34. Pour la première fois, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur cette question dans son célèbre arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 (135). Elle décide à l'unanimité que l'incrimination de l'assistance au suicide par le droit anglais n'est pas contraire aux articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants), 8 (droit au respect de la vie privée), 9 (liberté d'opinion et de conscience) et 14 (prohibition de toute discrimination) de la Convention. S'agissant en particulier de la violation alléguée de l'article 8, à laquelle elle consacre ses plus amples développements, on relèvera que la Cour intègre la notion d'*autonomie personnelle* dans les garanties offertes par cette disposition (136).

Cet arrêt ne condamne nullement la dépénalisation conditionnelle de l'euthanasie, débat sur lequel la Cour ne se prononce pas – estimant même qu'il s'agit de deux thèses «très différentes» (§41) – et

(133) En ce sens, T. VANSWEEVELT, «De euthanasiewet», *N.j.W.*, 2002, 446, n° 7; P. CRAS et T. VANSWEEVELT, *op. cit.*, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 2, qui évoquent une «chance perdue». En pratique, la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation n'opère toutefois aucune distinction de principe entre les deux comportements, d'autant que la loi ne prescrit pas la manière dont l'euthanasie doit être pratiquée.

(134) A juste titre, Mme POUSSON-PETIT présente-t-elle la dépénalisation du suicide médicalement assisté comme une «première étape» parfois complétée par celle de l'euthanasie volontaire (*op. cit.*, *Dr. fam.*, 2001, chron. n° 3, 11-15).

(135) *J.C.P.*, 2002, I, 157, n° 3 et 13, obs. SUDRE, *J.C.P.*, 2003, I, 132, obs. BYK et II, 10062, note GIRAULT, *Gaz. Pal.*, 4-5 octobre 2002, 45, note PETTITI, *RTDciv.*, 2003, 482, obs. HAUSER; F. ABU DALU, «Diane Pretty ou le juge, la vie et les étoiles», *J.L.M.B.*, 2002, 1399; E. CHVIKA, «Euthanasie : le droit au suicide assisté doit-il être ajouté sur la liste des droits de l'homme?», *Dr. fam.*, 2003, chr. n° 9; O. DE SCHUTTER, «L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 2003, 710; A. GARAY, «Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le "précédent" de la dramatique affaire Pretty», *Gaz. Pal.*, 14-15 août 2002, 2; P. LAMBERT, «Le droit de mourir dans la dignité», *J.T.*, 2002, 590; P. MALAURIE, *op. cit.*, *Defr.*, 2002, art. 37598, 1131.

(136) «Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8» (§61).

qu'elle renvoie aux législateurs nationaux (137). La Cour estime que le «droit à la vie» garanti par l'article 2 de la Convention ne peut être interprété comme conférant un droit à mourir ou «le droit de choisir la mort plutôt que la vie». Il ne paraît pas pour autant possible de déceler une contrariété à la C.E.D.H. dans la dépénalisation conditionnelle de l'euthanasie telle qu'elle existe en Belgique (138). L'inexistence de pareil «droit» ne signifie pas qu'une loi autorisant la demande d'euthanasie serait contraire au droit fondamental à la vie, de toute évidence non conçu à cette fin, pour autant que la démarche s'appuie sur une *demande consciente et volontaire* du malade (139), suppose la constatation d'un *état médical sans issue* et soit assortie d'un certain nombre de *conditions* et d'un *mécanisme de contrôle*.

En effet, la pleine reconnaissance d'un droit à l'autonomie et à la maîtrise de sa vie dans le système des droits de l'homme conduit à considérer que les droits consacrés par la Convention visent à empêcher les atteintes portées par l'État ou des tiers *mais non à limiter la faculté d'autodétermination de la personne elle-même*, du moins si le législateur la consacre dans le cadre de la marge d'appréciation qui lui est délaissée (140).

Le Conseil d'État, dans son avis précédant la loi (141), a abouti aux mêmes conclusions. L'obligation positive de prendre les mesures

(137) La doctrine était déjà auparavant d'avis que l'article 2 de la C.E.D.H. n'englobe pas le droit de mettre fin à sa propre vie ou de demander l'assistance d'un tiers dans ce but (G. GUILLAUME, «Article 2», in *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, L.-E. PETTITI (dir.), Economica, 2^e éd., 1999, 147; C. GIRAULT, *op. cit.*, 458-465, n^o 951-965).

(138) Sur la portée de l'arrêt *Pretty* en lien avec la loi du 28 mai 2002, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination», précité, 15-17; *addé* D. VAN GRUNDERBEECK, *op. cit.*, 65-73, n^o 98-106; H. LEENEN, *op. cit.*, 305; comp. R.O. DALCQ, *op. cit.*, 13; *contra*, mais avant l'arrêt, J. VELU et R. ERGEC, «Convention européenne des droits de l'homme», *R.P.D.B.*, compl. t. VII, 1990, 211, n^o 223.

(139) La question est évidemment plus délicate s'agissant d'euthanasies pratiquées sur des personnes inconscientes ou incapables de manifester leur volonté, sauf l'existence d'une déclaration anticipée (H. NYS et S. BLANQUAERT, «Privaatrechtelijke waarborgen voor de autonomie van de wilsonbekwame patiënt bij het levenseinde», *T.P.R.*, 2001, 2237). On comprend que la loi ne le permette pas jusqu'ici, car l'élément fondamental qui permet de justifier le mécanisme est la *demande du patient*, fût-elle anticipée.

(140) Pour une synthèse, P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, 2001, 265-274. Dans cette mesure, la circonstance que le malade *demande* l'euthanasie ou l'assistance au suicide et que des *garanties* sont prévues quant à l'*intégrité* de cette demande est centrale (O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, 108-110; H. LEENEN, «Artikel 2», in *Het E.V.R.M. en de gezondheidszorg*, J.K.M. GEVERS (éd.), Nijmegen, Ars Aequi Libri, 34-35; avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 2001, §9.2).

(141) Conseil d'Etat, section de législation, avis du 2 juillet 2001, *Doc. parl., Sénat*, 2000-2001, n^o 2-244/21, *R.T.D.H.*, 2001, 259, note F. RIGAUX.

nécessaires à la protection de la vie de ses ressortissants (142) se distingue du souci de concilier des conceptions éthiques opposées. A cet égard, les *conditions et limites* auxquelles la pratique euthanasique est subordonnée, autrement dit la procéduralisation de l'exercice de la liberté individuelle nouvellement conquise, qui permettent d'en assurer le contrôle et d'éviter les abus, conduisent à affirmer que la loi belge n'enfreint pas le prescrit des instruments supranationaux (143).

B. – *Le cadre spécifique : des critères stricts et contrôlés*

1. *La logique de la loi*

35. Le débat belge sur l'euthanasie – plus récent qu'aux Pays-Bas et ne pouvant s'appuyer sur une jurisprudence pionnière et audacieuse – fut approfondi et de grande qualité. Deux ans de travaux parlementaires soutenus (auditions, enquêtes, consultations, réflexions et amendements) permirent d'éveiller les consciences et d'éclairer une zone d'ombre pour progresser vers la transparence et la sécurité (144). Au rebours de son homologue du nord, le législateur belge a dû *initier l'évolution du droit* dans une matière qui demeurerait dominée par la stricte interprétation du droit pénal. Il en

(142) Qui ne va pas jusqu'à l'obligation de protéger la vie en toutes circonstances, même contre le gré de l'intéressé. Rappr. le raisonnement conduit au sujet du sadomasochisme : Cour E.D.H., 19 février 1997, *Laskey, Jaggard & Brown c. Royaume-Uni*, D., 1998, 97, note LARALDE, *R.T.D.H.*, 1997, 733, note LEVINET; Cass., 6 janvier 1998, *R.T.D.F.*, 2000, 203, note GENICOT, *Rev. dr. pén.*, 1999, 562, note DE NAUW; Cour E.D.H., 17 février 2005, *J.T.*, 2005, 331, note KRENC; M. FABRE-MAGNAN, «Le sadisme n'est pas un droit de l'homme», *D.*, 2005, 2973; G. GONZALEZ, «La liberté sexuelle», in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant/Nemesis, 2005, coll. Droit & Justice, n° 63, 157; E. LANGENAKEN, «A propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà le consentement des partenaires», *Rev. dr. pén.*, 2003, 474; J.-M. LARALDE, «L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle», *R.T.D.H.*, 2006, 35; J. POUSSON-PETIT, «Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens», in *L'identité de la personne humaine*, J. POUSSON-PETIT (éd.), Bruylant, 2002, 719; D. ROMAN, «Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé», *D.*, 2005, 1508.

(143) Avis du Conseil d'Etat, §§9-10. Aux Pays-Bas, H. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, précité, 337-338; adde P. MALAURIE, *op. cit.*, *Devr.*, 2002, art. 37598, 1134-1135.

(144) *Doc. parl., Sénat*, sessions 1999-2000 et 2000-2001, n° 2-244. Sur la progression du travail parlementaire, M. ADAMS et G. GEUDENS, «De regulering van euthanasie in België. Principiële beschouwingen naar aanleiding van een aantal recente wetsvoorstellen», *R.W.*, 1999-2000, 793; C. ANCIAUX, «Pour ou contre la «mort douce»: propositions et contre-propositions», *Journ. Proc.*, 3 février 1995, 20; A. COOLSAET, «Een overzicht van de Belgische wetsvoorstellen inzake euthanasie», *Rev. dr. santé*, 1995-1996, 262; R.O. DALCQ, «A propos de l'euthanasie. Exposé présenté aux commissions réunies de la justice et des affaires sociales du Sénat», *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 3; H. NYS et S. BLANQUAERT, «Kanttekeningen bij de amendementen van de meerderheid op haar eigen euthanasie-voorstel», *R.W.*, 2000-2001, 635.

est naturellement résulté un cadre d'autant plus contraignant qu'il était novateur. L'ouverture belge à l'euthanasie s'enracine dans une culture de pragmatisme politique et de relativement grande tolérance envers les questions bioéthiques, qui fait que les partisans du droit de mourir dans la dignité ont trouvé sans trop de peine une oreille à leurs revendications (145).

Il résulte de la loi une *dépénalisation partielle* du geste euthanasique, dans le double intérêt du patient – dont l'autodétermination se voit reconnue – et du corps médical – qui se voit rassuré et déculpabilisé puisqu'un acte délictueux est transformé en geste médical. La loi rencontre quatre aspects : le souhait de fin de vie d'un patient majeur, conscient et en phase terminale; celui d'un patient majeur, conscient, mais en phase non terminale; celui d'un patient majeur, inconscient, exprimé alors qu'il était conscient; et enfin celui d'un patient mineur ou incapable.

L'éclairage pratique révélé par les rapports de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation (ci-après, la Commission) conduit à affiner l'approche et à distinguer *un cas-type* (l'euthanasie sur demande écrite d'un patient majeur et conscient en phase terminale) et *deux hypothèses particulières* (les patients en phase non terminale, d'une part, et l'euthanasie pratiquée à la suite d'une déclaration anticipée sur un patient majeur inconscient, d'autre part).

La Commission reçoit environ 400 déclarations par an, le nombre de décès par euthanasie étant de l'ordre de 3,6 pour mille de l'ensemble des décès. 86 % des déclarations sont néerlandophones; on ne se perdra pas en conjectures pour tenter d'expliquer cette disproportion marquante. 83 % des diagnostics sont des cancers, sous leurs diverses formes. 28 % des euthanasies concernent des patients âgés de 40 à 59 ans, 49 % étaient âgés de 60 à 79 ans et seulement 17 % avaient plus de 80 ans. 98 % des euthanasies sont consécutives à une demande consciente et seulement 2 % à une déclaration anticipée. 54 % des décès ont lieu à l'hôpital et 39 % à domicile (146).

(145) Sur l'élaboration des législations belge et néerlandaise et la technique retenue, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, 18-23. Sur l'utilité que conserve la notion d'état de nécessité en l'espèce, avis précités du Comité Consultatif de Bioéthique et du Conseil d'Etat (*R.T.D.H.*, 2001, 267, note F. RIGAUX); R.O. DALCQ, *op. cit.*, 4-5; M. ADAMS et G. GEUDENS, *op. cit.*, *R.W.*, 1999-2000, 793; J. VELAERS, «Het leven, de dood en de grondrechten», *op. cit.*, 469.

(146) Les données statistiques mentionnées proviennent du deuxième rapport établi par la Commission à l'attention du Parlement. Elles concernent les années 2004 et 2005. Ce rapport est disponible sur le site de la Commission : <http://www.health.fgov.be/euthanasie>.

2. L'euthanasie d'un patient majeur conscient en phase terminale

36. La pierre angulaire de la loi, et de très loin le cas le plus fréquent en pratique (93 %, dont 83 % de cancers généralisés ou gravement mutilants), est donc *l'euthanasie pratiquée en phase terminale sur un patient majeur conscient*. Au centre de ce processus se trouve une *demande éclairée* du malade, couplée au constat de sa *pathologie* et sa *souffrance*. Pour mettre en œuvre les conditions légales, la loi organise une *concertation* qui – option philosophique et politique fondamentale – répond au modèle autonomiste du « colloque singulier », siège central de la prise de décision en matière médicale, toutefois élargi ici parce qu'on touche à l'interdit de tuer.

La demande exprimée par le malade est évidemment la condition essentielle (art. 3, §1^{er} de la loi). Il serait exclu qu'un système juridique puisse s'abstenir de réprimer un abrègement médical de vie qui n'y trouverait pas son *fondement* et sa *justification*. Le consentement du malade devient ainsi, ici aussi, l'une des circonstances excluant l'infraction (147). La loi exige que le patient soit « *capable et conscient au moment de sa demande* ».

37. Le législateur a fait le choix – essentiel et politique – de ne pas considérer les *patients mineurs* comme étant aptes à apprécier leurs intérêts face à une décision aussi importante (148). Ils ne peuvent formuler une demande d'euthanasie, bien que la maladie ou la souffrance accroissent souvent leur maturité en ce domaine. Sur le plan des principes, nul autre que le mineur ne pourrait prendre une telle décision; ses représentants légaux n'y seraient pas fondés contre sa volonté et ne pourraient pas davantage exiger qu'un traite-

(147) Dans la lignée de l'arrêt capital de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 (*Pas.*, 2001, 2129, concl. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, 532, note LELEU et GENICOT, *J.T.*, 2002, 261, note TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, 328, concl. DU JARDIN, note TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 239, note FAGNART; R.O. DALCQ, « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488); W. MÜLLER-FREIENFELS, « L'autonomie du patient entre la vie et la mort et son rapport avec l'autorité du médecin sous le contrôle du juge », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, 635; P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RF sc. crim.*, 1991, 699.

(148) Rapport LALOY et VAN RIET, *Doc. parl., Sénat*, 2000-2001, n° 2-244/22, 59. Au contraire, la loi néerlandaise du 12 avril 2001 s'applique également aux mineurs (C. LEENEN, « Children's rights and the Dutch termination of life on request and assisted suicide (review procedures) Act », in *Developmental and Autonomy Rights of Children*, J.C.M. WILLEMS (ed.), Intersentia, 2002, 141).

ment que le médecin juge inutile soit entamé ou poursuivi, *a fortiori* si le mineur lui-même s'y oppose (149).

On sait que le droit médical belge et européen tend à reconnaître aux mineurs doués de discernement une *capacité naturelle* impliquant l'aptitude à exercer seul, moyennant une information complète et adaptée, les prérogatives relatives à leur santé (150). La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient va clairement dans ce sens (151). Un mineur suffisamment mûr et informé devrait ainsi pouvoir refuser un traitement, même s'il présente toujours un certain bénéfice (152). De même le consentement du mineur apte à décider pour lui-même est-il requis en vue d'un traitement palliatif de la douleur, même si celui-ci accélère le processus létal, pour autant que le médecin le juge indiqué. Dans ces hypothèses – qui *de lege lata* n'incluent pas l'euthanasie, – le consentement des parents n'est exigé que lorsque l'enfant n'est pas suffisamment mûr;

(149) H. LEENEN, *op. cit.*, 317 et 369-371; L. VAN SLYCKEN, «Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam», in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Maklu, 1996, 278-280. Sur l'abstention de soins inutiles pouvant entraîner le décès, spécialement dans le cas de nouveaux-nés souffrant d'une malformation grave, et le rôle respectif des parents et des médecins à cet égard, D. DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1994, 90-100; adde P. VLAARDINGERBROEK, «Le droit fondamental de l'enfant mineur à l'intégrité corporelle et aux décisions médicales», in *L'enfant et les conventions internationales*, J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANK (éd.), P.U. Lyon, 1996, 385.

(150) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, 85-91, sp. n° 108; des mêmes auteurs, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, 592-593, n° 15; Y.-H. LELEU et S. DELVAL, «Autorité parentale et actes médicaux», *J.D.J.*, 2002, n° 214, 23; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Larcier, 1982, 447-454, sp. n° 640. Sur l'ensemble de la problématique, N. COLETTE-BASECQZ, S. DEMARS et M.-N. VERHAEGEN, «L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale», *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 166; K. JOLITON, «Les mineurs et les soins de santé», *J.D.J.*, 2003, n° 225, 19; T. VANSWEEVELT, «Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling», *R.W.*, 1987-1988, 897; D. DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, précité; *Children, Medicine and the Law*, M. FREEMAN (ed.), Ashgate, Dartmouth, coll. International Library of Medicine, Ethics and Law, 2005.

(151) Aux termes de l'article 12, §2 de cette loi, «suivant son âge et sa maturité, le patient (mineur) est associé à l'exercice de ses droits» et ceux-ci «peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts». Adde l'article 7 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, qui subordonne le prélèvement au consentement préalable du donneur s'il a atteint l'âge de 12 ans et ajoute qu'en deçà de cet âge, il doit préalablement pouvoir donner son avis. Le nouvel article 371-1 du Code civil français va également dans ce sens en disposant que «l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère (...) pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité».

(152) L. VAN SLYCKEN, *op. cit.*, 281, n° 50; L. BUNNEY, «The capacity of competent minors to consent to and refuse medical treatment», *Journ. of Law & Med.*, 1997, n° 5, 52; M.T. DERISH et K. VANDEN HEUVEL, «Mature minors should have the right to refuse life-sustaining medical treatment», *Journ. of Law, Med. & Ethics*, 2000, n° 28, 109.

sinon, leur voix ne doit être que consultative, bien qu'ils seront naturellement toujours étroitement associés à la décision.

Il résulte encore des critères de capacité juridique et de conscience, qui visent à s'assurer que la demande présente toutes les garanties requises, que les personnes *juridiquement incapables* ne peuvent demander l'euthanasie, même par l'intermédiaire de leur représentant légal, non plus que les malades *incapables de fait* (comateux, déments...). A l'inverse, toute personne consciente qui n'est pas placée sous un statut légal de protection peut la demander. Rappelons que le statut d'incapacité juridique le plus répandu en pratique, l'administration provisoire, ne concerne que la gestion des biens de la personne et n'affecte pas sa capacité en ce qui concerne les actes *non patrimoniaux*. Par conséquent, dans la mesure de son aptitude factuelle à consentir, l'administré provisoire prend en principe *seul* les décisions relatives à sa santé et peut valablement former une demande d'euthanasie (153).

Un flou subsiste en ce qui concerne les personnes «techniquement conscientes» et *juridiquement capables* mais dont l'état est proche de l'incapacité de fait, notamment celles dont le raisonnement et la clairvoyance sont mis à mal précisément par la souffrance ou dont les facultés de compréhension et d'expression sont obscurcies par l'âge ou la maladie (154). Celles-ci sont, jusqu'à preuve du contraire, «capables», «conscientes» et «communicantes» mais il faut s'assurer qu'elles jouissent *en fait* de la lucidité nécessaire. On tend également à reconnaître à ces patients vulnérables, comme aux mineurs doués de discernement, une *capacité naturelle* impliquant leur aptitude à exercer seuls, moyennant une information complète et adaptée, les prérogatives relatives à leur santé. L'ouverture de l'euthanasie aux

(153) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 2001, 93, n° 115; T. VANSWEEVELT, «De euthanasiewet», précité, 448, n° 15. Sur l'administration provisoire, T. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire*, Larcier, Dossier du J.T. n° 19, 1999; du même auteur, «L'administration provisoire, miroir de la société civile», in *Les incapacités*, Y.-H. LELEU (éd.), Larcier, CUP, 2003, 5; du même auteur, «L'administration provisoire. La loi du 3 mai 2003», in *Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, S. MAERTENS et G. BENOIT (éd.), La Charte, 2004, 163; T. DELAHAYE et C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Larcier, 2007; *L'administration provisoire - Voorlopige bewindvoering*, G. BENOIT e.a. (éd.), Die Keure, 2003.

(154) Ces «états crépusculaires, intermédiaires entre la conscience et l'inconscience ou une alternance de phase de lucidité et d'inconscience», selon la formule de M. le Sénateur DESTEXHE («Euthanasie : les dangers de la proposition de loi», *Journ. proc.*, 2001, n° 407, 21); E. STRUBBE, «Naar een wettelijke erkenning van levensbeëindiging bij wilsonbekwamen? Beschouwingen bij advies nr. 9 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het levensbeëindigend handelen van wilsonbekwamen», *R. W.*, 1999-2000, 318.

mineurs et aux incapables demeure en débat et il n'est pas exclu que le législateur aille dans cette voie à l'avenir en remettant son ouvrage sur le métier. La matière est délicate et sensible et ne s'accommode pas d'opinions tranchées.

38. Des *conditions supplémentaires* relatives à la *qualité* de la demande formulée sont prévues. La loi précise que la demande doit être *volontaire, réfléchie, répétée* et ne pas résulter d'une *pression extérieure*. Ces vérifications incombent au médecin, sous le contrôle de la Commission. Il n'est pas question de faire primer sans limites l'autonomie du malade en lui permettant en toute hypothèse de décider seul (155).

Ces garanties apparaissent fondamentales en vue d'éviter toute dérive. Elles figurent également dans la législation néerlandaise (156) et sont en adéquation avec la primauté conférée au consentement éclairé en droit médical, puisqu'elles renvoient à *l'information* qui doit être fournie au malade afin de lui permettre d'apprécier correctement sa situation et de faire un choix éclairé. Sur un plan formel (art. 3, §4), sa demande doit être actée *par écrit* sur un document rédigé, daté et signé par le patient lui-même. S'il est incapable d'écrire ou de signer – quoique capable et conscient –, sa demande peut être actée par écrit par une personne majeure de son choix (157).

La demande est bien entendu révocable à tout moment (art. 3, §4, al. 3). Cette précision semble superflue car la force que confère à la requête du malade la *maîtrise* de son corps en fixe également

(155) Un éclairage complémentaire émanant de personnes en contact étroit avec le patient (l'équipe soignante ou les proches) peut permettre de lever les doutes dans certaines situations. Un entretien du médecin avec ces personnes est imposé ou permis, selon le cas, par l'article 3, §2, 4° et 5° de la loi. Le médecin *doit* s'entretenir avec la famille *si* le patient le souhaite mais rien ne l'empêche de le faire à défaut d'instructions sur ce point, du moins si le malade ne s'y oppose pas expressément. Il peut en effet décider de soumettre son intervention à des « conditions complémentaires » (art. 3, §2 *initio*). La famille a un rôle important à jouer, non en tant que cercle de parents au sens juridique (et encore moins de successeurs), mais comme vecteur supposé de la volonté d'un malade qu'elle connaît mieux que quiconque. Elle ne dispose en aucun cas – cette remarque est capitale – d'un pouvoir de *décision* effectif, hors l'hypothèse où une personne de confiance est désignée en son sein par le patient.

(156) H. FRAISSE-COLCOMBET, «La législation de l'euthanasie aux Pays-Bas», *RD sanit. soc.*, 2000, 322; J. GRIFFITHS, «Recent developments in the Netherlands concerning euthanasia and other medical behavior that shortens life», *Med. Law Int.*, 1995, vol. I, 373.

(157) Qui ne peut avoir aucun intérêt matériel au décès du patient mais qui, à ceci près, peut être un médecin (autre que celui qui pratiquera l'euthanasie ou qui sera consulté). Elle mentionne le fait que le patient n'est pas en état de formuler sa demande par écrit ainsi que les raisons qui l'expliquent. Ce document doit être établi en présence du médecin et versé au dossier médical (sur lequel, I. LUTTE, «Le dossier concernant le patient», in *Actualités de droit médical*, Bruylant, 2006, 99).

les limites, en ce sens qu'il jouit de cette faculté d'autodétermination jusqu'au tout dernier instant et ne peut y renoncer en se liant irrémédiablement (158).

39. Le deuxième ordre de conditions a trait à *l'état médical et à la souffrance* du patient. Il doit se trouver «dans une situation médicale *sans issue*» et faire «état d'une souffrance physique ou psychique *constante et insupportable* qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable» (art. 3, §1^{er}). Les entretiens réguliers ont pour but de permettre au médecin de s'assurer de la persistance de cette souffrance. L'expérience révèle que toutes les affections donnant lieu à une euthanasie déclarée étaient, lors de celle-ci, graves et incurables et que la plupart des patients avaient subi de multiples traitements à visée curative et/ou palliative.

Le *degré d'évolution de la maladie* n'est pas un critère légal; «situation sans issue» n'est pas synonyme de «phase terminale» et ce critère est exigé dans tous les cas, que le décès intervienne à brève échéance ou non (159). Les critères médicaux (nature de l'affection, nature et description de la souffrance, raisons pour lesquelles elle a été qualifiée d'inapaisable) permettant de délimiter les cas dans lesquels l'euthanasie est admise sont fondamentaux, notamment dans l'approche de la Commission. La loi instaure de ce point de vue un *double jeu de conditions*, l'une objective (l'état médical), l'autre plus subjective (la souffrance). Leur vérification s'opère principalement dans le colloque singulier entre le médecin et le malade et doit être relatée dans le document d'enregistrement.

Le critère de la *souffrance* occupe une place centrale. Cette notion n'est pas aisée à décrire et à apprécier (160). Dans l'esprit de la loi,

(158) L'assentiment à toute intervention médicale est par essence modifiable et révocable (art. 8, §4 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 51-54, n^{os} 63-66 et 75, n^o 92; des mêmes auteurs, «La maîtrise de son corps par la personne», précité, 592-593).

(159) Une para- ou tétraplégie non évolutive peut constituer une pathologie sans issue ouvrant une possibilité d'euthanasie si elle s'accompagne d'une souffrance constante et insupportable. Ce concept s'entend raisonnablement largement, notamment en présence de poly-pathologies tant physiques que psychiques (pour des exemples de maladies incurables et sans issue, T. VANSWEEVELT, «De euthanasiewet», précité, 450).

(160) Sur ce point, et notamment l'incidence de la «fatigue de vivre», Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination», *R.T.D.H.*, 2004, 28-30; I. MARIN, «L'euthanasie : question éthique, juridique, médicale ou politique?», *D.*, hors-série *Justices*, mai 2001, 131-134; aux Pays-Bas, H. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, précité, 332-334; M. MÖLLER et R. HUXTABLE,

«souffrance» n'équivaut pas à «douleur»; la douleur peut souvent être allégée par des médicaments et des soins palliatifs, de sorte que la composante *psychique* de la souffrance pourrait être considérée comme prépondérante. Cette notion de souffrance psychique est très large, relative, impossible à quantifier et sa présence chez autrui ne peut qu'imparfaitement être objectivée; mais la plupart des interventions médicales s'effectuent dans un contexte humain rétif à une véritable objectivation. L'expérience de la Commission révèle que, chez la plupart des malades, plusieurs types de souffrances, tant physiques que psychiques et toujours décrites comme constantes, insupportables et inapaisables, étaient présents simultanément (161).

40. Le mécanisme normatif repose sur un *colloque singulier* entre le patient et le médecin (art. 3, §2). La loi s'est délibérément éloignée de la perspective d'un contrôle *social* sur la légitimité de la demande euthanasique, qui aurait conduit de multiples intervenants à en apprécier l'incidence sur la *dignité* du malade, celle-ci n'étant plus perçue comme une prérogative subjective mais comme une valeur sociale transcendant les désirs individuels. Il incombe au médecin confronté à une demande d'euthanasie de vérifier que les conditions légales sont remplies. Il endosse une responsabilité tout au long du processus.

Dans la foulée de la loi relative aux droits du patient, *l'information* claire, complète et exhaustive du patient est primordiale (art. 3, §2, 1°). Le législateur précise les points à aborder lors du colloque singulier et guide la manière dont il doit se dérouler. La matière est gouvernée par les notions de conviction, de persuasion, de raison et de volonté, que le médecin apprécie souverainement et qui sont difficilement contrôlables, même s'il soumet son avis aux instances d'évaluation. Le droit à l'information est intrinsèquement lié au droit de consentir et donc à la mise en œuvre de l'autodétermina-

«Euthanasia in the Netherlands : the case of "life fatigue"», *New Law Journal*, nov. 2001, 1600; J. DE HAAN, «The New Dutch Law on Euthanasia», *Med.L.Rev.*, 2002, 62-63.

(161) La Commission considère (voir la «brochure à l'intention du corps médical» qu'elle a élaborée) que, si certains facteurs objectifs peuvent contribuer à estimer le caractère insupportable de la souffrance, celui-ci est en grande partie d'ordre subjectif et dépend de la personnalité du patient, des conceptions et valeurs qui lui sont propres. S'agissant du caractère inapaisable de la souffrance, il faut tenir compte du fait que le patient a le droit de refuser un traitement de celle-ci, voire un traitement palliatif, par exemple en raison des effets secondaires ou modalités d'application qu'il juge insupportables. Toutefois, dans ce cas, une discussion approfondie entre le médecin et le patient est nécessaire.

tion (162). Médecin et patient doivent parvenir *ensemble*, par un dialogue répété, à la conclusion qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable dans la situation où ce dernier se trouve.

La gravité du geste euthanasique explique toutefois qu'on ne s'en tienne pas à ce strict dialogue. Le colloque singulier doit s'élargir à l'opinion de certains tiers afin d'éviter les excès de subjectivité ou de compassion dans le chef du médecin traitant. Le médecin doit, dans tous les cas, consulter un confrère quant au caractère grave et incurable de l'affection dont souffre le patient ainsi qu'au caractère constant, insupportable et inapaisable de sa souffrance (art. 3, §2, 3°) (163). Le rapport écrit du médecin consulté, dans lequel il émet un avis sur la légitimité de la demande, participe à l'effort d'objectivation de l'état médical du malade et constitue un élément important dans le processus de contrôle.

3. *L'euthanasie en phase non terminale ou pratiquée à la suite d'une déclaration anticipée*

41. Option politique courageuse, *la loi ne limite pas l'euthanasie à la phase terminale de la maladie dont souffre le patient*. L'éventualité d'une telle limitation fut rejetée au cours des débats. D'un point de vue éthique, la transgression du repère moral et social que constitue l'interdit de tuer apparaît d'évidence plus problématique en dehors de la phase terminale. Il reste que, juridiquement, aucun critère de démarcation raisonnable ne paraît pouvoir être érigé pour justifier qu'on réserve la possibilité d'euthanasie aux malades parvenus au stade ultime de leurs affres (164). Au contraire, c'est précisément dans cette situation que la *consécration de leur autonomie* prend tout son sens.

La loi belge est en ce sens, tout en affinant et renforçant les conditions dans l'hypothèse où «le médecin est d'avis que le décès n'interviendra manifestement pas à brève échéance» (art. 3, §3) :

(162) Pour une synthèse complète, J.-L. FAGNART, «Information du patient et responsabilité du médecin», in *Actualités de droit médical*, Bruylant, 2006, 51.

(163) Ce médecin doit être *indépendant*, tant à l'égard du patient qu'à l'égard du médecin traitant (*i.e.* n'avoir ni relation hiérarchique de subordination, ni relation familiale, ni relation thérapeutique suivie), et *compétent* quant à la pathologie concernée. La Commission estime qu'un médecin généraliste a cette compétence.

(164) Dans le même sens, T. VANSWEEVELT, *op. cit.*, *N.j.W.*, 2002, 451. Sur cette problématique, P. CRAS et T. VANSWEEVELT, «Levensbeëindigende handelingen bij niet-terminale patiënten : kanttekeningen bij enkele praktijkgevallen», *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 2.

consultation d'un *second médecin*, psychiatre ou spécialiste de la pathologie concernée, qui devra s'assurer du «caractère volontaire, réfléchi et répété de la demande», et délai de réflexion d'au moins un mois entre la demande écrite et l'euthanasie afin d'éviter toute précipitation.

On comprend aisément que la demande du malade revêt d'autant plus d'importance que son décès n'apparaît pas imminent (165). C'est alors *elle et elle seule* qui autorise le médecin à abrégier son existence, puisqu'il n'est plus question de hâter ou d'adoucir un processus inéluctable à brève échéance. L'euthanasie en phase non terminale, quelque rare qu'elle soit en pratique, représente assurément *une avancée remarquable de l'idée d'autonomie de la personne* : plus que de la gravité d'un état médical relativement objectivable, c'est surtout du *caractère volontaire et ferme d'un souhait* qu'il convient de s'assurer ici. L'avis du second praticien consulté constitue dans ce contexte la garantie supplémentaire jugée nécessaire pour éclairer un médecin qui connaît peut-être trop bien son patient et pourrait se laisser emporter par la compassion. La prépondérance du colloque singulier ne s'en trouve que très légèrement relativisée puisque les avis des médecins consultés ne doivent pas nécessairement concorder avec celui du médecin appelé à pratiquer l'euthanasie.

42. La problématique de *l'euthanasie pratiquée sur un patient inconscient à la suite d'une déclaration anticipée* est certainement l'une des questions les plus ardues auxquelles le sujet donne lieu (166) mais l'hypothèse demeure extrêmement rare en pratique (2 % des cas). Il est conceptuellement impossible d'élaborer une réglementation légale de l'euthanasie sans envisager le cas des patients qui, au moment de prendre la décision ultime, ne disposent

(165) Selon la Commission, il y a lieu d'entendre par là les hypothèses où la mort n'est pas attendue dans les semaines ou les mois à venir, autrement dit les affections non évolutives ou très lentement évolutives; seul le médecin ayant le patient en charge est à même de juger de l'échéance plus ou moins proche de son décès. Il faut alors vérifier avec un soin particulier la présence d'une «situation médicale sans issue», la nature ainsi que le caractère inapaisable de la souffrance; la plupart de ces rares cas (7 % du total des euthanasies) concernent des affections neurologiques dégénératives (neuromusculaires ou neuropsychiques).

(166) Pour une synthèse, 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, 179-188; H. NYS et S. BLANQUAERT, «Privaatrechtelijke waarborgen voor de autonomie van de wilsonbekwame patiënt bij het levenseinde», *T.P.R.*, 2001, 2237; E. STRUBBE, «Naar een wettelijke erkenning van levensbeëindiging bij wilsonbekwamen?», *R.W.*, 1999-2000, 318.

plus, en fait, de la clairvoyance requise à cette fin. On perçoit ici une 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. 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*.

On sait que les conditions relatives à la *qualité* de la demande font obstacle à ce que celle-ci émane de personnes inconscientes (coma, état végétatif permanent...) ou ne disposant plus d'une clarté d'esprit suffisante pour la formuler (maladie d'Alzheimer). Elles peuvent néanmoins bénéficier d'une euthanasie grâce à la technique de la *déclaration anticipée*, dénommée parfois improprement «testament de vie» (167), par laquelle elles demandent *qu'une euthanasie soit pratiquée* dans le cas où, atteintes d'une affection grave et incurable à un moment ultérieur de leur vie, elles ne seraient pas capables d'en faire la demande. Cette déclaration fait l'objet de l'article 4 de la loi, constituant son chapitre III (168). Cette faculté nouvelle rend par contraste encore plus épineuse la quête d'une légitimité des arrêts actifs de la vie sur des personnes incapables qui n'ont *pas* rédigé une telle déclaration (169).

(167) Sur cette technique promue par le droit médical moderne, qui permet à 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 où elle sera devenue incapable de prendre une décision, C. BYK, «La revendication individuelle face à la mort : approche comparatiste des questions posées par l'interruption de traitement, l'euthanasie et l'aide au suicide», *Rev. gén. dr.*, 1998, 219-223; C. DE BUSSCHERE, «Le testament de vie», *Not.*, 1998, 297; F. DREIFUSS-NETTER, «Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne», *Gaz. Pal.*, 9-10 juin 2006, 23; D. HOLLANDERS DE OUDERAEN, «Het levenstestament», *Not.*, 1998, 392; F. MELIN, «Les directives anticipées : vers l'admission du testament biologique en droit français?», *Defr.*, 2004, art. 38055, 1523; H. NYS et S. BLANCQUAERT, article précité; J. PICARD, «Testament de vie, dispositions de dernières volontés médicales. France, Allemagne, Espagne», *J.C.P.N.*, 1998, 1784; *adde* A. GUILLOTIN, «La dignité du mourant», in *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, 320-324.

(168) Sur le régime de la déclaration anticipée dans la loi du 28 mai 2002, son contenu et ses limites, Y.-H. LIELEU et G. GENICOT, «L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination», précité, 39-40; A.R. du 2 avril 2003 fixant les modalités suivant lesquelles la déclaration anticipée relative à l'euthanasie est rédigée, reconfirmée, révisée ou retirée (*M.B.*, 13 mai 2003).

(169) En témoignent les nuances exprimées par le Comité Consultatif de Bioéthique dans son avis du 22 février 1999 concernant l'arrêt actif de la vie des personnes incapables d'exprimer leur volonté (*Bioethica Belgica*, juin 1999, n° 5, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 175 et in *Les avis du Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique 1996-2000*, précité, 93). La justification de l'euthanasie siègeant dans le respect d'une éthique de l'autonomie, quelle position adopter en l'absence de volonté exprimée? Se passer de la volonté du malade crée un risque de dérives. La loi exclut la légitimité d'une euthanasie qui ne s'appuierait pas sur une demande claire en ce sens, fût-elle antérieure, mais n'élimine pas le recours à la notion d'*état de nécessité* pour exonérer le médecin confronté à la souffrance de son patient.

Pour donner suite à semblable directive anticipée – qui vise bien plus qu'un refus de soins inutiles et autre chose qu'un souhait de soins palliatifs –, le médecin doit *constater* la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et l'inconscience du malade, consulter un autre médecin quant à l'irréversibilité de la *situation médicale* du patient – il n'est plus question de *souffrance*, vu l'impossibilité d'en vérifier la présence (170) – et s'entretenir avec l'équipe soignante ainsi qu'avec la personne de confiance éventuelle et les proches qu'elle désigne le cas échéant (art. 4, §2). La déclaration anticipée ne déresponsabilise dès lors nullement le médecin en lui permettant de s'en remettre purement et simplement à une volonté exprimée antérieurement par le malade. Il n'est en outre pas contraint de donner suite à la déclaration, ni d'ailleurs à toute demande d'euthanasie (art. 14).

La loi régleme une forme particulière de déclaration anticipée par laquelle le patient désigne une *personne de confiance* qui informera le médecin de sa volonté (art. 4, §1^{er}, al. 2). Comme dans le système général des droits du patient issu de la loi du 22 août 2002, cette personne n'intervient pas pour communiquer sa *propre* volonté mais 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'autodétermination (171). Toute personne peut être désignée, à l'exception du personnel médical au contact du patient. Elle peut évidemment décliner cette mission ou refuser de l'exercer le moment venu, notamment si les liens se sont entre-temps distendus. La déclaration anticipée et/ou la désignation sont enfin révocables *ad nutum* par le patient, s'il est toujours conscient et suffisamment sain d'esprit.

(170) Rapport LALOY et VAN RIET, précité, 156. Dans ce sens, T. VANSWEEVELT, *op. cit.*, 452, n° 45; H. LEENEN, *op. cit.*, 321-322. L'imperceptibilité de la souffrance n'en implique pas l'absence, ainsi que l'a relevé la Cour de cassation française dans un arrêt du 22 février 1995 (*D.*, 1996, jur., 69, note CHARTIER, *J.C.P.*, 1996, II, 22570, note DAGORNE-LABBE, *RTDciv.*, 1995, 629, obs. JOURDAIN).

(171) Pour une analyse, E. LANGENAKEN, «La personne de confiance, garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables», *R.T.D.F.*, 2004, 271. Rapp. l'article 7, §2, al. 3 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, dans sa rédaction issue de la loi du 13 décembre 2006, et le «mandataire de santé» du patient incapable, visé par l'article 14, §1^{er} de ladite loi. Le Comité consultatif national d'éthique français suggère aussi, lorsque le consentement fait difficulté et principalement dans l'hypothèse d'une incapacité de fait, que «soit mise à l'étude la possibilité pour toute personne de désigner pour elle-même un «représentant» chargé d'être l'interlocuteur des médecins au moment où elle est hors d'état d'exprimer elle-même ses choix» (C.C.N.E., avis du 12 juin 1998, *D.*, 1999, jur., 346, note GAUMONT-PRAT).

4. *La vérification du respect des conditions légales*

43. Cette vérification est assurée au moyen d'une procédure effective de contrôle *a posteriori* des euthanasies pratiquées, à laquelle la reconnaissance d'une cause de justification pénale est subordonnée. Le médecin doit signaler l'acte à une *commission fédérale* qui vérifie le respect du cadre légal, en amont des autorités judiciaires le cas échéant. Cette garantie possède la vertu sociale d'exprimer que les décisions médicales ne sont pas discrétionnaires mais *transparentes*.

La Commission fédérale de contrôle et d'évaluation est chargée d'analyser les documents que doivent remplir les médecins qui pratiquent une euthanasie (172). Le cas échéant, elle peut demander au médecin de lui communiquer certains éléments complémentaires ou lui adresser des remarques «didactiques» concernant la manière de remplir le(s) document(s) d'enregistrement. Aucune sanction *spécifique* n'est prévue par la loi pour le cas où le médecin ne respecterait pas l'une des conditions de fond ou de forme auxquelles son impunité est subordonnée mais la Commission peut, par décision prise à la majorité des deux tiers, transmettre le dossier au procureur du Roi (art. 8, al. 3) qui décidera alors de poursuivre ou non le médecin. Cela n'est encore jamais arrivé (173).

La loi ne prescrit pas de *méthode pour réaliser l'euthanasie* mais le document d'enregistrement doit décrire celle qui a été employée. La Commission s'interdit toutefois de juger de cet aspect purement médical. Dans la plupart des cas (85 %), l'euthanasie consiste en une sédation progressive suivie de l'injection létale d'un paralysant

(172) Elle est organisée sur le modèle de la commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 sur l'interruption volontaire de grossesse (Y.-H. LELEU, «Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht», *T.P.R.*, 2002, 1378-1379, n^{os} 6-7). Sur sa composition, son rôle et son fonctionnement, voir les art. 6 à 8 de la loi; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, 44-46. Site de la Commission : <http://www.health.fgov.be/euthanasie>.

(173) Sur un nombre total de déclarations examinées qui, fin février 2008, vient de dépasser 2000. Durant les années 2004 et 2005, 78 % des déclarations ont été acceptées purement et simplement; dans 5 % des cas, une simple remarque didactique a été adressée au médecin, notamment sur l'exigence d'anonymat strict du volet principal du document d'enregistrement; dans 17 % des cas, des informations ou précisions complémentaires ont été demandées (date du décès ou de la demande écrite, teneur de l'avis du médecin consulté...) qui ont toujours permis l'acceptation de la déclaration dans un second temps. Précisons que le ministère public conserve toute latitude pour poursuivre des faits d'euthanasie qui n'auraient pas été déclarés à la Commission, par exemple sur plainte de la famille ou d'un membre du personnel soignant. Le risque de taire des cas douteux existe toujours et un effet logique de la dépenalisation serait une sévérité renouvelée envers les comportements illégaux. Pour un exemple de cas d'euthanasie suscitant le débat, voir P. GRUBER, «Jeanne avait décidé de mourir», *Le Vif-L'Express*, 25 janvier 2008, 36.

neuromusculaire (174). On peut aussi envisager que soit remis au malade un cocktail lytique qu'il absorbe lui-même, *sous le regard du médecin prêt à intervenir* – processus qui satisfait à la loi dès lors que les autres conditions légales sont respectées.

44. L'euthanasie étant nouvellement qualifiée de geste médical consistant à mettre intentionnellement fin à la vie du patient à sa demande, il s'en déduit la possibilité de mettre en cause la *responsabilité* du praticien qui aurait mal exécuté l'acte; pour satisfaire aux critères généraux de licéité des actes médicaux, l'euthanasie doit évidemment être pratiquée dans les règles de l'art. Une éventuelle action en responsabilité civile ne doit pas choquer : elle est la conséquence logique de la tolérance légale envers l'euthanasie (175).

Le second rôle de la Commission, important, est *l'évaluation de l'application de la loi* au moyen d'un rapport établi à l'intention du Parlement tous les deux ans. Ce rapport comporte un volet *statistique* basé sur les informations recueillies dans les déclarations anonymes ainsi qu'*une description et une évaluation* de l'application de la loi, doublées de recommandations susceptibles de déboucher sur une initiative législative et/ou d'autres mesures concernant son exécution (176). Ces rapports sont instructifs, de même que la brochure didactique que la Commission a pris l'initiative de rédiger à l'intention du corps médical.

(174) Pour résoudre une difficulté concrète à laquelle les praticiens se sont vus confrontés, une loi du 10 novembre 2005 (seule modification du texte à ce jour) a inséré un article 3*bis* précisant que 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 s'agit conformément à la loi. Le pharmacien doit fournir la substance euthanasiante prescrite *en personne au médecin*. Le Roi fixe les critères de prudence et les conditions auxquels doivent satisfaire la prescription et la délivrance des médicaments qui seront utilisés comme substances euthanasiantes et prend les mesures nécessaires pour assurer leur disponibilité, y compris dans les officines accessibles au public.

(175) Dans le même sens à propos du développement de la responsabilité civile autour de l'I.V.G. (*wrongful pregnancy, wrongful birth, wrongful life*), Y.-H. LELEU, «Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence "Perruche"», *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.466; comp. G. GENICOT, «Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé», *R.G.D.C.*, 2002, 79; du même auteur, sur le fait générateur de responsabilité médicale, «Faute, risque, aléa, sécurité», in *Droit médical*, Larcier, CUP, vol. 79, 2005, 59.

(176) En vertu de ses articles 9 et 13, la loi est appelée à faire l'objet d'une *évaluation périodique* au moyen des rapports et des éventuelles recommandations établis par la Commission de contrôle à destination du Parlement.

IV. – CONCLUSION

45. Plus encore que la réglementation, souple et raisonnable, des procréations médicalement assistées et de l'affectation des gamètes et embryons, soumise à la maîtrise et au droit de destination, la dépénalisation conditionnelle de l'euthanasie opérée aux Pays-Bas, en Belgique et bientôt au Luxembourg répond adéquatement, de façon courageuse, progressiste et profondément humaniste, à une «question de société» de plus en plus aiguë. L'inévitable difficulté de certaines situations concrètes ne ternit en rien la valeur de principe d'un texte qui s'inscrit dans le cadre d'une *hiérarchie de valeurs renouvelée* réaffirmant les deux piliers conditionnant la licéité d'un acte médical : assentiment du malade et utilité du geste.

Il n'est pas possible de raisonner de manière cohérente et constructive au sujet des situations de fin de vie sans y voir *d'abord une question d'autodétermination du malade* et non un problème d'obligations du médecin. La consécration de l'euthanasie dépasse l'obligation évidente de s'abstenir de prodiguer des soins ou d'administrer des traitements dépourvus de bénéfice thérapeutique et procède d'une logique différente qui, par-delà le strict cadre du droit médical, intègre juridiquement *la plénitude de l'autonomie individuelle* (177). Le droit médical et bioéthique belge se montre ainsi respectueux de l'un des plus nobles acquis de la consécration grandissante de la primauté de la vie privée, de la tolérance et de la confiance sur les diverses formes abstraites de morale par définition relatives.

Le rôle du droit dans ces matières n'est en effet pas, croyons-nous, de mettre *a priori* en doute l'aptitude de chacun à concevoir ses aspirations intimes ni d'en freiner abusivement la réalisation. Il ne s'indique pas de faire primer une défense de la vie à tout prix – la vie ne s'entendant pas seulement en termes biologiques et n'ayant que la valeur que l'individu lui confère – sur la réappro-

(177) Nous ne souscrivons dès lors pas, on l'aura compris, à l'idée que cette consécration de l'euthanasie ferait rejaillir le spectre de la «dérive» que constituerait *«la subjectivisation excessive du droit à l'autodétermination et la mutation du droit de refus (des traitements inutiles) en une revendication positive (du droit) de mourir dans la dignité»* (J. POUSSON-PETIT, «Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents», *Dr. fam.*, 2001, chron. n° 3, 7). Comp. R. LALLEMAND, «Le choix d'une société pluraliste», *Le Vif-L'Express*, 17 mai 2002, 53 et les réflexions citées par B. BEIGNIER, «La mort», *Juris-classeur civil*, art. 16 à 16-12, fasc. 70, sp. n° 38-54.

priation de notre destinée d'humains libres et responsables, de la conception à la mort.

Dès lors, lorsqu'une personne, qu'elle choisisse ou non de vivre en couple et quels que soient ses choix affectifs, désire consciemment devenir parent et nécessite à cette fin l'aide de la science, ne lui interdisions pas ce choix en mettant en doute la sincérité de sa motivation et son aptitude à la réaliser. Et lorsqu'un malade décide de mettre fin, seul ou avec une aide extérieure, à une vie dont les conditions ne lui paraissent plus supportables, instaurons le cadre juridique et les conditions d'expression de cette décision souveraine.

Dans un cas comme dans l'autre, la vertu des deux lois analysées consiste à ne pas avoir soumis ces choix personnels à des principes incantatoires venus d'en haut, que tous ne partagent pas, mais d'avoir prévu les indispensables balises et conditions nécessaires à l'harmonie de la société ainsi que les critères d'un contrôle des décisions médicales (178). Il n'appartenait pas au législateur, ni davantage au médecin, de s'ériger en gardiens de standards abstraits pour imposer ces décisions. La considération biologique de l'existence de la vie future ou de la vie du mourant altérée par la maladie ne peut suffire pour déposséder l'individu d'une prérogative essentielle : la maîtrise de son destin.

(178) Ce qui pourrait constituer, pour reprendre les mots de Mme la Présidente de l'Association sous l'égide de laquelle paraît cet ouvrage, «un endroit de terre ferme, un consensus acceptable pour les uns et les autres», autrement dit «l'objectif de la bioéthique» conçue comme n'étant «pas une morale fondée sur une connaissance *a priori* du Bien et du Mal, mais plutôt une méthode inspirée de l'éthique de la délibération habermassienne, pluridisciplinaire et pluraliste, à dimension morale mais neutre, laissant à chacun la liberté et la responsabilité de ses propres choix» (M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Biomédecine, famille & droits de l'homme : une même éthique pour tous?», *R.T.D.H.*, 2000, 449).

TROISIEME PARTIE

Droits du patient, droits de la personnalité,
indemnisation : quelle cohérence?

PAR

EVELYNE LANGENAKEN

MAÎTRE DE CONFÉRENCE À L'ULG
AVOCAT AU BARREAU DE LIÈGE

I. – INTRODUCTION

1. La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient a consacré des droits qui, pour la plupart, avaient été mis à jour et modélisés, depuis de nombreuses années, par la jurisprudence rendue en matière de responsabilité médicale. Bien que le législateur ne se soit guère prononcé sur la nature des droits qu'il consacrait ainsi, il établissait ainsi une filiation entre la loi sur les droits du patient et la responsabilité médicale (179).

2. Pourtant, dans la mouvance du courant qui met en exergue le droit à la maîtrise de son corps, d'autres auteurs n'ont pas manqué de souligner d'emblée que ces droits devaient plutôt être appréhendés comme droit de la personnalité : « *Aussi, loin de percevoir dans l'intervention législative un objectif de protection du patient dans le contexte de l'indemnisation des dommages médicaux par le droit de la responsabilité civile, nous préférons situer la nouvelle loi dans le très vaste champ ouvert à l'autodétermination et à la maîtrise corporelle de l'individu, défriché récemment par la loi relative à l'euthanasie* » (180). Le lien qui unit la personne et son corps, exprimé par le concept de maîtrise (181), prend ainsi la forme juridique d'un droit de la personnalité,

(179) W. DIJKHOFFZ, «Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming», *Rev. Dr. Santé*, 2003-2004, p. 104; D. MAYERUS et P. STAQUET, «La loi du 22 août 2002 relaive aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin», *D.C.C.R.*, 2002, p. 5.

(180) Y.-H. LELEU, «La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient», *J.T.*, 2003, p. 649. En ce sens : D. MAYERUS et P. STAQUET, «La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin», *D.C.C.R.*, 2002, p. 4 : «*Son objectif (du législateur) est de réaffirmer les droits fondamentaux du patient dans sa relation individuelle avec les prestataires de soins*».

(181) Le concept de maîtrise «*permet d'appréhender utilement le pouvoir de l'individu quant à son corps. Il suggère notamment que nul autre que lui ne peut décider de ce qui le concerne, que*

englobant d'autres droits consacrés par notre ordre juridique (182), comme le droit à l'intégrité physique ou le droit à la vie (183).

Cette conception des droits du patient, orientée vers les droits fondamentaux, n'est toutefois pas neuve : elle était présente en jurisprudence, comme le confirme l'important arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 (184) où la Cour estime que le droit à la vie et à l'intégrité physique, en tant que droit de la personnalité, suffisent à fonder juridiquement les principes selon lesquels le consentement de la personne est nécessaire pour valider une opération. Par ailleurs, de nombreux auteurs avaient déjà souligné la filiation des droits du patient avec les droits fondamentaux comme «droits protection», sous l'angle donc des droits de la personnalité de la première génération (185). Mettant en exergue l'aspect «disposition» des droits du patient exprimé par le concept de maîtrise (186), la loi du 22 août 2002 pouvait alors illustrer l'évolution

le corps ne saurait être inféodé à une volonté extérieure au sujet» (Y.-H. LELEU, G. GENICOT, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, p. 591). Voy. également : R. CORBISSIER, «Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique», *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.682; J.-M. HUBAUX, *Les droits et obligations du patient*, Bruxelles, Bruylant-Académia, 1998, p. 22; Y.-H. LELEU, «De droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence "Perruche"», *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.466. *Contra* : X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, p. 634. Pour cet auteur, le lien du sujet à son corps et celui d'une non-maîtrise, la santé qu'il souhaite ne dépend pas de lui, une autre loi que celle de sa volonté détermine son vécu corporel.

(182) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, p. 589, Y.-H. LELEU, «Regelgeving inzake het zelfbeschikking recht», *T.P.R.*, 2002, p. 1373; G. GENICOT, «Faute, risque, aléa, sécurité», in *Droit médical*, CUP, Vol. 79, Bruxelles Larcier, 2005, p. 70.

(183) Rappr. F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi tant d'autres*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 136-137. Plusieurs auteurs définissent ainsi les droits du patient en termes de droits de la personnalité. Voy. par ex. A. GARAY, «Consentement aux actes médicaux et droits des patients», *Gaz. Pal.*, 1^{er}-5 janvier 1999, p. 27; C. HENNAU-HUBLET, «Le droit médical, aux confins d'intérêts, de droits et de valeurs souvent concurrents», *Rev. Dr. santé*, 1998-1999, p. 97.

(184) Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. proc. gén. DU JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, 13494, concl. proc. gén. DU JARDIN, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART, *J.L.M.B.*, 2003, p. 8 et 32 (rapport d'activité). La Cour y pose : «toute personne jouit des droits de la personnalité, qui comprennent le droit à la vie et à l'intégrité physique; en règle, le consentement nécessaire à la licéité d'un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne est celle de cette seule personne», liant ainsi la nécessaire obtention du consentement au droit au respect de l'intégrité physique.

(185) H. NYS, «Rechten van de patient in België. Juridische stan van zaken en poging tot verklaring», *Rev. Dr. santé*, 1997-1998, p. 436; F. DEWALLENS, «Het publiekrechtelijk instrumentarium ter vrijwaring van de rechten van de patiënt», *Rev. Dr. santé*, 1997-1998, p. 467.

(186) Rappelons ici que la plupart des théories distinguent deux versants aux droits de la personnalité : un versant protection, celui de l'intérêt protégé, et un versant disposition où s'exerce la volonté du sujet de droit (X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, p. 60 et s.

des droits du patient vers des droits de la personnalité de la seconde ou de la troisième génération (187).

3. D'autres auteurs ont également tenté de faire coïncider les droits du patient avec les obligations contractuelles incombant au médecin dans le cadre du contrat médical (188). En effet, si la loi ne fait aucune référence au contrat médical (189), ce n'est pas, pensons-nous, que le législateur ait voulu prendre distance par rapport à cette analyse classique du rapport médecin-patient. Cela tient plus, sans doute, à l'habitude de raisonner, même dans le cadre du contrat médical, sur le modèle de la responsabilité extra contractuelle «faute-lien de causalité-dommage» (190).

4. Droits de la personnalité, contrat médical, responsabilité du médecin, trois logiques différentes qui s'imbriquent toutefois lorsqu'on évoque les droits du patient... sans que l'on cherche pourtant à établir la cohérence de l'une par rapport à l'autre.

(187) Le respect de la dignité humaine n'induit donc pas seulement la protection des libertés publiques et la prohibition de la torture ou des traitements inhumains et dégradants droit protection de la première génération, impliquant un devoir d'abstention de l'Etat – mais tout autant le droit à un niveau de vie satisfaisant, à un logement décent, à un environnement sain ou à l'instruction, droits de la seconde ou de la troisième génération, droits créances impliquant une action positive de la part de ce même Etat –. Or, force est de constater que si une garantie chaque jour plus précise est accordée en Europe aux droits classiques que sont les droits civils et politiques, grâce particulièrement au droit de recours individuel devant les organes de contrôle de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il est loin d'en être de même pour les droits économiques, sociaux, culturels (Voy. P. LAMBERT, «Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire», *J.T.*, 2000, p. 6).

(188) Voy. par ex. concernant des obligations qui incombent au médecin après le terme habituel du contrat médical : C. LE STANC, «Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle?», *Jur. Cl. Pér.*, 1978, n° 12.735 ; C. DEL MARMOL, «Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires», *J.T.*, 1973, p. 72. Dans un cadre qui se voudrait extracontractuel pour défaut de consentement du patient en raison de l'urgence : G. MEMETEAU (*Droit Médical*, Paris, Litec, 1985, p. 282) ; L. MELLENEC, *Traité de droit médical*, T.2, Paris, Maloine, 1982, p. 41. Ces auteurs tentent de retrouver un cadre quasi-contractuel, en évoquant la gestion d'affaires.

(189) H. NYS («De wet betreffende de rechten van de patient», *R.W.*, 2002-2003, p. 1122) rappelle ainsi que la loi ne concerne que le contenu et non la nature de ces droits.

(190) G. GENICOT rappelle fort à propos : «un certain flou persiste en jurisprudence sur le cadre exact dans lequel il convient de raisonner : responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle? Cette question n'a guère d'importance en pratique puisque dans un cas comme dans l'autre, l'on procède à une appréciation abstraite du comportement mis en cause par référence au standard de diligence» (G. GENICOT, «Faute, risque, aléa, sécurité», in *Droit médical*, CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 67. Voy. en ce sens également : H. COUSY, «Het verbod van samenloop tussen contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag», *T.P.R.*, 1984, p. 155 ; L. LETURMY, «La responsabilité délictuelle du contractant», *RTD civ.*, 1998, p. 839 ; G. PEETERS, «La problématique du concours de la responsabilité contractuelle et extra contractuelle», *Iuris*, 2000, p. 1141 ; P. REMY, «La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept», *RTD civ.*, 1997, p. 323.

Les lois du 15 mai 2007 relatives à l'indemnisation sans faute du dommage résultant de soins de santé (191), dont l'entrée en vigueur a été reportée et qui bouleversent les données actuelles, nous donne toutefois l'occasion de nous interroger sur cette cohérence. La maîtrise reconnue à la personne sur son corps pouvait trouver une forme de consécration à travers l'adoption de la loi sur les droits du patient. Les nouvelles lois du 15 mai 2007 relatives à l'indemnisation sans faute du dommage résultant de soins de santé viennent-elles appuyer ce mouvement ou au contraire constituent-elles une régression quant à l'impact des droits de la personnalité ?

La réflexion que nous développerons ici est l'ébauche d'un raisonnement qui vise à confronter entre elles les logiques juridiques en matière de droits du patient. La journée étant consacrée aux droits de la personnalité, nous aurons, dans le cadre de cette intervention, particulièrement égard à cette perspective, confrontée à la logique de l'indemnisation. Nous ne pourrions aborder ici, compte tenu du temps dont nous disposons, les droits de la personnalité dans la perspective contractuelle.

Notre raisonnement s'articulera en trois étapes. Dans un premier temps, nous pensons important de définir, parmi la multitude d'études et de tentatives de définition dont cette notion fait l'objet, ce que nous entendons par «droits de la personnalité» (II). Nous nous interrogerons ensuite sur l'impact que l'on pourrait attendre, en termes de droits de la personnalité et de maîtrise du corps, de la consécration des droits du patient dans une loi (III). Nous verrons enfin comment l'introduction d'un régime de responsabilité sans faute par les lois du 15 mai 2007 vient contrecarrer ces attentes et disjoindre la logique des droits du patient de celle de l'indemnisation du dommage médical (IV).

II. – LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ : DROITS SUBJECTIFS OU LIBERTÉS ?

5. Affirmer que les droits du patient appartiennent à la catégorie des droits de la personnalité, permet sans doute d'illustrer la maî-

(191) Voy. la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé (*M.B.* du 6 juillet 2007) et la loi du 15 mai 2007 concernant le règlement des différends dans le cadre de la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé (*M.B.* du 6 juillet 2007).

trise reconnue au sujet sur son corps, mais ne suffit toutefois pas à déterminer le régime qui doit leur être appliqué dans la pratique.

Le concept et la classification des droits de la personnalité ne fait en effet pas l'unanimité. La terminologie employée pour les désigner – droits de la personnalité, droit général de la personnalité (192), biens de la personnalité – ainsi que la nature et les qualités juridiques qu'on leur attache – droits subjectifs, libertés, intérêts personnels, droits patrimoniaux... – sont révélatrices de ce malaise (193). La doctrine s'accorde en outre à reconnaître que le concept des droits de la personnalité n'est pas une notion à contenu figé mais, au contraire, multisémantique (194), de sorte qu'il serait peu réaliste de vouloir cerner la notion de droit de la personnalité par le biais de son contenu, mouvant et évolutif (195).

Cela ne signifie pas toutefois renoncer à opérer toute classification *au sein* des droits de la personnalité, tant il semble désormais difficile de pouvoir encore considérer que tous les attributs de la personnalité puissent avoir la même nature juridique (196).

(192) Selon certains, les droits touchant à divers aspects de la personnalité ne seraient que l'émanation d'un droit général de la personnalité qui permettrait de faire sanctionner toute atteinte à n'importe quel aspect de la personnalité. On se heurte toutefois, dans cette perspective, à la difficulté de dresser une liste de droits de la personnalité (Voy. P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse pour le doctorat d'état en droit, Dijon, Université de Dijon, 1978, p. 5). Voy. également P. KAYSER, «Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques», *Rev. Dr. civ.*, 1971, 447), pour lequel cette incertitude quant à admettre l'existence d'un certain nombre de droits de la personnalité ou un droit général de la personnalité ne serait pas très grave, s'il elle n'entraînait des divergences importantes quant à la détermination des droits de la personnalité particuliers.

(193) C. HENNAU-HUBLET, «Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine», *J.T.*, 1994, p. 370; S.D. LINDENBERGH, «De positie en de handhaving van persoonlijkeidrechten in het nederlandse privaatrecht», *T.P.R.*, 1999, p. 1666.

(194) «Couvrant, dès leur origine, les biens fondamentaux que sont la vie, l'intégrité physique et la dignité humaine, (...) mais aussi des biens relevant davantage de l'intimité de la personne comme l'image, le secret, les relations familiales, l'honneur, tous attributs personnels que l'homme peut opposer à l'État ainsi qu'aux particuliers» (C. HENNAU-HUBLET, «Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine», *J.T.*, 1994, p. 370).

(195) S.D. LINDENBERGH affirme toutefois que l'énonciation de ces droits contribue à une meilleure protection de la personne humaine («De positie en de handhaving van persoonlijkeidrechten in the nederlandse privaatrecht», *T.P.R.*, 1999, p. 1167).

(196) Ainsi, la question de savoir si on parle d'un seul droit de la personnalité, général, une d'une série de droits particuliers se rattachant à un aspect ou l'autre de la personnalité nous paraît mal posée. A l'heure où de nouveaux droits de la personnalité sont sans cesse mis à jour, on ne saurait nier que l'on peut utiliser ce vocable pour désigner une application particulière d'une catégorie de droit. Toutefois, évoquer le droit de la personnalité comme une catégorie unique générale nous paraît également erroné car impliquant que tous les droits de la personnalité seraient soumis au même régime ce qui, comme nous le verrons par la suite, ne semble pas être le cas. Sans doute serait-il dès lors plus exact de chercher à déterminer plusieurs catégories de droit de la personnalité, non plus en fonction des aspects de la personnalité qui entrent en jeu mais en fonction de la nature spécifique et du régime applicable à ceux-ci. En ce sens, voy. :

L'étude des auteurs qui reconnaissent l'existence des droits de la personnalité nous apprend que ceux-ci se trouvent au croisement de deux orientations qui paraissent inconciliables : pour certains, il s'agit d'un droit subjectif absolu (197), construit sur le modèle du droit de propriété, le sujet est alors maître de sa personne comme il l'est de ses biens, pour d'autres ce droit est une liberté, qui trouve ses limites dans les libertés concurrentes de tous les autres sujets (198)- (199). Quelques auteurs évoquent cependant un intérêt légitime lorsqu'ils évoquent les droits de la personnalité (200). L'utilisation des notions de droits subjectifs, libertés ou intérêts légitimes par la doctrine relative aux droits de la personnalité se fait toutefois sans que ces notions soient préalablement définies, ce qui conduit à un flou quant à leurs frontières respectives et quant au régime qui

S.D. LINDENBERGH, «De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het nederlandse privaatrecht», *T.P.R.*, 1999, p. 1673.

(197) Ainsi, en plaçant les droits de la personnalité sur un tableau où ils voisinent avec les droits réels et des droits de créances, les auteurs allemands de la seconde moitié du XIX^e siècle entendent leur conférer la même qualité de droits subjectifs (Voy. F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi tant d'autres*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 126). Le flou qui entoure la notion ressort toutefois particulièrement chez J. GHESTIN, et G. GOUBEAUX (*Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction générale*, 2^{ème} éd., T.I, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 216) pour lesquels les droits de la personnalité sont à la «*limite*» de la notion de droit subjectif, cette qualité étant le plus souvent reconnue à des droits de la personnalité particuliers, comme le droit à l'image.

(198) E.-H. PERREAU, «Des droits de la personnalité», *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 501. Pour cet auteur, il s'agit moins de reconnaître un droit subjectif nouveau ayant pour objet la personne même de son titulaire que de regrouper sous une catégorie commune un ensemble disparate qui inclut toute forme de réparation du dommage moral, la protection du corps et de l'esprit. Certains auteurs, partant du même constat, en font le berceau de droits subjectifs : voy. P. JOURDAIN («les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 52 à 55) pour lequel c'est à la responsabilité civile que revient le mérite d'avoir permis la reconnaissance des droits de la personnalité comme droits subjectifs, à travers la sanction des atteintes aux divers éléments formant la personnalité de l'être humain. L'admission d'une responsabilité pour faute des auteurs d'atteintes à la personnalité a permis de dégager indirectement l'existence d'intérêts à protéger. Par ailleurs, le fait qu'il y ait faute à y porter atteinte induit l'existence d'un devoir particulier s'imposant à tous. De là à admettre l'existence d'un droit subjectif, il n'y a qu'un pas aisé à franchir. La jurisprudence retenant que la faute civile résulte de toute violation d'un droit subjectif le législateur parvient indirectement au même résultat lorsqu'il définit certains droits subjectifs. (53) L'article 1382 garde dont un intérêt completif à cet égard. En ce sens également, voy. : A. LEPAGE, «L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la matrice des droits de la personnalité», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 43, et G. VINEY, obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, *JCP*, 1997, I, 4025, n° 5.

(199) Entre les deux, voy. F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi tant d'autres*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 126. Cet auteur estime qu'à la différence des droits subjectifs dont l'assiette est délimitée par la configuration physique de la chose (droit réel) ou par la détermination de la loi ou du contrat (droit de créance), les droits de la personnalité, et, *a fortiori*, le droit général de la personnalité ont des contours indistincts qui ne donnent prise ni à la maîtrise absolue du droit de propriété ni au pouvoir limité et partiel dont l'obligation personnelle investit le créancier à l'égard de son débiteur.

(200) P. KAISER, «Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques», *Rev. Dr. civ.*, 1971, p. 458.

leur est applicable. Afin d'éviter les écueils de l'arbitraire et parce que tenter de construire une définition des droits de la personnalité déborderait largement le cadre de cette contribution, nous nous reporterons essentiellement au travail de synthèse déjà réalisé par Th. Léonard, dans sa thèse intitulée «Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité» (201). Cette analyse, si elle ne vise pas à promouvoir une nouvelle théorie des droits de la personnalité, construit, par une étude exhaustive de la doctrine, une définition des droits subjectifs, des libertés civiles et de l'intérêt légitime, et permet d'en arrêter une compréhension compatible avec la plupart des définitions proposées dans les théories défendues dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle.

Recherchant le sens et la portée habituellement conférés à ces trois notions, l'auteur en dégage le «plus petit commun dénominateur» et les confronte ensuite pour tenter de découvrir les caractéristiques propres à chacune. Nous ne traiterons toutefois pas ici de la notion d'intérêts légitimes dès lors qu'elle ne saurait concerner des droits consacrés par une loi (202). Par ailleurs, faisant référence à P. Roubier, Th. Léonard rappelle qu'avant de postuler à une quelconque réparation du dommage qu'il prétend avoir subi, le demandeur doit encore faire la preuve de l'existence de l'intérêt légitime (203) : ainsi l'intérêt ne naît pas d'une règle de droit mais à un niveau subjectif dans le chef de son porteur (204). Or les développements des droits du patient et leur consécration dans une loi ne permettent plus de concevoir, à l'heure actuelle, qu'une personne soit contraint à faire la preuve de la légitimité de la protection de ses intérêts en qualité de patient.

(201) Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005.

(202) Th. LEONARD précise ainsi, dans le cadre de la définition qu'il réserve aux intérêts légitimes, que ceux-ci ne naissent pas d'une règle de droit qui les légitime mais à un niveau subjectif dans le chef de son porteur (p. 284).

(203) P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, notamment p. 36, 60, 131 et 309. L'auteur ne définit toutefois ni le concept d'intérêt, ni son adjectif «légitime». Pour une critique de la théorie de P. ROUBIER, voy. : Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 180.

(204) Th. LEONARD, *op. cit.*, p. 615.

A. – *Principales convergences entre libertés
et droits subjectifs*

*Les droits subjectifs tout comme les libertés
présentent un lien indéfectible avec le droit
objectif et impliquent l'existence d'un pouvoir
juridique spécifique du titulaire vis-à-vis de
ce qui en forme l'objet.*

6. Dans sa théorie de la volonté, K. von Savigny envisage le droit subjectif comme un pouvoir de l'individu, un acte de volonté, permis par le droit objectif (205), lequel apparaît ainsi à la fois la source et la limite du droit subjectif, encadrant la volonté du sujet (206). Toutefois, cette conception pose essentiellement le problème de l'étendue du pouvoir ainsi reconnu à la personne. Il ne serait en effet guère fondé de considérer tout pouvoir juridique accordé à un individu, dès lors qu'il est exercé de façon autonome, comme un droit subjectif. Les théories de Jean Dabin (207) et Paul Roubier (208) pallient à ce reproche : les auteurs y spécifient que le pouvoir accordé à la personne dans le cadre d'un droit subjectif s'appréhende comme une « appartenance-maîtrise », essence du droit subjectif.

7. Quant à l'élément d'appartenance, Jean Dabin écrit : « *tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance, d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est sien* » (209).

(205) À l'encontre de cette conception qui fait de la volonté l'essence du droit subjectif, R. VON IHERING en propose une définition utilitariste du droit subjectif, fondée sur l'intérêt et l'action en justice : « les droits sont des intérêts juridiquement protégés (K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, p. 7). Voy. également p. 12 : « Si donc on veut examiner tous les éléments qui entrent dans un rapport de droit, on y trouve infailliblement une règle de droit et fait répondant à cette règle ». Pour une critique de la théorie de SAVIGNY, voy. : R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ème} éd. IV, Bologna, Forni Editore Bologna, 1969, p. 321 et s. Pour une critique de la théorie de VON IHERING, voy. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 66 et s.

(206) K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, p. 7. En ce sens également, voy. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique - Histoire et théorie*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910, p. 543.

(207) J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952. Pour une critique de la théorie de J. DABIN, voy. : Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de Monsieur Jean Dabin », *Rev. Dr. publ.*, 1954, p. 753.

(208) P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963. Pour une critique de la théorie de P. ROUBIER, voy. : J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques - Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Bruxelles, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, 1960.

(209) J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 80.

Le droit subjectif serait donc le droit résultant de ce lien d'appartenance entre une personne et une chose, impliquant une propriété, devenue synonyme ici de droit privatif, entre la personne et cette chose (210). Cette définition semblerait exclure les droits de la personnalité, l'homme n'étant pas, pour la majorité de la doctrine (211), dans un lien de propriété vis-à-vis de son corps. Cependant, pour Jean Dabin, l'appartenance ne doit pas être conçue comme la seule appartenance d'une chose, d'un bien matériel : elle peut aussi porter sur des biens ou valeurs inhérents à la personne, physique ou morale, du sujet (212). Peu importe en ce sens la nature extrinsèque ou intrinsèque du bien, ou que celui-ci soit ou non susceptible d'aliénation (213). On discerne d'ailleurs, parmi les auteurs récents qui ont tenté d'appréhender la relation de l'homme à son corps, une propension nouvelle à envisager celle-ci dans le contexte du droit de propriété. Th. Revet conçoit ainsi les «éléments originaux de la personnalité», tels la voix, l'image, l'histoire propre ou le corps, comme privativement réservés au sujet et appelant l'établissement d'une relation d'exclusivité, dont naît le pouvoir d'exclure, constitutif d'un droit de propriété (214).

8. Quant à la maîtrise, notion inspirée également par le droit de propriété (215), elle est conçue comme le pouvoir d'agir en maître

(210) J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 85.

(211) Voy. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, «La maîtrise de son corps par la personne», *J.T.*, 1999, p. 591; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil – La personne, la famille, les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 16.; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 1. *Les personnes*, 20^e éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 20; G. CORNU, *Droit civil – Introduction, les personnes, les biens*, 4^e éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1990, p. 163.; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, «La production des normes en matière bioéthique», in *De la bioéthique au bio-droit*, C. NEYRINCK (éd.), Paris, L.G.D.J., 1994, p. 28; A. SÉRIAUX, «Le principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain», in *Le droit, la médecine et l'être humain*, précité (note 2), p. 157; F. VAN NESTE, «Ter wille van mensen Persoonswaarden in het recht», in *Ter wille van mensen*, Anvers, Maklu, p. 92; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 93-103; X. DIJON, *Le sujet de droit en son cors. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, p. 630-646. *Contra* : Th. REVET, «La propriété de la personnalité», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 49.

(212) J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 83.

(213) Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 47. C'est sur ce point, relatif au pouvoir d'aliénation, que les thèses de Jean DABIN se séparent de celles de Paul ROUBIER (J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques-Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Bruxelles, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, 1960, p. 13).

(214) Th. REVET, «La propriété de la personnalité», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 51.

(215) L'élément d'altérité est ici essentiel, au centre du double concept d'appartenance-maîtrise qui sont par définition «exclusives» d'autrui et «opposables» à autrui (Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 55).

sur la chose, objet du droit (216). Sous l'angle de la maîtrise, les droits subjectifs sont donc «*des situations régulièrement établies, soit par un acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives, qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent, en principe, renoncer*» (217). On pourrait dès lors objecter que les situations juridiques désignées sous le nom de droits de la personnalité, dont le titulaire ne peut disposer et qui ne font pas partie de son patrimoine, ne méritent pas la qualification de droit subjectif (218). J. Dabin précise toutefois que la maîtrise ne suppose pas nécessairement l'accomplissement d'actes de disposition, la seule possibilité de disposer suffit. L'évolution des idées et des mœurs, qui a nuancé le caractère radical de l'indisponibilité du corps humain, tend d'ailleurs à consacrer l'idée des droits de la personnalité comme droits subjectifs (219). Th. Revet souligne à cet égard que chacun peut, par principe, accéder à toutes les utilités des éléments originaux de sa personnalité et, pour le même motif, engager dans un acte juridique les éléments appropriés de sa personnalité (220).

9. Tout comme les droits subjectifs, les *libertés* trouvent leur source dans le droit objectif qui les consacre et en régleme l'exercice (221). Toutefois la reconnaissance d'une liberté civile ne paraît

(216) Pour J. Dabin, la maîtrise consiste en un pouvoir de libre disposition de la chose. Les modalités de cette libre disposition varieront toutefois en fonction de la nature de la chose assujettie, les choses matérielles se prêtant à la disposition la plus totale. Les biens dans lesquels une personne est engagée, comme les droits de la personnalité, ne se prêtent quant à eux qu'à une disposition relative (J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 809).

(217) P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 73. Th. Revet propose en définition analogue : «Le droit subjectif assure la maîtrise exclusive d'une entité porteuse d'utilités et apte à être l'objet d'opérations juridiques» (Th. REVET, «La propriété de la personnalité», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 51).

(218) Si les droits subjectifs sont eux-mêmes protégés contre toute atteinte, ils s'opposent aux devoirs qui sont sanctionnés par le droit sous la forme d'une réaction à l'atteinte à ce devoir moins complète : il n'y a pas de restitution d'objet protégés et les conditions de l'action sont différentes (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 49).

(219) F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi tant d'autres*, Bruxelles, Larcier, 1192, p. 143.

(220) Th. REVET, «La propriété de la personnalité», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 51. Il distingue toutefois ces droits de la personnalité qualifiés de droits subjectifs, de ceux qu'il convient de qualifier de «libertés» : «Une partie de ce que l'on place sous l'égide des droits de la personnalité ne constitue par et ne peut pas constituer l'objet d'un droit subjectif parce qu'elle relève de la liberté, autrement dit d'un comportement protégé. On parle parfois, à cet égard, de "droit de détermination", mais c'est encore à mauvais escient car on n'est ici en présence d'aucun droit la liberté désigne la possibilité d'adopter un comportement en principe protégé contre toutes les contraintes juridiques qui pourraient y être opposées, et il n'y a pas là la substance d'un droit subjectif».

(221) Cependant, selon P. Roubier, contrairement au droit subjectif, la liberté se situe au droit en amont des situations juridiques (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 147). La liberté serait en conséquence inconditionnée, contrairement aux

pas *a priori* conditionnée autrement que par des contingences factuelles ou juridiques tenant plus aux nécessités naturelles de son objet qu'à des choix posés par le droit objectif (222). Il faut entendre par là que les libertés, contrairement aux droits subjectifs, seraient inconditionnées, quant à leur existence et leur validité (223), bien que des conditions puissent être posées quant à leur mise en œuvre et à leur exercice (ex. : liberté de tester ou de se marier) (224). Les libertés trouveraient donc déjà à s'exercer en amont des situations juridiques, même si elles jouent également dans le cadre des diverses situations juridiques créées ensuite (225). On évoquerait ainsi la liberté comme la possibilité d'adopter un comportement en principe protégé contre les contraintes juridiques.

On peut ainsi constater qu'il n'apparaît pas de différence nette de nature entre le droit subjectif et la liberté civile. Dès lors que droits subjectifs et libertés trouvent leur source dans le droit objectif qui les consacre et en réglementent l'exercice, ils sont tous deux porteurs d'un pouvoir et d'une prérogative juridique permettant à leur titulaire de faire ou de ne pas faire quelque chose.

droits subjectifs qui sont conditionnés quant à leur existence et leur validité. Cette position fut critiquée par Jean Dabin, lequel constate qu'il existe des libertés juridiques étroitement conditionnées, comme la liberté de se marier ou de tester (J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques - Examen des thèses de Monsieur Paul Roubier*, Bruxelles, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, 1960, p. 35). Alain Benet nuancera toutefois cette critique d'une manière qui nous paraît fondée : il admet le caractère inconditionnel de la liberté mais rappelle que des conditions peuvent être posées quant à sa mise en œuvre et à son exercice (A. BENET, *Analyse critique du «droit au respect de la vie privée» - Contribution à l'étude des libertés civiles*, thèse de doctorat, Paris II, 1985, p. 399). De la même manière, Alain Benet nuance l'affirmation de Paul Roubier selon laquelle la liberté se situerait en amont des situations juridiques, en constatant que les situations juridiques évoluent au rythme des actes et fait juridiques posés par un sujet de droit. Les libertés trouvent alors à s'exercer non seulement en amont de la situation juridique originale mais également dans le cadre des diverses situations juridiques créées ensuite.

(222) F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi tant d'autres*, Bruxelles, Larcier, 1192, p. 115.

(223) En ce sens, voy. : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 1996, p. 366.

(224) A. BENET, *Analyse critique du «droit au respect de la vie privée» - Contribution à l'étude des libertés civiles*, thèse de doctorat, Paris II, 1985, p. 399. Ainsi, nul ne niera aujourd'hui, au regard de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il existe un droit à la liberté au mariage mais que la mise en œuvre de ce droit soit soumise, par les droits nationaux, à des conditions de formes.

(225) A. BENET, *Analyse critique du «droit au respect de la vie privée» - Contribution à l'étude des libertés civiles*, thèse de doctorat, Paris II, 1985, p. 399.

B. – Principales divergences

Si tant le titulaire d'un droit subjectif, que d'une liberté peut en exiger le respect, le pouvoir dont il dispose pour ce faire n'est pas identique.

10. C'est dans le rapport à autrui que s'inscrit le principal critère de distinction entre droits subjectifs et libertés. Ce critère réside dans l'attribution inégale des droits subjectifs en opposition à l'attribution égalitaire des libertés. C'est en raison de l'objet propre des droits subjectifs qu'une distribution inégalitaire de ces droits s'impose et qu'apparaissent leur caractère exclusif et le surplus de pouvoir dont bénéficie leur titulaire à l'égard des tiers tenus de les respecter (226). La caractéristique du droit subjectif par rapport à la liberté serait donc l'exclusivité dont profite son titulaire (227). On rappellera ici Th. Revet qui précise que, dans la personne humaine, seuls les éléments originaux appellent l'établissement d'une relation d'exclusivité à l'inverse d'autres éléments communs à tous, tel par exemple l'honneur. Pour cet auteur, il serait donc trompeur d'évoquer un droit à l'honneur en tant que droit subjectif, alors qu'il ne faut y trouver que des expressions particulières du droit de demander réparation (228).

11. À l'inverse, si chaque titulaire d'une liberté dispose également d'un champ d'action propre et personnel, cette liberté appartient à tous de manière égalitaire, dès lors sa distribution n'implique pas un dépouillement d'autrui sur ce qui en fait son objet (la liberté d'exprimer son opinion ne prive pas un tiers de la même liberté). Ainsi, les libertés civiles ne présentent pas de conditions d'attribution particulières et sont *a priori* reconnues à tous : « *Alors que le droit subjectif est un pouvoir reconnu exclusivement à son titulaire, le pouvoir du titulaire de la liberté est a priori identique à celui reconnu*

(226) Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 563. Nous pouvons donner l'exemple simple de l'attribution inégalitaire du droit de propriété à l'égard d'un bien, qui permet au seul propriétaire de ce bien d'en disposer à l'exclusion d'autrui.

(227) Laquelle se trouve toutefois légitimée dès lors qu'elle trouve sa source dans une norme de droit objectif. Voy. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec la collaboration de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 147 et 151.

(228) Th. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 51.

à autrui. Contrairement à la distribution du droit subjectif, autrui est absent a priori de l'attribution des libertés civiles, pour ne réapparaître qu'au niveau de leur exercice» (229).

12. Cela implique que, si tant le titulaire d'un droit subjectif, que d'une liberté peut en exiger le respect, le pouvoir dont il dispose pour ce faire n'est pas identique. L'exclusivité du droit subjectif implique que les tiers soient *a priori* exclus du pouvoir accordé au titulaire, quand la non-exclusivité des libertés civiles conduit plutôt à ce que les tiers ne soient pas pris en compte *a priori* dans l'attribution des libertés, le pouvoir issu des libertés étant reconnu à tout un chacun (230). Pour Th. Léonard, la non-exclusivité et son corollaire, l'attribution égalitaire des libertés civiles, constituent les éléments pivots permettant de justifier l'effet d'opposabilité distinct entre les droits subjectifs et libertés civiles (231).

En découlent des différences au niveau du mode de détermination du pouvoir (232) : le pouvoir qui trouve sa source dans un droit subjectif est prévu *a priori* par le droit objectif, alors que le pouvoir issu des libertés civiles ne se détermine avec précision qu'au gré des conflits qui opposent le titulaire de la liberté civile à des tiers. S'en infère un effet externe unique à tout droit subjectif, un strict devoir de respect prenant sa source dans le droit objectif (233).

L'opposabilité apparaît ainsi comme l'apanage de tous les droits subjectifs (234). Le droit subjectif, entendu comme une prérogative

(229) Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 169, voy. aussi p. 121.

(230) Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 167-168.

(231) *Loc. cit.*, p. 583.

(232) Egalement des différences au niveau du mode de détermination de l'objet : «*Le droit s'exerce sur un bien ou un lien de droits extérieur au titulaire. Cet objet est toujours déterminé ou déterminable avec une relative précision. L'objet sur lequel s'exerce le pouvoir issu de la liberté civile est le titulaire de la liberté lui-même (...) La liberté est de l'ordre de "l'être" et non, comme le droit subjectif, de l'ordre de "l'avoir"*» (*Ibidem*, p. 170).

(233) R. BONNARD définit ainsi le droit subjectif comme «*pouvoir exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, une chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice; le contenu de la chose exigible étant fixé immédiatement soit par le droit objectif, soit par un acte juridique individuel*» (R. BONNARD, «Les droits publics subjectifs des administrés», *Rev. Dr. public. Sc. Pol.*, 1932, p. 708).

(234) L'auteur se rallie de la sorte à la doctrine majoritaire contemporaine, selon laquelle l'opposabilité des droits de créances consiste en un devoir d'abstention impliquant que les tiers ne peuvent méconnaître les droits en cause. Voy. notamment : S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 6; J. GHESTIN, «Introduction (rapport français)» in *Les effets des contrats à l'égard des tiers comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992,

individuelle qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose, semble bien correspondre à la protection la plus poussée et la plus complète que peut offrir le droit objectif. Un intérêt dont le droit assure la protection par une sanction automatique en cas d'atteinte manifesterait alors que l'on se trouve en présence d'un droit subjectif (235). En présence d'une telle protection, le recours à l'article 1382 peut apparaître superflu. Plus encore, le respect des exigences traditionnelles du droit de la responsabilité risquerait de dévaloriser les droits subjectifs (236).

La réalité est toutefois plus nuancée. Le droit de la responsabilité civile ayant un champ d'application très large, son omniprésence n'a pas épargné les droits subjectifs (237). Une première émancipation des droits subjectifs a été consacrée mais elle n'est que partielle : les juges n'ont plus à se référer à l'article 1382, les exigences tenant à la faute sont maintenues même si elles se caractérisent alors par une simple référence au droit invoqué dont l'atteinte quelconque déclenche au moins un préjudice moral (238). La faute découle automatiquement du manquement au devoir généré par le droit subjectif, devoir qui s'apparente à une obligation de résultat (239).

13. La portée de la liberté apparaît avec moins d'évidence (240). Contrairement aux droits subjectifs, la reconnaissance du pouvoir juri-

p. 14, J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^{ème} éd., Diegem, Strory-Scientia, 1997, p. 72. Voy. également les références citées par Th. LEONARD dans sa thèse de doctorat, p. 346, note de bas de page n° 1053.

(235) P. JOURDAIN, «Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 53.

(236) T. AZZI, «Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs», *R.T.D.civ.*, 2007, p. 228.

(237) La démonstration la plus évidente concerne le droit de propriété : sa défense découle de certaines actions spéciales mais ces actions réelles spécifiques n'empêchent pas le propriétaire d'exercer un action en responsabilité de droit commun (voy. G. MARY et P. RAYMOND, *Les biens*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 1998, par P. JOURDAIN, n° 204).

(238) J. HAUSER, «Personnes et droit de la famille», *R.T.D.civ.*, 1997, p. 633. Pour une position plus autonomiste, voy. le rapport de la Cour de cassation française pour l'année 2000 qui fait référence à l'article 9 du Code civil français : «*Le régime de protection institué par l'article 9 du Code civil pur le respect de la vie privée (...) est autonome et spécifique (...). Il n'est pas soumis aux règles de la responsabilité civile (...). Il s'agit de la prévention et/ou de la réparation de l'atteinte à un droit subjectif particulier*» (J.-P. ANCEL, *La protection des droits de la personnalité dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Rapport annuel, 2000, La documentation française, 2001, p. 55).

(239) P. JOURDAIN, «Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile», *Gaz. Pal.*, 18-19 mai 2007, p. 53.

(240) «Le contenu déterminé de la liberté civile apparaît dépendre lui-même du contenu du pouvoir d'autrui qui s'y oppose. Si les différents pouvoirs qui s'opposent à la liberté civile peu-

dique qui forme le contenu de la liberté n'est pas fondée sur l'exclusion d'autrui. Exercées par tous en vue de la satisfaction d'intérêts propres, les libertés impliquent dans leur mise en œuvre des immixtions incessantes dans le champ d'action d'autrui. Ces immixtions sont légitimes *a priori* mais créent des conflits entre les titulaires des différentes libertés civiles. En cas de conflit, la prédominance d'une liberté civile sur une autre ne prévaudra toutefois que dans le cadre limité d'un conflit circonstancié. L'agissement d'un tiers qui rompt l'équilibre des libertés civiles trouve sa sanction dans la constatation de l'illicéité de son comportement et dans l'application des principes de responsabilité civile, sauf dérogation particulière par la loi.

Toute sanction à l'atteinte d'une liberté civile est donc dépendante d'un comportement fautif ou illicite de ce tiers. Les conditions de la responsabilité civile sont donc au cœur de l'opposabilité des libertés, elles seules permettant de tenir compte de la coexistence de différents pouvoirs légitimés par le droit objectif.

III. – LES DROITS DU PATIENT : DROITS SUBJECTIFS OU LIBERTÉS ?

14. Dans le cadre de cette analyse proposée par Th. Léonard, il convient donc d'avoir égard à la distribution égalitaire ou non des prérogatives reconnues à la personne et au pouvoir que confèrent ces prérogatives, pour déterminer s'il s'agit de droits subjectifs ou de libertés.

Dans cette perspective, on peut assez rapidement penser que les droits du patient, tels qu'ils furent dégagés par la jurisprudence, et avant toute consécration par la loi, répondaient aux caractéristiques des libertés. Reconnus *a priori* à tout un chacun de manière inconditionnelle, l'indemnisation de l'atteinte à ceux-ci dépendait toutefois nécessairement d'un comportement fautif du médecin. En règle générale, la responsabilité du médecin restait fondée sur le constat qu'au cours de la relation de soins, une faute a été commise (241). À cet égard, c'est une appréciation abstraite du compor-

vent s'appuyer sur une base légitime prévue par le droit objectif, la résolution du conflit apparaît plus complexe, tant il est vrai qu'*a priori* aucun pouvoir ne paraît l'emporter sur l'autre» (Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 170-171).

(241) Précisons : avant l'adoption des lois du 15 mai 2007 relatives à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé.

tement du médecin par référence à un critère de diligence normale qui prévalait, plaçant l'indemnisation du patient au cœur des règles la responsabilité civile (242).

Dès lors, ces prérogatives reconnues au patient ne s'imposaient pas de manière absolue, nuancées par d'autres libertés et impératifs qui trouvent à s'exprimer dans la relation médecin-patient.

15. Si nous ne pouvons ici passer en revue chacun des droits du patient pour étayer notre propos, la jurisprudence rendue en matière du droit à l'information du patient nous paraît illustrative, notamment quant au régime de la charge de la preuve. Certes, ces considérations mériteraient de plus longs développements, qui dépassent toutefois le cadre de cette intervention.

Depuis un arrêt de la Cour de cassation française du 29 mai 1951, la jurisprudence tant française que belge, faisait reposer le fardeau de la preuve sur le patient (243). Atténuant la portée de la nécessité du consentement lorsque cette charge repose sur le patient, cette jurisprudence pouvait ainsi illustrer le caractère d'obligation de moyen qui reposait alors sur le médecin.

Un renversement est intervenu en France en 1997, lorsque la Cour de cassation, sur base de l'article 1315, al. 2 du Code civil, décida : «*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*» (244). La Cour de cassation belge, saisie de la question lorsqu'un pourvoi fut introduit contre l'arrêt de la cour

(242) Voy. par exemple Cass., 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 491, note, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170; Cass., 16 décembre 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 298-308, note de S. LIERMAN, *J.L.M.B.*, 2006, 1167; Anvers, 7 juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 205, note SC, *Rev. Dr. Santé*, 2005-2006, p. 138; Anvers, 28 juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 553, note SC, *R.W.*, 2005-2006, p. 906; Gand, 22 février 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2003-2004, p. 187.

(243) J.-L. FAGNART, «Charge de la preuve et responsabilité médicale», in *Mélanges Pierre Van Omeslaghe*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 105. *Contra* : I. CORBISIER, «Pouvoir et transparence dans la relation thérapeutique», *R.G.A.R.*, 1990, n° 11682; M. VAN QUICKENBORNE, «De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie», *R.W.*, 1986-1987, p. 2425.

(244) Cass., (fr.), 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.858; *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, 338, note J.-L. FAGNART. Cette jurisprudence n'a pas immédiatement été suivie par la Cour de cassation belge mais à trouver quelques échos auprès de juridictions de fond, sans toutefois unifier les positions. *Pour* : Anvers, 28 juin 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2003-2004, 181; Liège, 10 mai 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, 247; Liège, 4 janvier 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, 330, Anvers, 20 septembre 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, 159; Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, 139. R.-O. DALC, «Réflexion au sujet de la charge de la preuve», in *Mélanges Pierre Van Omeslaghe*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 53. *Contre* : Anvers, 18 février 1997, *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 341, note J.-L. FAGNART, «La charge de la preuve en matière d'information», *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 338.

d'appel de Liège du 30 avril 1998 qui faisait reposer sur le praticien la charge de la preuve concernant l'exécution de l'obligation d'information, ne s'est toutefois pas alignée sur la Cour de cassation française (245). Elle rendit un arrêt le 14 décembre 2001 selon lequel :

«Qu'il résulte de ses considérations qu'aux yeux de la cour d'appel, la demande en réparation dont elle est 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 eut été justifié si la défenderesse y avait donné son consentement libre et éclairé.

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 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» (246).

Cet arrêt considère donc que les règles de preuve en matière pénale s'appliquent lorsque le patient fonde, même implicitement, son action sur une infraction pénale. Dès lors, si le médecin invoque une cause de justification en prétendant avoir informé le patient, il appartient à ce dernier de démontrer le contraire ou l'absence de crédibilité de cette cause de justification (247). La Cour de cassation a, par la suite encore, eu l'occasion de réaffirmer cette solution (248), à laquelle se

(245) Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, *Juristenkrant*, 2002, liv. 42, p. 1.

(246) Cass. (1^{re} ch.), 14 décembre 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 2200, concl. J. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2003, p. 8 et 32, note Y.-H. LELEU, G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *Journ. jur.*, 2002, p. 6, *Juristenkrant*, 2002 (reflet TROUET, C.), p. 1, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. DU JARDIN, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, *Rev. dr. santé*, 2001-02, p. 239, note J.-L. FAGNART, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. J. DU JARDIN, note C. TROUET. Approuvant la décision de la Cour : J.-L. FAGNART, «Stérilisation et consentement éclairé», note sous Cass., 14 décembre 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 243-245. *Contra* : R.-O. DALCQ, «À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001», *R.G.A.R.*, 2002, n° 13. 488.

(247) Voir P. HENRY et B. DE COCQUEAU, «À propos du consentement libre et éclairé du patient», in *Droit médical*, CUP, Vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 218-219.

(248) Cass., 28 février 2002, *Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 12; Cass., 16 décembre 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN, *N.j.W.*, 2006, p. 316, note SC. R.W., 2004-2005, p. 1553, note H. NYS : «*En cas de contestation de droit civil en matière de dommage à indemniser, la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité incombe à la personne qui demande réparation pour le dommage qu'elle a subi. L'obligation d'information d'un médecin ne constitue pas une obligation de résultat; la Cour d'appel a jugé à bon droit que le patient qui allègue que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information doit en administrer la preuve.*» *Contra* : Cass., 28 février 2002, *Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 12, ccl. G. DUBRULLE : «*la charge de la preuve du consentement informé du patient à une intervention médicale délicate repose sur le médecin.*»

sont ralliés les cours et tribunaux (249) – qui fait peser la charge de la preuve sur le patient, atténuant par là l'obligation stricte qui pèse sur le médecin.

16. La consécration légale des droits du patient consistait « *en la reconnaissance officielle d'un intérêt dont l'existence était auparavant voilée, car fondée exclusivement sur l'application par la jurisprudence des mécanismes de la responsabilité. Le législateur marque ainsi sa sollicitude pour certaines personnes qu'il entend défendre de manière particulièrement solennelle* » (250). L'avènement de la loi du 22 août 2002, qui précise et rigidifie les droits du patient et les obligations corrélatives du médecin, aurait du permettre une redéfinition des devoirs de l'homme de l'art et notamment la qualification de certains d'entre eux en obligation de résultat : « *A cet égard, ce texte – qui consacre pour l'essentiel les solutions précédemment dégagées par la jurisprudence – constitue une avancée puisqu'il en transforme la valeur et la portée. (...)* » (251).

En terme de « pouvoir », on aurait donc pu s'attendre à ce que l'adoption de la loi sur les droits du patient rapproche ces derniers des droits subjectifs, permettant la sanction de tout manquement à ceux-ci, indépendamment de l'existence d'une faute dans le chef du praticien. Depuis l'adoption de cette loi, ne pas informer ou obtenir le consentement du patient aurait donc dû constituer *a priori* une faute, à charge du praticien d'établir que les circonstances – l'urgence, la nécessité médicale, l'état du patient ou l'exception thérapeutique – l'ont empêché de satisfaire au prescrit légal.

Dès lors, en matière de charge de la preuve, la logique du respect dû à une personne voudrait que le médecin doive justifier son acte pour que celui-ci apparaisse légitime. En conséquence, la charge de la preuve devrait lui incomber.

17. La jurisprudence rendue en matière d'information du patient n'illustre toutefois pas ce changement de perspective. Dans son arrêt du 16 décembre 2004, la Cour de cassation rigidifie même sa

(249) Mons, 3 novembre 2003, inédit, R.G., n° 300/337; Liège, 9 juin 2004, inédit, R.G. 2003/114; Mons, 29 juin 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2006-2007, p. 34, note N. COLETTE-BASECQZ.

(250) T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *R.T.D.civ.*, 2007, p. 238.

(251) G. GENICOT, « Faute, risque, aléa, sécurité », in *Droit médical*, CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 65 et 97.

position, affirmant de manière péremptoire que l'obligation d'information incombant au médecin n'est pas une obligation de résultat :

«Le patient qui invoque que le médecin n'a pas rempli son devoir d'information, ce qui a entraîné un dommage, doit en apporter la preuve.

Le juge peut certes juger qu'un fait négatif ne doit pas être apprécié avec la même rigueur qu'un comportement positif, mais il ne peut dispenser la partie requérante de cette preuve et imposer à la partie adverse la preuve positive opposée.

En cas de contestation de droit civil en matière de dommage à indemniser, la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité incombe à la personne qui demande réparation pour le dommage qu'elle a subi. L'obligation d'information d'un médecin ne constitue pas une obligation de résultat. La Cour d'appel a jugé à bon droit que le patient qui allègue que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information doit en administrer la preuve» (252).

18. Si la loi sur les droits du patient manifestait, dans le chef du législateur, une volonté de réaffirmer les droits fondamentaux du patient dans sa relation individuelle avec le prestataire de soin (253), force est de constater qu'elle se marie difficilement avec la logique de la responsabilité civile. Les solutions jurisprudentielles mettent ainsi en exergue une hésitation qui perdure entre la logique du droit de la responsabilité et la logique des droits fondamentaux du respect de l'intégrité physique.

Pour passer outre ces incohérences, certains vont affirmer que la loi du 22 août 2002 n'a pas pour effet de régir la responsabilité médicale, mais qu'elle appelle le professionnel à «se défaire de son paternalisme basé, notamment sur sa compétence professionnelle, pour inclure le patient dans une fructueuse collaboration et le laisser grandir en existence, en autonomie et en droits» (254). Compensant les inégalités de fait (255), le législateur se serait ainsi efforcé de rendre au patient le rôle et l'influence qu'il est censé avoir dans

(252) Cass., 16 décembre 2004, *R.W.*, 2004-2005, 1553, note H. NYS, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 298-308, note S. LIERMAN, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1167. En ce sens : Bruxelles, 8 janvier 2007, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14 286.

(253) D. MAYERUS et P. SPAQUET, «La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin», *D.C.C.R.*, 2002, p. 4.

(254) *Ibidem*, p. 47.

(255) Nombreux sont ceux qui ont souligné que le patient se trouve en état de dépendance et de nécessité, n'ayant pas la maîtrise des composantes essentielles de la relation, telles que l'appréciation de la nécessité d'une intervention ou de l'efficacité d'un traitement ou l'évaluation des risques. Voy. : Th. BOURGOIGNIE, N. FRASELLE, C. BERT, D. MOREAU, *Droit du patient. La protection des droits du patient au regard des évolutions sociales, médicales et technologiques*, UCL, Centre de droit de la Coseomation, 1995, p. 1 ; P. LOKIEK, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 28-29 ; A. GARAY, «Consentement aux actes médicaux et droits des patients», *Gaz. Pal.*, 1^{er}-5 janv. 1999, p. 27.

une perspective contractuelle égalitaire, qui resterait fondée sur la libre expression par le patient de ses besoins et sur la rationalité de ses choix, privilégiant son information et la protection de son consentement (256). «*L'information sur l'état, donnée par le médecin, sert, dans le respect de la décision subjective devant être prise par le malade, à compenser avec objectivité la lacune qui résulte du fait que le patient, dans sa position, ne dispose pas de connaissances médicales suffisantes pour choisir en tout état de cause (...). A cet instant précis, le patient ne se trouve pas par rapport au médecin dans une relation de traitement (...). En fait, il s'agit simplement de mettre objectivement un certain nombre de connaissances à la portée du patient, lui permettant ainsi de s'autodéterminer*» (257). Cette position élude toutefois la question du pouvoir que ces droits font naître dans le chef des patients. Si on ne peut douter du caractère novateur de certaines dispositions, qui trouvent assurément un écho dans la relation thérapeutique – telle la mise en place d'une fonction de médiation (art. 11), ou le fait de conférer un réel pouvoir de consentir à certains mineurs jugés suffisamment matures (art. 15) – l'impact pratique de la consécration légale de la plupart de ces droits reste néanmoins, dans cette optique, indéterminé.

19. Ainsi peut-on sans doute conclure que l'adoption de la loi du 22 août 2002 n'a pas élevé les droits du patient au statut de droits subjectifs. Malgré l'adoption de cette loi, la sanction de ces droits a continué à s'épanouir dans le cadre de la responsabilité civile basée sur la faute, où leurs contours sont modulés en fonction du cas concret où ils trouvent à s'appliquer. En ce sens, les droits du patient s'appréhendent davantage comme des libertés (258).

Ces considérations sont toutefois remises en question avec l'adoption des récentes lois du 15 mai 2007 relatives à l'indemnisation du

(256) Th. BOURGOIGNIE, «L'approche par le droit de la consommation : le patient en tant que consommateur», *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 480.

(257) W. MÜLLER-FREIENFELS, «L'autonomie du patient entre la vie et la mort et son rapport avec l'autorité du médecin sous le contrôle du juge», in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, études à la mémoire du professeur A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 640.

(258) *Contra* : Th. BOURGOIGNIE, N. FRASELLE, C. BERT, D. MOREAU, *Droit du patient. La protection des droits du patient au regard des évolutions sociales, médicales et technologiques*, UCL, Centre de Droit de la Consommation, 1995, p. 95 : ces auteurs rappellent que le droit à l'intégrité physique peut être compris de deux manières antagonistes (droit à l'autodétermination, entendu dans le sens de la libre et complète disposition de soi d'une part, droit à l'inviolabilité comme application du principe de conservation de la vie, d'autre part). Pour les auteurs, ces deux acceptions recouvrent les définitions classiques du droit subjectif selon Savigny, entendu comme un pouvoir de volonté.

dommage lié à la prestation de soins qui, si elles séparent la faute du médecin de l'indemnisation du patient, emportent toutefois un changement radical de philosophie dans la prise en compte des dommages médicaux, la rendant tout à fait étrangère à la logique des droits de la personnalité.

IV. – L'INDEMNISATION SANS FAUTE DU DOMMAGE MÉDICAL

20. Il ne nous appartient pas de commenter en détail les lois du 15 mai 2007 dans le cadre de cette contribution (259). Néanmoins, nous nous ne pouvons faire l'économie de les présenter brièvement compte tenu de l'impact que celles-ci peuvent générer sur les droits du patient, entendus comme droits de la personnalité.

Le système mis en place par le législateur supprime l'obligation pour le patient de démontrer la faute d'un professionnel de la santé et crée un droit à une indemnisation de la victime dès qu'un accident thérapeutique est avéré. *«En d'autres termes, la condition primordiale de l'indemnisation ne sera plus la présence d'une faute et d'un lien de causalité entre le dommage et la faute, mais la présence d'un dommage lié à une prestation ou à son absence»* (260). Il suffira donc à la victime de prouver qu'elle a subi un dommage et que celui-ci est lié à une prestation de soins pour être indemnisée. À cet égard, un Fonds d'indemnisation est créé, dénommé «Fonds des accidents soins de santé», qui devient l'interlocuteur privilégié des patients victimes d'un dommage (261). Ce Fonds mis en place, le législateur a décidé d'écarter l'application de l'article 1382 du Code civil lorsque le régime d'indemnisation prévu par les lois du 15 mai 2007 trouve à s'appliquer, optant pour l'interdiction du cumul des recours (262).

(259) Voy. à cet égard : D. DE CALLATAÿ, «Halte au fonds», *J.T.*, 2007, p. 248 et E. LANGENAKEN, «La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé : révolution ou régression?», *R.G.A.R.*, 2007, à paraître.

(260) Travaux préparatoires, Rapport de la Commission n° 51-3012/3, *Doc. Parl., Ch. Repr.*, s.o., 2006-2007, p. 8.

(261) Il s'agit d'un service d'Etat au sens de l'article 140 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991, placé sous l'autorité directe du Ministre de la Santé publique (art. 12 de la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé).

(262) Selon le législateur, maintenir l'application de 1382 aurait généré des difficultés sur le plan éthique et contribué au maintien d'une médecine défensive. Dans l'hypothèse d'un cumul,

Le recours au système d'indemnisation de la responsabilité civile est donc écarté, sauf dans des cas très ciblés (263).

Cette solution diverge de la solution retenue par la France qui organise, dans le Code de santé publique, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, mais qui permet le cumul avec le recours en droit commun, comme l'illustre l'article L1142-24, lequel prévoit : « Les indemnisations accordées en application du présent chapitre ne peuvent se cumuler avec celles *accordées*, le cas échéant, *en application des articles L. 3122-1 à L. 3122-6*, pour les mêmes préjudices » (264). On comprend, à la lecture de cet article que le recours en droit commun peut coexister avec le recours au Fonds, pour peu qu'il n'y ait pas double indemnisation. En droit belge au contraire, la victime se verra en principe refuser le droit d'agir en droit commun contre l'éventuel responsable, en vue d'obtenir réparation de l'intégralité de son préjudice (265) alors même que la loi du 15 mai 2007 ne prévoit qu'une indemnisation forfaitaire par un système de franchises et de plafonds qui seront fixés par le Roi et qui limiteront le montant auquel pourra prétendre la victime (266).

le système sans faute aurait disposé de moins de ressources dès lors que les primes d'assurance en responsabilité civile classique auraient dû être maintenues à leur montant actuel. Les forfaits du nouveau système s'en seraient trouvés davantage limités. Cela aurait pu avoir pour conséquence que seules les personnes n'ayant pas les moyens d'engager un procès feraient appel au fond (Travaux préparatoires, Rapport de la Commission n° 51-3012/3, *Doc. Parl., Ch. Repr.*, s.o., 2006-2007, p. 9).

(263) Malgré cette interdiction de principe, le nouveau système ne confère pas une immunité totale au prestataire de soins. Le cumul de l'action en dommage et intérêt classique avec le système nouveau reste possible dans les hypothèses de faute lourde ou intentionnelle (art. 7, §1^{er}). En outre, dans ces mêmes hypothèses, la possibilité demeure pour la victime de se constituer partie civile dans le cadre d'une action pénale intentée à l'encontre des prestataires de soins. Cette constitution de partie civile n'est toutefois recevable qu'à concurrence d'un euro symbolique réclamé à titre de dommage moral (art. 7, §2). Il faut noter toutefois que la faute lourde ne répond pas à la définition classique que lui donne la jurisprudence mais reçoit une définition spécifique dans le cadre de la loi nouvelle (art. 7, §4). Le législateur vise spécifiquement l'hypothèse d'un dommage causé par le prestataire de soin qui se trouverait dans un état d'intoxication alcoolique ou sous l'influence de stupéfiants, celle d'un refus d'assistance à personne en danger ou encore celle de l'exercice d'activités interdites. Ces trois hypothèses ne correspondent pas à la jurisprudence qui s'est développée dans le domaine de la responsabilité civile sur la base de l'article 1382 du Code civil en matière de faute lourde. En cela, la loi est, une nouvelle fois, susceptible de créer des discriminations.

(264) Inséré par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 98 du *Journal Officiel* du 5 mars 2002.

(265) L'article 6, §3 de la loi du 15 mai 2007 prévoit à cet effet que « La réparation que le Fonds et l'entreprise d'assurance payent au patient (...) est réputée indemniser intégralement les dommages (...) ».

(266) Pour l'indemnisation du préjudice économique, une franchise maximum de 435,27 € pourra être fixée par le Roi. Par ailleurs, le Roi devra fixer un montant maximum pour l'indemnisation de ce même dommage économique, montant qui ne pourra toutefois pas être inférieur

21. Quel impact ce changement de perspective implique-t-il quant à la mise en œuvre des droits du patient? L'articulation des lois du 15 mai 2007 et de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient aurait pu nourrir la réflexion du législateur, toutefois seuls les travaux préparatoires y font brièvement référence, rappelant que l'adoption de la loi du 22 août 2002 se base sur le postulat qu'un risque nul serait possible en médecine. Sachant que ce n'est jamais le cas dans la pratique, la loi nouvelle serait un complément nécessaire à la loi sur les droits du patient qui, permettant la sanction effective de ces droits tout en laissant aux praticiens la liberté dont ils ont besoin, enrayerait par là même une logique défensive dans le chef des médecins (267).

22. La réflexion ne devrait toutefois pas s'arrêter là. Ainsi, qu'en sera-t-il du non-respect par le praticien du droit au consentement éclairé du patient? Au regard de la nouvelle loi, ce non-respect ne sera pas indemnisé en tant que tel, il faudra encore que le patient ait subi un dommage indemnisable au sens de la loi. Il en irait sans doute de même à propos de l'information que le praticien doit fournir au patient, du libre choix du praticien, voire du droit aux soins les plus adéquats. On conçoit mal en effet qu'un patient, satisfait d'un résultat opératoire, obtienne un dédommagement quelconque s'il se plaint qu'un médecin n'a pas utilisé les techniques les plus récentes pour traiter sa pathologie.

Comme nous l'avons vu précédemment, cette constatation n'était toutefois pas moins vraie avant l'adoption des lois du 15 mai 2007. Divers auteurs avaient déjà souligné qu'il arrive que le consentement éclairé du patient fasse défaut sans que ce constat emporte la nécessaire responsabilité du médecin. Assez étrangement en effet, si le principe du consentement du malade à l'acte médical est pleinement admis, son défaut d'obtention n'appelle aucune sanction spécifique lorsque aucune autre faute, qui génère un dommage propre, n'est imputable au médecin (268).

L'adoption de la loi nouvelle vient donc, à notre sens, non pas coordonner la loi sur les droits du patient et le régime d'indemnis-

à 2 176 373, 29 € (art. 6, §2). Par contre, aucun plafond ou franchise ne sera fixé pour l'indemnisation des prestations de soins nécessités par le dommage. Enfin, le Roi pourra fixer un nombre de jours d'incapacité de travail en deçà duquel la victime n'a pas droit à une indemnisation (art. 6, §2).

(267) Travaux préparatoires, Rapport de la Commission, n° 3-2397/3, *Doc. Parl., Sén.*, s.o., 2006-2007, p. 30.

(268) Cass. (1^{re} ch.), 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 491, note, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170 : «*Le patient qui établit qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sur sa per-*

tion né d'un soin de santé, mais dissocier plus encore les droits du patient du régime d'indemnisation.

23. Il y a donc un paradoxe dans la logique du législateur. On peut certes soutenir que, sortant de la sphère du droit de la responsabilité, les droits du patient se recentrent alors sur la sphère des droits de la personnalité. Avec quelle conséquence toutefois si ce n'est que, hormis les manquements les plus graves qui trouveraient sanction en droit pénal (269), la plupart des droits du patient ne feront plus l'objet, dans la pratique, de sanctions directes : la faute n'étant plus prise en compte, les manquements aux droits du patient, toujours appréhendés par ce biais jusqu'ici, ne le seront pas non plus.

Et c'est là que se situe le paradoxe dans la logique législative. Alors que la loi sur les droits du patient semblait illustrer une volonté du législateur de conférer à ceux-ci une portée autonome, plus proche de la logique des droits subjectifs, l'adoption des lois du 15 mai 2007 opère un revirement complet, ôtant même aux droits du patient la possibilité de s'exprimer par le biais de la responsabilité civile, dès lors que ce qu'appréhendent ces lois est l'indemnisation d'un dommage et non d'une violation des droits du patient en tant que tels.

Songeons même que, excluant le cumul avec l'article 1382, le nouveau système prive, dans la plupart des cas, purement et simplement la victime d'un dommage médical d'un recours aux voies judiciaires pour obtenir une indemnisation intégrale de son préjudice, l'indemnisation permise par les lois nouvelles n'étant que forfaitaire. Peut-on voir là un manquement au droit reconnu à tout un

sonne 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». Voy. également : Ph. BOXHO, *La responsabilité pénale du médecin, tome 1, Etude doctrinale et jurisprudentielle de différentes infractions*, Thèse de doctorat en Sciences Médicales, option médecine d'expertise, Année académique 1999-2000, Université de Liège, Faculté de médecine, p. 45; E. HANNOSSET, «Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences», in *Droit médical*, CUP, Vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 245; C. 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, Bruylant, 1987, p. 36. En jurisprudence, voy. notamment : Cass. fr., 29 mai 1984, *J.C.P.*, 1984, II, 20.259; Cass. fr., 22 décembre 1981, *Bull. civ.*, 1982, p. 223; Liège, 23 avril 1980, *R.G.A.R.*, 1981, 10. 294.

(269) Malgré l'interdiction de principe du cumul, le nouveau système ne confère pas une immunité totale au prestataire de soins. Le cumul de l'action en dommage et intérêt classique avec le système nouveau reste possible dans les hypothèses de faute lourde ou intentionnelle (art. 7, §1^{er}). En outre, dans ces mêmes hypothèses, la possibilité demeure pour la victime de se constituer partie civile dans le cadre d'une action pénale intentée à l'encontre des prestataires de soins. Cette constitution de partie civile n'est toutefois recevable qu'à concurrence d'un euro symbolique réclamé à titre de dommage moral (art. 7, §2).

chacun d'ester en justice? Le législateur rappelle à de nombreuses reprises que la loi sur le droit du travail excluait également le recours au droit commun, privilégiant une réparation forfaitaire et c'est la même philosophie qui aurait guidé le législateur lors de l'adoption des lois du 15 mai 2007. Est-ce là une justification suffisante? Si la Cour d'arbitrage a déclaré constitutionnel le système mis en place en droit du travail, c'est au sein de limites précises. Elle s'est en effet prononcée, dans son arrêt n° 31/2001 du 1^{er} mars 2001, rendu dans le cadre d'un recours contre l'article 45, §1^{er} de la loi du 10 avril 1972, dans le sens d'une absence de violation du principe d'égalité entre l'indemnisation en droit commun et l'indemnisation en droit du travail, dans la mesure où il est permis aux ayants droit de la victime d'un accident du travail d'intenter une action en réparation sur la base des articles 1382 et suivant du Code civil contre son employeur ou son préposé, dont la faute a causé l'accident (270). Les deux systèmes d'indemnisation présentent toutefois des différences importantes, notamment en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice moral, et quant à la prise en compte des plafonds et franchises pour calculer le dommage indemnifiable. Si le régime d'indemnisation sans faute du patient et celui du travailleur donnent ainsi lieu à des résultats différents, le législateur devra justifier ces différences au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination (271).

V. – CONCLUSION

24. Il n'y a rien de surprenant, pensons-nous, à ce que de multiples logiques juridiques s'entrecroisent lorsque le corps humain entre en jeu. Porteur de symboles, d'interdits mais aussi de nombreuses convoitises, autant d'intentions divergentes à son propos, qui devaient se traduire dans une approche juridique cherchant à légitimer ces mêmes intentions.

Il est toutefois plus gênant de constater que certaines de ces logiques se développent parfois au détriment des autres. La maîtrise

(270) C.A. n° 31/2001, 1^{er} mars 2001, *Arr. C.A.*, 2001, p. 473, *M.B.*, 17 mai 2001 (extrait), p. 16357, *Bull. ass.*, 2001, p. 294, note L. VAN GOSUM, *J.L.M.B.*, 2001, p. 774, note J. CLESSE et V. NEUPREZ, *J.T.T.*, 2001, p. 453, note, *R.W.*, 2001-02, p. 373, note, *Dr. circ.*, 2001, p. 230, note, *Dr. circ.*, 2001, p. 272.

(271) Projet de loi n° 51-3012/1, *Doc. Parl., Ch. Repr.*, s.o., 2006-2007, p. 71.

reconnue à la personne sur son corps trouvait une forme de consécration à travers l'adoption de la loi sur les droits du patient. Les nouvelles lois du 15 mai 2007 relatives à l'indemnisation du dommage résultant de soins de santé pourraient concrètement priver certains droits du patient de leur impact pratique, alors même que la volonté du législateur s'affichait en sens inverse (272).

De lege ferenda, ne serait-il pas utile que le législateur, soucieux de préserver une certaine efficacité aux droits du patient, prévoie, dans une éventuelle loi rectificative, la possibilité d'obtenir un dédommagement spécifique pour un manquement au seul respect des droits du patient? En effet, si la loi du 15 mai 2007 prévoit l'indemnisation d'un dommage moral (art. 6, §1^{er}, 3^o), ce n'est qu'en tant qu'il est la conséquence d'une prestation de soin ou de l'absence de celle-ci. Cette limitation du champ d'application de la loi ne nous paraît pas pouvoir couvrir tous les manquements aux droits du patient. Par la même, le législateur confèreraient alors à ces droits une portée autonome, dont la sanction automatique d'un manquement les rapprocheraient des droits subjectifs.

25. Ces réflexions mériteraient d'être approfondies notamment en ce qui concerne la figure du contrat médical, autre figure de la maîtrise (273), et son avenir dans un système d'indemnisation sans faute. Un manquement aux droits du patient ne pouvant trouver dédommagement en tant que tel dès lors que seul la loi du 15 mai 2007 pourvoira à indemniser la victime, pourra-t-on, par exemple, encore parler d'obligation contractuelle en ce qui concerne l'information que le médecin doit fournir à son patient? À cet égard, M. Dijon signalait déjà que l'absence de sanction systématique à l'atteinte d'un droit du patient, illustre l'inadéquation de la figure contractuelle à la relation médecin-patient: «*Car si l'absence de consentement éclairé n'est pas sanctionnée, on ne voit plus ce que vient faire en notre matière la catégorie du contrat que l'on définit comme un échange de volonté*» (274).

(272) Pour rappel, les travaux préparatoires envisageaient la nouvelle loi comme permettant la sanction effective des droits du patient, tout en enrayant une médecine défensive (Travaux préparatoires, rapport de la Commission, n° 3-2397/3, *Doc. Parl., Sén.*, s.o., 2006-2007, p. 30).

(273) Cette maîtrise, le contrat, fondé sur la rencontre des libres consentements, peut sembler être la figure juridique qui puisse au mieux la respecter, par l'expression qu'il permet de certaines valeurs jugées importantes, telles le respect de la volonté du patient et de son intégrité physique: c'est par un contrat librement consenti que le patient confère au médecin des pouvoirs sur son corps. (X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, p. 509).

(274) X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, p. 488.