

Vulnérabilité et intégrité physique – Rapport belge

Gilles Genicot
Maître de conférences à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Liège

1. Le thème qui nous est confié porte, d'une part, sur la *protection des personnes vulnérables en raison de leur état physique* (protection des personnes handicapées et rôle de l'État) et, d'autre part, sur la *protection de la personne à l'égard de soi* (consentement aux soins et volontés de fin de vie). C'est donc, en toute logique, la notion d'*intégrité physique* et, à travers elle, la dimension *corporelle* de l'individu qui constituera le fil rouge de notre rapport. Les limites imparties à celui-ci ne nous permettront pas d'explorer l'ensemble des points évoqués par le questionnaire de M. le rapporteur général; nous prions ce dernier de bien vouloir nous en excuser.

La **définition de la vulnérabilité** est à n'en pas douter une entreprise malaisée : "elle renvoie aux notions de fragilité et de besoin de protection et recouvre des réalités extrêmement diverses, liées à des éléments intrinsèques (âge, état physique ou psychique) ou extrinsèques (vulnérabilité économique, sociale ou culturelle)"¹; on observe judicieusement que, "du fait de l'imprécision des critères de la vulnérabilité, variables d'une personne à l'autre et empreints d'une subjectivité, elle ne saurait suffire à délimiter une catégorie juridique"². A s'en tenir au droit positif belge, on relèvera, d'une part, que l'article 492/5 du Code civil, issu de l'importante *loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine* – dont il sera question plus loin, dans la stricte mesure de son incidence et de son impact en droit médical –, prévoit qu'un arrêté royal (qui n'a pas encore été adopté à ce jour) pourra établir "une liste des états de santé réputés altérer gravement et de façon persistante la faculté de la personne à protéger d'assumer dûment la gestion de ses intérêts patrimoniaux, même en recourant à l'assistance"; tout en étant ici limitée à la protection patrimoniale, la vulnérabilité s'y voit clairement saisie sous un

¹ *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, P. PEDROT (dir.), Ellipses, 2006, v° Vulnérabilité par K. LEFEUVRE-DARNAJOU, p. 462, qui précise que "cette définition des personnes vulnérables permet d'entrevoir les principales victimes que sont la veuve et l'orphelin, la personne âgée et l'enfant en bas âge, la femme enceinte, la personne atteinte d'un handicap ou d'une maladie physique ou mentale, les personnes en état végétatif chronique ou encore les exclus ou «inadaptés» sociaux". T. FOSSIER observe qu'il s'agit d'une "notion peu explorée en droit civil" et qui mériterait "une réflexion profonde" (*Dictionnaire de la Justice*, L. CADIET [dir.], PUF, 2004, v° Incapables, p. 616). B. DEJEMPEPE ajoute (en matière pénale) "qu'il paraît difficile de considérer la notion de vulnérabilité, qui renvoie à des éléments subjectifs malaisés à identifier, comme un critère autonome d'appréciation" (Audition, vulnérabilité du suspect et procès équitable, note sous Cass., 17 janvier 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1070). Voir, surtout, les analyses approfondies de P. KEMP et J. DAHL RENDTORFF, Vulnérabilité (principe de) et Vulnérable (personne), in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, G. HOTTOIS et J.-N. MISSA (dir.), De Boeck Université, 2001, pp. 869 et 876.

² M. BRUGGEMAN, Personnalité, incapacité... vulnérabilité, in *La personnalité juridique*, X. BIOY (dir.), LGDJ-Lextenso / P.U. Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 85, qui ajoute que la vulnérabilité rend nécessaire l'adoption de "règles spécifiques à la protection de la personne du majeur dont l'objet est de remédier à sa vulnérabilité sans toutefois porter atteinte à son autonomie", et va jusqu'à stigmatiser une "notion polymorphe et à cet égard dangereuse" (pp. 89 et 93).

angle *médical*, ce qui est également le cas en ce qui concerne la protection sociale, les aides octroyées aux personnes handicapées ou les mesures de protection, le cas échéant sous la contrainte, susceptibles d'être justifiées par l'état de danger que présente un malade mental. La *jurisprudence* saisit la vulnérabilité d'une manière davantage pragmatique, et au regard de ses répercussions sociales et administratives³.

2. La prise en compte des violences conjugales s'avère, aux dires des praticiens, déficiente, tant sur le plan policier que judiciaire⁴. Leur fréquence est pourtant loin de diminuer et elles représentent un véritable défi, autant pour le droit que pour la société dans son ensemble. Deux dispositions de droit civil doivent être mentionnées ici. D'une part, en vertu de l'article 301, § 2, du Code civil, non seulement le tribunal de la famille peut-il refuser de faire droit à une demande de *pension alimentaire après divorce* si le défendeur prouve que le demandeur a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune, mais en aucun cas pareille pension ne peut-elle être accordée au conjoint reconnu coupable de viol, coups et blessures volontaires, administration volontaire de substances qui peuvent donner la mort ou altérer gravement la santé, tentative de meurtre, d'assassinat ou d'empoisonnement. D'autre part, l'article 1447 du Code civil dispose qu'en cas de divorce, il est d'office fait droit, sauf circonstances exceptionnelles, à la demande *d'attribution préférentielle* – moyennant soulté s'il y a lieu – du logement familial et des meubles meublants qui le garnissent et/ou de l'immeuble servant à l'exercice de sa profession et des meubles à usage professionnel qui le garnissent, formulée par l'époux qui a été victime des mêmes faits ou tentatives, lorsque l'autre époux a été condamné de ce chef par une décision coulée en force de chose jugée⁵. Signalons encore, car le questionnaire l'évoque, que **l'écart salarial entre hommes et femmes** – enjeu étranger à l'intégrité physique – fait, en droit belge, l'objet d'une *loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes*⁶. L'Institut pour

³ Bruxelles, 8 novembre 2013, inédit, R.G. n° 2012/CO/103, relatif à des poursuites pénales à l'encontre de "marchands de sommeil" (article 433*decies* du Code pénal; C.-E. CLESSE et F. LUGENTZ, Les marchands de sommeil, in *Les infractions. Vol. 2, Les infractions contre les personnes*, Larcier, 2010, p. 663); C.T. Liège, 14 mai 1993, en matière sociale et dans le contentieux de l'indemnisation des accidents du travail (intéressante prise en compte de la notion de vulnérabilité dans un contexte tout à fait particulier). Une sélection de décisions de jurisprudence est consultable à l'adresse <http://jure.juridat.just.fgov.be>. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la vulnérabilité est qualifiée d'"extrême" lorsqu'elle vise une personne mineure étrangère non accompagnée, *in casu* une enfant de cinq ans détenue dans un centre fermé pour étrangers non autorisés à pénétrer sur le territoire : "en raison de son très jeune âge, du fait qu'elle était étrangère en situation d'illégalité dans un pays inconnu et qu'elle n'était pas accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même, la fille se trouvait dans une situation d'extrême vulnérabilité" (arrêt du 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*).

⁴ La Belgique a pourtant ratifié la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, conclue à Istanbul le 11 mai 2011 (signature le 11 septembre 2012, ratification le 14 mars 2016, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016). En amont, la prévention des violences exercées au sein des couples et, le cas échéant, leur prise en charge relèvent des missions des *centres de planning familial*, sans préjudice des compétences des organismes intervenant en la matière (article 187 du Code wallon de l'action sociale et de la santé, adopté le 29 septembre 2011, dans sa rédaction issue d'un décret du 23 janvier 2014). Les autres missions desdits centres sont, notamment, l'information, la sensibilisation, l'éducation, l'aide et l'accompagnement des personnes en matière de vie affective, relationnelle et sexuelle, la promotion de la contraception et l'amélioration de son accessibilité, la prévention et le dépistage des infections sexuellement transmissibles, la prévention des grossesses non souhaitées et l'accès à l'avortement.

⁵ Sur ces deux points, comme sur toute question touchant au droit familial, nous renvoyons à Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 3^e éd., 2016, et, du même auteur, *Droit patrimonial des couples*, Larcier, même collection, 2015.

⁶ Voy. A. DEMAGOS, *L'écart salarial entre hommes et femmes. Effectivité potentielle de la loi du 22 avril 2012*, Larcier, 2015.

l'égalité des femmes et des hommes dresse chaque année un rapport relatif à la situation belge à cet égard. La tendance est encourageante : l'écart salarial est en diminution⁷.

Nous examinerons, dans un premier temps, *la protection renforcée des citoyens vulnérables*, sous l'angle essentiellement de la lutte contre les discriminations dont ils peuvent faire l'objet et de leur protection pénale (I). Nous aborderons ensuite *l'autonomie encadrée des patients majeurs vulnérables* en droit médical belge, tant au fil de la vie que – originalité certaine de notre droit – lorsque la fin de celle-ci approche (II).

I. La protection renforcée des citoyens vulnérables

A. Cadre général

2. La Belgique a signé, le 30 mars 2007, la **Convention relative aux droits des personnes handicapées**, adoptée à New York le 13 décembre 2006, et sa ratification date du 2 juillet 2009⁸. Cette Convention, et son Protocole additionnel, sont donc, avec les importantes garanties qu'ils contiennent et les nobles principes qu'ils promeuvent, pleinement effectifs en Belgique – à tout le moins, bien sûr, sur un plan théorique. Des efforts restent à faire, comme en témoignent les rapports établis par le **Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme** (désormais dénommé UNIA) dans le cadre de sa mission de suivi de l'application de la Convention⁹. Nous ne saurions, dans ce rapport, approfondir le contenu de cette Convention¹⁰, non plus que celui du *Socle européen des droits sociaux*, proclamé le 17

⁷ Les derniers rapports de l'IEFH, disponibles à l'adresse <http://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications>, montrent que les femmes gagnent en moyenne 10% de moins par heure que les hommes, alors que l'écart s'élevait encore à près de 20% il y a vingt ans; la Belgique fait mieux que la moyenne européenne, qui s'élève à 16%. Encore convient-il de calculer l'écart salarial non pas uniquement sur une base horaire, mais également sur une base annuelle, ce qui prend davantage en compte l'effet du temps partiel, dans lequel les femmes sont sur-représentées. Dans le cadre de sa présidence du Conseil de l'Union européenne en 2010, la Belgique avait par ailleurs dressé un état des lieux des progrès réalisés dans l'élimination de l'écart salarial et rédigé, dans l'objectif d'offrir un aperçu de la situation en la matière, un rapport sur les inégalités salariales dans les Etats membres de l'Union européenne, intitulé "L'écart salarial entre les femmes et les hommes dans les Etats membres de l'Union Européenne : indicateurs quantitatifs et qualitatifs", également disponible à l'adresse ci-dessus.

⁸ Tous les niveaux de pouvoir belges ont en effet, au printemps 2009, porté assentiment à cette Convention et au Protocole facultatif qui s'y rapporte : loi du 13 mai 2009; décrets des 15 janvier 2009 (Région de Bruxelles-capitale et Commission communautaire française), 26 mars 2009 (Communauté française), 30 avril 2009 (Région wallonne), 8 mai 2009 (Autorité flamande) et 11 mai 2009 (Communauté germanophone). La législation belge est accessible aux adresses http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi.pl et <http://www.droitbelge.be/codes.asp>.

⁹ Voy. le "rapport parallèle au premier rapport périodique de la Belgique dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées" et, surtout, une recherche universitaire sur les obstacles vécus par les personnes handicapées et les acteurs de leur entourage dans l'exercice de leurs droits et libertés fondamentales, commanditée par le Centre pour l'égalité des chances et exécutée par un consortium de cinq universités, intitulée "Les personnes handicapées en Belgique et le (non-)respect des droits de l'Homme et de leurs libertés fondamentales garantis par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées". Les rapports du Centre pour l'égalité des chances sont disponibles à l'adresse <https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications>. Ils sont très complets et aisément accessibles, de sorte qu'il n'est pas indiqué de les paraphraser.

¹⁰ Nous renvoyons aux ouvrages suivants : *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, G.-A. DAL et F. KRENC (dir.), Bruylant/Némésis, coll. Droit & Justice, 2006; *Les politiques de protection des personnes*

novembre 2017, largement orienté vers les enjeux de droit du travail et de protection et insertion sociales¹¹. On peut sans crainte affirmer que la Belgique adhère pleinement aux principes proclamés par les divers instruments supranationaux qu'elle a ratifiés ou approuvés; autre chose est bien entendu de vérifier que ceux-ci sont concrètement et correctement appliqués dans les faits.

Notre **Constitution** est à cet égard un instrument précieux, notamment en ce que ses articles 10 et 11 affirment l'égalité de tous devant la loi et prohibent toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés, en particulier ceux reconnus dans le titre II "Des Belges et de leurs droits" (articles 8 à 32). Ces dispositions constituent le cœur du contrôle confié à la Cour constitutionnelle au regard, par le prisme de l'égalité et de la non-discrimination, de l'ensemble des droits fondamentaux¹². C'est également dans la Constitution que se dessinent les *mesures de protection sociale destinées à assurer aux personnes vulnérables un standard de vie correct*, et aussi proche que possible de celui de la population générale. L'important article 23 affirme le droit de chacun de mener une vie conforme à la *dignité humaine*¹³ sous l'angle de divers droits *économiques, sociaux et culturels* (droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle, à des conditions de travail et à une rémunération équitables, à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique, à un logement décent, à la protection d'un environnement sain, à l'épanouissement culturel et social et aux prestations familiales). Il implique, en matière d'aide sociale, une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que le législateur et l'autorité réglementaire compétents réduisent sensiblement le niveau de protection offert par la norme applicable, sans qu'existent pour ce

handicapées en Europe et dans le monde, A. BOUJEKA (dir.), Bruylant/Némésis, coll. Droit & Justice, 2009; A. BRODERICK, *The long and winding road to equality and inclusion for persons with disabilities: the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities*, Intersentia, 2015; A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX et J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Intersentia, 2014; C. PETTITI, *Handicap et protection du droit européen et communautaire*, Bruylant, 2006.

¹¹ Ce texte (https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_fr) reprend une série de grands principes, dans l'objectif "de conférer aux citoyens des droits nouveaux et plus efficaces". Leur mise en application est présentée comme "une responsabilité conjointe des institutions de l'Union européenne, des Etats membres, des partenaires sociaux et d'autres parties prenantes" : "les institutions européennes contribueront à définir le cadre et, si nécessaire, à donner des orientations pour mettre en œuvre le socle dans la législation, dans le plein respect des compétences des Etats membres et en tenant compte de la diversité des situations nationales". On y relève entre autres le droit "d'accéder, à des prix abordables et dans des délais raisonnables, à des soins de santé préventifs et curatifs de qualité", le "droit à des soins de longue durée à des prix abordables et de qualité, en particulier à des services de soins à domicile et des services de proximité", le droit des personnes handicapées "à une aide au revenu pour vivre dans la dignité, à des services leur permettant de participer au marché du travail et à la vie en société ainsi qu'à un environnement de travail adapté à leurs besoins", et le droit des personnes vulnérables "à une assistance et une protection appropriées contre les expulsions forcées".

¹² Voy. not., parmi de nombreuses références, *La Cour constitutionnelle : de l'art de modeler le droit pour préserver l'égalité*, S. BOUFFLETTE (dir.), Anthemis / Jeune Barreau de Liège, 2016; G. ROSOUX, *Vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruylant, 2015. Voy. ég. *Les droits constitutionnels en Belgique : les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), Bruylant, 2011, 2 volumes.

¹³ Sur cette notion, voy. les réf. citées in G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2^e éd., 2016, pp. 128-129, et en particulier, récemment, *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI (dir.), Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2016; J. FIERENS, Existe-t-il un principe général du droit du respect de la dignité humaine ?, *R.C.J.B.*, 2015, p. 358.

faire des motifs liés à l'intérêt général¹⁴; ceci concerne notamment les diverses allocations auxquelles peuvent prétendre les personnes handicapées¹⁵, dont par ailleurs, depuis une loi du 17 juillet 1975, l'accès aux bâtiments accessibles au public est obligatoire et réglementé.

3. La matière de l'aide aux personnes handicapées et de l'intégration de celles-ci est, en Belgique, régionalisée. En Région wallonne, elle est codifiée dans le **Code wallon de l'action sociale et de la santé** (CWASS) adopté le 29 septembre 2011, qui définit comme handicapée "toute personne mineure ou majeure présentant une limitation importante de ses capacités d'intégration sociale ou professionnelle suite à une altération de ses facultés mentales, sensorielles ou physiques, qui engendre la nécessité d'une intervention de la société" (article 261, alinéa 1^{er}). Il institue *l'Agence wallonne de la santé, de la protection sociale, du handicap et des familles*, compétente en ce qui concerne la politique de santé, la politique familiale, la politique des handicapés, la politique du troisième âge et les prestations familiales¹⁶, et contient des dispositions très complètes relatives à l'intégration des personnes handicapées et à l'aide aux aînés¹⁷. On signalera encore, sur le plan éthique, la question de *l'assistance sexuelle aux personnes handicapées*, qui a récemment retenu l'attention des Comités de bioéthique français et belge¹⁸.

B. Les dispositifs anti-discrimination

4. La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination¹⁹ s'inscrit dans un mouvement visant l'égalité de traitement et l'égalité des chances des

¹⁴ Voy. not. sur ce point Cass., 15 décembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2939, avec les concl. de M. l'avocat général GENICOT, *J.T.T.*, 2015, p. 118, note P. GOSSERIES; I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruylant, 2008. Il en va de même en matière de droit du travail et de droit à la sécurité sociale (Cass., 5 mars 2018, n° S.16.0033.F).

¹⁵ Voy. en particulier la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées, modifiée à de nombreuses reprises depuis lors, et son arrêté royal d'exécution du 6 juillet 1987; en jurisprudence, voy. not. Cass., 18 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2264, avec les concl. de M. l'avocat général GENICOT. Tous les arrêts publiés de la Cour de cassation sont consultables à l'adresse <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

¹⁶ Voy., pour l'organisation et le fonctionnement de cette Agence, les articles 1^{er} à 30/2 du CWASS. Elle se compose de trois branches, "Bien-être et santé", "Handicap" et "Familles", divisées en commissions. Une Commission "Autonomie et grande dépendance" est commune à la branche "Bien-être et santé" et à la branche "Handicap", et une Commission "Prévention et promotion de la santé" est commune aux trois branches.

¹⁷ Articles 261 à 333, d'une part, et 334 à 410, d'autre part. Voy., sur tout ceci, M. DUMONT et N. MALMENDIER, *Les personnes handicapées*, Kluwer, coll. Etudes pratiques de droit social, 2015; adde V. DONIER, Accès aux services publics et vulnérabilité : réflexions à propos du handicap, in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIÈRE (dir.), Bruylant, 2010, p. 249.

¹⁸ Avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 74 du 13 novembre 2017 relatif à l'assistance sexuelle aux personnes handicapées, <https://www.health.belgium.be/fr/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique>; avis du Comité consultatif national d'éthique français n° 118 du 4 octobre 2012, "Vie affective et sexuelle des personnes handicapées; question de l'assistance sexuelle", http://www.ccne-ethique.fr/fr/type_publication/avis, et l'analyse de F. VIALLA in *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique*, E. MARTINEZ et F. VIALLA (dir.), LGDJ / Lextenso, 2013, pp. 689-712; O. DUCHOSAL, Entre autonomie et protection de la personne majeure en situation de handicap : quel droit à l'exercice d'une vie sexuelle en établissement social ou médico-social ?, in *Mélanges en l'honneur de Marie-France Callu*, LexisNexis, 2013, p. 181.

¹⁹ Plusieurs recours en annulation furent exercés à son encontre; voy. les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 17/2009 du 12 février 2009, 39/2009 et 41/2009 du 11 mars 2009 rejetant ces recours, le cas échéant sous des réserves d'interprétations "conciliantes". Ce dernier arrêt est intéressant en ce qu'il signale (§§ B.8, B.9 et

personnes handicapées, et prend place dans le cadre général tracé par diverses règles supranationales interdisant d'une manière générale, et extensive, toute forme de discrimination²⁰. Elle protège celles-ci contre les discriminations dont elles peuvent faire l'objet, non seulement sur le marché de l'emploi – la discrimination se marque bien sûr principalement dans le cadre des relations de travail²¹ –, mais aussi dans de nombreux domaines de la vie publique. Elle a confié au Centre pour l'égalité des chances (désormais dénommé UNIA) la mission de combattre toute forme de distinction, d'exclusion, de restriction ou de préférence fondée sur l'état de santé actuel ou futur et le handicap; il est habilité à ester en justice pour combattre toute distinction de traitement, directe ou indirecte, prohibée par la loi du 10 mai 2007²², et peut introduire une action en cessation d'un acte constituant un manquement aux dispositions de celle-ci²³. En 2009, le Centre pour l'égalité des chances a publié, à l'intention des personnes handicapées ou souffrant d'un problème de santé et de leur entourage, une instructive brochure intitulée "Discrimination des personnes avec un handicap", que l'on consultera à profit²⁴.

B.11) que le fait qu'un motif de discrimination ne figure pas dans la liste "fermée" de la loi du 10 mai 2007 a certes pour effet que la protection spécifique offerte par ladite loi ne s'applique pas, mais ne signifie pas que les victimes d'une discrimination fondée sur un tel motif seraient privées de toute protection juridique : toute discrimination – au sens de traitement inégal dans les rapports entre les citoyens auquel aucune justification ne peut être donnée – constitue un comportement fautif qui peut donner lieu à une indemnisation sur le plan civil; en outre, le cas échéant, le juge peut annuler une clause contractuelle discriminatoire sur la base des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, comme étant contraire à l'ordre public. En effet, "même lorsqu'il s'agit de relations entre personnes privées, le législateur ne peut déroger à l'interdiction générale des discriminations, expressément garantie par les articles 10 et 11 de la Constitution"; l'adoption d'une liste "fermée" ne peut donc en aucun cas être interprétée comme autorisant des discriminations pour des motifs ne figurant pas dans ladite liste. Il reste que, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le législateur peut être amené à "lutter expressément avec le plus d'intensité contre les discriminations fondées sur des motifs qu'il considère comme étant les plus abjects". L'arrêt n° 64/2009 du 2 avril 2009 annule les articles 3 et 4, 4°, de la loi du 10 mai 2007 uniquement en ce qu'ils ne visent pas, parmi les "critères protégés", la conviction syndicale, qu'il convient donc d'ajouter à la liste.

²⁰ Article 1^{er} du Protocole n° 12 à la C.E.D.H., signé par la Belgique le 4 novembre 2000 mais non ratifié; article 14 de ladite Convention; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, transposée en droit belge par, notamment, la loi du 10 mai 2007; Charte des droits fondamentaux de l'U.E. (article 21); voy. A.-S. MUGNIER-RENARD, Discrimination et handicap, in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien-Lextenso, 2012, p. 307; J. RINGELHEIM, La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape, Université catholique de Louvain, document de travail de la Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO), 2017, disponible à l'adresse https://sites.uclouvain.be/cridho/fr/publications/documents_de_travail.php. Le texte le plus précis et complet est celui de la *Charte sociale européenne* (Partie I, n° 15, et article 15).

²¹ Voy. sur ce sujet A. MORTIER et M. SIMON, Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ?, *J.T.T.*, 2018, p. 81; M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, coll. Paradigme, 2016; F. HENDRICKX, A. RAHMÉ, O. VANACHTER et A. VAN BEVER, *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Intersentia, 2009.

²² La "distinction indirecte" est définie comme "la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés" (article 4, 8°, de la loi du 10 mai 2007).

²³ Voy. S. VAN DROOGHENBROEK et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, L'action en cessation de discriminations, in *Les actions en cessation*, J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Larcier, CUP, 2006, vol. 87, p. 323.

²⁴ Disponible à l'adresse <https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications>. Le premier chapitre de cette brochure contient une présentation de la loi du 10 mai 2007, centrée sur les motifs le du handicap et de l'état de santé. Le chapitre suivant l'illustre par différents exemples puisés dans la vie quotidienne (travail bien sûr, mais aussi transports, loisirs, logement...), dans la mesure où la portée d'une loi ne peut être comprise qu'en la confrontant à la vie "réelle". Le site internet d'UNIA comprend également une base de

La loi du 10 mai 2007 "a pour objectif de créer (...) un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale" (article 3)²⁵. Elle s'applique en particulier à l'accès aux biens et services, à la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé, aux avantages sociaux, aux régimes complémentaires de sécurité sociale et aux relations de travail (article 5). Dans ces matières, toute forme de discrimination, directe ou indirecte, en ce compris le "refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée"²⁶, est interdite (article 14). Dans les relations de travail ou dans le cadre des régimes de sécurité sociale ou de l'activité syndicale, une distinction directe ou indirecte fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou un handicap peut uniquement être justifiée par des *exigences professionnelles essentielles et déterminantes*, en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, ces exigences devant reposer sur un objectif légitime et être proportionnées par rapport à celui-ci (articles 8 et 9). La charge de la preuve est renversée : lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination – ou le Centre pour l'égalité des chances – invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, c'est au défendeur qu'il incombe de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination (article 28, § 1^{er}).

5. Pour citer trois exemples : 1°) l'aptitude physique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'activité de pompier professionnel; à supposer que le fait d'avoir été licencié à l'occasion d'un recrutement, pour n'avoir pas réussi l'épreuve physique, puisse être considéré comme un fait qui permette de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'état de santé et sur l'âge, on peut considérer que la présomption de discrimination est renversée en l'espèce²⁷; 2°) la révocation d'un médecin hospitalier indépendant qui est

données recensant des décisions jurisprudentielles en lien avec le thème de la discrimination : <https://www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence>.

²⁵ Jugé que le handicap au sens de la loi du 10 mai 2007 se définit comme "une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, probablement de longue durée et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle"; pour que la protection contre la discrimination sur cette base s'opère, il faut que l'employeur soit informé du handicap; la charge de la preuve d'une telle connaissance incombe au travailleur (C.T. Liège, 13 novembre 2014, inédit, R.G. n° 2013/AL/573).

²⁶ Les aménagements raisonnables sont définis (article 4, 12°) comme les "mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée", ce qui n'est pas le cas lorsque la charge "est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées". Un arrêt inédit de la cour du travail de Bruxelles du 23 octobre 2017 (R.G. n° 2015/AB/934) rappelle que la décision de rompre le contrat de travail d'une personne en raison de son handicap constitue une discrimination interdite par la loi, à moins que cette décision soit justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante; en présence d'une discrimination constituée par le refus d'un aménagement raisonnable, le travailleur doit établir son handicap, l'existence d'une demande d'aménagement et, *prima facie*, l'efficacité de l'aménagement raisonnable proposé; il incombe alors à l'employeur de contester ces éléments, ou d'établir que l'aménagement représente une charge disproportionnée. Sur ces questions, voy. A. LEJEUNE e.a., *Handicap et aménagements raisonnables au travail : importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique*, rapport de recherche, mai 2017.

²⁷ C.T. Bruxelles, 6 août 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 400; un pourvoi en cassation fut introduit contre cet arrêt, dont nous ignorons le sort.

dictée par son âge avancé constitue une discrimination directe fondée sur l'âge au sens de la loi du 10 mai 2007, résultant de la décision même de l'hôpital de mettre fin aux activités du médecin mais surtout des modalités brutales de cette rupture, l'hôpital étant demeuré en défaut de justifier la différence de traitement sur la base d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante ou d'un objectif légitime²⁸; 3°) il vient d'être pour la première fois admis que *les effets à long terme d'un cancer pouvaient être assimilés à un handicap* : une employée, atteinte d'un lymphome et ayant été de ce fait en arrêt maladie durant deux ans, durant lesquels elle avait subi chimiothérapies et revalidation – lesquelles laissent bien sûr des séquelles tant physiques que psychologiques –, sollicitait de pouvoir reprendre le travail de manière progressive, ne se sentant pas apte à assumer directement le même horaire qu'auparavant; l'employeur, qui refusait d'aménager son temps de travail et l'avait *in fine* licenciée, fut condamné à lui payer des indemnités forfaitaires équivalant à six mois de salaire brut, pour discrimination injustifiée²⁹.

6. Une autre loi du 10 mai 2007 tend à lutter contre la **discrimination entre les femmes et les hommes**. Elle a le même champ d'application que la loi "générale" anti-discrimination et, dans les domaines qui relèvent de celui-ci, interdit toute forme de discrimination, directe ou indirecte, de même que le harcèlement, notamment sexuel (article 19). Elle prévoit que "toute distinction directe fondée sur le sexe constitue une discrimination directe" (article 8) et y assimile une distinction fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité, sur le changement de sexe³⁰ ou sur l'identité de genre ou l'expression de genre (article 4). Une telle distinction ne peut être faite que "si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires" (article 9). Dans le domaine des relations de travail, une distinction directe fondée sur le sexe ne peut – à nouveau – être justifiée que sur la base d'une "exigence professionnelle essentielle et déterminante" reposant sur un objectif légitime et proportionnée par rapport à celui-ci (article 13). Toute distinction indirecte fondée sur le sexe est considérée comme constituant une discrimination indirecte, à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires (article 15). C'est ici *l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes*³¹ qui est habilité à ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la loi donnerait lieu (article 34). Le

²⁸ C.T. Bruxelles, 26 juillet 2013, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 302, note F. DEWALLENS et K. RAYMAEKERS. Les juges ont précisé qu'ils pouvaient ordonner la cessation de la discrimination en ayant égard au fait que les relations professionnelles entre les parties n'ont pas encore pris fin ni connu d'évolution irréversible – de sorte que l'hôpital dispose toujours de la possibilité, par exemple, de renoncer à sa décision, de la postposer, d'y substituer une solution négociée ou de prendre d'autres mesures susceptibles de mettre fin à la situation discriminatoire –, mais qu'en revanche ils excèderaient les pouvoirs reconnus au juge de la cessation s'ils ordonnaient la poursuite de la collaboration entre les parties.

²⁹ C.T. Bruxelles, 20 février 2018, rapporté par A.-S. LEURQUIN, *Le Soir*, 13 mars 2018. La cour du travail réforme le jugement du tribunal. Unia avait fait intervention volontaire. Pour une étude récente de la mesure dans laquelle *l'état de santé passé du travailleur* est susceptible d'être protégé par le prisme des motifs de discrimination spécifiquement repris dans la loi du 10 mai 2007, soit le handicap, l'état de santé actuel ou futur et les caractéristiques physiques ou génétiques, leur application en cas de licenciement et la preuve d'une discrimination dans ce cadre, voy. A. MORTIER et M. SIMON, *Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ?*, *J.T.T.*, 2018, p. 81; sur la dissolution du contrat de travail par l'effet de la force majeure médicale, voy. A. MORTIER, *La cessation du contrat de travail causée par l'état de santé du travailleur*, *J.T.T.*, 2017, p. 33.

³⁰ Dont le régime a récemment évolué en droit belge, par une loi du 25 juin 2017; voy. E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, *Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique*, *J.T.*, 2018, p. 261.

³¹ <http://igvm-iefh.belgium.be/fr>.

même renversement de la charge de la preuve est prévu : dès lors qu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, ou l'Institut, invoque en justice des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination (article 33)³².

C. La vulnérabilité, circonstance aggravante en droit pénal

7. La loi anti-discrimination du 10 mai 2007, dont il a été question plus haut, alourdit, dans le Code pénal, les peines prévues pour diverses infractions "*lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale*"³³. L'article 373 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 2016 modifiant diverses dispositions en ce qui concerne l'attentat à la pudeur et le voyeurisme, punit d'un emprisonnement de six mois à cinq ans l'attentat à la pudeur soit s'il a été commis avec violence, contrainte, menace, surprise ou ruse, soit s'il a été *rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime*. S'agissant du viol, l'article 375, alinéa 2, précise qu'il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte, menace, surprise ou ruse, ou s'il a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime³⁴.

La loi du 26 novembre 2011 modifiant et complétant le Code pénal en vue d'incriminer l'abus de la situation de faiblesse des personnes et d'étendre la protection pénale des

³² Cet article précise que les "faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination *directe* fondée sur le sexe" comprennent entre autres, mais pas exclusivement, "les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes du même sexe", par exemple différents signalements isolés auprès de l'Institut, ou "les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence"; tandis que, par "faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination *indirecte* fondée sur le sexe", sont compris, entre autres mais pas exclusivement, des "statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale", l'utilisation d'un critère de distinction "intrinsèquement suspect" ou du "matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable". Le champ d'investigation est donc particulièrement large (et vague).

³³ Viol et attentat à la pudeur (article 377*bis*), homicide volontaire et lésions corporelles volontaires (article 405*quater*), non assistance à personne en danger (article 422*quater*), arrestation ou détention illégale ou arbitraire (article 438*bis*), harcèlement (article 442*ter*), calomnie ou diffamation (article 453*bis*), mais aussi d'autres délits non relatifs à l'intégrité physique (ou psychique) tels l'incendie volontaire (article 514*bis*), les destructions volontaires (articles 525*bis* et 532*bis*) ou les graffiti et dégradations volontaires (article 534*quater*). Sur toutes les infractions dont il est ici question, voy. *Les infractions. Vol. 2, Les infractions contre les personnes*, Larcier, 2010, et *Les infractions. Vol. 3, Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Larcier, 2011.

³⁴ Précisons, en écho à un débat actuel en France, qu'en droit pénal belge "est réputé viol à l'aide de violences tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis" (article 375, alinéas 6 et 7, du Code pénal, résultant de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs et prévoyant une peine de réclusion de quinze à vingt ans, ou de vingt à trente ans si l'enfant était âgé de moins de dix ans accomplis). Voy. I. WATTIER, L'attentat à la pudeur et le viol, in *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, précité, p. 80.

personnes vulnérables contre la maltraitance³⁵ majore les peines prévues pour de nombreuses infractions lorsqu'elles sont commises au préjudice d'une personne "*dont la situation de vulnérabilité en raison de l'âge*³⁶, *d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale était apparente ou connue de l'auteur des faits*"³⁷ ou si l'auteur "*abuse de la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve une personne en raison de sa situation administrative illégale ou précaire, de sa situation sociale précaire, de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale, de manière telle que la personne n'a en fait pas d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à cet abus*"³⁸. Elle rend punissables les vols commis par un époux au préjudice de son conjoint, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des descendants au préjudice de leurs ascendants, par des ascendants au préjudice de leurs descendants, ou par des alliés aux mêmes degrés³⁹. Elle modifie enfin l'intitulé du chapitre III du titre du Code pénal relatif aux crimes et délits contre les personnes, portant sur les "atteintes aux mineurs, aux personnes vulnérables et à la famille" et issu de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs. Y sont notamment punis le délaissement et l'abandon d'enfants ou de personnes vulnérables dans le besoin, les privations d'aliments ou de soins infligées à des

³⁵ Le recours en annulation dirigé contre cette loi fut rejeté, sous des réserves d'interprétation figurant au § B.15.3, par l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 146/2013 du 7 novembre 2013. En doctrine, voy. not. G. MARLIER et K. HANOULLE, *Lof der zwakheid: zijn kwetsbare personen beter af met de nieuwe strafwetten?*, in *Recht in beweging*, Maklu, 2012, p. 205; J. TEN VOORDE, *Kwetsbaarheid aan het woord bij de herijking van noodweer?*, in *Liber amicorum René Foqué*, Larcier, 2012, p. 261. Comp. F. TERRY, *La prise en considération de la vulnérabilité de la victime en droit criminel*, in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIÈRE (dir.), Bruylant, 2010, p. 109.

³⁶ La plus grande vulnérabilité des *mineurs d'âge* était déjà auparavant reconnue en droit pénal : en prévoyant la possibilité d'une aggravation graduelle de la peine en fonction de l'âge de la personne "à l'égard de laquelle" une infraction a été commise, le législateur a eu en vue une *protection accrue des mineurs d'âge en raison de leur plus grande vulnérabilité* et du danger auquel ils sont susceptibles d'être exposés (Cass., 8 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 327, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 793; il s'agissait d'une infraction à la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques; la Cour exige, soit que le mineur dispose du discernement nécessaire pour prendre conscience des faits qui se commettent en sa présence, soit que des stupéfiants ont été consommés à ses côtés de manière à l'exposer directement au risque d'en subir certains effets; rapp. Cass., 2 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 654).

³⁷ Atteinte au libre exercice des cultes (article 142, alinéa 2); menace d'un attentat contre les personnes ou les propriétés (article 330*bis*); prise d'otages (article 347*bis*, § 2); viol ou attentat à la pudeur (article 376, alinéa 3); débauche et prostitution (article 380, § 3); homicide volontaire et lésions corporelles volontaires (articles 405*bis* et 405*ter*); torture ou traitements inhumains et dégradants (articles 417*ter*, 417*quater* et 417*quinquies*); non assistance à personne en danger (article 422*bis*, alinéa 3); harcèlement (article 442*bis*, alinéa 2); vols, commis ou non avec violences ou menaces, et extorsions (articles 463, alinéa 3, et 471); escroquerie, tromperie, détournement et appropriation frauduleuse (article 496). La loi du 26 novembre 2011 avait pour principal objectif de *lutter contre les dérives sectaires* et de protéger les personnes crédules aux prises avec celles-ci.

³⁸ Exploitation de la mendicité (article 433*quater*), lutte contre les "marchands de sommeil" (article 433*decies*; C.-E. CLESSE et F. LUGENTZ, *Les marchands de sommeil*, in *Les infractions contre les personnes*, précité, p. 663) et traite des êtres humains (article 433*septies*), incrimination particulièrement sérieuse et lourde. A ce propos, précisons qu'avant la loi du 26 novembre 2011, la répression n'était alourdie que lorsque l'infraction a été commise en abusant de la situation *particulièrement vulnérable* des personnes visées; la nouvelle version de la circonstance aggravante prévue à l'article 433*septies* du Code pénal implique une loi pénale plus sévère, dès lors que cette version ne requiert pas de situation "particulièrement" vulnérable, une situation de "simple" vulnérabilité étant suffisante pour que la peine puisse être aggravée (Cass., 22 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 143).

³⁹ Article 462. En règle, pareils vols ne sont pas pénalement punissables, et ne donnent lieu qu'à des réparations civiles.

mineurs ou des personnes vulnérables⁴⁰, l'enlèvement et le recel de mineurs ou de personnes vulnérables et l'utilisation de mineurs et de personnes vulnérables à des fins criminelles ou délictuelles (articles 423 à 433).

8. On le voit, c'est en matière pénale que la notion de vulnérabilité a fait récemment une entrée assez fracassante dans le paysage juridique belge. Elle s'y voit décrite *d'une manière singulièrement ample, pour ne pas dire floue*, allant bien au-delà de la vulnérabilité classiquement déduite d'une maladie ou d'un handicap. Il n'est pas certain qu'une définition aussi exemplative qu'"extensive" soit très satisfaisante, en particulier sous l'angle des principes de prévisibilité, de sécurité juridique et de légalité et d'interprétation stricte des incriminations. L'étude critique de **l'article 458bis du Code pénal** nous a permis de nous en convaincre⁴¹. Telle qu'elle fut réécrite par, notamment, la loi du 30 novembre 2011 *modifiant la législation en ce qui concerne l'amélioration de l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité*⁴², cette disposition prévoit que toute personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets – en ce compris le médecin à l'égard de son patient, et l'avocat à l'égard de son client – et qui a de ce fait connaissance qu'une infraction grave a été commise sur un mineur "ou sur une personne qui est vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, de la violence entre partenaires, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale" peut en informer le procureur du Roi, soit lorsqu'il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable visée, et qu'elle n'est pas en mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité, soit même lorsqu'il existe de simples *indices* d'un danger sérieux et réel que *d'autres* mineurs ou personnes vulnérables visées soient victimes d'infractions similaires, et qu'elle n'est pas en mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité. Voilà qui, selon nous, charrie un lot d'interrogations et d'inquiétudes⁴³.

Nous n'évoquerons pas, le questionnaire ne nous y invitant pas, les *soins nécessaires, le cas échéant sous la contrainte*, dont peut devoir bénéficier une personne qui, tout en étant vulnérable, met "gravement en péril sa santé et sa sécurité" ou "constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui", au sens de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux qui, en Belgique, régit la matière⁴⁴. Cette question, à maints

⁴⁰ Voy. G. MARLIER, Verlaten of in behoeftige toestand achterlaten van kinderen of kwetsbare personen – Onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en kwetsbare personen, in G. MARLIER, *Familiale misdrijven*, Kluwer, 2016, p. 69; B. DE SMET, Achterlaten van kinderen of kwetsbare personen in behoefte, in *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, feuillets mobiles, 2016.

⁴¹ Voy. G. GENICOT, L'article 458bis nouveau du Code pénal : le secret médical dans la tourmente, *J.T.*, 2012, p. 717; G. GENICOT et E. LANGENAKEN, L'avocat, le confident, la victime, l'article 458bis du Code pénal et la Cour constitutionnelle, note sous C. const., arrêt n° 127/2013 du 26 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 2034.

⁴² Sur cette loi, voy. not. L. HUYBRECHTS, De wet tot verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en pedofilie binnen een gezagsrelatie, *R.W.*, 2011-2012, p. 1150; spécifiquement sur la réécriture de l'article 458bis du Code pénal, A. DIERICKX, Misdrijven gepleegd ten aanzien van een minderjarig of kwetsbaar persoon. Een commentaar bij de wet van 30 november 2011, *Nullum Crimen*, 2011, p. 33.

⁴³ Voy., outre les études citées note 41, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2^e éd., 2016, pp. 298-302; E. LANGENAKEN, Portée et conséquences de la réécriture de l'article 458bis du Code pénal sur le secret professionnel, *Rev. Dr. ULg*, 2013, p. 65; F. HUTSEBAUT, Over het belang van het beroepsgeheim: reflecties over de relatie tussen justitie en hulpverlening, in *Liber Amicorum René Foqué*, Larcier, 2012, p. 235.

⁴⁴ Nous renvoyons à notre ouvrage précité, *Droit médical et biomédical*, pp. 251-256, ainsi qu'à N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Anthemis / ULB, 2013, pp. 230-237, et C. LEMMENS, De dwangopneming van geesteszieken, in *Handboek Gezondheidsrecht*, T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), Intersentia, 2014, vol. II, pp. 979-1051. Comp. M. LOBE FOUDA, De la vulnérabilité à la dangerosité : le cas des personnes

égards délicate, se situe à la frontière du droit pénal et du droit médical, dans lequel nous allons à présent entrer.

II. L'autonomie encadrée des patients (majeurs) vulnérables

9. Il s'avère pour le moins malaisé, dans les limites imparties au présent rapport, de prétendre exposer d'une manière complète l'ensemble des tenants et aboutissants de la prise en compte de la vulnérabilité en droit médical, tant il s'agit d'un thème complexe qui met singulièrement à l'épreuve les concepts et enjeux de la matière⁴⁵. Nous résumerons les règles applicables en droit belge au sujet des *majeurs* vulnérables, en raison de leur grand âge ou de leur état physique ou mental, sans évoquer la *minorité*, qui fait du reste l'objet du premier thème⁴⁶. A la différence des enfants et adolescents, appelés à devenir progressivement de plus en plus mûrs et placés, en règle, sous la protection naturelle et bienveillante de leurs parents, les adultes dont l'autonomie se voit mise à mal sont durablement plongés dans cet état, et d'autant plus fragilisés qu'ils sont parfois isolés. La relation de soins que génère la prise en charge d'une personne incapable, vulnérable ou âgée est alors particulière, et parfois problématique. La place des personnes dites vulnérables évolue dans la société; elles retiennent davantage l'attention, sont mieux encadrées tant en droit qu'en éthique, et les médecins ont dû s'adapter à cette évolution. Mais ils demeurent régulièrement confrontés à des situations délicates, et les questions qu'ils se posent ne trouvent pas toujours de réponse, à tout le moins tranchée⁴⁷.

Nous souhaitons signaler ici, car il s'agit d'une question essentielle, qui déchire depuis longtemps les auteurs et à propos de laquelle les réponses sont loin d'être univoques dans les différents pays, que la Cour de cassation belge a récemment rejeté, de manière claire et nette,

atteintes de troubles mentaux ou de troubles de la personnalité, in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIÈRE (dir.), Bruylant, 2010, p. 130. *Adde*, sur la complexité des enjeux éthiques en présence, T. DOURAKI, Vulnérabilité, dignité humaine, traitements abusifs du malade : éthique et protection européenne des droits de l'homme, in *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, éd. A. Pedone, 2013, p. 261, et l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 21 du 10 mars 2003 relatif au traitement forcé en cas d'hospitalisation sous contrainte.

⁴⁵ Les références sur le sujet sont nombreuses; nous en citerons quelques-unes par souci de parfaire l'information du lecteur. Nous conseillons en particulier, récemment, le très instructif *Penser l'humain vulnérable : de la philosophie au soin*, D. JOUSSET, J.-M. BOLES et J. JOUQUAN (dir.), P.U. Rennes, coll. Essais, 2017. Voir également le *Traité de bioéthique. III – Handicaps, vulnérabilités, situations extrêmes*, E. HIRSCH (dir.), Erès, 2010; P. KEMP et J. DAHL RENDTORFF, Vulnérabilité (principe de) et Vulnérable (personne), in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, G. HOTTOIS et J.-N. MISSA (dir.), De Boeck Université, 2001, pp. 869 et 876; G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, LEH Edition, 5^e éd., 2016, pp. 680-737; J. FIERENS et G. MATHIEU, Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables, in *Les droits de la personnalité*, J.-L. RENCHON (dir.), Bruylant, coll. Famille & Droit, 2009, p. 253.

⁴⁶ Voy., sur cette question, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 234-247; A. NOTTET, Le mineur en droit médical, in *Nouveaux dialogues en droit médical*, G. GENICOT (dir.), Anthemis, CUP, vol. 136, 2012, p. 149; *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, B. FEUILLET-LIGER et R. IDA (dir.), Bruylant, coll. Droit, éthique et société, 2011; N. GALLUS, *op. cit.*, pp. 204-212; C. LEMMENS, *De minderjarige en de Wet Patiëntenrechten*, Intersentia, 2013; C. LEMMENS, Minderjarigen, in *Handboek Gezondheidsrecht*, précité, pp. 821-906; N. GALLUS, La capacité des mineurs face aux soins de santé, in *Actualités de droit familial et de droit médical. Les droits des personnes les plus faibles*, E. THIRY (dir.), Bruylant, 2007, p. 3. *Adde* L. STULTIËNS, T. GOFFIN, P. BORRY, K. DIERICKX et H. NYS, Minors and Informed Consent: A Comparative Approach, *E.J.H.L.* 14 (2007) 21-46.

⁴⁷ Voy. les contributions rassemblées in *Médecine et vulnérabilité : la relation de soin, Méd. & Dr.*, 2011, vol. 111, et les études du dossier "Majeurs protégés", *Dr. fam.*, 2011, n° 2, spéc. les articles de A. BATTEUR, C. COUTEL et E. G. SLEDZIEWSKI.

l'admissibilité de l'**action en wrongful life** en posant, dans un attendu de principe, qu'au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, le dommage consiste en l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime; il suppose que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant; *il ne peut exister de dommage lorsque les termes de la comparaison entre ces deux situations consistent, d'une part, en l'existence d'une personne née avec un handicap, d'autre part, en sa non-existence*⁴⁸.

10. S'agissant de "la doctrine ou l'acception dominante en ce qui concerne le rapport entre la personne et son corps", il est clairement question, en droit belge, d'un **droit de la personnalité à la maîtrise du corps**, dérivé du droit au respect de l'intégrité physique dans son versant "positif", mais plus étendu que celui-ci. Nous avons consacré, à cette question précise, un rapport complet lors des Journées suisses de l'Association Capitant en 2009; nous croyons pouvoir y renvoyer⁴⁹. Nous y indiquions que le corps humain est, en droit belge, placé sous la *maîtrise de la personne* : ses utilités et les interventions dont il peut faire l'objet sont dominées par le respect de *l'autodétermination du sujet*. Le modèle belge est parfaitement clair et cohérent sur ce point; le caractère contraignant des directives anticipées, la faculté de désigner un mandataire de santé qui aura un véritable rôle décisionnel, l'encadrement souple des techniques de procréation médicalement assistée et, depuis 2002, la dépenalisation conditionnelle de l'euthanasie en sont probablement les illustrations les plus éclatantes. Cette autodétermination ne s'exerce cependant pas librement, mais dans le cadre général de préceptes éthiques qui, selon une tradition bien ancrée en Belgique, se veulent ouverts, tolérants et non dirigistes. Ainsi est-il manifeste que le droit belge témoigne, sur ces questions, d'une approche moderne qui signe un recul assez net de l'ordre public au sens où il était traditionnellement entendu⁵⁰.

A. La vulnérabilité prise en compte en droit médical

11. Etre porteur d'une pathologie, notamment mentale, ne signifie pas toujours être vulnérable – en soi, ou au sens de la loi. La question essentielle qu'il convient en permanence de se poser

⁴⁸ Cass. (aud. plén.), 14 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2539, *J.L.M.B.*, 2015, p. 264, note G. GENICOT et note Y.-H. LELEU, *R.W.*, 2014-2015, p. 1611, concl. de M. l'avocat général VAN INGELGEM, note (approbative) N. VAN DE SYPE, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 186, note (approbative) A. HUYGENS; Cass., 21 avril 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107; 17 octobre 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 311, note G. GENICOT, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.388, note G. HAARSCHER; G. GENICOT, Handicap grave non décelé *in utero* : panorama des réponses jurisprudentielles, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 177; B. DUBUISSON, L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime, *J.T.*, 2015, p. 209.

⁴⁹ Y.-H. LELEU et G. GENICOT, Le statut juridique du corps humain en Belgique, in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LIX, Journées suisses 2009, Bruylant / LB2V, 2012, p. 63. Voy., précédemment, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, La maîtrise de son corps par la personne, *J.T.*, 1999, p. 589; Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications, in *Les droits de la personnalité*, précité, pp. 23-118.

⁵⁰ Le questionnaire évoque "une exception à l'inviolabilité du corps humain"; à notre sens, ce soi-disant "principe" n'existe pas en droit, non plus que celui de l'indisponibilité du corps. Nous l'avons exposé au sujet de la *gestation pour autrui* : les fondements "incantatoires" brandis pour en asseoir la nullité, *sur le plan juridique*, nous semblent pour le moins fragiles et pour tout dire inexistantes (G. GENICOT, *Gestation pour autrui, autonomie corporelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré*, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruylant, 2013, p. 155). Il est pour le surplus évident que la licéité de principe des conventions de GPA, qui se recommande du droit au respect de la vie privée et familiale des parents d'intention, et de la maîtrise corporelle de la mère porteuse, laissent intactes les épineuses questions *éthiques* que suscite le procédé.

a trait à la *capacité réelle, effective, à consentir* au moment et dans les circonstances concrètes où l'on se trouve. Cette capacité implique la faculté d'écouter et de comprendre, de recevoir l'information nécessaire, de raisonner avec suffisamment de clairvoyance, d'exprimer librement une décision (et de résister aux éventuelles pressions) et de maintenir cette décision dans le temps. Il faut donc examiner si ces facultés sont ou non, et si oui dans quelle mesure, perturbées par la pathologie. L'éclairage de chacun des intervenants (soignants, proches) est à cet égard indispensable, et il est crucial – notamment en matière psychiatrique⁵¹ – de se garder de toute tentative de "paternalisme" consistant à estimer qu'il revient *au médecin* de prendre les décisions dans l'intérêt de la personne vulnérable, celle-ci n'en étant par définition pas ou plus capable. Cette tentation, si elle peut se recommander de la ligne argumentative éthique des *best interests*, n'est pas conforme à l'état du droit positif belge. Il est essentiel que les critères précités ne soient pas appréciés de façon trop hâtive ou laxiste : la vulnérabilité se *constate*, elle ne se *décète* pas.

Il subsiste, s'agissant des majeurs vulnérables, une certaine tension entre leur nécessaire *protection* – qui transparaît particulièrement dans certains textes spécifiques, relatifs aux organes, au matériel corporel humain et aux expérimentations⁵² – et la préservation maximale de leur *autonomie décisionnelle*, enjeu qui, en droit médical "général", se voit placé davantage au premier plan. Nous nous concentrerons sur ces aspects, sans pouvoir approfondir ni l'organisation optimale des secours d'urgence dont les personnes vulnérables, notamment âgées, peuvent devoir bénéficier⁵³, ni, sur le terrain de la responsabilité civile, l'obligation de sécurité "renforcée" qui est de mise à l'égard des malades fragiles ou affaiblis⁵⁴.

12. Le droit médical belge s'articule autour de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (ci-après : la loi). Au regard des personnes en situation potentielle de vulnérabilité, et quant au rôle assigné à l'État dans la régulation de rapports juridiques relevant de la sphère personnelle et intime, la valeur symbolique de ce texte est forte. L'article 8, § 1^{er}, de la loi consacre le droit le plus fondamental du patient, celui au *consentement éclairé et préalable* : "le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable"⁵⁵. La loi exige un consentement *exprès, libre et préalable*

⁵¹ Sur les difficultés d'exercice des droits du patient dans le secteur de la santé mentale, voy. P. STAQUET, *Loi relative aux droits du patient et psychiatrie*, in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruylant / Anthemis, 2008, p. 807.

⁵² Sujet important, mais qui excède le cadre du présent rapport. Voy. not. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 917 et suiv., et spéc. pp. 941-956; G. SCHAMPS, Les réglementations belge et européenne relatives aux expérimentations sur la personne humaine et les mesures de protection des personnes vulnérables : les mineurs, les majeurs incapables et les personnes en situation d'urgence, in *La recherche clinique avec les enfants : à la croisée de l'éthique et du droit. Belgique, France, Québec*, J.-P. AMANN, M.-L. DELFOSSE et M.-H. PARIZEAU (dir.), Anthemis / P.U. Laval, 2009, p. 159.

⁵³ Les services médicaux mobiles ou électroniques AML (*Advanced Mobile Location*) sont bien évidemment accessibles à ces personnes, pour lesquelles ils peuvent s'avérer particulièrement utiles et pertinents. Il s'agit des technologies permettant de localiser avec précision les appels d'urgence passés depuis les téléphones mobiles, lesquelles sont opérationnelles en Belgique (https://en.wikipedia.org/wiki/Advanced_Mobile_Location et *Advanced Mobile Location (AML) & Android Emergency Location Service (ELS) – Frequently Asked Questions*, document pdf disponible à l'adresse www.eena.org/download.asp?item_id=209), sans jouir d'un régime juridique spécifique.

⁵⁴ Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 428-432 et 492-503; en France, sur la surveillance adaptée des personnes hospitalisées pour troubles mentaux, voy. not. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2^e éd., 2016, n° 40, pp. 276-284.

⁵⁵ Pour un exposé détaillé des règles encadrant l'obtention du consentement éclairé du malade et la fourniture à ce dernier de l'information claire et compréhensible requise à cette fin (principe, exceptions, modalités, contenu, portée, preuve), voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 153-229; T.

du patient pour *tous* les actes médicaux, même courants ou d'une portée faible, sous réserve de certaines exceptions légales et des situations urgentes. Le consentement ne saurait naturellement être donné sous la pression de tiers. Pour autant, il est capital, pensons-nous – et contrairement à ce que l'on peut parfois lire ou entendre – de se garder soigneusement de considérer que, *par principe*, une personne affaiblie par la maladie ou en proie au désarroi existentiel ne serait *forcément plus libre* d'exercer son droit à l'autonomie : c'est faire peu de cas des ressources surprenantes de l'âme humaine, et fouler bien vite aux pieds un *principe* social et juridique essentiel.

Le droit de consentir ne serait rien sans son indispensable corollaire, celui d'être pleinement et complètement *informé*. Le patient a droit à *toutes les informations qui le concernent et qui peuvent être nécessaires pour comprendre son état de santé et l'évolution probable de celui-ci* (article 7, § 1^{er}, de la loi). Ce droit général et essentiel conditionne du reste l'exercice par le patient de ses autres droits. Le médecin doit fournir au patient, dans un langage clair et aisément compréhensible – donc en tenant compte de sa plus ou moins grande capacité de compréhension –, toutes les informations relatives au *diagnostic* (évaluation et compréhension de son état de santé) et au *pronostic* (évolution de son état de santé), en envisageant par exemple son comportement souhaitable dans le futur. Le patient peut se faire *assister par une personne de confiance*, ou demander que les informations soient également (ou exclusivement) communiquées à celle-ci (article 7, § 2, al. 3)⁵⁶. Il est capital de ne pas confondre la personne de confiance, qui *assiste* un patient juridiquement capable (ou présumé tel), et le *mandataire de santé* dont il sera question plus loin, qui *représente* un patient incapable, en droit ou en fait.

13. En principe, le patient donne *lui-même* son consentement à l'acte médical et est seul créancier de l'information qui y conduit⁵⁷. Lorsqu'il ne présente pas la capacité juridique ou la lucidité requises à cette fin, ce principe connaît plusieurs types *d'exceptions*; un régime dérogatoire doit être prévu afin qu'il soit *assisté ou représenté* dans sa prise de décision, sans jamais perdre de vue la nécessité *d'éclairer au maximum le malade lui-même* sur son état et sur le traitement envisagé. C'est à cet égard que la loi relative aux droits du patient a le plus franchement innové, d'une manière globalement équilibrée et bénéfique⁵⁸. L'analyse a quelque peu évolué, sans être bouleversée, grâce à l'importante **loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité**

VANSWEEVELT et S. TACK, Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming, in *Handboek Gezondheidsrecht*, précité, pp. 331-428.

⁵⁶ Toutes les modalisations sont envisageables à cet égard : communication exclusive à la personne de confiance, en l'absence du patient; communication aux deux simultanément, tous deux interlocuteurs actifs du médecin; simple présence passive de la personne de confiance, pour accompagner et rassurer le malade; communication de certaines informations seulement à la personne de confiance, concomitamment ou ultérieurement. Voy. not. E. LANGENAKEN, La personne de confiance, garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 271; comp., en France, l'excellente étude de P. LOKIEC, La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RD sanit. soc.*, 2006, p. 865.

⁵⁷ C'est l'un des enseignements d'un important arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001, précédé des conclusions de M. le procureur général DU JARDIN (*Pas.*, 2001, p. 2129, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART); arrêt consultable sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

⁵⁸ Voy. not. C. LEMMENS, Meerderjarige onbekwamen, in *Handboek Gezondheidsrecht*, précité, pp. 907-977.

humaine, dont les apports sont essentiellement procéduraux⁵⁹ mais qui confirme de façon heureuse que, dans le domaine médical, il ne faut pas s'arrêter à l'incapacité *juridique*, puisqu'il s'agit ici de prendre une *décision qui touche intimement la personne en son corps* et non de conclure un acte juridique tel un contrat; c'est pourquoi l'on tend depuis longtemps à reconnaître, dans le domaine de la santé et de la médecine, une *capacité naturelle* même aux personnes juridiquement incapables⁶⁰. Cette loi⁶¹ permet au juge de paix de pourvoir les majeurs vulnérables d'un administrateur appelé à prendre en leur nom des *décisions personnelles*, et notamment médicales, ce qui n'était pas possible auparavant. Cela étant, et à l'évidente exception des handicapés mentaux profonds, il est tout sauf certain que beaucoup le seront. Il est possible que cette loi – dont l'architecture est à cet égard assez complexe, quoique cohérente – ait en quelque sorte voulu trop bien faire sur ce point, ce qui du reste ne simplifiera pas la tâche des juges de paix puisqu'ils devront tout de même apprécier et se prononcer, le cas échéant. Prudence et pragmatisme devraient prévaloir.

Le juge doit *personnaliser* le régime de protection en fonction de l'état *précis* de la personne à protéger; le système privilégie au maximum la capacité, tant qu'elle existe, la protection n'étant que subsidiaire et fonctionnant *prioritairement par un régime d'assistance et, subsidiairement, de représentation*. S'il ordonne une mesure de protection judiciaire *concernant la personne*⁶², le juge doit décider *quels sont les actes personnels que la personne protégée est incapable d'accomplir*, en tenant compte de toutes les circonstances ainsi que de son état de santé. Il doit énumérer expressément ces actes dans son ordonnance et, en l'absence d'indications dans celle-ci, la personne protégée *reste capable pour tous les actes relatifs à sa personne*. L'article 492/1, § 1^{er}, du Code civil contient une liste – non limitative – d'actes personnels pour lesquels *une décision expresse doit être prise par le juge de paix*; il s'agit des actes intimement liés à la personne (droit familial et droit médical, soit les deux domaines dans lesquels les atteintes potentielles aux droits de la personnalité sont les plus importantes). *Cinq types d'actes et décisions de nature personnelle en matière médicale* devront faire l'objet, le cas échéant, d'une indication précise d'incapacité de la personne vulnérable dans l'ordonnance la plaçant sous un régime de protection; seul *l'exercice des droits du patient* prévus par la loi du 22 août 2002 nous retiendra ici⁶³. L'article 497/2 du

⁵⁹ Sur cette loi, voy. les réf. citées in G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 249-250; N. GALLUS, L'avenir de la protection des personnes vulnérables, in *Nouveaux dialogues en droit médical*, G. GENICOT (dir.), Anthemis, CUP, vol. 136, 2012, p. 87.

⁶⁰ Rappr. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, L'acte personnel de la personne vulnérable, *RTDciv.*, 2012, p. 21.

⁶¹ Qui fait table rase des anciens statuts d'incapacité dite "de protection" du Code civil (minorité prolongée, interdiction, conseil judiciaire), désuets, peu pratiqués et dont la pertinence, s'agissant du contrat de soins, n'était guère satisfaisante. Le régime éprouvé de *l'administration provisoire*, appelé à disparaître mais qui concerne encore de nombreuses personnes aujourd'hui, est quant à lui totalement étranger au droit médical. Il est au demeurant parfaitement envisageable qu'une personne âgée soit "déconnectée" des choses pratiques et matérielles, et n'ait dès lors plus la clairvoyance requise pour gérer ses avoirs et "fonctionner" au quotidien, *tout en demeurant apte à décider de ce qui concerne sa santé et, in fine, sa fin de vie* peut-être; cette distinction entre deux types de "lucidités" doit être dûment prise en compte.

⁶² La protection judiciaire vise le "majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux, (...) si et dans la mesure où la protection de ses intérêts le nécessite" (article 488/1 du Code civil).

⁶³ Les autres actes sont le consentement à une *expérimentation sur la personne humaine* (article 6 de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine), à un *prélèvement d'organes* (articles 5 et 10 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes) et à un *prélèvement de matériel corporel* sur personnes vivantes (article 10 de la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique), ainsi que l'exercice du droit de refuser la *réalisation de l'autopsie d'un nourrisson*

Code civil contient une liste d'actes, plus longue, considérés comme à ce point personnels qu'ils ne sont *pas susceptibles de faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation par l'administrateur*. En droit médical, cette liste "vise toutes les atteintes à l'intégrité physique et psychique (ou à) l'intimité de la personne, c'est-à-dire des actes pour lesquels, par essence, toute intervention de l'administrateur, sous quelque forme que ce soit, est exclue"⁶⁴. C'est par exemple le cas d'une *demande d'euthanasie* qui, si la personne vulnérable est incapable, ne pourra tout simplement pas être formulée.

14. Aux termes de l'article 14 de la loi relative aux droits du patient, dans sa rédaction issue de la loi du 17 mars 2013, les **droits de patient d'un majeur vulnérable** sont, dans toute la mesure du possible, exercés *par la personne elle-même*, pour autant qu'elle soit capable – en fait – d'exprimer sa volonté pour ce faire; en tout état de cause, le patient doit être "associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension". Il faut donc toujours veiller à ne pas passer outre *l'avis personnel du malade* (article 14, § 4) car il conserve, *par principe*, la maîtrise de son corps et son autonomie décisionnelle. Voilà qui confirme, de manière éclatante, que *la capacité est la règle et l'incapacité l'exception*. Cette disposition vise tant l'incapacité *juridique* que l'incapacité *de fait* d'une personne juridiquement capable, mais qui n'est *in concreto* pas en mesure d'exercer ses droits de patient car elle se trouve *de facto*, au moment de la prise de décision relative à un traitement médical, *hors d'état de consentir valablement à celui-ci*. Il peut s'agir d'une situation ponctuelle (inconscience, coma) ou durable (faiblesse d'esprit, sénilité), qui n'aura pas forcément entraîné la désignation d'un administrateur, soit parce que ceci ne se justifie pas, soit parce que nul n'aura pris l'initiative de la procédure.

Si l'incapacité est avérée, les droits du patient sont d'abord exercés par le *mandataire qu'il a désigné*, lorsqu'il était encore apte à le faire, "pour se substituer à lui pour autant et aussi longtemps qu'il n'est pas en mesure d'exercer (ses) droits lui-même" (article 14, § 1^{er}). La loi du 17 mars 2013 n'a, fort heureusement, pas modifié cette primauté. Ce mandat est *spécifique, écrit, daté et signé par le patient et le mandataire*, lequel doit marquer son consentement et accepter sa mission⁶⁵. Le mandataire *représente le patient dans l'exercice de tous ses droits* : contrairement à la personne de confiance, il ne se contente pas *d'assister* le patient dans l'exercice de ses droits, *mais les exerce à sa place* alors qu'il en est incapable.

Si le patient *n'a pas désigné de mandataire* ou si ce dernier n'intervient pas (ou plus), un système de *représentation en cascade* est mis en place par l'article 14, §§ 2 et 3, de la loi. C'est ici qu'intervient, en premier lieu, l'éventuel *administrateur de la personne* appointé dans le cadre de la loi du 17 mars 2013; il exercera les droits de patient de son administré "après autorisation du juge de paix, (...) pour autant et aussi longtemps que la personne protégée n'est pas en mesure d'exercer ses droits elle-même". Si aucun administrateur n'est habilité à

(article 3 de la loi du 26 mars 2003 réglementant la pratique de l'autopsie après le décès inopiné et médicalement inexplicable d'un enfant de moins de dix-huit mois).

⁶⁴ DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les personnes*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), vol. 2, 2015, pp. 1127-1232, par N. GALLUS et T. VAN HALTEREN (p. 1169, n° 1205).

⁶⁵ Il peut être révoqué par les deux parties au moyen d'un écrit daté et signé; à défaut, il dure aussi longtemps que l'incapacité subsiste. Le système demeure perfectible, notamment en ce qu'aucune mesure d'enregistrement du mandat ou d'information du praticien n'est prévue; il appartiendra au patient et au mandataire de prendre les précautions nécessaires à cet effet, et au médecin de veiller à s'enquérir de l'existence d'un mandataire. De plus, il faut que le patient ait exercé à temps cette prérogative, ce qui suppose qu'il ait été informé de cette possibilité; un effort pédagogique demeure souhaitable à cet égard, la démarche n'étant pas (encore) habituelle.

représenter le patient, on aboutit au système de "cascade" proprement dit : les droits de patient sont exercés prioritairement (et exclusivement) par le *conjoint* (époux cohabitant, cohabitant légal ou partenaire cohabitant de fait), *pourvu que la cohabitation subsiste* – car tel est le critère retenu, indice déterminant d'une proximité effective avec le malade, le législateur corroborant par là l'idée d'un *consentement de substitution* plutôt que d'une représentation; à défaut ou si le conjoint ne souhaite pas intervenir, ils le sont, en ordre subséquent, *par un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeurs*; à titre subsidiaire, si aucun proche du patient ne souhaite intervenir, s'il n'y a personne en ordre utile ou si un conflit persiste, c'est le *médecin* qui, pour autant que le contexte le permette, *défendra lui-même* les intérêts du patient⁶⁶.

15. Il est capital de souligner que la loi prévoit expressément que *la représentation du patient est finalisée et encadrée*. Son représentant (légal, contractuel, judiciaire ou informel) doit se fonder sur la *volonté présumée* de celui-ci ou, à défaut de la connaître, sur son *meilleur intérêt* apprécié le plus objectivement possible. Aussi la loi confie-t-elle opportunément au praticien le pouvoir d'estimer que la décision prise par le mandataire *n'est pas conforme à cet intérêt*, voire constitue une menace pour la vie du patient ou risque de porter gravement atteinte à sa santé; en pareil cas, *il est habilité à y déroger* (article 15, § 2), en agissant le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire et en ajoutant une motivation écrite dans le dossier (article 15, § 3). Exception à la dérogation : le médecin ne peut déroger à une décision prise par le *mandataire expressément désigné par le patient* si celui-ci est en mesure d'établir, par toutes voies de droit, que la *volonté expresse du patient* irait dans le sens de la décision qu'il prend pour lui. Il y a là un indice supplémentaire d'autonomie⁶⁷ : il importe de ne pas contrecarrer cette volonté, qui sera alors de manière certaine celle du malade lui-même – simplement exprimée par autrui – et doit dès lors prévaloir.

B. Vulnérabilité et fin de vie en droit belge

16. *L'encadrement juridique de la fin de vie médicalisée* constitue, bien entendu, l'un des traits saillants du droit belge, lequel, en comparaison avec de nombreux autres systèmes juridiques, appréhende cette phase cruciale de l'existence d'une manière cohérente, efficace et courageuse⁶⁸. Premièrement, le **droit au refus de soins** est, en Belgique, pleinement assuré. Exprimé, comme nous venons de le voir, soit par le malade lui-même, aussi longtemps qu'il demeure capable en fait, soit par son représentant, il est par principe *opposable au personnel soignant*, pourvu que le patient manifeste réellement sa propre volonté et n'ait pas été induit en erreur ou incité à renoncer. Le médecin ne doit pas trop vite baisser les bras; si le patient

⁶⁶ Cela pourrait, dans l'absolu, l'amener à administrer un traitement sans le consentement de celui-ci ni d'un quelconque représentant. La loi précise (article 14, § 2, alinéa 3) que, le cas échéant, il doit agir *dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire*; celle-ci, encouragée d'une manière générale, dans l'intérêt du patient, par l'article 4 de la loi, est particulièrement pertinente en l'occurrence.

⁶⁷ On suppose qu'un patient, qui désigne expressément telle personne pour le représenter dans l'hypothèse où il ne serait plus capable d'exercer ses droits lui-même, lui communique par la même occasion les précisions nécessaires quant aux traitements qu'il souhaite ou refuse, ou choisit cette personne parce qu'en raison de leur proximité affective, il sait qu'elle connaît déjà sa volonté à ce sujet.

⁶⁸ Nous avons pu nous en convaincre en étudiant, au double prisme du droit français et du droit belge, la douloureuse affaire *Vincent Lambert*, qui consolide au plan européen le droit à l'autonomie personnelle en fin de vie : G. GENICOT, Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables. Réflexions autour de l'affaire Vincent Lambert, *J.T.*, 2016, p. 17, et les références citées.

devient réticent, la première chose à faire est de prendre le temps de lui expliquer à nouveau les tenants et aboutissants de l'intervention envisagée, de le rassurer au besoin, de lui confirmer qu'elle est dans son meilleur intérêt si cela est le cas et d'éclaircir au maximum, sans les minimiser, les risques qui y sont liés. Il reste qu'en fin de vie, il est très généralement admis que le malade peut également refuser les *soins palliatifs* s'il considère, souverainement, que ceux-ci témoignent d'une "obstination déraisonnable" ou s'accompagnent de modalités qu'il juge trop pénibles⁶⁹. Sur le plan des principes, le droit de toute personne à la maîtrise de son corps implique celui de refuser ou de retirer son consentement à une intervention médicale⁷⁰. L'article 8, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient énonce que celui-ci est libre "de refuser ou de retirer son consentement (...) pour une intervention" et prévoit qu'à sa demande ou à celle du médecin, le refus ou le retrait du consentement est fixé par écrit et ajouté dans le dossier du patient, mention capitale en vue de s'en réserver la preuve. Cette disposition est générale et vise *toute* intervention à laquelle le patient ne veut pas se soumettre, fût-elle vitale; *elle prime donc le devoir légal (et déontologique) du médecin de lui prêter assistance*⁷¹. Il s'agit d'un autre corollaire indispensable du droit à l'autodétermination.

Bien plus, le quatrième alinéa de l'article 8, § 4, donne **force obligatoire au refus anticipé** valablement exprimé par un patient avant qu'il devienne incapable d'exercer ses droits : le refus anticipé d'une intervention déterminée du praticien professionnel "doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué", ce qu'il peut évidemment faire s'il demeure, ou redevient, en mesure d'exercer ses droits lui-même. C'est une disposition novatrice, et formelle⁷². Face à une déclaration anticipée de refus d'une intervention déterminée, qui présente les garanties requises, le praticien *doit s'incliner*, même si la vie du patient est en jeu. Ainsi peut-on désormais s'éviter une prolongation de vie végétative, ou s'assurer d'une absence de réanimation lorsque l'espoir s'amenuise. L'intervention pour laquelle le patient exprime son refus anticipé doit toutefois être indiquée précisément : lorsque la déclaration est formulée de façon générale ou dans des termes équivoques, le médecin pourrait procéder valablement à une intervention si, interprétant la déclaration, il ne l'estime

⁶⁹ La loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs – qui complète la belle trilogie législative de cette année marquante – définit ceux-ci, depuis une loi modificative du 21 juillet 2016, comme "l'ensemble des soins apportés au patient qui se trouve à un stade avancé ou terminal d'une maladie grave, évolutive et mettant en péril le pronostic vital, *et ce quelle que soit son espérance de vie*". Son article 2 proclame que "tout patient a droit à des soins palliatifs lorsqu'il se trouve à un stade avancé ou terminal d'une maladie grave, évolutive et mettant en péril le pronostic vital", quelle que soit donc son espérance de vie, et que les soins palliatifs "offrent au malade et à ses proches *la meilleure qualité de vie possible et une autonomie maximale*" et "tendent à garantir et à optimiser aussi longtemps que possible la qualité de vie pour le patient et pour ses proches et aidants proches". L'article 11*bis* de la loi relative aux droits du patient confirme par ailleurs que "toute personne doit recevoir de la part des professionnels de la santé les soins les plus appropriés visant à prévenir, écouter, évaluer, prendre en compte, traiter et soulager la douleur".

⁷⁰ Sur le refus de soins, J.-L. FAGNART, *Le refus de soins*, *For. ass.*, 2015, p. 131; G. GENICOT, *Le refus de soins entraînant une aggravation du préjudice causé par la faute d'un tiers : une hypothèse délicate et controversée*, note sous Cass. fr., 1^o civ., 15 janvier 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 269.

⁷¹ Mais elle n'entraîne pas l'extinction du droit du patient à des "prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite" (article 8, § 4, alinéa 3, renvoyant à l'article 5).

⁷² Tout aussi formel est l'article 8, § 5, de la loi, selon lequel, dans un cas d'urgence, ce n'est *que s'il y a incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant* que le médecin peut immédiatement pratiquer toute intervention *nécessaire* dans l'intérêt du patient (et celle-ci seulement). Il n'y aura pas d'incertitude si le patient a pris la peine de rédiger des directives anticipées ou de désigner un mandataire.

pas couverte par celle-ci⁷³.

17. *L'autonomie décisionnelle du malade* est donc la règle. Elle subsiste lorsque celui-ci n'est plus en mesure d'exercer ses droits lui-même, grâce à l'instauration d'un mécanisme de *représentation*, lequel est fondamentalement différent d'un schéma de *consultation* : celui-ci aboutit à une décision certes concertée, mais qui demeure *médicale*. Comme l'a bien montré un auteur⁷⁴, c'est le **mécanisme décisionnel lui-même** qui est ici l'enjeu essentiel : faut-il prévoir "un représentant qui, dans le prolongement de la conception actuelle du droit médical, exercerait les droits du patient en donnant un consentement de substitution", ce qui donnerait force à l'idée "qu'une personne (peut) décider de son propre corps, voire de sa propre mort", laquelle "n'a pas de quoi choquer, et peut se prévaloir d'une certaine conception de la dignité humaine" ? Ou est-il plus sage, en particulier sur les questions de fin de vie, de "transférer le pouvoir de décision au médecin", la personne mandatée au préalable par le patient étant alors "seulement consultée, à propos d'une décision prise par le médecin", lequel sera au mieux *éclairé* par un simple avis dont "la force (...) tient tout entière dans la légitimité de son auteur, à défaut de force obligatoire" ? En Belgique, ainsi qu'on l'a vu plus haut, le représentant du patient – mandataire, administrateur, proche parent selon l'ordre dégressif prévu – *exerce à sa place tous les droits* qu'il puise dans la loi du 22 août 2002, en ce compris celui de refuser tout traitement, quel qu'il soit. Il est donc investi d'un *véritable pouvoir décisionnel*, et non d'un simple rôle consultatif, et se *substitue* au malade qui n'est plus en mesure de manifester sa volonté. Et, au travers du système de "représentation en cascade", la loi sur les droits du patient désigne *en toute hypothèse* une personne habilitée à exercer les droits d'un patient incapable de le faire.

Le schéma ainsi mis en place en droit belge – droit absolu du patient majeur capable de refuser tout traitement, y compris sous la forme de directives anticipées contraignantes; possibilité d'être informellement assisté par une personne de confiance ou d'exercer son droit à l'information (ou à la consultation du dossier) par l'entremise de celle-ci; faculté de désigner un mandataire de santé dont la décision s'imposera tant aux (autres) membres de la famille qu'au médecin; et à défaut, mécanisme de "cascade" conférant à la famille proche un rôle décisionnel et non simplement consultatif, avec priorité au conjoint, marié ou non⁷⁵ – peut sembler audacieux. Force est toutefois de constater que, non seulement il répond aux besoins de la pratique soignante et aux souhaits légitimes des citoyens, mais que, sur un plan théorique, il a le grand mérite de la *cohérence* avec le modèle fermement choisi, qui place le centre de gravité des décisions médicales *du côté du patient et non du médecin*, y compris en fin de vie.

18. Nous ne pouvons clore ce rapport sans rappeler brièvement ce qui constitue l'originalité la plus marquante du droit belge à cet égard, soit **la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie**.

⁷³ Sur les directives anticipées relatives aux soins et traitements, voy. not. M. VAN OVERSTRAETEN, Une manifestation particulière du droit du patient au consentement libre et éclairé : la faculté de rédiger une déclaration anticipée, in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. SCHAMPS (dir.), Bruylant / LGDJ, 2008, p. 83; T. GOFFIN, Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe, *E.J.H.L.*, 2012, p. 121.

⁷⁴ P. LOKIEC, La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RD sanit. soc.*, 2006, p. 865, et précédemment, du même auteur, La décision médicale, *RTDciv.*, 2004, p. 641.

⁷⁵ Ce qui nous paraît juridiquement sage et sociologiquement adéquat : il s'agit de la personne avec laquelle le malade a choisi de construire sa vie depuis parfois de longues années, tandis que les liens ont pu se distendre avec les enfants majeurs ou les parents.

Celle-ci, en dépit de ses relatives imperfections⁷⁶, est profondément marquée du sceau de l'humanisme, de la confiance témoignée aux aspirations des malades qui souffrent et de l'évidente dignité qu'il est indispensable de leur reconnaître. Au regard du vieillissement de la population⁷⁷, et des progrès médicaux constants qui permettent de prolonger la vie sans toujours en garantir le caractère serein et digne, il est, pensons-nous, absolument indispensable, sur le plan juridique, de *s'ouvrir à la volonté de la personne en fin de vie*, spécialement lorsqu'elle est aux prises avec les affres des souffrances terminales, et de concevoir celle-ci *sous l'angle de l'autodétermination du malade, plutôt que par le seul prisme, réducteur, des devoirs des soignants*. Il y a là un complet renversement de la logique habituelle : l'euthanasie ne procède pas du consentement du malade, faisant suite à une information et une proposition de soins du médecin; elle puise sa légitimité dans une *demande* du malade, ce qui est tout différent. C'est lui qui, ici, est à l'initiative du processus : *c'est lui qui demande, et c'est le médecin qui consent*.

Le législateur belge de 2002 l'a compris en permettant dans cette loi – qui doit être lue en étroite conjonction avec celles relatives aux droits du patient et aux soins palliatifs – aux malades, capables et conscients, qui se trouvent dans une *situation médicale sans issue* et font 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, de formuler, d'une manière *volontaire, réfléchie et répétée, sans pression extérieure*, une demande d'euthanasie (article 3, § 1^{er}). Toute personne peut par ailleurs consigner par écrit, pour le cas où elle ne pourrait plus manifester sa volonté à l'avenir, son souhait qu'un médecin pratique une euthanasie s'il devait constater que la personne est atteinte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable, est *inconsciente*, et que cette situation est irréversible selon l'état actuel de la science (article 4). L'euthanasie est, en droit belge, définie comme l'acte, pratiqué par un tiers – qui doit nécessairement être un médecin, lequel peut opposer une "clause de conscience"⁷⁸ –, "qui met intentionnellement fin à la vie d'une

⁷⁶ Lesquelles font couler beaucoup d'encre, en Belgique comme à l'étranger, notamment dans la presse; bien des critiques témoignent cependant d'une méconnaissance parfois flagrante tant du dispositif légal que de la pratique médicale. Nous n'entrerons pas ici dans ces débats. Il est par ailleurs évident que nos propos sont exprimés à titre personnel et n'engagent aucunement la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie, régulièrement – et injustement – mise sur la sellette, que nous avons l'honneur de coprésider aux côtés du Pr Wim DISTELMANS.

⁷⁷ Voy. à cet égard l'analyse de M. DELOUVÉE, S. GUIGUE et G. ROUSSET in *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique*, E. MARTINEZ et F. VIALLA (dir.), LGDJ / Lextenso, 2013, pp. 659-678, qui soulignent – au sujet du dépistage et du diagnostic, d'une part, et de la prise en charge, d'autre part – "une logique constamment renouvelée par laquelle l'intérêt de la personne constitue le leitmotiv de toutes les situations" : "le CCNE rappelle constamment que le respect de la personne doit être au cœur de la volonté de ceux dont le but est de déceler une fragilité du corps et/ou de l'esprit"; tel est également le message de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Lambert c. France* du 5 juin 2015. Voy. ég. E. RYNNING, *The Ageing Populations of Europe. Implications for Health Systems and Patients' Rights*, *Eur. J. Health Law* 15 (2008) 297-306. Sur la place des seniors en droit belge et les règles spécifiques qui s'appliquent à eux, voy. en particulier *Le droit des seniors. Aspects civils, sociaux et fiscaux*, F. GEORGES (dir.), Anthemis / Jeune Barreau de Liège, 2012, et notre contribution "Le grand âge en droit médical : entre ombres et lumières", p. 323.

⁷⁸ Laquelle pose l'épineuse question, toujours non résolue, de l'admissibilité des "politiques institutionnelles" générales; voy. à ce propos l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 59 du 27 janvier 2014 relatif aux aspects éthiques de l'application de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, et la thèse de doctorat de S. TACK, *Het ethische beleid in zorginstellingen. Rechtspositie van de beheerder, de arts, de patiënt en de overheid bij medische beslissingen rond het levenseinde*, Intersentia, 2013. Nous n'évoquerons pas ici le récent avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 73 du 11 septembre 2017 "concernant l'euthanasie dans les cas de patients hors phase terminale, de souffrance psychique et d'affections psychiatriques", trop complexe à résumer et à propos duquel de nombreuses observations critiques devraient être faites. Les avis

personne à la demande de celle-ci". L'analyse doit obligatoirement s'appuyer sur cette définition, de laquelle il résulte que l'abstention ou l'interruption d'un traitement devenu médicalement inutile, ou la sédation terminale⁷⁹, ne constituent pas une euthanasie et ne doivent pas obéir aux strictes conditions de la loi du 28 mai 2002.

19. Pareille déclaration anticipée a, on l'aura compris, *une toute autre portée que les directives anticipées générales* dont il a été question ci-dessus⁸⁰, lesquelles sont potentiellement nettement plus utiles et précieuses, notamment si elles comportent la désignation d'un mandataire de santé. En ce qui concerne l'euthanasie, il faut marteler une évidence : *personne d'autre que le patient lui-même* n'est admis à la demander; il s'agit d'aller à la rencontre de la mort "les yeux ouverts". Les obligations du médecin sont, dans ce cadre, précises et intenses (article 3, § 2); il lui est notamment demandé d'"arriver, avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution raisonnable dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontaire". Ces obligations sont alourdies lorsque le médecin est d'avis que le décès n'interviendra manifestement pas à brève échéance (article 3, § 3). Nous n'approfondirons pas davantage ce thème très particulier, à propos duquel la littérature est on ne peut plus fournie⁸¹, d'autant qu'il fut abordé en détail lors des Journées suisses de l'Association Capitant en 2009⁸².

On terminera simplement en rappelant que le droit à l'autonomie personnelle implique "le droit de toute personne à refuser de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie"⁸³, *et donc le droit de choisir de mourir*, pourvu que l'Etat ait mis en place "une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé", respectant ainsi le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention⁸⁴. C'est là une pierre d'angle, un socle, quant auxquels il n'y a pas place pour une

du Comité sont accessibles à l'adresse <https://www.health.belgium.be/fr/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique>.

⁷⁹ Sur laquelle, voy. not. *Continuous Sedation at the End of Life. Ethical, Clinical and Legal Perspectives*, S. STERCKX, K. RAUS et F. MORTIER (éd.), Cambridge University Press, coll. Bioethics and Law, 2013.

⁸⁰ Voy., pour un exposé détaillé, C. LEMMENS, Voorfgaande wilsverklaringen, in *Handboek Gezondheidsrecht*, T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), Intersentia, 2014, vol. II, pp. 1457-1511, et la thèse de doctorat de l'auteur, *Voorfgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Intersentia, 2013.

⁸¹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2^e éd., 2016, pp. 751-813, et les réf. citées; F. DAMAS, *La mort choisie. Comprendre l'euthanasie et ses enjeux*, Mardaga, coll. Santé en soi, 2013; W. DISTELMANS, *Euthanasie et soins palliatifs : le modèle belge. Pour le droit à une fin de vie digne*, La Muette / Le Bord de l'Eau, 2012; D. LOSSIGNOL, *En notre âme et conscience. Fin de vie et éthique médicale*, Espace de Libertés, coll. Liberté j'écris ton nom, 2014. Comp. E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, Anthemis, coll. Vie et société, 2013; *Euthanasia and Assisted Suicide. Lessons from Belgium*, D. A. JONES, C. GASTMANS et C. MACKELLAR (éd.), Cambridge University Press, coll. Bioethics and Law, 2017; *Ethique et conditions de la fin de vie*, A. BATTEUR et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), Mare & Martin, coll. Sciences & Droit, 2016. Voy. ég., pour un exposé particulièrement détaillé, E. DELBEKE, Levensbeëindiging zonder verzoek / Euthanasie / Hulp bij zelfdoding / Pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend effect en continue diepe sedatie / Palliatieve zorg / Staken of niet instellen van een medische behandeling, in *Handboek Gezondheidsrecht*, précité, pp. 1307-1456, et la thèse de doctorat de l'auteur, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Intersentia, 2012.

⁸² T. VANSWEEVELT et E. DELBEKE, Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie en Belgique, in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LIX, Journées suisses 2009, Bruylant / LB2V, 2012, p. 715.

⁸³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Lambert c. France* du 5 juin 2015, § 180.

⁸⁴ *Ibid.*, arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, § 58. Voy. la pénétrante étude de C. RUET, La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H.*, 2015, p. 317.

marge nationale d'appréciation. La Cour constitutionnelle belge a, en ce sens, méritoirement affirmé que "*le libre choix d'une personne, fait en connaissance de cause, d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible, relève (...) de la protection des droits fondamentaux garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (...) et par l'article 22 de la Constitution*", que "*le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique (...) ne s'opposent pas au principe même de la dépénalisation de l'euthanasie. En effet, il ne pourrait découler de ces droits fondamentaux une obligation de vivre, imposée à un individu capable de discernement, quelles que soient les circonstances auxquelles celui-ci est confronté*", et que "*le droit de décider de mettre fin à la vie (...) découle du droit au respect de la vie privée, en vue d'éviter une fin de vie indigne et pénible*"⁸⁵.

Conclusion

20. En matière médicale, et spécialement en fin de vie, les décisions devraient au maximum s'abriter sous la bannière de *l'autodétermination du malade*, le cas échéant exprimée sous la forme de directives anticipées *contraignantes*, ou véhiculée par un représentant (librement choisi ou désigné par la loi) doté d'un *pouvoir décisionnel*, habilité à se substituer à lui et à s'exprimer en son nom. Elles s'enracineront ensuite dans un *colloque singulier* entre le malade ou son représentant et le médecin, *éclairé* du témoignage des (autres) proches et du précieux avis de l'équipe soignante – voire d'un autre médecin, selon la teneur de la décision envisagée –, où seront dûment prises en compte, **non seulement la fragilité et la vulnérabilité de la personne, mais aussi son autonomie et son évidente dignité.**

On perçoit d'emblée le caractère vague et potentiellement flou de la notion de vulnérabilité, que nous avons ici explorée dans ses points de contact avec l'intégrité physique. A cet égard, le champ *bioéthique*, que nous n'avons pu aborder, offre un terrain d'investigation propice, car la vulnérabilité inhérente à la condition humaine figure depuis longtemps au cœur des réflexions portant sur l'encadrement de l'activité thérapeutique et biomédicale, notamment par le truchement des principes éthiques classiques de *bienfaisance* et *non-malfaisance*. C'est ainsi que le Comité consultatif belge de Bioéthique accorde constamment, au fil de ses avis, une grande attention à la vulnérabilité des personnes saisies dans une relation de soins ou de recherche; la plupart de ceux-ci concernent des patients qui se trouvent, dans le cadre de la problématique analysée, dans une position d'infériorité et dans une situation de faiblesse plus ou moins grande dans le processus envisagé, que ce soit en raison de leur état de santé proprement dit ou, parfois, de leur condition sociale. Une synthèse de la place qu'occupent, dans les travaux du Comité, les personnes qui sont *par définition vulnérables* dans le processus thérapeutique, et qui doivent pour cette raison être *particulièrement protégées*, s'avère ainsi instructive⁸⁶. La manière dont le droit, la pratique et l'éthique appréhendent les

⁸⁵ Arrêt n° 153/2015 du 29 octobre 2015 rejetant les recours en annulation de la loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1932, note G. GENICOT, §§ B.16, B.17.1, B.18 et B.20.

⁸⁶ G. GENICOT, Les recommandations du Comité consultatif de Bioéthique relatives aux personnes vulnérables, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 267, et Les personnes vulnérables dans les avis du Comité. Entre autonomie et protection, in *Les 15 ans du Comité consultatif de Bioéthique. Bilan & perspectives*, M.-G. Pinsart et P. Schotsmans (éd.), Racine Campus, 2012, p. 155. Ces études puisent leur inspiration dans l'important avis n° 50 du 9 mai 2011 concernant certains aspects éthiques des modifications apportées par la loi du 25 février 2007 à la loi du 13 juin 1986 relative au prélèvement et à la transplantation d'organes, précisément centré sur la problématique des donneurs vivants incapables de consentir, ainsi que dans l'avis n° 14 du 10 décembre

personnes qui ne sont pas (ou plus) en mesure de recevoir l'information qui leur est due et de consentir pleinement librement aux soins et traitements proposés, autrement dit qui ne peuvent être considérées comme des interlocuteurs à part entière du corps médical ou scientifique, en raison de leur âge – patients trop jeunes, ou très âgés – ou de leur état mental, témoigne très certainement de la maturité de la société dans laquelle ils se déploient.

Bibliographie indicative et sélective

- P. ANCET et J.-N. MAZEN, *Ethique et handicap*, Les Etudes Hospitalières, coll. Les chemins de l'éthique, 2011
- A. BOUJEKA (dir.), *Les politiques de protection des personnes handicapées en Europe et dans le monde*, Bruylant / Némésis, coll. Droit & Justice, 2009
- A. BRODERICK, *The long and winding road to equality and inclusion for persons with disabilities: the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities*, Intersentia, 2015
- F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, P.U. Grenoble, 2000
- A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX et J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Intersentia, 2014
- G.-A. DAL et F. KRENC (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruylant / Némésis, coll. Droit & Justice, 2006
- A.-M. DUGUET (dir.), *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Etudes Hospitalières, 2012
- M. DUMONT et N. MALMENDIER, *Les personnes handicapées*, Kluwer, coll. Etudes pratiques de droit social, 2015
- G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2^e éd., 2016
- G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, Anthemis, coll. CUP, vol. 136, 2012
- F. GEORGES (dir.), *Le droit des seniors. Aspects civils, sociaux et fiscaux*, Anthemis / Jeune Barreau de Liège, 2012
- F. HENDRICKX, A. RAHMÉ, O. VANACHTER et A. VAN BEVER, *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Intersentia, 2009
- C. HERVÉ, G. MOUTEL et D. RODRIGUEZ-ARIAS, *Recherche biomédicale et populations vulnérables*, L'Harmattan, 2006
- C. HERVÉ et S. TZITZIS (dir.), *Altérité et vulnérabilités*, LEH, coll. Actes et séminaires, 2^e éd., 2014
- E. HIRSCH (dir.), *Traité de bioéthique. III – Handicaps, vulnérabilités, situations extrêmes*, Erès, 2010
- D. JOUSSET, J.-M. BOLES et J. JOUQUAN (dir.), *Penser l'humain vulnérable : de la philosophie au soin*, P.U. Rennes, coll. Essais, 2017
- S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, coll. Contrats & Patrimoine, 2016
- Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 3^e éd., 2016
- C. MACKENZIE, W. ROGERS & S. DODDS (éd.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2013
- M. MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, coll. Paradigme, 2016
- E. PAILLET et P. RICHARD (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruylant, 2014
- C. PETTITI, *Handicap et protection du droit européen et communautaire*, Bruylant, 2006
- F. REUSENS et A. TASIAUX, *L'adulte âgé dans le droit des personnes et de la famille : chronique de jurisprudence belge*, Larcier, 2016
- F. ROUVIÈRE (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2010
- F.-X. ROUX-DEMARE (dir.), *Sexe et vulnérabilité*, I.U. Varenne, 2017
- A. R. ZIEGLER et J. KÜFFER (éd.), *Les minorités et le droit. Mélanges en l'honneur du professeur Barbara Wilson*, Schulthess, 2016

2001 relatif aux règles éthiques face aux personnes atteintes de démence, avis transversal particulièrement pertinent.