

## SOMMAIRE

- La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, par G. Genicot ..... 17
- I. Procès équitable - Droits de la défense - Respect du contradictoire - Matière répressive - Juge retenant l'une des qualifications pénales suggérées par la partie civile - Obligation de rouvrir les débats (non) - II. Dépens - Indemnité de procédure (art. 1022, C. jud.) - Citation directe (art. 162bis, C.i.cr.) - Partie civile succombante - Condamnation et liquidation d'office. (Cass., 2<sup>e</sup> ch., 19 novembre 2008, note) ..... 27
- Responsabilité - Lien de causalité - Équivalence des conditions - Perte d'une chance - Conditions de l'indemnisation. (Cass., 1<sup>re</sup> ch., 5 juin 2008, observations de A. Pütz) ..... 28
- I. Mariage - Nullité - Causes - Erreur dans la personne (art. 180, C. civ.) - Qualités essentielles - Notion - Mensonge de l'épouse sur sa vie sentimentale antérieure et sa virginité (non) - II. Mariage - Nullité - Causes - Erreur dans la personne (art. 180, C. civ.) - Qualités essentielles - Notion - Violence morale et physique dès le premier soir de l'union (non) - Manquement aux obligations du mariage (oui). (Douai, 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 17 novembre 2008, note) ..... 31
- Bail - Résidence principale - Enregistrement du bail - Obligation du bailleur - Non-respect - Conséquence - Résiliation sans congé ni indemnité par le locataire. (J.P. Tournai, 2<sup>e</sup> cant., 8 juillet 2008) . 34
- Chronique judiciaire : De Lille à Douai - Un chemin qui ne mène nulle part? - Colloques - Bibliographie - Echos.

## DOCTRINE

### **La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée<sup>1</sup>**

**L**ÉGISLATEUR BELGE a récemment encadré, de manière souple et pondérée, la procréation médicalement assistée et les délicates questions qui l'entourent. Ce faisant, il accentue son souhait que la régulation juridique des interventions biomédicales soit marquée du sceau de la confiance témoignée aux aspirations des personnes concernées et à la compétence des professionnels auxquels elles s'adressent. La loi du 6 juillet 2007 représente ainsi un nouveau pas important vers la consécration de l'autonomie personnelle s'agissant des interventions sur le corps humain, dont il se confirme qu'il est placé sous la maîtrise de la personne.

#### Introduction

Il y a neuf ans, nous avons tenté de présenter et de systématiser le concept de maîtrise de son corps par la personne<sup>2</sup>, qui nous semblait pointer au travers d'une réflexion qui ne se tarit pas portant sur, d'une part, la maîtrise scientifique du vivant<sup>3</sup> et, d'autre part, le statut du corps humain en droit. Il nous semblait que ce statut devait être repensé afin d'intégrer harmonieusement et de façon équilibrée les atteintes pouvant être portées au corps, dans un paysage juridique mettant au premier plan l'autonomie de la personne<sup>4</sup>, mais aussi la protection dont

elle doit bénéficier. Le droit à la maîtrise du corps nous paraissait pouvoir être conçu comme un véritable droit de la personnalité, dérivé du droit au respect de l'intégrité physique mais plus étendu que ce dernier puisqu'il vise l'ensemble des atteintes en question, dont la nature et la finalité se sont multipliées au cours des dernières décennies. Depuis lors, l'évolution des réglementations et des raisonnements juridiques et éthiques relatifs à ces questions sensibles — où s'ouvrent un champ de réflexions et des perspectives particulièrement larges — confirme cette double idée que chacun a la maîtrise de son propre corps mais que cette prérogative doit nécessairement s'assortir de limites. Il y a lieu de se réjouir de ce que, alors que la maîtrise du corps est de plus en plus conçue comme un principe bioéthique cardinal consacré en droit positif (1), la loi du 6 juillet 2007 propose, dans le cadre général d'un consensualisme balisé (2), une réglementation de la procréation médicalement assistée souple et respectueuse de l'autonomie des personnes (3).

(1) Ce texte trouve son origine dans l'article « La maîtrise du début et de la fin de la vie » rédigé pour le 10<sup>e</sup> colloque de l'Association famille et droit de l'U.C.L., consacré en 2007 aux droits de la personnalité, dont les actes sont à paraître aux éditions Bruylant. Je remercie vivement l'éditeur d'en avoir autorisé la reproduction partielle.

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

(3) C. LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », in *Ecrits de bioéthique*, P.U.F., coll. Quadrige, 2007, p. 126; du même auteur, « Sciences de la vie et légitimité », in *Ecrits de bioéthique*, précité, p. 252; J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique - Science du droit, valeurs et biomédecine*, P.U.F., coll. Partage du savoir, 2002.

(4) Sur l'éthique de l'autonomie et de la liberté individuelles, comp. récemment M. FABRE-MAGNAN, « Le do-

main de l'autonomie personnelle - Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31 et D. ROMAN, « "A corps défendant" - La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, p. 1284. Pour une description quelque peu désenchantée d'une évolution irréductible vers la prévalence de l'autonomie, J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, A. WIJFFELS (dir.), Bruylant, 2005, p. 269.

1

## La maîtrise du corps consacrée comme un droit de la personnalité fondamentale

### A. Emergence du concept

*Intégrité physique et respect de la vie privée.* — Au cours des dernières années, le législateur belge, conjointement avec d'autres instances régulatrices, a considérablement remodelé le droit médical et bioéthique, dont il a pour ainsi dire repris possession. Un ensemble de paramètres convergents illustre désormais une tendance nette de notre droit à moderniser son appréhension de la relation médicale pour s'orienter vers la pleine consécration de l'autonomie du patient. Le rapport de soins se voit repensé et rééquilibré, principalement à la lumière des droits fondamentaux de la personne, parmi lesquels figurent au premier rang le droit au respect de l'intégrité physique, sur lequel se charpentent une large part de l'édifice du droit médical<sup>5</sup>, et le droit — complexe — au respect de la vie privée et familiale, qui comporte bien entendu une dimension physique<sup>6</sup>. Maîtrise du corps et autonomie de la personne découlent de ces droits fondamentaux, dont elles constituent les corollaires nécessaires et la traduction concrète. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré, s'agissant tant de la fin de vie<sup>7</sup> que des pratiques sexuelles sado-masochistes<sup>8</sup>, que l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle, qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition et qui peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps.

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

(6) *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant - Nemesis, coll. Droit & Justice, 2005, n<sup>o</sup> 63; *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), Bruylant - Nemesis, coll. Droit & Justice, 2008, n<sup>o</sup> 78; F. RIGAUD, *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> « Protection de la vie privée », compl. t. IX, Bruylant, 2004, pp. 806-902; B. BEIGNIER, « La protection de la vie privée », in *Droits et libertés fondamentaux*, précité, p. 171; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », in *La personne, la famille et le droit, 1968-1998 - Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant - L.G.D.J., 1999, p. 467.

(7) C.E.D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 (§§ 61 et 66), *J.T.*, 2002, p. 590, note LAMBERT, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1384, note ABU DALU, *J.C.P.*, 2002, I, 157, n<sup>os</sup> 3 et 13, obs. SUDRE, *Gaz. pal.*, 4-5 octobre 2002, p. 45, note PETTITI, *J.C.P.*, 2003, I, 132, note BYK.

(8) C.E.D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005 (§ 83), *J.T.*, 2005, p. 331, obs. KRENC; dans la même affaire, Cass., 6 janvier 1998, *R.D.P.*, 1999, p. 562, note DE NAUW, *R.T.D.F.*, 2000, p. 203, note GENICOT, « Le sado-masochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée ».

Singulièrement en matière (bio)médicale et à la lumière d'un exercice auquel la construction progressive des droits fondamentaux nous a habitués, il y a lieu d'effectuer une subtile synthèse entre deux orientations complémentaires et interdépendantes : d'une part, une dimension protectrice, une prérogative d'opposition; d'autre part, une dynamique autonomiste, une prérogative de disposition. Il se confirme dès lors que la catégorie juridique des droits de la personnalité<sup>9</sup> est le cadre archétypal d'une rencontre de ces deux impératifs et, partant, le creuset le plus propice à l'épanouissement du concept de maîtrise du corps, qui permet cette symbiose<sup>10</sup>.

L'idée que toute personne jouit des droits de la personnalité, qui comprennent au premier chef le droit à la vie et à l'intégrité physique, et que le respect de cette valeur suprême impose que le patient et lui seul donne le consentement nécessaire à la licéité d'un acte médical portant atteinte à cette intégrité, a accédé au grade de réalité juridique effective grâce à un important arrêt du 14 décembre 2001 par lequel notre Cour de cassation a clairement pris position sur le fondement des droits du patient et a, ce faisant, fermement consolidé l'édifice des droits de la personnalité s'agissant d'une atteinte médicale au corps<sup>11</sup>. En définitive, le droit (bio)médical, « droit du corps humain », est largement placé sous la bannière de la dignité de la personne humaine<sup>12</sup>, comme le droit fran-

çais le montre bien<sup>13</sup>. On constate toutefois actuellement que la portée, voire l'existence même d'un principe supérieur de dignité humaine, sont discutées et donnent lieu à des analyses captivantes<sup>14</sup>.

### B. Intégration du concept dans notre droit

*Autonomie du patient et pondération des valeurs.* — Sans doute inspiré par cette réglementation croissante et foisonnante du droit (bio)médical dans le système juridique le plus proche du nôtre — et plus généralement dans la quasi-totalité des pays occidentaux, de même qu'au niveau supranational<sup>15</sup> — le législateur belge s'est employé à élaborer, au cours des dernières années, plusieurs lois qui concrétisent la portée et les limites d'un droit à la maîtrise du corps. Il y eut bien sûr, au premier chef, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Les nombreuses applications de ces droits — spécialement dans les litiges de responsabilité médicale, question que l'on n'abordera pas ici — et les réflexions auxquelles ils donnent lieu placent clairement au premier plan l'autonomie du malade et, partant, sa maîtrise de son corps et de sa santé<sup>16</sup>. Parmi les autres textes importants, citons la loi du 7 mai 2004 relative

français d'un principe universel », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 213; M.-L. PAVIA, « La dignité de la personne humaine », in *Droits et libertés fondamentaux*, précité, p. 139.

(13) Au travers des principes posés par les articles 16 à 16-9 du Code civil, issus de la (première) loi « bioéthique » n<sup>o</sup> 94-653 du 29 juillet 1994. Pour une synthèse : *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits - Réalités et perspectives*, B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), P.U.F., 1999; J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique - Commentaire et analyse de la loi n<sup>o</sup> 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Litec, coll. Carré droit, 2005; A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006; J.-C. GALLOUX, « Le corps humain dans le Code civil », in *1804-2004 - Le Code civil - Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 381; J. PENNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Corps humain », 2005; V. SEBAG, *Droit et bioéthique*, Larcier, coll. Droit des technologies, 2007; D. THOUVENIN, « La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine », *D.*, 2005, pp. 116 et 172.

(14) Voy. surtout O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître - A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, coll. Le débat, 2002 et la « réponse » de B. EDELMAN, « L'arrêt Perruche : une liberté pour la mort? », *D.*, 2002, p. 2349; D. DE BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? - Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *R.T.D. civ.*, 2002, p. 47; E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », *R.T.D. civ.*, 2005, p. 19; D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas? - La liberté sexuelle et ses juges, étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508.

(15) En particulier par la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 avril 1997, et par la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, adoptée par l'Unesco le 19 octobre 2005. Pour un relevé des textes : M.-L. DELFOSSE et C. BERT, *Bioéthique, droits de l'homme et bio-droit*, Larcier, 2005.

(16) Pour une synthèse : *Droit médical*, Y.-H. LELEU (dir.), Larcier, C.U.P., vol. 79, 2005; *Actualités de droit médical*, E. THIRY (dir.), Bruylant, 2006; *Médecine et droit - Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Anthemis, 2007; *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. SCHAMPS (dir.), Bruylant - L.G.D.J., 2008; *adde* A. LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé? », *D.*, 2007, p. 1151.

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

(10) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », précité. On constate au demeurant une évolution dans la présentation classique de la matière. C'est ainsi que le doyen Cornu distingue judicieusement, dans le dernier état de ses écrits, d'une part, « le respect du corps humain » et « la protection des autres droits primordiaux de la personnalité » et, d'autre part, sous le premier de ces titres, « les atteintes portées au corps humain sans le consentement de celui qui les subit » et « la mesure du pouvoir de l'individu sur son propre corps ». Ce plan est doublement révélateur de l'avancée décrite (G. CORNU, *Droit civil - Les personnes*, Domat - Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 29-81). Voy. surtout, structurée autour d'une distinction entre « les personnes juridiques » et « la personne humaine », titre sous lequel sont successivement envisagés une « théorie générale des droits de la personnalité », « le corps humain » et « les utilités du corps humain », sur lequel le sujet détient un « pouvoir exclusif », la présentation progressiste et pertinente de F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2006, pp. 205-282.

(11) Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, 2129, concl. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note LELEU et GENICOT, « Autonomie corporelle de la personne et responsabilité médicale », *J.T.*, 2002, p. 261, note TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. DU JARDIN, note TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note FAGNART; R.-O. DALCQ, « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n<sup>o</sup> 13.488.

(12) Sur cette notion phare de la bioéthique, parmi une abondante bibliographie : *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), Economica, 1999; B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in *La personne en danger*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 1999, p. 505; M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *R.I.E.J.*, 2007, p. 1; J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 577; P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, 2003, pp. 67-81; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais?) usage en droit positif

aux expérimentations sur la personne humaine<sup>17</sup> — soit l'un des domaines fondateurs du droit international de la bioéthique — et évidemment la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie<sup>18</sup>.

Dans ce contexte, la loi commentée, au-delà des règles « techniques » qu'elle pose, participe de l'édification progressive du droit biomédical belge et, à ce titre, s'inscrit dans une réflexion sur les rapports entre le droit et la science qui a, on le sait, donné lieu à d'abondantes et pénétrantes études sur le plan juridique<sup>19</sup>. Sa genèse et son contenu témoignent de la survivance des nombreuses questions posées dans ce cadre. En amont, il est permis de penser que la loi du 6 juillet 2007 franchit en souplesse l'obstacle que constitue la difficulté de légiférer dans une matière aussi mouvante et chargée de poids moral qu'est la bioéthique<sup>20</sup>. En aval, elle confirme la double orientation évoquée plus haut. Comme bien d'autres normes — contraignantes ou incitatives, législatives ou supranationales — ainsi que les avis des instances éthiques, la loi met en permanence l'accent sur un double aspect : consécration des prérogatives corporelles nouvellement conquises par l'individu grâce aux progrès scientifiques; corrélativement, nécessité de borner ces prérogatives par l'imposition de barrières reflétant la présence constante de l'ordre social, juridique et moral, au travers de limitations visant à couper court à d'inévitables risques de dérives. Telle est singulièrement la fonction des principes supérieurs imposant le respect, non seulement de

la dignité humaine, mais aussi de l'intégrité de l'espèce humaine<sup>21</sup>. Il s'agit en d'autres termes de déterminer où doit se placer le subtil « curseur » sur une ligne allant d'une toute-puissance de l'individu à l'interdiction radicale qui lui serait faite de prétendre tirer avantage des progrès techniques. Cette tâche est ardue, et accomplie diversement même dans des ordres juridiques fort proches; il suffit, pour s'en convaincre, de comparer l'état du droit du corps humain en France et en Belgique. Elle évoque le délicat équilibre à effectuer entre des valeurs concurrentes et également dignes de protection — dont l'ensemble du droit (bio)médical est coutumier — la proportionnalité des impératifs à respecter, la pondération des intérêts en présence<sup>22</sup>.

Nous nous proposons d'examiner comment le législateur belge s'est acquitté de cette mission en encadrant, de manière souple et pondérée, la procréation médicalement assistée. Cette réglementation, de type plutôt technique, ne fait pas l'impasse sur certaines options juridiques et éthiques fondamentales. Elle témoigne d'une confiance faite aux mobiles affectifs et intimes des intéressés, sous un indispensable contrôle médical pluridisciplinaire. Dans un cadre général consensualiste, elle promeut certains principes essentiels qu'elle décline en divers aspects spécifiques.

## 2

## Le cadre général de la loi : un consensualisme balisé

### A. Filiation et bioéthique

Les enjeux bioéthiques et sociétaux des multiples aspects de la filiation sont cruciaux. De l'interruption volontaire de grossesse aux tests génétiques de paternité, qui voient se confronter de manière évidente la maîtrise corporelle du père prétendu et le droit de l'enfant de connaître ses origines<sup>23</sup>, la filiation est depuis longtemps au cœur des débats bioéthiques. Parmi ces enjeux, les diverses techniques de procréation médicalement assistée (ci-après : P.M.A.), de par les potentialités qu'elles révèlent et les innombrables questions connexes qu'elles suscitent, représentent certainement le sujet ayant

donné lieu à la littérature la plus fournie<sup>24</sup> et au plus grand nombre d'avis des comités consultatifs de bioéthique belge et français<sup>25</sup>. Ces travaux capitaux recèlent maintes réflexions transcendant les réglementations « techniques ».

*Berceau de la loi.* — Pendant de longues années, la Belgique était dépourvue de cadre juridique spécifique à cet égard. Elle n'était pas sans s'enorgueillir de la compétence et de la liberté de ses médecins et scientifiques en la matière, dont ils étaient supposés user avec raison et conscience<sup>26</sup>, au profit de couples ou de femmes célibataires, tant nationaux qu'étrangers, notamment français, depuis la réglementation restrictive de ces pratiques en France en 1994<sup>27</sup>. Le paysage médical, philosophique, juridique et sociologique dans lequel la loi du 6 juillet 2007 a vu le jour a été exposé de manière approfondie et pluridisciplinaire il y a quelques années, dans un ouvrage collectif auquel nous ne pouvons que renvoyer<sup>28</sup>.

La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*<sup>29</sup> (ci-après : la loi du 11 mai 2003), qui doit être lue conjointement avec la loi du 6 juillet 2007 qui y renvoie au sujet des recherches pouvant être menées sur les

(24) Bibliographie sélective : *Procréation et droits de l'enfant*, G. TEBOUL (dir.), Bruylant - Nemesis, coll. Droit & Justice, 2004, n° 57; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, L.G.D.J., 1996; J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit? - Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, P.U.F., 1987; *Procréation artificielle : où en sont l'éthique et le droit? - Une contribution multidisciplinaire et internationale*, C. BYK (dir.), Lacassagne - Masson, 1989; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997; J. TESTART, *La procréation médicalisée*, Flammarion, coll. Dominos, 1993; sous la direction du même auteur, *Le magasin des enfants*, Gallimard, Folio - Actuel, 1994.

(25) Comité consultatif de bioéthique belge : <http://www.health.fgov.be/bioeth>; comité consultatif national d'éthique français : <http://www.ccne-ethique.fr>; J.-P. COBAULT, « Quelle régulation pour les procréations médicalement assistées? - Une lecture des avis des comités d'éthique français et belge », in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), Bruylant, 2003, 97; J.-P. DUPRAT, « La nature juridique des normes émises par les comités d'éthique », in *Normativité et biomedecine*, précité, p. 193.

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

(27) Synthèses du droit français des P.M.A., F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil - Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2005, pp. 861-923; G. CORNU, *Droit civil - La famille*, Domat - Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2006, pp. 455-480; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2006, pp. 402-416; J. PENNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Corps humain », 2005, pp. 29-34.

(28) *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), Bruylant, 2003. Sur l'élaboration de la loi du 6 juillet 2007, M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *R.T.D.F.*, 2008, pp. 279-292.

(29) M.B., 28 mai 2003, commentée par N. DENIES, *J.T.*, 2003, p. 693 et Y.-H. LELEU, *R.T.D.F.*, 2003, p. 715; *La recherche sur l'embryon : qualification et enjeux*, M.-A. HERMITTE (dir.), Les études hospitalières, 2000; C. BYK, « La recherche sur l'embryon humain », *J.C.P.*, 1996, I, 3949; B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.*, 2000, chr., p. 451.

(17) Commentaires : E. LANGENAKEN, *J.T.*, 2005, p. 465; S. CALLENS et M. GOOSSENS, *N.J.W.*, 2004, p. 1190; H. NYS, in *Recht in beweging*, Maklu, 2005, p. 279; A. VIJVERMAN et T. VANSWEEVELT, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, pp. 2 et 22. *Adde* les avis du comité consultatif de bioéthique n°s 13 (9 juillet 2001), 31 (5 juillet 2004) et 40 (12 février 2007); C. LABRUSSE-RIOU, « Expérimentation humaine et éthique », in *Ecrits de bioéthique*, précité, p. 97. En jurisprudence, *Civ. Gand*, 11 octobre 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 636, note CALLENS, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 210, note VANSWEEVELT.

(18) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas - Variations sur le thème de l'autodétermination », *R.T.D.H.*, 2004, p. 1; G. GENICOT, « La maîtrise du début et de la fin de la vie », in *Les droits de la personnalité*, actes du 10<sup>e</sup> colloque de l'Association famille et droit de l'U.C.L., Bruylant, à paraître.

(19) Bibliographie sélective : *Bioéthique, bioéthiques*, L. AZOUX-BACRIE (dir.), Bruylant - Nemesis, coll. Droit & Justice, 2003, n° 45; *Le droit, la médecine et l'être humain - Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI<sup>e</sup> siècle*, P.U. Aix-Marseille, 1996; *Le droit saisi par la biologie*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), L.G.D.J., 1996; *Médecine, bioéthique et droit - Questions choisies*, M. GOBERT (dir.), Economica, 1999; *Médecine et droit - Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, précité; *Over zichzelf beschikken? - Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Maklu, 1996; *R.T.D.H.*, 2003, n° 54, « Progrès scientifiques ou techniques et droits de l'homme »; *Science, éthique et droit*, N.M. LE DOUARIN et C. PUIGELIER (dir.), Odile Jacob, 2007.

(20) Sur la production des normes en bioéthique : *De la bioéthique au bio-droit*, C. NEIRINCK (dir.), L.G.D.J., coll. Droit et société, 1994, en particulier M.-T. MEULDEERS-KLEIN, « La production des normes en matière bioéthique », p. 21; *Ethique médicale, bioéthique et normativités*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003; *Normativité et biomedecine*, B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), Economica, 2003; F. DRIEFUSS-NETTER, « Les rapports entre l'éthique et le droit dans le domaine de la biomedecine », in *Science, éthique et droit*, précité, p. 19; C. LABRUSSE-RIOU, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la "bioéthique" », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 275; B. MATHIEU, « La nécessité de la norme juridique en matière de bioéthique », in *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits - Réalités et perspectives*, précité, p. 21; V. SEBAG, *Droit et bioéthique*, précité, pp. 51-57.

(21) Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *La maîtrise de son corps par la personne*, précité. Sur le mécanisme argumentatif qui en résulte, le fascinant article précité de D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? »; voy. également le bel essai de S. BAUZON, *La personne biojuridique*, P.U.F., coll. Quadrige, 2006; la thèse de J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique - Science du droit, valeurs et biomedecine*, P.U.F., coll. Partage du savoir, 2002; et bien entendu les travaux essentiels de C. LABRUSSE-RIOU, réunis in *Ecrits de bioéthique*, P.U.F., coll. Quadrige, 2007.

(22) Sur ces questions, voy. la thèse de T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes - Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Larcier, coll. de thèses, 2005.

(23) Sur cette épineuse question, nous renvoyons aux avis du comité consultatif de bioéthique n°s 37 et 38 du 13 novembre 2006 ainsi qu'à l'annexe juridique à l'avis n° 37 et aux références citées (*Bioethica Belgica*, 2007, n° 27). Plus spécifiquement, sur le diagnostic prénatal, *Risquer de naître - Médecine prénatale et tests génétiques*, C. TILMANS-CABIAUX et J. DUCHÈNE (éd.), P.U. Namur, 2002.

embryons surnuméraires ou sur les gamètes, avait pavé la voie d'une réglementation plus globale. Les consciences semblaient mûres afin que, dans un paysage incitatif et normatif déjà bien dessiné<sup>30</sup>, une loi soit adoptée qui veillerait — en stabilisant les acquis éthiques d'une longue pratique plutôt qu'en imposant d'en haut une morale abstraite — à combiner harmonieusement l'autonomie du couple parental et les indispensables limites, jusque-là déontologiques et désormais juridiques, auxquelles elle doit être asservie.

La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (*M.B.*, 17 juillet 2007; ci-après : la loi) est issue d'une proposition de loi déposée au Sénat le 23 novembre 2005 qui fit, conjointement avec divers textes relatifs à la maternité de substitution ou aux mères porteuses, l'objet d'un avis fouillé du Conseil d'Etat du 14 février 2006. Au terme d'un travail de réflexion de qualité, principalement sénatorial, le texte fut adopté au Sénat le 15 juin 2006 et à la Chambre le 15 mars 2007<sup>31</sup>. Il a déjà fait l'objet de commentaires doctrinaux substantiels auxquels nous renvoyons, notamment pour un examen des travaux parlementaires plus approfondi que celui qu'autorise l'objet de la présente contribution<sup>32</sup>.

## B. L'embryon défini et protégé

La loi commence (article 2) par une impressionnante série de 22 définitions, intéressant exercice auquel le législateur est régulièrement contraint de se livrer<sup>33</sup> et qui suscite parfois certaines interrogations quant à leur qualité intrinsèque — linguistique ou scientifique — et à la latitude délaissée dans l'interprétation et l'ap-

plication du texte. On se bornera à suggérer, à propos de nombre des notions ainsi « officiellement » approchées (P.M.A., cryoconservation, gamètes, gamètes surnuméraires, gonades, implantation ou insémination *post mortem*, diagnostic génétique préimplantatoire, appariement...), un rapprochement des définitions légales avec celles dont on peut admettre qu'elles font autorité<sup>34</sup>.

*Définition fonctionnelle de l'embryon.* — L'embryon lui-même se voit qualifié de « cellule ou ensemble organique de cellules susceptibles, en se développant, de donner un être humain », l'embryon étant *in vitro* lorsqu'il « se situe hors du corps féminin » et surnuméraire s'il « a été constitué dans le cadre de la procréation médicalement assistée mais n'a pas été implanté chez la femme ». Ces définitions sont mot pour mot identiques à celles qui figurent à l'article 2 de la loi du 11 mai 2003. Elles sont dépourvues de réelle incidence ontologique sur la suite des réflexions : comme dans ce dernier texte, il ne s'agit que d'une qualification « fonctionnelle » visant à délimiter le champ d'application de la loi<sup>35</sup>.

Il importe de souligner que la loi soumet les gamètes et les embryons au même régime global. Elle ne distingue dès lors pas selon les stades du développement de la vie et, ainsi, confirme qu'il est pertinent d'appliquer à l'embryon la qualification d'être humain — existence biologique, nature humaine — au contraire de celle de personne au sens juridique qu'on ne saurait lui reconnaître, la distinction n'étant pas pure argutie<sup>36</sup>. Il semble, pour le surplus, vain de vouloir ajouter quoi que ce soit à un débat sans fin; le statut juridique de l'embryon et du fœtus — et la protection corrélative qu'il y a lieu de leur accorder — est probablement la question, parmi celles qu'a fait naître la P.M.A., qui a fait couler le plus d'encre<sup>37</sup>. Protéger l'embryon, déjà être, personne en devenir, n'implique pas

de l'affubler d'un costume juridique qui n'est pas fait pour lui et ne saurait lui convenir.

*Protection pénale de l'embryon.* — La Cour européenne des droits de l'homme le confirme lorsqu'elle estime « qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention », après avoir constaté qu'il n'y a pas de statut juridique clair de l'enfant à naître ni de consensus européen sur le statut de l'embryon. Dans son analyse, ce qui importe en cas d'atteinte mortelle involontaire au fœtus, c'est que la mère dispose de recours adéquats et efficaces afin de mettre en cause la responsabilité du médecin dans la perte de son enfant *in utero* et d'obtenir réparation de son préjudice<sup>38</sup>. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler qu'en droit belge, les critères du droit civil pour reconnaître le droit à la personnalité juridique sont étrangers au droit pénal; celui-ci protège l'enfant en train de naître contre tout acte volontaire ou involontaire entraînant sa mort et qualifie d'homicide involontaire l'acte du médecin qui, par sa faute ou sa négligence, cause, pendant l'accouchement, la mort d'un enfant en train de naître, bien que celui-ci n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine<sup>39</sup>.

## C. Les principes généraux consacrés par la loi

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

(30) Voy. les textes repris par M.-L. DELFOSSE et C. BERT, *Bioéthique, droits de l'homme et bio-droit*, précité, pp. 429-459. Rappelons que la Belgique était déjà dotée de deux arrêtés royaux du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins « médecine de la reproduction » doivent répondre pour être agréés et les critères de programmation applicables à ces programmes (*M.B.*, 25 mars 1999).

(31) Proposition de loi de Mmes De Roeck, Defraigne et Durant et de MM. Mahoux et Vankrunkelsven, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1440/1; rapport fait au Sénat au nom de la commission des affaires sociales par M. Cornil et Mme De Schampelaere le 7 juin 2006, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1440/9; rapport fait à la Chambre au nom de la commission de la santé publique par MM. Germeaux et Chevalier le 9 mars 2007, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2567/004. L'avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006 (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-417/3) porte particulièrement sur la compatibilité de la P.M.A., de ses conséquences et des règles visant à l'encadrer avec les normes supérieures et les droits fondamentaux applicables (n° 23-104).

(32) M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *R.T.D.F.*, 2008, p. 279; H. NYS et T. WUYTS, « De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtalige embryo's en de gameten », *R.W.*, 2007-2008, p. 762; des mêmes auteurs, *De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting*, Intersentia, 2007.

(33) *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Economica, 1999; G. BLANDIN, « Les interférences de la linguistique et du droit », in *Science, éthique et droit*, précité, p. 33; G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77; M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, P.U.F., 1994, p. 25; N. MOLFESSIS, « La langue et le droit », in *Langue et droit*, E. JAYME (éd.), Bruylant, 1999, p. 177.

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

(35) Y.-H. LELEU, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* », *R.T.D.F.*, 2003, p. 718, n° 6; N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2008, p. 886, note 12.

(36) P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain - personne juridique », *Dr. fam.*, 1997, chr. n° 9.

(37) Pour une synthèse : Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge? », *J.T.*, 2002, p. 657; C. LABRUSSE-RIOU et F. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *R.T.D.C.*, 2002, p. 579. Bibliographie sélective : *L'embryon humain - Approche multidisciplinaire*, B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), Economica, 1996; *L'embryon humain in vitro*, Y. ENGLERT et A. VAN ORSHOVEN (éd.), De Boeck, 2000; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997; M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *R.T.D. civ.*, 2000, p. 65; B. MATHIEU, « De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux », *R.T.D.H.*, 2003, n° 54, p. 387; G. MEMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu - De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *R.T.D. civ.*, 1990, p. 611; C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable? », *D.*, 2003, chr., p. 841; L. ROEGERS, « L'énigmatique embryon *in vitro* », in *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, précité, p. 135; C. SUREAU, « L'être prénatal - Illusion biologique, réalité humaine ou enjeu politique? », in *Science, éthique et droit*, précité, p. 201; voy. déjà M.-F. LAMPE, « Procréations assistées - Problèmes juridiques et éthiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître », *R.T.D.F.*, 1986, p. 152.

(38) C.E.D.H., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, *J.C.P.*, 2004, II, 10158, note LEVINET, D., 2004, p. 2456, note PRADEL, *R.T.D. civ.*, 2004, p. 714, obs. HAUSER et p. 799, obs. MARGUENAUD, *Dr. fam.*, 2004, p. 43, n° 194, note MURAT, *R.T.D.F.*, 2005, p. 368, *Grands arrêts de la C.E.D.H.*, P.U.F., 4<sup>e</sup> éd., 2007, p. 97; S. VAN DROOGHENBROECK, « *Leaving things undecided... Les incertitudes du juge européen sur le droit à la vie* », *Journ. jur.*, 2004/36, p. 11; E. SERVERIN, « Réparer ou punir? - L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, p. 2801; auparavant, F. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 337.

(39) Cass., 11 février 1987, *Pas.*, 1987, I, 694, concl. Janssens de Bisthoven, *J.T.*, 1987, p. 738, note KEFER, « La protection pénale de l'enfant à naître », *J.L.M.B.*, 1987, p. 630, note PREUMONT; auparavant, C. HENNAU-HUBLET, « La protection pénale du fœtus en droit belge face aux expérimentations biomédicales », *J.T.*, 1983, p. 336; *addé* Corr. Anvers, 24 novembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1423, notes DESMET et NYS, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 45; Liège, 8<sup>e</sup> ch. corr., 22 novembre 2007, inédit, notice n° 2007/CO/84. En France, où la jurisprudence de la Cour de cassation est plus stricte, J. SAINTE-ROSE, « Les atteintes à l'enfant en formation et les sanctions pénales », in *Procréation et droits de l'enfant*, précité, 85; du même auteur, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine? », *J.C.P.*, 2004, I, 194. Sur l'amendement qui visait à incriminer pénalement l'interruption involontaire de grossesse, F. BELLIVIER et P. EGEA, « Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique) », *D.*, 2004, p. 647.

centres<sup>40</sup> et proclame une nouvelle fois la stricte égalité des personnes et des couples.

**Gratuité.** — Conformément à l'idée d'une bioéthique de la maîtrise refusant tout risque de dérives, le don d'embryons surnuméraires ou de gamètes doit être gratuit, de même que leur affectation à un programme de recherche. On peut considérer qu'il existe en doctrine une unanimité quant à cette exigence. Est expressément interdite la commercialisation des embryons surnuméraires (article 19) et plus généralement des embryons et gamètes (articles 22 et 48), en application du caractère extrapatrimonial du corps humain et de ses éléments et produits<sup>41</sup>. S'agissant des prélèvements de gamètes, il est toutefois prévu que le Roi pourra fixer une indemnité couvrant les frais de déplacement ou de perte de salaire de la personne prélevée ainsi que les frais d'hospitalisation inhérents au prélèvement d'ovocytes de la donneuse (article 48). On retrouve ici une distinction classique entre rémunération — prohibée s'agissant d'éléments ou produits du corps humain — et défraiement, autorisé puisqu'il n'entraîne pas de profit<sup>42</sup>.

**Anonymat.** — L'anonymat résultant de l'utilisation de gamètes ou d'embryons au cours d'une P.M.A. est par principe garanti<sup>43</sup>. Le don d'embryons surnuméraires, licite, doit être anonyme (article 22). Ce n'est pas le cas du don de gamètes puisque « le don non anonyme résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs est autorisé » (article 57)<sup>44</sup>. Il va de soi

que, si l'anonymat du don de sperme peut aisément être envisagé, cela est beaucoup plus théorique s'agissant du don d'ovocytes, le traitement étant à ce point lourd qu'il est compréhensible qu'une femme ne s'y plie que pour aider une autre femme qu'elle connaît. Bien que la question de la valeur de la vérité et du secret en matière de filiation soit extrêmement délicate<sup>45</sup>, nous approuvons, sur le plan des principes, les mesures favorables au droit de l'enfant de connaître ses origines biologiques, ce droit fondamental devant prévaloir<sup>46</sup>. Il reste que cette hypothèse de don non anonyme est probablement vouée à demeurer marginale.

**Filiation.** — La conséquence juridique la plus marquante de l'anonymat est qu'aucun lien de filiation ne pourra être établi entre l'enfant à naître et le donneur : la filiation de l'enfant sera délibérément inexacte biologiquement (partiellement ou complètement) mais juridiquement inattaquable. Il s'agit d'une constante du recours aux P.M.A.<sup>47</sup>. Le schéma est tout différent

être anonyme; de manière prosaïque, on peut y voir une sorte d'« adultère procréatif médicalisé » librement consenti par les protagonistes. Il fut envisagé d'étendre cette exception à l'anonymat au don d'embryons surnuméraires, mais l'amendement en question fut retiré en raison des risques de « commercialisation déguisée » de ces embryons qu'entraînerait un « droit de suite » du donneur (rapport complémentaire fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat le 15 juin 2006, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1440/12). Il a été observé qu'« en clarifiant les règles de filiation et en renforçant la sécurité juridique des donneurs, le projet de loi ouvre la porte à la possibilité de développer des programmes de don non anonyme » (rapport, *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2567/004, 8-9). Sur cette question, M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 331-341.

(45) Voy. l'avis n° 37 du comité consultatif de bioéthique du 13 novembre 2006 sur l'usage des tests A.D.N. en matière de détermination de la filiation et son annexe juridique, *Bioethica Belgica*, 2007, n° 27, p. 3 et 20; H. GAUMONT-PRAT, « Le droit à la vérité est-il un droit à la connaissance de ses origines? », *Dr. fam.*, 1999, n° 17; C. LABRUSSE-RIOU, « La vérité dans le droit des personnes », in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1988, p. 159 et in *Écrits de bioéthique*, P.U.F., coll. Quadrige, 2007, p. 49; C. NEIRINCK, « Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 29; F. RIGAUD, « Le droit de connaître ses origines », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), Bruylant - Nemesis, coll. Droit & Justice, 2008, n° 78, p. 105; D. SIROUX, « Filiations dissociées et accès aux origines : un chemin difficile entre secret et mensonge, anonymat et vérité(s) », *Gaz. pal.*, 9-10 juin 2006, p. 26; *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, L. KHAÏAT (éd.), Toulouse, Erès, 1995.

(46) Les réflexions sur le droit de l'enfant de connaître ses origines se sont renouvelées à la suite des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002 (*J.C.P.*, 2002, I, 157, n° 13), obs. SUDRE, *J.C.P.*, 2003, I, 148, obs. RUBELLIN-DEVICHI) et surtout *Odièvre c. France* du 13 février 2003 (*J.C.P.*, 2003, II, 10049, note GOUTTENNOIRE-CORNUT et SUDRE, *R.G.D.C.*, 2003, 403, note VAN BROECK, *Dr. fam.*, 2003, 23, note MURAT, *R.T.D.F.*, 2004, 629, *Gaz. pal.*, 16-18 janvier 2005, 11, note ROYANT). Dans son avis du 14 février 2006 (n° 79 et 93-95), le Conseil d'Etat estime que l'anonymat ne peut être absolu et doit toujours pouvoir être levé. La loi prévoit cependant que le centre doit garantir l'anonymat des donneurs en rendant inaccessible toute donnée permettant leur identification (articles 28 et 57).

(47) X. DIJON, « La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur », *R.G.D.C.*, 1990, p. 95; F. DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 2; du même auteur, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles? », *D.*, 1998, chr., p. 100; N. MASSAGER, « L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître », in *Dix années d'application du nouveau droit de la filiation*, éd. Jeune barreau de Liège, 1997, p. 135; M.-N. VEYS, « Afstamming na medisch begeleide voortplanting en

de celui de la classique possession d'état, qui peut produire le même effet, sous l'importante réserve du caractère intentionnel de la situation, où l'on a pu déceler une brèche dans le « traditionnel », mais très relatif, principe d'indisponibilité de l'état. Du point de vue de la filiation, la mère gestatrice, qui accouche, sera la mère juridique, qu'elle ait ou non fourni l'ovocyte, et le père juridique sera son mari ou son partenaire qui reconnaît l'enfant. L'anonymat se traduit par l'irrecevabilité de toute contestation de la présomption de paternité « si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence »<sup>48</sup>.

Par contraste, la reconnaissance paternelle du partenaire non marié avec la mère peut, en règle, être contestée, faute de disposition symétrique dans l'article 330 du Code civil<sup>49</sup>. Cette contestation d'une filiation paternelle établie par reconnaissance consécutivement à une P.M.A. avec donneur, théoriquement possible même si l'auteur de la reconnaissance a consenti à l'insémination, ne se satisfait toutefois naturellement pas de la seule preuve que l'enfant est issu de celle-ci. Il n'existe pas davantage de disposition incitant, voire contraignant, le partenaire de la mère, supposé pleinement engagé dans le processus procréatif auquel il doit avoir consenti, à assumer la paternité juridique de l'enfant<sup>50</sup>. L'implantation d'embryons surnuméraires ou l'insémination de gamètes provenant d'un don fait donc jouer les règles civiles de la filiation en faveur des auteurs du projet parental qui les reçoivent. Plus spécifiquement — car cela n'est pas une conséquence directe de l'application de ces règles — la loi précise qu'aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte aux donneurs ni ne peut être intentée à leur encontre par les receveurs ou par l'enfant né de l'insémination ou de l'implantation (articles 27 et 56)<sup>51</sup>.

*draagmoederschap* », *R.G.D.C.*, 2006, p. 402. Pour une critique, C. LABRUSSE-RIOU, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la "bioéthique" », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 285-286.

(48) Article 318, § 4, du Code civil, avant comme après la réforme de 2006. Il faut donc que l'enfant ait été conçu dans le cadre du projet procréatif auquel le père a consenti; il peut au demeurant s'agir de relations sexuelles avec un tiers (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005, p. 502, n° 625).

(49) Soit par l'homme qui revendique sa paternité (autrement dit le donneur qui aurait retrouvé la trace de l'enfant) — pourvu qu'il n'y ait pas possession d'état à l'égard du reconnaissant, ce qui sera rare — dans les délais fixés par l'article 330; soit par le partenaire reconnaissant lui-même, à condition qu'il prouve que son consentement a été vicié (par dol, dans l'hypothèse où la mère a en réalité conçu l'enfant avec un partenaire affectif et non au moyen du sperme du donneur; l'hypothèse n'est pas d'école : Bruxelles, 15 septembre 2005, *R.T.D.F.*, 2007, p. 165, commenté par D. PIRE, « Le droit des personnes et des familles », *Chron. not.*, Larcier, 2008, vol. 47, p. 119).

(50) Depuis la première loi « bioéthique » du 29 juillet 1994, le droit français est plus précis et plus strict, tant sur le plan des principes (articles 16-8 du Code civil) que sur celui de la filiation (articles 311-19 et 311-20 du Code civil) : les époux ou concubins qui recourent à une P.M.A. avec tiers donneur doivent préalablement donner leur consentement au juge ou au notaire et cela interdit toute action en établissement ou contestation de la filiation. En outre, l'homme qui, après avoir consenti, ne reconnaît pas l'enfant engage sa responsabilité envers ce dernier et la mère et sa paternité est judiciairement déclarée.

(51) Pour plus de détails, M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 350-358; H. NYS et T. WUYTS, *op. cit.*,

(40) La volonté affirmée était de laisser « une large marge de manœuvre au médecin ou au centre de fécondation consulté » et de créer « un cadre large et tolérant pour les patients tout en y posant quelques balises claires et essentielles pour les médecins et qui complètent les textes existants » (rapport, *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2567/004, p. 3). Cette souplesse se double de sanctions pénales fermes en cas d'abus (articles 73-74).

(41) Extrapatrimonial dans le sens « hors du marché », mais pas hors du commerce juridique, la circulation de nombreux éléments et produits humains étant organisée par la loi et permise par le droit; voy. l'avis du comité consultatif de bioéthique n° 43 du 10 décembre 2007 relatif à la problématique de la commercialisation de parties du corps humain; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 591, n° 12 et p. 594, n° 21; M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Arch. philos. dr.*, 1988, p. 323; comp. J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée - Une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993; X. DIJON, « Vers un commerce du corps humain? », *J.T.*, 2006, p. 501; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *R.T.D. civ.*, 2000, p. 47; I. MOINE, *Les choses hors commerce - Une approche de la personne humaine juridique*, L.G.D.J., 1997.

(42) Distinction déjà présente notamment dans l'article 4 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, pp. 215-216, n° 261.

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

(44) Autrement dit, les auteurs du projet parental pourront faire appel à un homme et à une femme de leur entourage afin d'obtenir un spermatozoïde et un ovule en vue de créer un embryon qui sera ensuite implanté chez la mère. Ce don de gamètes ne doit pas nécessairement

**Consensualisme.** — A l'aune du principe de maîtrise de la personne ou du couple et de leur droit de destination sur l'affectation des éléments biologiques provenant de leur corps<sup>52</sup>, l'aspect majeur de la loi consiste en la prévalence du consensualisme à tous les stades : le processus est en permanence de type contractuel<sup>53</sup>. Ceci confirme clairement le recul du « principe » d'indisponibilité du corps humain, qui ne saurait être indisponible pour le sujet lui-même. Ainsi qu'il a été démontré de manière percutante et audacieuse, le principe est désormais plutôt la disponibilité du corps et l'indisponibilité, qui émane de « l'imaginaire doctrinal », n'a de valeur qu'incantatoire et n'est qu'une exception aux contours fort limités et en maintes circonstances non conforme à la réalité des faits<sup>54</sup>. Préalablement à toute démarche médicale relative à la P.M.A., les auteurs du projet parental (soit « toute personne ayant pris la décision de devenir parent » par le biais d'une P.M.A.) et le centre établissent une convention (article 7) qui mentionne, le cas échéant, leur accord en vue de la réalisation d'un diagnostic génétique préimplantatoire (article 69). De même, préalablement à toute implantation d'embryons ou insémination de gamètes, une convention similaire prévoit l'affectation, dans certaines circonstances, des embryons ou gamètes surnuméraires cryoconservés (articles 13 et 42)<sup>55</sup>. Conformément au principe de révocabilité *ad nutum* du consentement en matière d'atteintes au corps humain<sup>56</sup>, les instructions des auteurs du projet parental peuvent être modifiées, par écrit, jusqu'à l'ac-

complissement de la dernière instruction donnée (articles 8, 14 et 43), sous réserve de l'expiration du délai de conservation des gamètes ou des embryons surnuméraires. S'il s'agit d'un couple, les instructions et modifications doivent naturellement être faites de commun accord<sup>57</sup>.

**Rupture du couple.** — Il ne se conçoit pas, sous l'angle du droit au respect de la vie privée et familiale, qu'une décision quelconque en matière de P.M.A. soit prise sans l'implication du partenaire affectif. Il est toutefois parfaitement logique que le raisonnement en termes de logique contractuelle confère en quelque sorte, une fois la rupture du couple consommée, une « prime au refus de devenir parent » émis par l'un des ex-partenaires, que ne tient pas en échec le droit de l'autre protagoniste d'avoir un enfant biologique. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître de cette douloureuse question — dans laquelle il n'y a donc plus, au sens de la loi belge, d'instruction « donnée de commun accord » en vue d'une implantation — dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*<sup>58</sup>, dont il n'est pas possible d'exposer ici les tenants et aboutissants et qui a donné lieu à des commentaires en sens divers<sup>59</sup>. On se bornera à rappeler qu'après avoir judicieusement posé qu'au sens de l'article 8 de la Convention, la notion de vie privée englobe « le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir », la Cour considère qu'en autorisant un homme à révoquer son consentement à l'implantation chez son ex-compagne d'embryons conçus conjointement par eux — implantation qui constituait pour celle-ci l'ultime possibilité de devenir mère génétique, en raison de l'ovariectomie qu'elle avait dû subir à la suite de graves tumeurs précancéreuses — le Royaume-Uni n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il dispose, s'agissant du juste équilibre à ménager entre des intérêts privés diamétralement opposés et tous deux dignes de protection, et n'a, partant, violé ni l'article 8 ni l'article 14 de la Convention<sup>60</sup>. Quelque dramatiques que soient

les circonstances très particulières de l'espèce, la solution paraît s'imposer<sup>61</sup> : lorsqu'un couple se sépare, c'est celui ou celle qui refuse de poursuivre les projets communs, quels qu'ils soient et en ce compris l'engendrement, qui est, *de facto* et *de jure*, en mesure d'imposer sa volonté « négative » à l'autre. La même solution devrait prévaloir dans le système mis en place par la loi commentée, dans l'hypothèse d'un désaccord survenant au sein du couple quant à l'affectation de leurs embryons, bien que la formulation de l'article 14 selon lequel le centre « tiendra compte de la dernière instruction donnée de commun accord par les deux auteurs du projet parental » soit ambiguë dans un cas semblable à celui de l'affaire *Evans*...<sup>62</sup>.

#### D. Le champ d'application de la loi

La loi envisage quatre grandes questions : la P.M.A. en tant que telle (articles 3 à 8); les embryons surnuméraires (articles 9 à 36); les gamètes (articles 37 à 65); le diagnostic génétique préimplantatoire (articles 66 à 72). Ce plan ne respecte pas strictement la chronologie du processus : la procréation, acte central, peut laisser subsister des embryons surnuméraires sur le sort desquels il faut alors se pencher; en amont, se pose le problème des gamètes permettant cette procréation et du diagnostic préimplantatoire susceptible d'être conduit sur les embryons. Signalons que, par l'effet combiné des deux textes, l'ensemble des traitements relevant de la loi du 6 juillet 2007 sont soumis à celle du 22 août 2002 relative aux droits du patient, vu la généralité de son champ d'application, et doivent sans conteste être considérés comme des actes médicaux entrant dans la sphère des soins de santé, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent.

**Monopole.** — L'article 3 réserve « les activités de fécondation *in vitro* et de cryoconservation d'embryons, de gamètes, de gonades et fragments de gonades » aux centres de fécondation (ci-après : les centres), renvoie au Roi l'établis-

pp. 771-773. Les personnes qui prennent connaissance d'informations permettant d'identifier des donneurs ou de données personnelles afférentes aux auteurs du projet parental sont évidemment tenues au secret professionnel et soumises à l'article 458 du Code pénal (articles 28, 57 et 70).

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

(53) Sur le modèle contractuel en bioéthique, F. BELLIVIER et C. NOVILLE, *Contrats et vivant - Le droit de la circulation des ressources biologiques*, L.G.D.J., 2006.

(54) M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *R.T.D. civ.*, 1992, p. 489. Comp. M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle - Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, P.U.F., 1994, p. 317 et in *La personne, la famille et le droit - 1968-1998 - Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant - L.G.D.J., 1999, p. 135; D. ROMAN, « A corps défendant - La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, p. 1284; A. SERIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 147. Pour une description de cette évolution, voy. l'avis du comité consultatif de bioéthique n° 43 du 10 décembre 2007 sur la commercialisation de parties du corps humain, ainsi que J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, A. WIJFFELS (dir.), Bruylant, 2005, p. 269.

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

(56) Principe inscrit notamment aux articles 5 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et 6 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, sans parler de l'article 8, § 4, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

(57) « Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur », in *Médecine, bioéthique et droit - Questions choisies*, M. GOBERT (dir.), Economica, 1999, pp. 115 et s.

(58) C.E.D.H., gde ch., 10 avril 2007, *D.*, 2007, p. 1202, obs. C. DELAPORTE-CARRÉ; précédemment et dans le même sens, C.E.D.H., 4<sup>e</sup> sect., 7 mars 2006, *Gaz. pal.*, 8-9 décembre 2006, p. 37, note MILLER, *R.T.D. civ.*, 2006, p. 255, obs. J.-P. MARGUENAUD. Rapp. C.E.D.H., 5 septembre 2002, *Boso c. Italie*; comp. C.E.D.H., gde ch., 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, réformant C.E.D.H., 4<sup>e</sup> sect., 18 avril 2006, où était en cause un conflit entre des intérêts privés convergents et l'intérêt public.

(59) Nous nous rallions pleinement à l'analyse de N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2008, p. 879; comp. L. AZOUX-BACRIE, « Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, précité, p. 91, selon qui « il apparaît nécessaire d'assouplir la condition du consentement bilatéral et d'insister sur l'aspect compassionnel » et qui admet que « l'aventure de la procréation et de ses contraintes se (fasse) sans le nécessaire soutien du compagnon », ce qui laisse pour le moins perplexe; J.-P. MARGUENAUD, obs. précitées, dénonce quant à lui « une abdication de la logique des droits de l'homme face à la logique contractuelle la plus réfractaire à l'idée de solidarité », mais on peine à percevoir la pertinence de cette idée, s'agissant d'un couple séparé...

(60) La grande chambre observe très pertinemment, d'une part, que « la décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un trai-

tement par F.I.V. puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par F.I.V. » et, d'autre part, « qu'il n'y a pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de (son ex-compagnon) au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle » (§§ 89-90). Il convient en outre de souligner que les concubins avaient été pleinement informés de ce que, conformément aux dispositions légales applicables, chacun d'eux aurait la possibilité de retirer son consentement à tout moment, jusqu'à l'implantation des embryons.

(61) Tant il est certain, d'une part, « que les investissements réciproques ne se limitent pas aux actes techniques de la fécondation *in vitro* mais se prolongent dans un engagement parental à long terme qui engage l'enfant dans la construction de son identité, dans son entretien et son éducation » et, d'autre part, « que l'intérêt prépondérant de l'enfant n'est sans doute pas de se voir imposer un parent qui, dès avant la grossesse de sa mère, a manifesté son souci de ne pas assumer une parenté » (N. GALLUS, *op. cit.*, pp. 890 et 894).

(62) Dans le même sens, l'unique disposition transitoire (article 75) prévoit que le centre qui est en possession de gamètes, gonades, fragments de gonades ou embryons surnuméraires qui lui avaient été confiés, avant l'entrée en vigueur de la loi, en vue de leur conservation et dont la destination n'a pas été fixée, s'enquiert du souhait du (des) auteur(s) du projet parental. S'il est impossible de connaître un souhait univoque, le matériel biologique est détruit, en tenant compte des délais définis dans la loi.

sement des normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution de ceux-ci et précise qu'« à défaut, les centres de fécondation appliquent les procédures conformes aux données acquises de la science et aux usages de la profession », à commencer par les lois des 22 août 2002, 11 mai 2003 et 6 juillet 2007. De même, le diagnostic génétique préimplantatoire ne peut être effectué que dans un centre de fécondation et dans un centre de génétique humaine qui ont établi une convention de collaboration spécifique à cet effet (article 71)<sup>63</sup>.

**Gestation pour autrui.** — La gestation pour autrui ou maternité de substitution n'a jamais été formellement interdite en droit belge et ne l'est pas davantage par la loi du 6 juillet 2007, qui à proprement parler ne l'envisage pas<sup>64</sup>. Par contraste, en France, depuis la loi « bioéthique » du 29 juillet 1994, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle<sup>65</sup>, bien que l'appréhension de cette question évolue aujourd'hui<sup>66</sup>. Il importe toutefois de ne pas confondre plusieurs hypothèses de stérilité féminine. Aucun problème ne se pose si la stérilité de la future mère atteint sa seule fonction « génitrice », la loi autorisant l'insémination *in vitro* de l'ovocyte d'une donneuse avec le sperme du futur père et l'implantation de l'embryon ainsi obtenu dans l'utérus de la future

mère, qui sera gestatrice à défaut d'être génitrice. Le texte ne régleme en revanche pas les hypothèses inverses d'implantation dans l'utérus d'une « mère porteuse » de l'embryon issu, soit de la rencontre des gamètes du couple parental (la future mère étant alors génitrice mais non gestatrice), soit de l'insémination de la mère porteuse avec le sperme du futur père (la future mère n'étant alors ni génitrice ni gestatrice), hypothèses dans lesquelles la mère porteuse s'engage à remettre à sa naissance l'enfant au couple stérile. Mais si la loi n'envisage pas expressément ces cas de figure, elle ne les proscrie pas davantage : une interprétation *a contrario* qui verrait dans cette absence de réglementation — en particulier du « statut » de cette « mère porteuse », qui n'est ni auteur du projet parental, ni donneuse, et du contexte nécessairement contractuel de son intervention — et dans la circonstance que la proposition de loi relative à la P.M.A. *sensu stricto* a abouti, au rebours de celles portant sur la maternité de substitution, un motif d'interdire celle-ci nous semble infondée et abusive<sup>67</sup>. Cette pratique est certainement la plus délicate à appréhender et pose des questions diverses d'une grande complexité<sup>68</sup>.

**Eugénisme et clonage.** — Les manipulations à visée eugénique et le clonage sont pour leur part bannies par les lois des 11 mai 2003 et 6 juillet 2007, celle-ci intégrant les définitions de celle-là. Tant le don d'embryons surnuméraires ou de gamètes que le diagnostic génétique préimplantatoire sont interdits lorsqu'ils sont à caractère eugénique, au sens d'« axé(s) sur la sélection ou l'amplification de caractéristiques génétiques non pathologiques de l'espèce humaine » (articles 23, 52 et 67)<sup>69</sup>. Sur ce

point — que l'on peut considérer comme l'un des socles de base d'une bioéthique humaniste tendant à assurer le respect de la dignité et de la singularité de l'homme — le législateur belge rejoint son homologue français, lequel se montre toutefois plus précis et plus strict lorsqu'il interdit tant l'eugénisme que le clonage, reproductif mais aussi à fins de recherche, commerciales, industrielles ou thérapeutiques<sup>70</sup>. La loi belge du 11 mai 2003 adopte, à l'instar du comité consultatif de bioéthique, une approche plus nuancée<sup>71</sup>. On voit que c'est ici l'humanité dans son ensemble qu'il s'agit de sauvegarder<sup>72</sup>.

## 3

### Le cadre spécifique : une réglementation souple et respectueuse

#### A. Procréation médicalement assistée et diagnostic génétique préimplantatoire

Il est permis de considérer que la P.M.A. est, depuis longtemps, bien comprise scientifiquement et psychologiquement et acceptée par la société, l'éthique et le droit. Cela est dû notamment aux nombreux travaux dont elle a fait l'objet; il n'est certainement pas inintéressant de se remémorer le chemin parcouru, l'engouement et les craintes que ces pratiques ont pu susciter, la profondeur de certaines réflexions et le caractère réfractaire, voire rétrograde, d'autres positions. Une certaine doctrine civi-

(70) Sur la prohibition de l'eugénisme depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, voy. l'article 16-4 du Code civil; la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 réformant le droit de la bioéthique y a ajouté toutes les formes de clonage (articles L. 2151-2 et s., C. santé publ.); J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique - Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Litec/LexisNexis, coll. Carré Droit, 2005, pp. 67-74; A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain », *J.C.P.*, 2004, I, 172; J.-C. GALLOUX, « La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique », *D.*, 2004, p. 2379; H. GAUMONT-PRAT, « La révision des lois bioéthiques et le clonage », *Dr. fam.*, 1999, comm. n° 75; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil - Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2005, pp. 71-76, n°s 67-72 et pp. 882-885, n° 932.

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

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

(63) L'article 72 précise que le nombre de centres habilités à pratiquer le D.P.I. est fixé par un arrêté délibéré en conseil des ministres, après avis du conseil national des établissements hospitaliers, et qu'il ne peut être inférieur à huit. Au surplus, ainsi que l'a relevé le Conseil d'Etat dans son avis du 14 février 2006 (n° 161), le monopole des centres n'est pas formulé de façon très précise. Il semble devoir s'en déduire, en l'absence de restrictions, qu'il est général.

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

(65) Article 16-7 du Code civil, qui fait suite à un arrêt marquant du 31 mai 1991 (*J.T.*, 1991, p. 767, note DIJON et MASSON, *J.C.P.*, 1991, II, 21752, concl. DONTENWILLE, note TERRÉ, *D.*, 1991, jur., p. 417, note THOUVENIN, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2000, t. I, n° 49, obs. TERRÉ et LEQUETTE) par lequel l'assemblée plénière de la Cour de cassation française casse très fermement, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, un arrêt audacieux de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 (*J.C.P.*, 1991, II, 21653, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU, *D.*, 1990, jur., p. 540, note BOULANGER). Voy. ensuite Cass. fr., 9 décembre 2003, *Defr.*, 2004, p. 592, note MASSIP, *D.*, 2004, p. 1998, note POISSON-DROCOURT; Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902, note GRANET, *Dr. fam.*, 2002, n° 142, note MURAT, *J.C.P.*, 2003, I, 101, obs. RUBELLIN-DEVICHI.

(66) Le 25 juin 2008, à la suite d'un nouvel arrêt « provocateur » de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 (*D.*, 2008, p. 2953, somm., note, *Gaz. pal.*, 27-29 janvier 2008, p. 20, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE), le Sénat français a diffusé un rapport d'information qui recommande une autorisation strictement encadrée de la gestation pour autrui, sous un régime légal et non contractuel; M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.*, 2008, p. 434; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Maternités de substitution, filiation et état civil - Panorama européen », *Dr. fam.*, 2007, études, p. 34.

(67) Sur ce que — quoiqu'en pense la doctrine majoritaire — la maternité de substitution peut apparaître, hors but de lucre, comme licite et relevant de la maîtrise du corps, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, précité, pp. 114-115, n° 119; *adde* l'article précité de M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) ». Le Conseil d'Etat relève d'ailleurs dans son avis précité (n° 26), au terme d'une analyse des droits fondamentaux applicables et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que, sur le principe du recours aux procédés de gestation pour autrui, aucune règle supérieure ne fait obstacle à l'adoption de textes visant à les autoriser et à les réglementer. De même, dans son avis n° 30 du 5 juillet 2004, le comité consultatif de bioéthique considère que la gestation pour autrui « est éthiquement acceptable en principe », quoiqu'elle fasse naturellement l'objet de conceptions éthiques divergentes.

(68) Bibliographie sélective : (*On*) *geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, K. BOELE-WOELKI et M. ODERKERK (dir.), Intersentia, 1999; S. DE MEUTER, « Het kind en zijn moeder(s) - Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap », *T.P.R.*, 1990, p. 645; J. FLAUSS-DIEM, « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *R.I.D.C.*, 1996, p. 855; I. MARTENS, « Familierrechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland - De zaak Baby D. », *T.J.K.*, 2006, p. 5; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997, pp. 812 et s.; P. SENAËVE, « Juridische aspecten van het draagmoederschap », *T. Gez.*, 1987-1988, p. 247; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, A.P.R., 2004, pp. 696-730; M.-N. VEYS, « Afstamming na medisch begeleide voortplanting in draagmoederschap », *R.G.D.C.*, 2006, p. 402; J.B.M. VRANKEN, « Contractualisering en draagmoederschap », *T.P.R.*, 1997, p. 1751.

(69) Par renvoi à l'article 5, 4<sup>o</sup>, de la loi du 11 mai 2003. Observons que l'appariement entre donneurs et receveurs — qui « consiste dans le choix des gamètes et des embryons surnuméraires (destinés) à éviter une trop grande dissemblance physique » entre eux — est licite et n'est pas considéré comme une pratique à caractère eugénique (articles 24 et 53).

liste est allée jusqu'à mettre en cause la légitimité des inséminations artificielles internes au couple parental, sans appel aux forces génétiques d'un tiers... Ce temps semble définitivement révolu<sup>73</sup>. Il reste qu'au rebours de la législation française de 1994, qui avait à faire œuvre novatrice à maints égards, la loi belge de 2007 s'installe dans un paysage déjà bien balisé par une éthique professionnelle rigoureuse, dominée par la conscience des actes et le respect des personnes, et peut dès lors se contenter d'énonciations assez générales.

**Accès à la P.M.A.** — L'autonomie est pleinement consacrée de ce point de vue. L'accès à la P.M.A. se voit placé sous la responsabilité de l'équipe médicale et non sous le joug d'une morale imposée. La seule limite que le législateur impose d'autorité tient à l'âge (article 4) : le prélèvement de gamètes ainsi que la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes ne sont ouverts qu'aux femmes âgées de quarante-cinq ans au maximum, l'implantation ou l'insémination ne pouvant quant à elles être effectuées au-delà de quarante-sept ans; le prélèvement de gamètes n'est ouvert qu'aux femmes majeures, avec par dérogation la possibilité d'un prélèvement pour cryoconservation de gamètes, d'embryons surnuméraires, de gonades ou fragments de gonades, sur indication médicale, chez un mineur<sup>74</sup>. Ces balises sont justifiées par des considérations biologiques et psycho-sociales.

L'une des options majeures du législateur belge, qui tranche avec le droit français, est de n'avoir imposé aucune restriction de principe quant aux choix de vie du/des demandeur(s)<sup>75</sup>.

(73) Bibliographie sélective, outre les références citées plus haut (note 24) : R. ANDORNO, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne? », *R.I.D.C.*, 1994, p. 141; J. HAUSER, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel? », *D.*, 1996, chr., p. 182; P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.*, 1987, chr., p. 189; M. KEMPEN, « Zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk », in *Over zichzelf beschikken?*, précité, p. 221; C. LABRUSSE-RIOU, « Les procréations artificielles : un défi pour le droit », in *Écrits de bioéthique*, P.U.F., coll. Quadrige, 2007, p. 112; C. NEIRINCK, « P.M.A. : six personnalités en quête d'auteur », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 307; P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit? », *D.*, 1988, chr., p. 109; A. ROUVROY, « Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées », *J.T.*, 1997, p. 769; P. SENAËVE, « Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven », *R.W.*, 1985, p. 625; A. SERIAUX, « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence? », *D.*, 1985, chr., p. 53; du même auteur, *L'enfant comme don*, in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 11; F. TERRÉ, « Génétique et sujet de droit », *Arch. philos. dr.*, 1989, p. 159; D. THOUVENIN, « Ethique et droit en matière biomédicale », *D.*, 1985, chr., p. 21; du même auteur, « De l'éthique biomédicale aux lois "bioéthiques" », *R.T.D. civ.*, 1994, p. 717.

(74) Dans ce cas, conformément à l'article 12 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, la convention est conclue entre le centre et les parents ou le tuteur (article 42). Il ne paraît pas permis de déceler ici, comme dans l'article 12, § 2, de la loi précitée, une consécration de la « capacité naturelle » des mineurs en matière médicale (Y.-H. LELEU, *J.T.*, 2003, p. 657, n<sup>os</sup> 47-50; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck, 2001, pp. 85-91, n<sup>o</sup> 106-111); récemment sur ce point, 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*, Bruylant, 2007, p. 3.

(75) Voy. les développements de l'avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006 (spécialement n<sup>os</sup> 34-62 et 97-103), ainsi que celui du 3 octobre 2005 portant sur l'adoption monosexuée et la beau-parenté (*Doc. parl.*, Ch., 2003-2004, n<sup>o</sup> 51-393/2); M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La

On sait que le droit belge refuse désormais, dans une très large mesure, de distinguer les types de couples et les choix affectifs. Dès lors, l'insémination ou l'implantation chez une femme célibataire se conçoivent, de même que chez une femme homosexuelle. La Belgique demeurera ainsi la destination privilégiée des femmes célibataires ou homosexuelles, en particulier françaises, auxquelles l'accès aux P.M.A. est refusé dans leur pays. La possibilité pour un homme seul ou vivant en couple homosexuel de devenir père n'est en revanche pas réglementée, à défaut pour la loi d'appréhender la gestation pour autrui. Si l'on conçoit que des objections peuvent être élevées, au regard de l'intérêt de l'enfant, à l'encontre de la parenté « unilinéaire » ou de l'absence délibérée de repère paternel *ab initio*, de sorte que la possibilité que permet la science de s'écarter du modèle biparental classique doit être appréhendée avec prudence, il y a lieu d'approuver l'option consistant à ne pas verrouiller cette possibilité dans la loi, mais à la maintenir dans le giron de l'éthique médicale, juridique et humaine, au gré des cas concrets<sup>76</sup>. Nous n'apercevons pas en quoi l'aptitude à devenir parent serait *a priori* fonction de l'orientation sexuelle ou d'un quelconque choix de vie personnel ou affectif.

Cette neutralité est conforme au dogme de stricte égalité des personnes et des couples que promeut désormais notre ordre juridique<sup>77</sup>. L'auteur du projet parental est ainsi sobrement défini comme « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée ». En conséquence, toute femme majeure — qu'elle vive ou non en couple et quel que soit ce couple : un couple est un couple — peut faire une demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes. Mais le centre, qui doit faire « preuve de la plus grande transparence quant à (ses) options en ce qui concerne l'accessibilité au traitement », a évidemment « la liberté d'invoquer la clause de conscience à l'égard des demandes qui (lui) sont adressées ». C'est donc à l'équipe médicale qu'il revient d'apprécier la légitimité de la demande, en fonction notamment de la personnalité du candidat à la P.M.A. et donc, entre autres, de son mode de vie. S'il refuse d'y donner suite, le

loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *R.T.D.F.*, 2008, pp. 295-304; H. NYS et T. WUYTS, *De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtalige embryo's en de gameten*, *R.W.*, 2007-2008, pp. 763-765.

(76) Entre dogmatisme et relativisme, le législateur a opté pour le pluralisme (M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 300-304 et les réf. citées), ce qui est pleinement son rôle. Sur cette épineuse question, M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *R.T.D. civ.*, 1988, p. 645 et, avec un « Post-scriptum - Dix ans après », in *La personne, la famille et le droit*, précité, p. 285; du même auteur, *Les bio-droits : à qui appartient l'enfant?*, in *La personne, la famille et le droit*, précité, p. 327; adde E. DE KEZEL, « Het begrip "het belang van het kind" », *R.W.*, 1998-1999, p. 1163.

(77) Rapp. la réforme de l'adoption, ouverte aux couples mariés ou non, hétérosexuels ou homosexuels, depuis les lois des 24 avril 2003 et 18 mai 2006, celle-ci ayant « supprimé le privilège du mariage et de l'hétérosexualité » (article 343, § 1<sup>er</sup>, C. civ.). Sur le faible impact pratique de cette réforme, en dépit des controverses qu'elle a suscitées, N. GALLUS, « La réforme de l'adoption », in *La famille dans tous ses états - Première évaluation des récentes réformes législatives*, éd. Jeune barreau de Liège, 2008, p. 84.

centre doit l'avertir par écrit dans le mois qui suit la décision en indiquant, soit les raisons médicales du refus, soit l'invocation de la clause de conscience, ainsi que, dans le cas où le demandeur en a exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre auquel il peut s'adresser (art. 5).

**Procédure.** — Si le centre décide de donner suite à la demande de P.M.A., il doit d'abord — préalable évident à une bonne orientation du traitement — vérifier, si cela s'indique, que les causes de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession. Cette vérification effectuée, le centre doit « fournir aux parties intéressées une information loyale » sur la P.M.A. ainsi qu'un « accompagnement psychologique avant et au cours du processus » (article 6). On retrouve à tous les stades cette obligation d'information préalable et élargie, non strictement cantonnée aux aspects médicaux du traitement; ceci évoque la réglementation de l'I.V.G. et de l'euthanasie. L'étendue de l'information requise tient naturellement à l'objet et au but très particuliers de la convention à conclure. D'un point de vue pédagogique, on pourra toutefois regretter que les points à aborder lors du colloque singulier soient décrits nettement moins précisément que dans ces deux autres législations.

**Diagnostic préimplantatoire.** — En amont du processus, le diagnostic préimplantatoire (D.P.I.) — défini comme la « technique consistant, dans le cadre d'une fécondation *in vitro*, à analyser une ou des caractéristiques génétiques d'embryons *in vitro* afin de recueillir des informations qui vont être utilisées pour choisir les embryons qui seront implantés »<sup>78</sup> — doit avoir une finalité médicale, celle d'éviter la naissance d'un enfant malade ou handicapé en implantant un embryon sain, tout comme un diagnostic prénatal défavorable ouvre la voie à un avortement thérapeutique (I.M.G.). La loi interdit à juste titre le D.P.I. s'il est à caractère eugénique ou axé sur la sélection du sexe, à l'exception de la sélection qui permet d'écarter les embryons atteints de maladies liées au sexe, car il comporte alors une visée thérapeutique (article 67). Pour le reste, elle contient une autorisation générale du D.P.I.<sup>79</sup>. Exceptionnel-

(78) Bibliographie sélective : I. FLORENTIN, « Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître », in *Le droit saisi par la biologie*, C. LABRUSSE-RIOU (dir.), L.G.D.J., 1996, p. 109; L. GAVARINI, « Experts et législateurs de la normalité de l'être humain : vers un eugénisme discret », in *Le magazine des enfants*, J. TESTART (dir.), Gallimard, Folio - Actuel, 1994, p. 217; B. MATHIEU, « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *Rev. dr. publ.*, 1999, p. 93; B. SÈLE et J. TESTART, « Le diagnostic préimplantatoire : quel outils, pour quelle quête? », in *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits - Réalités et perspectives*, B. FEUILLET-LE MINTIER (éd.), P.U.F., 1999, p. 159; A. SHAPIRA, « Preimplantation genetic diagnosis and sex selection : should we do it? », in *Procréation et droits de l'enfant*, G. TBOUL (dir.), Bruylant - Nemesis, coll. Droit & Justice, 2004, n<sup>o</sup> 57, p. 49; *Risquer de naître - Médecine prénatale et tests génétiques*, C. TILMANS-CABIAUX et J. DUCHÊNE (éd.), P.U. Namur, 2002, notamment les articles de N. HAUTENNE et C. TILMANS-CABIAUX.

(79) Les travaux parlementaires le confirment puisqu'il en ressort que la volonté du législateur n'a pas été d'interdire en règle générale le D.P.I. pour ne l'autoriser que dans certaines circonstances exceptionnelles, comme d'aucuns le souhaitaient, mais de laisser la gestion du D.P.I. aux centres de procréation et de génétique et de

lement, le D.P.I. est autorisé « dans l'intérêt thérapeutique d'un enfant déjà né du ou des auteurs du projet parental », pourvu alors que le centre estime que « le projet parental n'a pas pour seul objectif la réalisation de cet intérêt thérapeutique » (article 68). Le législateur a en effet souhaité prendre position sur la problématique délicate et controversée des « bébés médicaments », laquelle a, en raison des implications éthiques importantes qu'elle comporte, fait l'objet de l'essentiel des débats parlementaires sur ce point<sup>80</sup>.

Au surplus, les dispositions relatives au D.P.I. sont succinctes. Elles n'abordent pas la question des indications médicales qui l'autorisent, laquelle se voit donc confiée aux centres de génétique compétents, dont les parlementaires se sont accordés à reconnaître l'excellence du travail. N'ayant certes pas une vocation strictement médicale, la loi ne définit pas les maladies pouvant être considérées comme suffisamment graves pour justifier la « mise à l'écart » d'un embryon au profit d'un autre. Il semble logiquement devoir s'en déduire que, dès lors que le diagnostic révélera quelque « imperfection » que ce soit, une sélection pourra s'ensuivre, puisque telle est la finalité de cette technique. De même, la question du recours au D.P.I. en vue d'éviter la naissance d'un enfant porteur sain d'une maladie génétique grave, qui se pose en pratique, n'a retenu l'attention ni des parlementaires ni des commentateurs et est, partant, également maintenue sous la responsabilité des centres<sup>81</sup>.

n'énoncer que des balises générales (rapport fait à la Chambre le 9 mars 2007, *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2567/004, pp. 46-47). Tant au Sénat qu'à la Chambre, des amendements furent déposés en vue de n'autoriser le D.P.I. qu'à titre exceptionnel, en vue du dépistage d'une maladie génétique particulièrement grave reconnue comme incurable au moment du diagnostic et qui a été précisément identifiée au préalable chez l'un des parents, et de préciser que le D.P.I. ne peut avoir pour objet que la recherche de cette affection ainsi que des moyens de la traiter. Ces amendements restrictifs ont été rejetés.

(80) M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 346-350 et les réf. citées. Sur ce qu'il était déjà permis de penser que le fait de mettre en œuvre une P.M.A. pour concevoir un enfant dont certains organes ou tissus permettront la survie ou la guérison d'un frère ou d'une sœur malade est admissible si cela n'est pas — question de fait délicate à apprécier par l'équipe — le seul mobile du projet parental, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005, p. 114, n° 118. La loi confirme cette vue et, signe du caractère délicat de l'appréciation en question, prévoit que le centre de génétique humaine impliqué soit consulté et la confirme, son avis étant joint au dossier. Les dispositions de la loi relatives au D.P.I. apparaissent conformes au prescrit des articles 11 à 14 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

(81) A la question de savoir si le D.P.I. est interdit lorsqu'il en va de l'intérêt thérapeutique de l'enfant à naître, notamment dans le but de prévenir certaines affections génétiques, il fut répondu que ce cas « n'a rien à voir avec l'eugénisme et, en conséquence, ne relève pas de l'interdiction » et « est dès lors autorisé » (rapport fait au Sénat le 7 juin 2006, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1440/9, pp. 174-175). Reste à savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par « intérêt thérapeutique ». H. NYS et T. WUYTS (*op. cit.*, p. 775) se bornent à rappeler que le D.P.I. vise à sélectionner les embryons qui ne sont pas atteints d'une affection génétique sévère; selon M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS (*op. cit.*, p. 347, note 251), le D.P.I. « est habituellement utilisé afin d'éviter de replacer un embryon qui donnerait naissance à un enfant portant une maladie génétique grave ». Le parallèle avec les conditions strictes auxquelles un diagnostic prénatal défavorable ouvre la voie à un avortement thérapeutique (I.M.G.) est hasardeux car, si telle maladie est considérée comme une anomalie fœtale grave autorisant une I.M.G., le statut de porteur (sain) ne le sera généralement pas (R.J. COOK, B.M. DICKENS et M.F. FATHALLA,

## B. Embryons surnuméraires et gamètes

Il s'agit sans nul doute de l'aspect central de la matière, ce dont témoigne le nombre d'articles — symétriques — que la loi lui consacre. La nécessité, dans le cadre des P.M.A., de prélever les cellules reproductrices puis d'isoler l'embryon hors du corps de la femme, de même que l'existence d'embryons fécondés mais non implantés, qui induisent le délicat questionnement éthique et juridique relatif au sort à leur réserver, sont à la source et au cœur des nombreuses réflexions relatives à la nature et au statut de ce produit de la rencontre des gamètes qui, utilisé par la science, interroge le droit et parfois l'inquiète<sup>82</sup>. Nous approuvons tant la soumission des embryons surnuméraires, gamètes, gonades et fragments de gonades au même régime de principe que la teneur de celui-ci. Leur affectation est décidée par les demandeurs dans la convention et par eux seuls; ils ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une affectation différente de celle stipulée (articles 11 et 38). Ceci illustre la double idée que la maîtrise s'étend à ces éléments chargés d'un fort poids symbolique et qu'elle est permanente, le consentement donné présentant un caractère spécial<sup>83</sup>.

Les gamètes prélevés et les embryons fécondés et non implantés peuvent recevoir, au libre choix des auteurs du projet parental, trois destinations, outre la destruction (articles 10, 37 et 40) : la cryoconservation en vue de la réalisation du projet parental, qu'il soit actuel ou ultérieur; à défaut ou à l'expiration du délai de cryoconservation, l'intégration dans un protocole de recherche scientifique conformément à la loi du 11 mai 2003; enfin, l'affectation à un programme de don d'embryon ou de gamètes en vue d'une P.M.A. chez un autre couple<sup>84</sup>. Le délai de cryoconservation des embryons surnuméraires en vue de la réalisation d'un projet parental est de cinq ans à dater du jour de la cryoconservation et, pour les gamètes, de dix ans. A l'expiration de ce délai, le centre effectue, logiquement, « la dernière instruction » exprimée par les auteurs du projet parental dans la convention, sans pouvoir la modifier. Le délai peut être réduit, à la demande expresse de ceux-ci, et cette réduction est alors indiquée dans la convention; par dérogation, les auteurs du projet parental peuvent aussi demander que la durée du délai soit prolongée en raison de circonstances particulières<sup>85</sup>.

« Diagnostics prénatal et génétique préimplantatoire — Risques de transmission de maladies », in *Santé de la reproduction et droits humains - Intégrer la médecine, l'éthique et le droit*, Masson, 2005, p. 378). Cette question fera prochainement l'objet d'un avis du comité consultatif de bioéthique.

(82) Voy. les références doctrinales citées *supra* notes 24, 37 et 73.

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

(84) Pour une analyse exhaustive, M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 308-346. La loi précise à bon escient (article 9) que, sauf indication médicale, il ne peut être procédé à de nouveaux prélèvements de gamètes pour constituer d'autres embryons tant que les auteurs du projet parental disposent encore d'embryons surnuméraires cryoconservés, pourvu que ceux-ci satisfassent aux normes sanitaires requises, l'appréciation de cette sécurité sanitaire étant évidemment effectuée par le centre.

(85) Cette demande est faite par un écrit signé par toutes les parties signataires de la convention et le centre doit y répondre « dans un délai raisonnable ». Si la réponse

*Utilisation dans le cadre d'un projet parental.* — A la demande d'un couple qui nourrit un projet parental ultérieur, le centre peut donner suite à une demande de P.M.A. et procéder à une nouvelle implantation d'embryons surnuméraires cryoconservés, pourvu évidemment qu'il s'assure, préalablement à toute démarche médicale, du consentement effectif des deux auteurs à cette nouvelle implantation (article 12). Les mêmes règles s'appliquent logiquement à l'insémination artificielle de gamètes (article 41)<sup>86</sup>. Dans ce cadre, le législateur a adopté une option éthique importante, fruit d'un compromis, d'un choix politique : lorsque les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des gamètes ou des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et s'ils l'ont expressément prévu dans la convention, l'implantation *post mortem* d'embryons surnuméraires ou l'insémination *post mortem* de gamètes est permise (articles 15 et 44). L'hypothèse, vouée à demeurer exceptionnelle, est soumise à des conditions strictes et à l'appréciation des centres, qui peuvent naturellement invoquer la clause de conscience<sup>87</sup>. Un double délai est prévu dans les deux cas : il ne peut être procédé à l'implantation ou à l'insémination que six mois après le décès de l'auteur du projet parental qui a sollicité la cryoconservation et au plus tard dans les deux ans qui suivent ce décès. Ces délais sont impératifs, toute disposition conventionnelle contraire étant nulle de plein droit (articles 16 et 45).

*Affectation à un programme de recherche.* — Celle-ci n'est autorisée que si, à nouveau, elle a été expressément prévue dans la convention. Il convient ici de se référer à la loi du 11 mai 2003 — à laquelle il est expressément renvoyé — quant au cadre des recherches, aux conditions de fond et de procédure de celles-ci et aux limites juridiques et éthiques. Conformément à ce texte, la loi précise que la décision d'affecter les embryons surnuméraires ou les gamètes à la recherche peut être retirée jusqu'au début de ladite recherche (articles 20 et 49)<sup>88</sup>. Lorsque les embryons surnuméraires ou les gamètes sont affectés à un programme de recherche,

est positive, la prolongation du délai est indiquée dans la convention. Si elle est négative, le délai de conservation n'est pas prolongé et « la dernière instruction » donnée est exécutée (articles 17-18 et 46-47).

(86) Le centre doit respecter l'obligation d'information générale et d'accompagnement psychologique et, en particulier, informer les auteurs du projet parental sur les conditions et le délai de conservation de leurs gamètes ou embryons surnuméraires et sur les affectations possibles de ceux-ci à l'expiration dudit délai.

(87) H. NYS et T. WUYTS, *op. cit.*, pp. 773-774; M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS (*op. cit.*, pp. 316-321) relèvent qu'il s'agit de « l'un des aspects de la régulation juridique » des P.M.A. « qui ont suscité le plus de controverses » et qui ont été « les plus discutés au cours du processus législatif qui a abouti à l'adoption de la loi »; voy. les avis du comité consultatif de bioéthique n° 19 du 14 octobre 2002 (destination des embryons congelés) et n° 28 du 21 juin 2004 (procréation après le décès du/de la partenaire). Rapp. A. VIVVERMAN, S. TACK et F. DEWALLENS, « Het *post mortem* gebruik van lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 274; comp., en France, C. CHABAULT, « À propos de l'autorisation du transfert d'embryon *post mortem* », *D.*, 2001, p. 1395; P. MORIN, « L'interdiction opportune de l'implantation *post mortem* d'embryon », *Defr.*, 2004, p. 355.

(88) Nouvelle illustration du « droit de destination » et du principe de révocabilité *ad nutum*; N. DENIES, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* ou la science à l'épreuve du droit », *J.T.*, 2003, p. 693; Y.-H. LELEU, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* », *R.T.D.F.*, 2003, p. 715.

leur délai de conservation est fixé par le centre (articles 21 et 50).

*Don d'embryons surnuméraires ou de gamètes.* — Ce don, qui doit être gratuit et anonyme ainsi qu'on l'a déjà relevé, est licite. Les principes généraux qui s'y appliquent respectent tant le droit à la maîtrise et le principe d'anonymat que les limites résultant des impératifs bioéthiques fondamentaux. Tout comme le D.P.I., le don est interdit s'il est axé sur la sélection du sexe, sauf s'il s'agit d'écarter les embryons ou les gamètes atteints de maladies liées au sexe, et bien sûr s'il est à caractère eugénique (articles 23 et 52). A l'instar de la prohibition du clonage, ces barrières s'inscrivent dans un souci universel de protection de l'intégrité de l'espèce humaine<sup>89</sup> et de rejet des discriminations « anténatales » liées au sexe; elles visent à garantir la singularité ultime de la personne. Dans ce même esprit, la loi précise (articles 25-26 et 54-55) que l'implantation simultanée d'embryons ou l'insémination simultanée de gamètes provenant de donneurs différents est interdite et que les embryons ou les gamètes d'un même donneur ou couple de donneurs ne peuvent conduire à la naissance d'enfants chez plus de six femmes différentes.

Si l'affectation altruiste est envisagée par les auteurs du projet parental, le centre doit spécifiquement les informer « loyalement » sur la procédure de prélèvement et sur les conséquences de cette affectation, laquelle est à nouveau expressément indiquée dans la convention. Celle-ci doit, dans ce cas, mentionner l'engagement pris par les donneurs « de se soumettre à tout examen et de fournir toutes les informations médicales nécessaires à la mise en œuvre de la loi, afin de permettre au centre de s'assurer du respect de la sécurité sanitaire » des embryons ou gamètes donnés, et préciser la destination que les donneurs entendent affecter à ceux-ci (détruits ou affectés à un protocole de recherche scientifique) si les résultats de ces examens s'avèreraient incompatibles avec le don ou si les donneurs refusent ou s'abstiennent ultérieurement de se soumettre aux examens prévus (articles 29-30 et 58-59). On peut retenir de cette rédaction quelque peu alambiquée, outre qu'elle met au premier plan la légitime exigence de sécurité sanitaire, corollaire du principe de précaution<sup>90</sup>, qu'elle conforte une fois encore l'idée centrale de maîtrise, de droit de destination, sous le sceau de laquelle s'inscrit la loi. Trois affectations sont possibles et, si l'affectation altruiste envisagée s'avère médicalement inopportune, il revient aux géniteurs et à eux seuls de décider du sort à réserver à leurs embryons.

(89) Voy. les références citées *supra* notes 70 et 72; *addé*, sur la protection de l'intégrité de l'espèce humaine comme limite assignée à la maîtrise du corps, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 595, n<sup>os</sup> 25-26.

(90) M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 444, 2005; A. DE LAJARTRE, « Lois bioéthiques et sécurité sanitaire », in *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits - Réalités et perspectives*, précité, p. 283; M.-A. HERMITTE et C. NOUVILLE, « L'obligation d'information en matière de santé publique, à la lumière de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », *Gaz. pal.*, 1998, p. 42; C. LABRUSSE-RIOU, « Responsabilité, droit des personnes et sciences de la vie », in *Écrits de bioéthique*, P.U.F., coll. Quadrige, 2007, p. 287; B. MATHIEU, « L'avenir du principe de précaution? », *J.C.P.*, 2001, I, 2025; P. SARGOS, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *J.C.P.*, 2000, I, 226.

La loi interpelle en ce qu'elle énonce, aux articles 30 et 59 *in fine*, qu'« une fois que la procédure de don (des embryons surnuméraires ou des gamètes) est engagée, le don est irrévocable ». Quand décidera-t-on que la procédure « est engagée »? En vertu des articles 8, 14 et 43, les instructions des auteurs du projet parental peuvent être modifiées « jusqu'à l'accomplissement de la dernière instruction donnée »; la notion d'accomplissement (concrétisation) est plus précise que celle d'engagement d'une procédure (initialisation). Il convient assurément de poser en règle, dans ces matières inextricablement liées au vécu corporel et psychologique intime, que les auteurs du projet parental peuvent changer d'avis jusqu'au tout dernier moment médicalement et techniquement possible. La révocabilité du consentement a d'autant plus de sens que celui-ci engage la personne dans son être même<sup>91</sup>.

Des règles particulières sont applicables à la receveuse ou au couple receveur qui, outre l'obligation générale d'information, doivent être renseignés précisément quant à la procédure suivie. Ils introduisent une demande d'implantation d'embryons surnuméraires ou d'insémination de gamètes<sup>92</sup>, à laquelle le centre doit répondre dans les deux mois (articles 32 et 61). Conformément aux règles générales évoquées plus haut, s'il répond favorablement, une convention est établie; s'il répond négativement, il indique, soit les raisons médicales du refus, soit l'invocation de la clause de conscience qui lui est octroyée, ainsi que, dans le cas où les candidats receveurs en ont exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre auquel ils peuvent s'adresser (articles 33 et 62). Ici encore, le délai de conservation des embryons surnuméraires et des gamètes — qui constitue depuis longtemps l'un des points de focalisation des réflexions — est fixé par le centre s'ils sont « affectés à un programme de don » (articles 34 et 63). Il est certainement préférable, en effet, de ne pas verrouiller cette question technique et éthique dans la loi.

### C. Collecte et diffusion des informations génétiques

Il semble y avoir lieu d'émettre quelques réserves sur les dispositions relatives à la collecte et à la diffusion des informations personnelles dans le cadre des dons d'embryons ou de gamètes. Il est prévu que le centre collecte pour chaque donneur « les informations médicales » relatives aux géniteurs ou au donneur qui sont « susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître », les « caractéristiques physiques » des géniteurs ou du donneur et « les informations nécessaires à l'application de la présente loi »<sup>93</sup>. Ces infor-

(91) Rappelons de surcroît que cette règle est imposée — pour autant que de besoin, car elle va de soi — par les articles 8, § 4, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, 5 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997 et 6 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme du 19 octobre 2005.

(92) S'il s'agit d'un couple — on rappellera que cela n'est pas exigé — la demande doit évidemment être signée par les deux auteurs du projet parental; pour plus de détails, M.-N. DERESE et G. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 326-346; H. NYS et T. WUYTS, *op. cit.*, pp. 768-769.

(93) La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à

mations relatives aux donneurs peuvent être communiquées par le centre « à la receveuse ou au couple receveur qui le demande au moment de faire un choix » et, « pour autant que la santé de la personne qui a été conçue (par l'implantation d'embryons surnuméraires ou l'insémination de gamètes) le requière, à son médecin traitant et à celui de la receveuse ou du couple receveur », autrement dit de ses parents (articles 35-36 et 64-65). Ces dispositions, qui sont au cœur de l'intersection entre génétique, bioéthique et vie privée et visent une problématique sensible<sup>94</sup>, ne paraissent pas avoir fait l'objet de réflexions suffisamment approfondies. La loi ne précise pas les informations dont la collecte est autorisée auprès des donneurs; ici encore, elle s'en remet à la déontologie des centres. Cela peut se concevoir, dans un paysage éthique dominé par une pratique efficace, saine et raisonnable, mais, à tout prendre, le législateur eût pu mettre à profit son intervention pour cibler un peu mieux les données qui peuvent ou ne peuvent pas être sollicitées et divulguées.

*Imprécision et risques corrélatifs.* — Force est en effet de constater que les notions d'informations médicales relatives aux géniteurs qui sont « susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître », de « caractéristiques physiques » des géniteurs et d'« informations nécessaires à l'application de la présente loi » sont à cet égard très vagues. Du point de vue de l'indispensable droit de chacun au respect de sa vie privée — la génétique s'analysant comme le langage intime du corps — elles laissent une trop large porte ouverte, alors que des balises plus nettes auraient pu être fixées. Cette imprécision, qui constitue sans doute l'un des points faibles de la loi, pourrait susciter un conflit potentiel entre la protection de la santé (privée et publique) et le nécessaire respect de l'indétermination biologique déléguée des filiations procédant d'une P.M.A. qui, comme toutes les autres, doivent laisser une part au destin. Quelles informations relatives aux donneurs — puisqu'on ne peut déterminer *in abstracto* celles qui peuvent licitement être récoltées — apparaîtront « nécessaires » aux receveurs « au moment de faire un choix » et selon quels critères acceptables ce choix peut-il s'effectuer? Cet aspect peut être mis en parallèle avec l'absence, dans la loi, de toute indication quant aux maladies ou affections qui pourront, au moyen d'un diagnostic génétique préimplantatoire, permettre la « sélection » d'un embryon au détriment d'un autre. Sur ces deux plans, le texte aurait gagné à être plus précis : dans ces matières sensibles, il convient de ne jamais perdre de vue que l'idée de « choix » ou de « sélection » évoque irrésistiblement le concept de « normalité », lequel n'est guère éloigné de celui de « perfection » et peut conduire — au départ d'un légitime souci de santé — vers les trop célèbres « pentes glissantes » de la bioéthique.

caractère personnel s'applique; un système d'échange d'informations entre les centres de fécondation devra être établi par arrêté royal.

(94) *La protection des données médicales - Les défis du XXI<sup>e</sup> siècle*, J. HERVEG (éd.), Anthemis, 2008; *La génétique humaine : de l'information à l'information*, Litec, 1992; J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POULLET, « Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique : les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé », *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 56.

Il est banal de souligner que les fantasmes ou désirs immodérés sont prompts à (re)naître lorsque la médecine et la science en permettent l'assouvissement<sup>95</sup>...



**Conclusion**

Il est certainement excessif de faire à la science un procès d'irrespect de valeurs humanistes fondamentales. Cela étant, même lorsqu'on se situe résolument dans une perspective autonome quant aux prérogatives de la personne sur son corps et sur sa destinée, il convient de demeurer conscient des dangers potentiels de certaines pratiques, en soi légitimes, lorsqu'il y est abusivement recouru ou lorsqu'elles sont détournées de leur finalité<sup>96</sup>. Toutefois, ce risque d'abus, universel, ne doit pas entraîner, sous peine de sclérose, une régulation timorée et trop coercitive des techniques<sup>97</sup>. A cet égard, le droit positif belge de la biomédecine apparaît comme un modèle d'équilibre et la loi du 6 juillet 2007 comme le fruit d'un compromis éthique, soigneusement élaboré, entre les positions prônant un cadre moins contraignant, une ingénierie moins marquée du juridique dans le scientifique, et celles estimant que le texte est trop laxiste sur certains points. Elle est globalement mesurée, cohérente, responsable et respectueuse de la liberté et de la responsabilité de chacun des intervenants.

Gilles GENICOT<sup>98</sup>

(95) Ces points sont amplement développés par une abondante littérature dont nous avons déjà cité maints représentants. Deux ouvrages demeurent majeurs : *Le magasin des enfants*, J. TESTART (dir.), Gallimard, Folio - Actuel, 1994 ; F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave - Génétique et droit*, Flammarion, 1987 ; sans oublier le contentieux qui a fait — de très loin — couler le plus d'encre ces dernières années (G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.C.D.C.*, 2002, p. 79 et les réf. citées).

(96) Nous ne pouvons que recommander un retour incessant aux travaux fondateurs de C. LABRUSSE-RIOU, réunis in *Ecrits de bioéthique* avec une présentation de M. FABRE-MAGNAN (P.U.F., coll. Quadrige, 2007), et de B. EDELMAN, rassemblés in *La personne en danger* (P.U.F., coll. Doctrine juridique, 1999). Ajoutons une thèse érudite et instructive, dont il est cependant permis de ne partager ni les présupposés ni les conclusions (J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique - Science du droit, valeurs et biomédecine*, P.U.F., coll. Partage du savoir, 2002) et le bel essai de S. BAUZON, *La personne biojuridique*, P.U.F., coll. Quadrige, 2006.

(97) Tant il est certain que le droit doit s'attacher « à l'état présent de la société, à ses besoins, à ses mœurs et aux lois » (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1860, p. 9, n° 10 et *passim*, cité par N. HAKIM, « La contribution de l'Université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIX<sup>e</sup> siècle », in *Les facultés de droit inspiratrices du droit?*, P.U. Toulouse, 2005, p. 27).

(98) Avocat au barreau de Liège, maître de conférences à l'université de Liège, membre du comité consultatif de bioéthique et de la commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie. Je m'exprime bien entendu à titre purement personnel.

**I. PROCÈS ÉQUITABLE. — Droits de la défense. — Respect du principe contradictoire. — Matière répressive. — Juge retenant l'une des qualifications pénales suggérées par la partie civile. — Obligation de rouvrir les débats (non). — II. DÉPENS. — Indemnité de procédure (art. 1022, C. jud.). — Citation directe (art. 162bis, C.i.cr.). — Partie civile succombante. — Condamnation et liquidation d'office.**

Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 19 novembre 2008

Siég. : Fr. Close (prés. sect.), P. Mathieu (rapp.), B. Dejemeppe, M. Regout et P. Cornelis.

Min. publ. : D. Vandermeersch (av. gén.).

Plaid. : MM<sup>es</sup> B. Collins et J.-D. Fraikin.

(Born e.a. c. Michel).

I. *Le juge pénal qui retient une des qualifications proposées par la partie civile n'a pas à veiller davantage au respect des droits de la défense.*

II. *Le juge qui rejette la citation directe de la partie civile condamne d'office celle-ci à payer au prévenu acquitté l'indemnité de procédure dont il liquide, d'office également, le montant. Ces décisions n'ont pas à lui être demandées, et ne portent pas atteinte aux exigences des droits de la défense.*

(Extraits)

**I. La procédure devant la Cour.**

Les pourvois sont dirigés contre un arrêt rendu le 16 avril 2008 par la cour d'appel de Liège, chambre correctionnelle.

Les demandeurs invoquent cinq moyens dans un mémoire annexé au présent arrêt, en copie certifiée conforme.

Le conseiller Paul Mathieu a fait rapport.

L'avocat général Damien Vandermeersch a conclu.

**II. La décision de la Cour.**

**Sur le troisième moyen.**

Tant dans la citation directe qu'ils ont fait signifier le 11 septembre 2001 au défendeur que dans leurs conclusions d'appel, les demandeurs ont invité les juges d'appel à considérer que les propos tenus par ledit défendeur, notamment dans les courriers qu'il a adressés à l'autorité et dans sa constitution de partie civile du 30 janvier 2001, étaient constitutifs « du délit d'atteinte à l'honneur visé aux articles 443 et suivants du Code pénal ».

Les juges d'appel ont qualifié les faits qui leur étaient soumis de dénonciation calomnieuse à

l'autorité visée aux articles 443 et 445 du Code pénal.

Dès lors que cette infraction constitue « un délit d'atteinte à l'honneur visé aux articles 443 et suivants du Code pénal », les juges d'appel ont retenu une qualification proposée par les demandeurs eux-mêmes et n'ont, dès lors, ni méconnu le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ni violé l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans cette mesure, le moyen ne peut être accueilli.

Pour le surplus, à défaut de conclusions sur ce point, les juges d'appel n'étaient pas tenus d'indiquer les motifs pour lesquels ils n'ont pas retenu d'autres qualifications des faits qui leur étaient soumis.

A cet égard, le moyen ne peut être accueilli.

**Sur le quatrième moyen.**

Le moyen reproche à l'arrêt de condamner les demandeurs à payer au défendeur l'indemnité de procédure visée à l'article 1022bis du Code judiciaire et qu'il fixe à 1.100 EUR. Il soutient que les juges d'appel ont violé l'article 1138, 2<sup>o</sup>, du même Code et méconnu le principe dispositif en prononçant cette condamnation d'office.

En vertu de l'article 162bis du Code d'instruction criminelle, la partie civile qui a lancé citation directe et qui succombe est condamnée envers le prévenu à l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire et cette indemnité est liquidée par le jugement.

Revenant à soutenir que le juge répressif ne peut condamner la partie civile à payer l'indemnité de procédure au prévenu acquitté que pour autant que celui-ci l'ait saisi d'une telle demande, alors que cette condamnation doit être prononcée d'office, le moyen manque en droit.

**Sur le cinquième moyen.**

Il ressort de la réponse au quatrième moyen qu'en application de l'article 162bis précité, les juges d'appel étaient tenus, même en l'absence de demande en ce sens, de condamner les demandeurs envers le défendeur à l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire et d'en liquider le montant.

Dans la mesure où il soutient que la cour d'appel a violé les droits de la défense et l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en n'invitant pas le demandeur à s'expliquer sur l'éventualité d'une telle condamnation, alors qu'il lui incombait, le cas échéant, de la prononcer d'office, le moyen manque en droit.

Pour le surplus, en tant qu'il soutient que le défendeur bénéficiait de l'assistance gratuite de ses avocats, le moyen, qui suppose une vérification d'éléments de fait, ce qui n'est pas au pouvoir de la Cour, est irrecevable.

[Dispositif conforme aux motifs.]

NOTE. — (1) Quant au point I, l'arrêt annoté rejoint opportunément la conception « matérielle » du contradictoire récemment consa-