

QUEL STATUT POUR L'EMBRYON ET LE FŒTUS DANS LE CHAMP JURIDIQUE BELGE?

PAR

Yves-Henri LELEU¹ et Evelyne LANGENAKEN²

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I. L'EMBRYON ET LE FŒTUS *IN VIVO*

- A. *Les sources de la condition juridique de l'embryon et du fœtus en droit belge*
- B. *Commencement de la personnalité juridique*
 1. En droit civil
 2. En droit pénal
- C. *L'embryon, le fœtus et la mère*
 1. Les conditions d'une interruption volontaire de grossesse (IVG)
 2. L'échec d'une IVG (*wrongful pregnancy, wrongful birth, wrongful life*)
 - a. L'indemnisation du préjudice des parents
 - b. Indemnisation du préjudice de l'enfant
 3. L'embryon et le don d'organes

II. L'EMBRYON *IN VITRO*

A. *Absence de statut juridique*

B. *Les destinations des embryons surnuméraires*

C. *La recherche sur les embryons*

1. Typologie des recherches
2. Conditions d'acceptabilité des recherches sur embryons
3. Deux exemples de recherches sur embryon aux extrêmes d'un même continuum
 - a. Le clonage reproductif
 - b. Le diagnostic préimplantatoire (DPI)

CONCLUSIONS

- *Quelles normes?*
- *Quel statut pour l'embryon?*
- *Quel statut pour les normes relatives à l'embryon?*

¹ Professeur à l'Université de Liège et à l'Université Libre de Bruxelles

² Assistante à l'Université de Liège et Avocate au Barreau de Liège, Licenciée en psychologie.

Introduction

1. La nature des embryons humains et leur statut juridique, éthique et social a de tout temps alimenté la réflexion des penseurs.

Dès l'antiquité, ont fleuri les « doctrines des seuils d'humanisation »³ renvoyant à une gradation dans l'acquisition de la personnalité juridique. D'embalée des controverses ont surgi et les premiers essais de norme, tel le *Corpus Iuris Cævilis*, loin de former un corps cohérent de règles homogènes, se sont fait l'écho de positions contradictoires⁴.

Récemment, la question du statut de l'embryon et du fœtus a été reformulée à l'occasion de la dépenalisation partielle de l'avortement. Alors que cette évolution législative favorisait l'interprétation selon laquelle l'embryon de moins de douze semaines ne serait pas une personne, la pression s'est faite croissante en vue de d'installer un régime de protection de l'embryon⁵.

Aujourd'hui, les progrès de la science en matière de fécondation artificielle et en génétique, ont conduit à devoir penser un domaine longtemps demeuré vierge. Parallèlement, le champ du sacré diminue au gré de l'avancée des sciences.

Beaucoup de législateurs européens se trouvent actuellement dans une position délicate, à la limite du paradoxale, celui de la peur du vide juridique accru par la perpétuelle fuite de la qualification de l'embryon. Aucun statut de l'embryon n'est affirmé malgré que, dans de nombreux pays, l'on édicte des normes qui le protègent. Or, en principe, il n'est pas de droit sans sujet⁶.

³ G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 618.

⁴ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 18-19, n° 13. Selon R. Vigneron, l'avortement, même en droit roman chrétien, comme par référence à l'ancien droit, était envisagé juridiquement comme un reproche fait à l'épouse de priver son mari de l'espoir d'une paternité. Dans le courant du Moyen-Âge, sur les traces de certains auteurs de l'Antiquité, une distinction fut généralement admise entre l'avortement d'un *partus inanimatus*, non réprimé, et celui d'un *partus animatus*, doté de mouvements et donc d'âme. Le fœtus était souvent considéré comme *animatus* de 40 jours après la conception si c'est un garçon mais seulement 80 jours après si c'est une fille (R. VICERON, *Éthique de la natalité*, Conférence faite à l'Université de Liège, 1995).

⁵ R. LUTTERON, *Le droit de la procréation*, Que sais-je?, Paris, P.U.F., 1997, p. 11.

⁶ G. MÉMETEAU, « L'embryon législatif », *D.*, 1994, p. 355; Ph. PÉRODOR, « La recherche sur l'embryon : un consensus impossible? », in *Les lois bioéthiques à*

2. C'est avec un bagage réflexif jeune et encore à étoffer que juristes, médecins ou généticiens sont confrontés à des pratiques que n'indiguait aucun principe juridique, sauf celui d'une proscription totale. Comme la réflexion scientifique en vint à distancier la réflexion éthique, le besoin de conférer un statut juridique à l'embryon s'est précisé. Un tel statut est de nature à déterminer en grande partie les orientations de la recherche scientifique admissible sur ces embryons⁷.

3. Cette logique juridique se heurte à des difficultés lorsqu'il s'agit de raisonner sur le vivant.

D'une part, si l'homme *biologique* est un *continuum* de la fécondation à la mort, l'homme *juridique* est caractérisé par une discontinuité⁸ dont chaque palier risque de se teinter d'un certain arbitraire à mesure que les connaissances scientifiques progressent. Cette difficulté trouve une illustration dans le fait que les instruments juridiques qui proclament le droit à la vie ne précisent jamais le moment auquel commence ce droit⁹, et que les scientifiques divergent quant à la définition même de l'embryon¹⁰.

D'autre part, concernant l'embryon ou le fœtus, le droit, à l'instar de l'éthique, n'est jusqu'ici parvenu qu'à raisonner de manière

l'épreuve des faits. Réalités et perspectives, B. FEUILLET-LE MINTIER (éd.), Paris, P.U.F., 1999, p. 243.

⁷ J.-N. MISSA, v° Statut de l'embryon, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck-Université, 2001, p. 371. Voy. aussi B. CANTILLON et J. SANKIN, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998 relative à la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, en ce qui concerne la recherche sur les embryon *in vitro*, *Doc. parl.*, Sénat, 1997-1998, n° 1055-I, p. 30.

⁸ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 65; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine », *D.*, 1996, p. 283.

⁹ Ch. HENNAU-HUBLET, « Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine », *J.T.*, 1994, p. 372.

¹⁰ Le seul de *14 jours après la fécondation* semble faire l'objet d'un certain consensus sur le plan international et ce pour trois raisons : la possibilité d'implantation dans l'utérus s'achève vers le 15^e jour; à compter de ce moment, l'œuf ne peut plus se diviser; à cette même période, se forme la ligne primitive, premier signe d'apparition de la douleur (E. DELEURY, v° Embryon surnuméraire, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, précité, p. 381; Proposition de loi du 19 octobre 1999 relative à la protection de l'embryon *in vitro*, *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 114/1, développements, p. 4; voy. aussi F. LEROY, « L'embryon humain comme objet expérimental », in *Le devoir d'expérimentation. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale*, J.-N. MISSA (éd.), Bruxelles, 1997, p. 12; M.-H. PARIZEAU, v° Expérimentation sur l'embryon, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, précité, p. 369).

binaires, en termes de personnes et de choses¹¹. Les personnes, qui ont une dignité, appartiennent à l'ordre des fins, les choses à celui des moyens. Dénier à l'embryon le statut de personne, c'est, pour beaucoup, le confiner à une instrumentalisation objectale¹².

Ces hiatus expliquent que les réponses du droit aient toujours eu un caractère ponctuel en ce domaine, et qu'en Belgique, le législateur n'ait pas pris d'initiative. La Belgique se situe néanmoins à la pointe des recherches contre l'infertilité, et il y a fort à penser que leur régulation para-juridique est à l'origine de ce statut enviable.

4. Loin de prétendre trancher les questions, nous nous attachons à faire le point sur les problèmes posés par la pratique, en tentant d'examiner les pistes offertes par la loi, la doctrine ou la jurisprudence, mais également la réflexion éthique et la pratique médicale, qui profitent largement et à bon escient de la souplesse du contexte juridique belge. Le droit belge se caractérisant, en effet, par l'absence de cadre législatif en matière bioéthique, nous devons occasionnellement nous inspirer de solutions étrangères, en veillant à maintenir une cohérence avec un principe qui nous paraît devoir guider toute réflexion juridique en cette matière : la maîtrise de la personne sur son corps¹³.

Non sans artifice, mais dans un but de clarté, nous distinguerons l'embryon (et le fœtus) *in vivo* (I) de l'embryon *in vitro* (II).

I. - L'embryon et le fœtus *in vivo*

A. - LES SOURCES DE LA CONDITION JURIDIQUE DE L'EMBRYON ET DU FŒTUS EN DROIT BELGE

5. Le législateur belge a choisi de ne pas intervenir dans les domaines étudiés et de laisser ouvert le débat éthique

¹¹ J. DUCHENE, « Le statut de l'embryon humain *in vitro* : terminologie et approche philosophique », in *L'embryon humain in vitro*, Bruxelles, De Boeck, 2000, p. 31. Voy. aussi R. ANDRANO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996.

¹² Pour une application de ce raisonnement à la dépenalisation de l'interruption volontaire de grossesse : B. DAYEZ, « L'avortement et la raison pénale », *R.I.L.J.*, 1990, p. 64.

¹³ Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, 589.

que¹⁴, réservant surtout à la doctrine, et plus rarement à la jurisprudence, le soin de poser les jalons nécessaires à la pratique, déjà encadrée par les déontologies, médicale et scientifique.

6. Des instances éthiques et médicales¹⁵ se sont penchées sur le statut de l'embryon, abordant le problème en dehors des catégories, concepts et méthodes juridiques conventionnels.

Le Comité consultatif belge de bioéthique a rendu divers avis dans des problématiques liées à la présente matière¹⁶, avis non contraignants, mais dotés d'une autorité certaine.

À l'opposé d'une démarche normative visant à conférer un statut définitif à l'embryon, la méthode généralement suivie par le Comité consultatif le conduit ici à reconnaître l'impossibilité de parvenir à un consensus¹⁷. C'est donc en renonçant à toute position de principe, et dans le respect du contexte sociétal pluraliste, que le Comité consultatif a distingué trois approches conceptuelles de l'embryon.

- Un premier courant de pensée considère l'embryon comme une personne appartenant à la « communauté morale » dès la fécondation¹⁸.
- Une deuxième tendance, proche du « positivisme scientifique » analyse l'embryon comme une chose jusqu'à l'apparition des premières fonctions cérébrales¹⁹.

¹⁴ R. LALLEMAND et S. VERSCHUEREN, « Du droit à l'Éthique », in *Voyage au centre de la bioéthique*, Revue de l'Institut Émile Vandervelde, 1996-3, p. 13.

¹⁵ Code de déontologie médicale, élaboré par le Conseil national de l'Ordre des médecins en vertu de l'art 15, § 1^{er} de l'Arrêté Royal du 10 novembre 1967 relatif à l'ordre des médecins. Ce Code de déontologie. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck-Université, 2001, p. 33; H. NYS, *Le médecin et le droit*, Bruxelles, Kluwer, 1995, n° 143 et 145.

¹⁶ Ex. Avis n° 2 du 27 juillet 1997 concernant la Convention du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la biomédecine; Avis n° 3 du 17 novembre 1997 relatif au choix du sexe; Avis n° 6 du 8 juin 1998 concernant les bases éthiques pour l'optimisation de l'offre et des critères de fonctionnement des centres de fécondation *in vitro*; Avis n° 10 du 14 juin 1999 concernant le clonage humain reproductif (avis consultables sur internet : <http://www.health.fgov.be/bioeth/fr/avis/avis-index.htm>).

¹⁷ Avis n° 10 du 14 juin 1999 concernant le clonage humain reproductif. Rappr. Avis n° 1 du 12 mai 1997 concernant l'opportunité d'un règlement légal de l'euthanasie, où sont recensées les 4 positions des membres du Comité.

¹⁸ Sur la théorie du caractère sacré de la vie, voy. not. H. KUNSE, *The sanctity of Life Doctrine in Medicine. A Critique*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

¹⁹ Voy. not. P. SINGER et D. WELLS, *The reproduction revolution*, Oxford, University Press, 1984, p. 98.

• Une troisième opinion, que nous partageons, considère l'embryon humain comme une simple entité biologique s'il n'est pas investi d'un projet d'enfant, mais comme une personne potentielle s'il est investi d'un projet procréatif, et lui confère un statut intermédiaire entre la personne et la chose²⁰. Cette approche accorde à l'œuf fécondé une protection grandissante à mesure de son développement au cours duquel apparaissent progressivement les caractéristiques attribuées aux personnes²¹. Outre qu'elle demeure en phase avec la réalité, cette opinion tient compte du lien social du fœtus ou de l'embryon²².

Cette méthodologie trouve un écho dans les nombreuses propositions de loi défendant toutes des positions profondément divergentes, mais dont aucune n'est à ce jour adoptée²³.

²⁰ J. DUCHÈNE, « Le statut de l'embryon humain *in vitro*, terminologie et approche philosophique », in *L'embryon humain in vitro*, précité, p. 35; rapp. la position du Comité Consultatif national d'éthique français (Avis des 23 mai 1984 et 15 décembre 1986; voy. à ce sujet : G. MÉMEREAU, « Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique (prélèvements sur embryons et fœtus) », *J.C.P.*, 1985, I, 3191).

²¹ En ce sens, not. Y. ENGLERT, « L'embryon humain comme objet expérimental », in *Le devoir d'expérimenter. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale*, précité, p. 35.

²² En ce sens, not. J.-N. MISSA, « Le statut de l'embryon humain *in vitro*: technologie et approche philosophique », in *L'embryon humain in vitro*, op. cit., p. 18. Adde J.-J. AMY, v° Avortement, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, précité, p. 79, pour qui l'attribution de l'humanité à l'être n'a d'autres assises que dogmatiques ou philosophiques, et n'est révélée par aucun indice biologique.

²³ Voy. Proposition de loi du 21 janvier 1998 relative à la protection de l'embryon *in vitro*, *Doc. Parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 1378, du 9 juillet 1998 relative à la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine en ce qui concerne la recherche sur les embryons *in vitro*; du 11 décembre 1998 relative à la protection de l'embryon *in vitro*, *Doc. Parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1875; du 30 septembre 1999 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999, sess. extr., n° 87; du 1^{er} octobre 1999, relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999, sess. extr., n° 92; du 19 octobre 1999, relative à la protection de l'embryon *in vitro*, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 114; du 1^{er} février 2000 relative à la protection des embryons *in vitro*, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 321; du 9 février 2000 relative à la protection de l'embryon *in vitro*, *Doc. Parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 429; du 14 mars 2001 relative à la protection de l'embryon *in vitro*, *Doc. Parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 686; du 20 mars 2001 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, *Doc. Parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 695; du 6 avril 2001 relative à la recherche sur les embryons et les cellules reproductrices, *Doc. Parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 726; Proposition de loi du 25 avril 2001 relative à la protection de l'embryon *in vitro*, *Doc. Parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 726.

7. Le développement d'instruments internationaux visant à la protection du fœtus et de l'embryon, notamment la signature par de nombreux pays européens de la *Convention du Conseil de l'Europe 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*²⁴, pallie par d'autres normes le vide législatif belge.

L'émergence de cette norme supranationale a été, pour certains, l'occasion de lancer un appel urgent à légiférer²⁵ et à rejoindre la communauté internationale. Pour d'autres il s'agit d'éloigner une image douteuse de paradis bioéthique²⁶. Pourtant, la Belgique n'a pas encore signé cette convention.

Une première raison, fondamentale, de cette carence est le fait que la Belgique est une société pluraliste, mais très disparate sur le plan philosophique²⁷. Il ne serait pas acceptable que des dispositions à forte teneur éthique, qui ne seraient pas partagées par l'ensemble de la société, engendrent ou initient des normes obligatoires²⁸.

Une seconde raison, peut-être plus décisive, est que pour préserver son espace de recherche et de progrès scientifique, des critiques

²⁴ Convention signée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 4 avril 1997; cette convention se place dans le sillage de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme mais se montre à la fois plus précise (car limitée à un objet déterminé) et plus étendue (car visant à la protection de la dignité de l'être humain en général) (voy. not. : A.-M. BAETS, Fr. DEMEYERE et V. DE SAEDELEER, « Het Verdrag mensrechten en biogeneeskunde van de Raad van Europa : enkele krachtdlijnen », *Rev. dr. Santé*, 1997-98, 247; N. HAUTENNE, « L'application des techniques génétiques à la médecine contemporaine au regard de la Convention de biomédecine », *Rev. dr. Santé*, 1999-2000, 87; Y.-H. LELEU et G. GENTCOOT, *Le droit médical*, précité, p. 28; H. NYS, « Het Verdrag mensenrechten en biogeneeskunde van de Raad van Europa », *R. W.*, 1997-98, 666; H. NYS (éd.), *De Conventie mensenrechten en biogeneeskunde van de Raad van Europa : inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Anvers/Groeninge, Intersentia, 1998; S. et Y. OSCHINSKY, « 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 (Conseil de l'Europe) », *J.F.T.*, 1997, 465).

²⁵ Proposition de loi du 30 septembre 1999 relative à la recherche sur les embryons, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999, n° 87, développements, p. 2.

²⁶ Proposition de loi du 19 octobre 1999 relative à la protection de l'embryon *in vitro*, précitée, développements, p. 1.

²⁷ « L'aspect positif de ces clivages, c'est qu'ils permettent un débat d'idées toujours très riches et sans blocages » (Y. ENGLERT, interview au journal *Le Peuple*, 23 avril 1994).

²⁸ Proposition de loi du 1^{er} octobre 1999 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, précitée, développements, p. 1.

ont été émises à l'encontre de la Convention, qui ne favorisent guère l'adhésion du pays²⁹. Particulièrement problématique est l'interdiction de pratiquer la recherche sur l'embryon (art. 18.2)³⁰, dans un pays où la liberté caractérisant une recherche performante n'a pas entraîné jusqu'alors de dérive éthique.

La Belgique se trouve cependant dans une situation délicate à l'égard de la Convention européenne. L'absence d'une législation préexistante ne lui fournit pas d'argument juridique à l'appui d'une signature assortie de réserves, par exemple quant à l'article 18.2. Par ailleurs, une décision de signer la Convention pourrait initier un processus législatif interne³¹.

B. - COMMENCEMENT DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

1. - *En droit civil*

8. En droit belge, la personnalité juridique s'acquiert à la naissance et non dès la conception³². L'embryon ou le fœtus *in vivo* ne sont pas des personnes aux yeux du droit civil. En outre, l'acquisition de la personnalité juridique est soumise à la double condition que l'enfant naisse vivant et viable³³. Dès lors, un *enfant mort-né* ne peut acquérir la personnalité juridique. Un enfant ayant vécu, mais *non viable*, verra sa personnalité juridique disparaître rétroactivement, à la manière des conséquences d'une condition résolutoire.

Le critère de la viabilité, c'est-à-dire « la capacité naturelle, physiologique, de survivre »³⁴ est inspiré de considérations pragmatiques.

²⁹ Avis n° 2 du 27 juillet 1997 concernant la Convention du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

³⁰ Voy. la position en ce sens de M. ENGLEERT in Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 32.

³¹ Avis n° 2 du Comité consultatif de bioéthique belge, précité.

³² N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 22 et s., n° 16 et s.; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 12-13, n° 4, B; P. SENAEVE, *Compendium van het personen - en familierecht*, 4^e éd., Louvain, Acco, 1999, p. 35-36, n° 35.

³³ Arg. tiré des art. 331bis, 725 et 906 C. civ. voy. not. M.-F. LAMPE, « Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître », *Rev. trim. dr. fam.*, 1986 p. 152.

³⁴ Voy. à ce sujet : C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.*, 1996,

ques et fait l'objet de critiques visant à le remplacer celui de la naissance « en vie ». Il est en outre contredit par des dispositions législatives visant à répondre à certains besoins d'ordre psychologique, tel le désir de prénommer un enfant n'ayant jamais vécu³⁵.

9. La règle du commencement de la personnalité juridique à la naissance est nuancée par celle inspirée de l'adage romain *infans conceptus pro nato habetur quousque de commodis eius agitur*. La personnalité juridique peut ainsi rétroagir à la date de la conception lorsqu'il s'agit de faire acquiescer des droits à l'enfant né vivant et viable³⁶. Sa personnalité *prénatale* est, pour ainsi dire, assortie d'une condition suspensive³⁷.

Il ne s'agit toutefois que d'une fiction³⁸ qui n'emporte pas que le fœtus *in vivo* soit une personne au sens juridique. Si certains auteurs ont tenté d'en tirer la preuve d'une personnalité incomplète et conditionnelle de l'embryon³⁹, et si l'unanimité du monde scientifique à situer le début de la vie humaine à la conception amène d'autres auteurs à inverser l'analyse traditionnelle de l'adage *infans conceptus* (la fiction serait dans l'effacement rétroactif de la personnalité de l'enfant qui ne naît pas vivant ou viable)⁴⁰, ce sont surtout des nécessités juridico-pratiques qui ont engendré cette théorie. On ne saurait donc en tirer une conséquence sur le statut juridique de l'embryon ou du fœtus⁴¹. Inversement, l'absence de personnalité juridique reconnue à l'embryon ne conduit pas *ipso facto* à dénier sa

³⁵ Art. 80bis C. civ.; voy. A. DE WOLF, « De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouders », *R. W.*, 1998-99, 209; adde P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Rev. dr. sanit. Soc.*, 1995, p. 451.

³⁶ Arg. tiré des art. 725 et 906 C. civ. Voy. à ce sujet : N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 22 et s.; adde G. MEMBREAU, *La situation juridique de l'enfant conçu*, précité, p. 611. En France, cette règle est reconnue comme principe général, dans l'intérêt de l'enfant : *Cass. fr.*, 1^{er} civ., 10 décembre 1985, *D.*, 1987, p. 449, note G. PAURE; *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, p. 305, obs. J. MESTRE.

³⁷ *Contra*, en faveur de l'analyse de l'adage comme un mécanisme d'anticipation assorti d'une condition résolutoire, voir N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 28 à 33.

³⁸ Voy. à ce sujet F. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. II, Paris, F. Didot, 1855, p. 12; R. LALOU, *Étude de la maxime infans conceptus pro nato habetur en droit français*, thèse Paris, 1904, p. 60 et suiv.; N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 22 et s., n° 16 et s.; P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit? », *D.*, 1988, p. 109.

³⁹ H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. II, Paris, 4-5^e éd., Montchrestien, 1986, p. 555-556, n° 443; Ph. SALVAGE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 726; G. RAYMOND, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.*, 1983, p. 527; M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 71.

⁴¹ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 25, n° 17.

qualité d'être humain, qui doit suffire à en assurer juridiquement le respect.

2. — En droit pénal

10. On distingue l'acquisition de la personnalité juridique du fœtus et sa protection pénale. L'atteinte à la vie peut être réprimée sans que la victime soit une personne juridique au sens civil du terme⁴². Les exemples tirés de la jurisprudence belge ne mettent cependant à jour aucun consensus sur le statut de l'embryon en droit pénal, que du contraire.

11. La Cour de Cassation belge a admis, par un arrêt du 11 février 1987, que « l'attentat délibéré commis sur un enfant non encore né, lorsque l'acte volontaire est commis pendant tout le temps que dure le travail de l'accouchement, est qualifié d'infanticide », de sorte que « le médecin ou la sage-femme qui, par défaut de prévoyance ou de précaution, cause, pendant l'accouchement, la mort d'un enfant en train de naître, bien que celui-ci n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine, commet un homicide involontaire si cette mort a été causée par leur faute ou par leur négligence »⁴³. Cette jurisprudence est suivie par les juridictions de fond⁴⁴ et s'aligne sur celle de la Cour de cassation française⁴⁵.

⁴² H. NYS, *La médecine et le droit*, précité, n° 484; G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. de LAMY, « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 », *D.*, 2000, p. 181.

⁴³ Cass., 11 février 1987, *J.T.*, 1987, p. 738, note F. KÉFER, *Pes.*, 1987, I, p. 694, *Rev. dr. pén.*, 1987, p. 812, *Jur. Liège*, 1987, p. 630, note M. PRÉUMONT, R.D.P., 1987, p. 812, concl. Avoc. Gén. JANSSENS de BISTHOVEN et note Ch. HENNAU-HUBLET.

⁴⁴ « Les articles 418 et 419 du Code pénal, qui punissent l'homicide involontaire, ne protègent la personne qu'à partir de la naissance. Il est cependant admis que la protection s'applique dès le début de l'accouchement à l'enfant à naître. Par contre, la vie encore à naître n'est pas protégée, en termes d'homicide involontaire, à l'égard de fautes commises avant le début de l'accouchement » (Anvers, 24 novembre 2000, *J.D.J.*, juin 2001, p. 45, *R.W.*, 2000-2001, p. 1423, note C. DESMET et note H. NYS; Gand, 26 mars 1987, *A.J.T.*, 1987-1998, p. 463, note Ch. COUDRON).

⁴⁵ Cass. fr. (cass. plén.), 29 juin 2001, *J.C.P.*, 2001, II, 10569, note M.-L. RASSAT, *Gaz. Pal.*, 2001, p. 24, note J. BONNEAU, D., 2001, 2917, note Y. MAYAUD. L'arrêt cassé de la Cour d'appel de Lyon retenait au contraire le critère de vie, admettant le critère de viabilité traditionnellement reconnu par le droit civil, pour proclamer le respect et la protection de tout être humain dès le commencement de la vie, située dans le cas d'espèce à la conception (C.A. Lyon, 13 mars 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22855 13, D., 1997, p. 557, note E. SEVERIN, Rép. Defrénois, 1987, art. 36578, note Ph. MALAURIE, Dr. Fam., sept 1997, 8, comm. P. MURAT, 2093; dans le même sens :

Ainsi la Cour situe-t-elle le seuil de l'infanticide au moment de l'accouchement. *A contrario* l'incrimination ne pourrait être retenue pour un acte provoquant le décès, avant le début du travail d'accouchement, d'un fœtus, même à un stade de développement avancé. *A fortiori* cette protection pénale ne s'applique-t-elle pas à l'embryon. Embryon et fœtus ne sont, en définitive, protégés contre les actes volontaires entraînant leur perte que par les articles 348 et suivants du Code pénal relatifs à l'interruption volontaire de grossesse⁴⁶.

12. La jurisprudence précitée ne prend pas explicitement parti sur le statut de l'embryon et du fœtus. On peut toutefois en inférer qu'elle leur refuse le statut de personne, indépendamment des critères civilistes.

Nous approuvons cette tendance au nom de la continuité du développement du fœtus *in utero*. Accorder une protection pénale contre l'homicide involontaire à l'embryon ou au fœtus reviendrait, soit à définir un seuil arbitraire dans l'évolution de la gestation pour marquer le point de départ de cette protection, soit à protéger pénalement l'embryon dès sa conception. Cela paraît peu réaliste, le moindre choc qui provoquerait un avortement spontané devenant susceptible de déclencher des poursuites pénales. Les principes de proportionnalité et de sécurité juridique pourraient en pâtir, avec, en outre, un risque de traitement différencié des auteurs de l'atteinte.

C. — L'EMBRYON, LE FŒTUS ET LA MÈRE

13. Lors d'une grossesse non désirée, un conflit de valeur oppose le droit à la vie de l'embryon ou du fœtus et le droit de la femme à disposer de son corps. Ce conflit a vu longtemps pencher la balance en faveur de l'embryon et du fœtus, mais la pondération s'est inversée lors de la dépenalisation partielle de l'interruption volontaire de grossesse. Le conflit d'intérêt mère-fœtus se pose de diverses manières selon que l'interruption volontaire de grossesse, réalisée dans des conditions légales, soit effective (1) ou échoue (2). A nouveau, en Belgique, la jurisprudence et la doctrine jouent un

Douai, 2 juin 1987, *J.C.P.*, 1989, II, 21250, note X. LABBÉ, *Gaz. Pal.*, 1989, p. 145, note J.-P. DOUCERT).

⁴⁶ F. KÉFER, *op. cit.*, p. 741.

rôle primordial, les solutions légales ayant laissé dans l'ombre la plupart des hypothèses délicates.

I. - *Les conditions d'une interruption volontaire de grossesse (IVG)*

14. C'est assez tardivement à l'échelle européenne que la Belgique a dépenalisée l'avortement, dans un contexte de déchirement politique et idéologique. C'est l'un des signes de la difficulté de prendre une décision politique dans des matières à forte connotation éthique (*supra*, n° 6).

Il serait cependant faux de penser que l'adoption de la loi du 30 avril 1990 ait calmé toutes les dissensions. En effet, si la question du statut du fœtus était au centre des débats, ce sont des considérations plus pragmatiques qui ont entraîné la dépenalisation partielle de l'IVG. A ce titre, l'émancipation de la femme et la prise en considération de son droit à la maîtrise de son corps ont joué un rôle déterminant⁴⁷. De même, l'affirmation de la nécessaire concordance entre la loi pénale et la morale a été jugée dangereuse⁴⁸. Mais en évitant ainsi de prendre position sur la nature juridique du fœtus et de l'embryon, la loi du 30 avril 1990 la maintient dans un statut hybride⁴⁹.

15. On peut néanmoins trouver une allusion implicite à la conception graduelle de l'accès de l'embryon à l'existence juridique (*supra*, n° 6) dans le choix d'un délai d'interruption volontaire de grossesse fixé à *douze semaines* depuis la conception, au-delà duquel l'on bascule vers la réglementation, stricte, de l'avortement thérapeutique (art. 350, al. 1^{er} C.pén.).

Cette date-charnière conserve certes un certain degré d'arbitraire, une majorité de scientifiques s'accordant pour situer le commencement de la vie humaine dès la fécondation, admettant par là le principe de continuité de la vie et, partant, le processus d'humanisation. Son rôle n'en demeure pas moins fondamental puisqu'en deçà de

⁴⁷ *ibidem*, p. 7-S.

⁴⁸ *ibidem*, p. 8.

⁴⁹ En ce sens : B. DAYEZ, « L'avortement et la raison pénale », *R.I.E.J.*, 1990, p. 64.

cette limite temporelle, la volonté de la femme est déterminante⁵⁰. La décision n'appartient qu'à elle seule, en vertu de la maîtrise qu'elle a de son corps⁵¹, et l'appréciation de son état de détresse⁵², la principale condition légale, ne fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire⁵³. De même, si le médecin peut donner des conseils ou refuser en conscience d'intervenir, la décision d'interrompre une grossesse n'est pas de son ressort. Enfin, l'IVG est soustraite à toute volonté du père biologique⁵⁴ et des parents de la mineure enceinte⁵⁵.

Ainsi, jusqu'à cette date charnière, l'enfant doit être considéré comme « *pars matris viscerum* ». Si la valeur du droit à la vie de l'embryon persiste dans l'absolu, elle devient plus que relative face à celle de la libre disposition de son corps par la femme.

16. Passées les douze semaines, la volonté de la femme enceinte est endiguée et seuls les *avortements thérapeutiques* se conçoivent

⁵⁰ Pour autant que les conditions légales soient respectées. L'intervention d'un médecin est requise (H. NYS, *La médecine et le droit*, précité, 181, n° 440). L'avortement pratiqué par un non-médecin ou par la femme elle-même demeure punissable.

⁵¹ Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence Perruche », *R.G.A.R.*, 2002/1, n° 13 et *passim*.

⁵² L'état de détresse ne pouvant se comparer à l'état de nécessité, le seul *fait justificatif* pour l'interruption volontaire de grossesse est donc la permission de la loi.

⁵³ Gand, 8 août 1992, *R.W.*, 1992, p. 366; voir également H. NYS, *La médecine et le droit*, précité, n° 432.

⁵⁴ C.Arb., 19 décembre 1991, n° 39/91, *M.B.*, 24 janvier 1992, *J.T.*, 1992, note J. COENRAETS, *T.B.F.*, 1992, p. 341. Cet arrêt reconnaît toutefois que les requérants, en leur qualité d'homme et de père de famille potentiel, justifient de l'intérêt légalement requis pour attaquer cette loi en ce qu'elle est susceptible d'affecter directement leur vie familiale. Voir aussi concernant l'absence de consentement du père biologique de l'enfant à naître : C.Arb., 24 octobre 1990, *T.P.E.*, 1991, p. 50, *J.T.*, 1991, p. 29.

⁵⁵ C.A., 19 décembre 1991, précité; Gand, 8 août 1992, *R.W.*, 1992, p. 368; Civ. Gand, 7 août 1992, *R.W.*, 1992-93, p. 370, obs. M. Balthazar précise toutefois que cet arrêt de la Cour d'Arbitrage n'empêche pas tout recours du *mari* devant le juge mais déclare que l'absence de ce consentement n'est pas sanctionnée pénalement (T. BALTHAZAR, note sous Gand, 8 août 1992, précité). La situation française était différente à cet égard (D. DUVAL-ARNOULD, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.*, 1999, 471), jusqu'à la récente modification législative portant le délai d'avortement volontaire à 12 semaines, et abrogeant l'exigence de consentement parental pour la fille enceinte mineure (voy. M. RAPON, « L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental », *D.*, 2001, 1194).

encore dans le champ de la loi⁵⁶. Si les conditions relatives à la situation de détresse, la détermination de la femme, la demande, l'information préalable et la confirmation écrite, l'intervention d'un médecin et le lieu de l'intervention restent d'application, il faut se trouver, en outre, dans l'une des deux hypothèses prévues par l'article 350, al. 2, 4° C. pén., à savoir :

- que la poursuite de la grossesse mette en péril grave la santé de la femme⁵⁷ (la gravité du péril, par opposition à la notion d'état de détresse, est soumise à l'appréciation du juge⁵⁸);
- qu'il soit « certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic » (une probabilité, aussi forte soit-elle, ne suffit donc pas)⁵⁹.

Par contre, dans un tel cadre, il n'existe pas de délai maximum au-delà duquel une IVG serait interdite. La viabilité du fœtus ne constitue donc pas une limite⁶⁰.

2. - *L'échec d'une IVG (wrongful pregnancy, wrongful birth, wrongful life)*

17. La loi dépénalisant l'IVG exprime le droit de refuser la procréation, un droit individuel, à notre avis proche de la catégorie des droits subjectifs⁶¹. Sa méconnaissance fautive peut dès lors engendrer une responsabilité civile, en particulier celle du médecin.

Si l'IVG échoue et qu'un enfant naît, les parents peuvent réclamer l'indemnisation de leur préjudice, lié soit à la grossesse non désirée si l'enfant est normalement constitué (*wrongful pregnancy*), soit au handicap de l'enfant dans le cas contraire (*wrongful birth*)

⁵⁶ L'avortement dit « eugénique » désigne l'élimination de l'embryon (du fœtus) atteint (ou présentant de fortes probabilités d'être atteint) d'une tare sévère (J.-J. AMY, v° Avortement, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, précité, p. 82). Il s'agit d'un acte thérapeutique (P. SARCOIS, « Réflexions médico-légales sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique », *J.C.P.*, 2001, p. 1043).

⁵⁷ Selon les travaux préparatoires de la loi, la santé s'entend au sens physique et mental du terme, à l'exclusion par exemple d'un état de « détresse sociale » (*Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr., 1988, n° 247/3, p. 152).

⁵⁸ Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, p. 172, n° 210. ⁵⁹ *ibidem*.

⁶⁰ Voy. sur ce point qui a fait l'objet de discussions parlementaires : H. NYS, *La médecine et le droit*, précité, n° 457 et 478 et suiv.

⁶¹ En ce sens : R. LETTERON, *op. cit.*, p. 55.

(A). Ils pourraient aussi, selon nous, réclamer au nom de l'enfant l'indemnisation du préjudice lié à son handicap (*wrongful life*) (B)⁶².

a. *L'indemnisation du préjudice des parents*

18. L'unique décision de jurisprudence belge en matière de *wrongful pregnancy* émane du tribunal civil de Courtrai⁶³ : « (traduction) La demande d'indemnité des parents pour le dommage subi suite à l'échec d'un avortement et de la naissance d'un enfant initialement non souhaité n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Lors de la détermination de l'ampleur du dommage, une imputation des avantages doit avoir lieu en fonction de la personne responsable et il faut tenir compte des avantages et devoirs que la naissance d'un enfant implique normalement pour les parents ». Le juge a donc inféré de la loi du 3 avril 1990 la possibilité d'accorder réparation pour la naissance d'un enfant non désiré lorsque l'IVG a échoué. Cette solution doit être étendue au cas où l'intervention n'a pas eu lieu, l'enfant étant né normalement constitué⁶⁴.

En raison des implications éthiques de cette jurisprudence qui, soulignons-le, refuse l'indemnisation du dommage moral, deux propositions de loi ont vu le jour⁶⁵. Tout en reconnaissant un « droit d'action » aux parents, elles postulent que l'existence d'un être humain ne peut être considérée comme un préjudice pour d'autres

⁶² Sur ces actions : S. DE MEURER, « Wrongful life, Wrongful birth, Wrongful conception or pregnancy claim », in *Libera Amicorum Ernesti Krings*, Gand, E. Story-Scientia, 1991, p. 61; R. KRUMHOF, « Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind », *R.W.*, 1986-1987, p. 2737; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 173, n° 212; H. NYS, *La médecine et le droit*, précité, n° 383-391; C. TRAUWER, « Wrongful birth en wrongful life : nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek? », *Revue de droit de la santé*, 1998-1999, 284; B. VAN ROERXUND, « De rekening van het kind : aansprakelijk voor 'wrongful birth' », *R.W.*, 1996-97, 1313.

⁶³ Cfr. Courtrai, 3 janvier 1989, *R.W.*, 1988-89, 1171, 35.

⁶⁴ Également partagées par certaine jurisprudence française : Riom, 6 juillet 1989, *J.T.*, 1990, p. 643, note F. KÉRER, *R.G.A.E.*, 1991 (abrégé), n° 11, p. 811, note I. CORBISSIER. Cette cour a décidé que l'échec de l'avortement, lorsque la femme est toujours dans le délai légal pour « recommencer » un avortement, engendre un dommage moral (la prolongation de l'état de détresse) et un préjudice matériel (les frais de la seconde intervention).

⁶⁵ Proposition de loi du 24 avril 1996 sur l'action en réparation pour la naissance et l'existence d'être humain, *Doc. Parl.*, Sénat, 1995-1996, n° 538/1; Proposition de loi du 3 novembre 1999 sur l'action en réparation pour la naissance et l'existence d'êtres humains, *Doc. Parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 220/1.

personnes et précisent que « la naissance et la vie de l'enfant ne peuvent induire aucun droit à réparation d'un préjudice moral »⁶⁶. Ces propositions clarifient le préjudice dont la mère d'un enfant non désiré peut se plaindre : uniquement les frais matériels et l'éducation d'un enfant non prévu dans le planning familial, ainsi que les frais médicaux.

19. Selon la doctrine, une action en *wrongful birth* peut être intentée lorsque, suite à la faute commise par un médecin à l'occasion d'une IVG⁶⁷, l'enfant naît mutilé ou mal formé. Le dommage semble évident dans le chef des parents, cette fois aussi sur le plan moral. Nous n'avons toutefois pu trouver, dans la jurisprudence belge, d'exemple de ce cas de figure.

b. Indemnisation du préjudice de l'enfant

20. L'affaire *Nicolas Ferruche* a défrayé la chronique juridique française et, par répercussion, son homologue belge. Dans son arrêt du 17 novembre 2000⁶⁸, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a statué en ces termes : « les fautes commises par un laboratoire dans la recherche d'anticorps rubéoleux prescrite chez une femme enceinte, et par le praticien qui a manqué à son obligation de soins attentifs et diligents et à son devoir d'information et de conseil, sont en relation causale avec le dommage subi par l'enfant, atteint de séquelles neurologiques consécutives à la rubéole contractée pendant la vie intra-utérine. Il s'ensuit que l'enfant doit être indemnisé de son préjudice ». Les parents peuvent donc exercer, au nom de leur enfant, une action en *wrongful life*.

Cette jurisprudence a été confirmée à quatre reprises par la Cour de cassation française⁶⁹, mais n'a pas reçu d'application en Bel-

gique. Bien qu'elle divise profondément la doctrine⁷⁰, nous l'approuvons sans réserve sur le plan de l'application des règles du droit de la responsabilité civile⁷¹.

En outre, nous considérons que certaines objections éthiques légitimement soulevées doivent trouver une réponse hors du champ de la responsabilité civile, par une meilleure couverture sociale des surcoûts liés aux handicaps congénitaux. L'éthique ne doit pas être la source principale d'alimentation de la contestation d'une application correcte du droit de la responsabilité par les cours et tribunaux. Considérée du point de vue de l'enfant, cette jurisprudence amène à penser que si le fœtus n'a pas un droit à ne pas naître, l'enfant né vivant et viable possède, dès la conception (*supra*, n° 9), un intérêt légitime à ne pas être né affecté d'un handicap par la faute d'une autre personne. Cet intérêt fonde, selon nous, son droit d'action en responsabilité contre l'auteur de la faute.

Une dernière raison d'approuver la jurisprudence *Ferruche* et de ramener ce cas dans la matière qui nous occupe, est qu'elle témoigne du principe d'auto-détermination de la femme enceinte, maîtresse de son corps et titulaire du droit (*supra*, n° 22) de décider en connaissance de cause – de donner ou de refuser la naissance à un enfant qu'elle sait être gravement handicapé⁷².

La jurisprudence *Ferruche* accreditée néanmoins, contrairement à ce que soutiennent nombre de ses partisans⁷³, la montée en puissance d'un *eugénisme privé*⁷⁴, tendance initiée par la légalisation de l'avortement thérapeutique et par les progrès des diagnostics prénatals et préimplantatoires (*infra*, n° 40 et s.). Ce nouvel eugénisme n'est cependant pas celui, collectif, que l'on a voulu éradiquer après

⁷⁰ Pour une synthèse : Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Ferruche* », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.466.

⁷¹ *loc. cit.* Dans le même sens, en doctrine belge : R.O. DALCOQ, obs. précitées; *contra* : G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002/2, à paraître; J. DALCOQ, obs. Précitées; J.-L. FAGNART, « Foie or not to be? », *Journ. proc.*, 2000, n° 404, 19; J.-J. AMY, Murphy veille, *Journ. proc.*, 2000, n° 404, 17.

⁷² En ce sens : Y.-H. LELEU, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13; sur cet aspect de la problématique de l'IVG : H. NYS, « Zelfbeschikkingsrecht en zwangerschapsafbreking », in « *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Anvers, Maklu, 1996, 209.

⁷³ P. JOURDAIN, note précitée, *Dalloz*, 2001, 338.

⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 317.

⁶⁶ Article 4 de la proposition de loi du 3 novembre 1999 sur l'action en réparation pour la naissance et l'existence d'êtres humains, précitée.

⁶⁷ Ou d'une stérilisation.

⁶⁸ Cass. fr. (ass. plén.), 17 novembre 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10438, concl. J. SAINTE-ROSE, rapp. P. SARCOIS, note F. CHABAS, *Journal des procès*, 2000, n° 404, S, obs. F.O. DALCOQ et J. DALCOQ, *Dalloz*, 2001, 332, note D. MAZEAUD, note P. JOURDAIN.

⁶⁹ Cass. fr. (ass. plén.), 13 juillet 2001, 3 arrêts, *Dalloz*, 2001, 2525, note P. JOURDAIN, *J.C.P.*, 2001, II, 10601, concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS; Cass. fr. (ass. plén.), 28 novembre 2001, arrêt n° 486, inédit.

la seconde guerre mondiale, mais un désir de sélection individuelle de l'enfant doté des meilleurs chances d'épanouissement individuel et social, désir difficilement répressible des pères et des mères, et à vrai dire suscité par les progrès de la science médicale et une pression sociale très forte.

3. - *L'embryon et le don d'organes*

21. La matière du don et de la transplantation d'organes est régie en Belgique par la loi du 13 juin 1986⁷⁵. Cette loi exclut toutefois de son champ d'application « le transfert d'embryons, le prélèvement et la transplantation de testicules et ovaires, et l'utilisation des ovules et du sperme » (art. 1^{er}).

Ces dispositions légales n'interdisent cependant pas le prélèvement de tissus embryonnaires ou fœtaux ni leur utilisation à des fins thérapeutiques⁷⁶. La pratique s'auto-régule adéquatement, compte tenu de l'absence de dérives connues en ce domaine.

Ainsi est-il admis, en Belgique, d'utiliser le tissu fœtal résultant d'un avortement à des fins thérapeutiques, pour autant que les parents y consentent⁷⁷. Des programmes diversifiés se sont développés ayant pour substrat les « produits d'avortement », soit à visée scientifique, soit à finalité thérapeutique, notamment en vue d'une « donation » de cellules ou de tissus à un tiers⁷⁸.

22. Ces pratiques ne légitiment cependant jamais que se poursuive une grossesse en vue de « produire » un enfant non viable dans le seul but d'en utiliser des organes ou des tissus. Ce serait considéré

⁷⁵ M.B., 14 février 1984. Voy. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, p. 214 et s.; S. et Y. OSCHINSKY, « Prélèvement et transplantation d'organes », *J.T.*, 1987, p. 169; Th. VANSWEVELT, « Orgaantransplantatiewet », in *Personen- en familierecht. Aribelgsewet commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, J. GERLO, A. HEYVAERT, P. SENAEVE (éd.), Anvers, Kluwer, feuilles mobiles.

⁷⁶ On rappellera qu'en Belgique, les prélèvements à fins thérapeutiques ou scientifiques ne peuvent être pratiqués que sur des sujets dont la mort a été constatée. Rapp. G. RAYMOND, « Aperçu rapide sur la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain. L'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *J.C.P.*, n° 37, 14-9-1994, p. 4287.

⁷⁷ En ce sens : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », précité, p. 598, n° 43.

⁷⁸ Ch. HERNAU-HUBLET, *Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaines*, précité, p. 372.

rer l'enfant à naître comme un moyen et non comme une fin⁷⁹. Est donc exclue toute commercialisation des tissus fœtaux. C'est aux Comités d'éthiques hospitaliers qu'il revient d'assurer la protection des produits de la fécondation, d'éviter les abus de certaines manipulations à visée génétique, ainsi que toute action à but mercantile⁸⁰.

II. - *L'embryon in vitro*

A. - ABSENCE DE STATUT JURIDIQUE

23. Au vu des statistiques enregistrées par le BelRAP⁸¹ la fécondation *in vitro* (FIV) est le traitement contre l'infécondité le plus pratiqué en Belgique. Il existe actuellement, dans notre pays, plus de 35 centres appliquant cette technique⁸².

Ces centres ne sont soumis à aucune autre norme concernant leur fonctionnement ou l'enregistrement de leurs activités que la *déontologie médicale*⁸³. Le Comité consultatif de bioéthique belge a cependant émis un avis concernant les exigences qualitatives auxquelles devraient répondre ces centres, en insistant plus particulièrement sur la nécessité d'une collaboration avec les centres de recherche en génétique⁸⁴.

Comme le taux de réussite d'une grossesse par FIV demeure nettement inférieur à celui d'une grossesse naturelle, les praticiens recourent à la stimulation hormonale afin de permettre le prélèvement de plusieurs ovocytes en une seule intervention, allégeant par la même occasion les inconvénients du traitement⁸⁵. Cette techni-

⁷⁹ F. TERRÉ, « Génétique et sujet de droit », *Arch. Ph. Dr.*, 1989, p. 159; A. SÉRIAUX, « L'enfant comme don », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, note 2, 11.

⁸⁰ Y. ENOLEER, « Conclusions », in *L'embryon humain in vitro*, op. cit., p. 142-143; L. GIER, « La fécondation in vitro et le transfert embryonnaire », *J.T.*, 1986, p. 73.

⁸¹ *Belgian Register for Assisted Procreation*.

⁸² En 1994, le BelRAP a enregistré plus de 8000 traitements FIV.

⁸³ Un Rapport de commission sous une Proposition de résolution du 9 juillet 1998 (précitée) explicite les critères qualitatifs auxquels ces différents centres seraient tenus de se conformer (p. 15 et s.). La mise sur pied d'un organisme de contrôle doit tendre à la plus grande transparence des activités des centres pratiquant la FIV.

⁸⁴ Avis n° 6 du 8 juin 1998 concernant les bases éthiques pour l'optimisation de l'offre et des critères de fonctionnement des centres de fécondation *in vitro*.

⁸⁵ Pour plus de détails : E. DELEURY, v° Embryon surnuméraire, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, op. cit., p. 379.

que aboutit à la création d'un nombre important d'*embryons surnuméraires* qui ne seront pas tous réimplantés⁸⁶.

24. Tant la « production » que les incertitudes entourant la « destination » future de ces embryons *in vitro* soulèvent des questions d'ordre éthique et juridique⁸⁷. Et malgré qu'ils soient plus exposés que l'embryon ou le fœtus *in utero* à la recherche scientifique, non exclusivement à fins d'amélioration des techniques de FIV, ils ne sont gouvernés par aucun statut juridique en Belgique⁸⁸.

Suivant la conception pré-décrite d'accès graduel de l'embryon à la vie humaine (*supra*, n° 6), l'embryon conçu *in vitro*, mais dont le projet d'implantation dans l'utérus d'une mère biologique est proposé ou abandonné, se trouve dans une situation de vide juridique⁸⁹. La personnalité juridique est reconnue à l'enfant, ou rétroactivement à l'embryon, en cas de naissance à l'état viable (*supra*, n° 9)⁹⁰.

Ce qui définit spécifiquement l'embryon *in vitro* tout en le caractérisant par rapport à l'embryon *in utero* est sa plus grande disponibilité⁹¹. Il n'est dès lors pas étonnant qu'à son égard, plus qu'à l'égard du fœtus ou de l'embryon implanté, un droit de *maîtrise* soit reconnu à ses auteurs, comportant le pouvoir d'en exiger la conservation, la destruction, ou d'en autoriser le don ou l'insertion dans

⁸⁶ Il ressort du rapport du BelRAP qu'en 1996, l'on a congelé 16735 embryons et décongelé 8437 embryons (rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 18). Selon DHONT, il existe actuellement plus de 20.000 embryons congelés (*op. cit.*, p. 43).

⁸⁷ Certains auteurs ont vu, dans cet acte de production de l'embryon, un signe de domination heurtant de plein fouet la notion de dignité humaine, quelque soit la destination future de cet embryon (R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, précité, p. 166).

⁸⁸ Diverses propositions de loi ont tenté de régler le problème de la destination des embryons surnuméraires; aucune n'a encore pu aboutir (voy. not. les propositions de loi du 21 janvier 1998, du 19 octobre 1999, du 10 février 2000, précitées).

⁸⁹ A. BOUÛ, « Les pratiques médicales sur l'embryon », in *L'embryon humain, Approche multidisciplinaire*, B. FEULLIET-LE MINTIER (éd.), 1996, p. 76.

⁹⁰ Ch. HENNAU-HUBLER, « La loi et l'embryon *in vitro* : quel cadre juridique pour l'embryon humain *in vitro* ? », in *L'embryon humain in vitro*, précité, p. 131; N. MAS-

SAGER, *op. cit.*, p. 687; L. KHAJAT, *op. cit.*, p. 124.

⁹¹ Située en dehors du corps de la femme, l'embryon est devenu plus accessible à l'homme et a perdu de son secret (Ch. HENNAU-HUBLER, « La loi et l'embryon *in vitro* : quel cadre juridique pour l'embryon humain *in vitro* ? », précité, p. 129). Comp. Ph. PÉDROT, « La recherche sur embryon : un consensus impossible ? », précité, p. 244, pour qui l'embryon *in utero* pose beaucoup moins de problèmes, car il ne se situe pas véritablement en dehors de la société.

la recherche scientifique. Tel est le principe qui inspire les réponses du droit belge, même s'il n'en tire aucune conséquence quant au statut de l'embryon.

B. - LES DESTINATIONS DES EMBRYONS SURNUMÉRAIRES

25. Confrontés à l'existence d'embryons surnuméraires et à l'absence de cadre normatif, le monde scientifique et médical a mis en place des procédures éthiquement acceptables. La question de la destination de l'embryon surnuméraire se dédouble : faut-il ou non congeler l'embryon ? Dans l'affirmative, quelle destination lui donner : conservation, don, recherche scientifique ?

26. Certains auteurs refusent, par principe, l'idée d'une *congélation* de l'embryon surnuméraire et la rupture temporelle qu'elle induit dans la genèse de la vie⁹². Pourtant, une telle décision confine au paradoxe en ce qu'elle voue les embryons surnuméraires à la destruction⁹³. A tout le moins, elle reflète une projection humanisante, dès lors qu'il est certain qu'un embryon composé de quelques cellules ne peut avoir aucune conscience ni souffrir d'une suspension dans son développement.

D'autres auteurs estiment que la non-congélation de « bons » embryons dessert obligatoirement le patient en diminuant les chances de la réussite de la FIV⁹⁴. Le refus de la congélation peut cependant découler de la nécessité économique, eu égard à son coût, dans la mesure où certains embryons n'offriront que peu de chances de grossesse⁹⁵.

27. En ce qui concerne la *conservation* d'embryons congelés, la Belgique, dépourvue de législation à leur égard, l'autorise sans limite temporelle⁹⁶.

⁹² Voir à cet égard, R. ANDORNO, *op. cit.*, p. 179 et s.; J.-L. BAUDOIN et C. LAGRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F., p. 91.

⁹³ M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 141.

⁹⁴ J. GERARD, « L'embryon humain : la pratique médicale en Belgique », in *L'embryon humain in vitro*, précité, p. 52. M. DHONT (*op. cit.*, p. 43) estime qu'un quart des embryons obtenus entre en ligne de compte pour la cryoconservation.

⁹⁵ J. GERARD, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁶ A l'heure actuelle, chaque centre agit comme bon lui semble (voy. H. BROUENS, « Question parlementaire n° 215 du 28 août 1996 : destruction d'embryons congelés »).

L'absence de réglementation ne prémunit cependant pas les centres de FIV contre certaines difficultés juridiques. En détruisant des embryons surnuméraires, ils pourraient affronter des parents qui sollicitent une nouvelle implantation. Aussi la plupart des centres concluent-ils un contrat avec les parents⁹⁷, dont l'objet porte sur la cryoconservation desdits embryons et ses modalités⁹⁸. La validité d'un tel contrat ne présuppose pas que l'embryon *in vitro* soit sans protection juridique⁹⁹, mais plutôt qu'il demeure sous la *maîtrise* du couple¹⁰⁰.

Cette solution dispense le centre ou le médecin de poser lui-même des choix éthiques. Elle cristallise la volonté des auteurs de ces

Rev. trim. dr. fam., 1997, p. 141; *Bull. Q. et L.*, Chambre, 1996-1997, 8946; Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 18; M. DHONT, *op. cit.*, p. 43.

⁹⁷ En 1986, le Fonds National de la Recherche Scientifique avait donné à tous les centres de fécondation *in vitro* l'avis, non contraignant, de soumettre un questionnaire aux parents (H. BROUENS, l.c.; M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 146; Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 18). La plupart des centres se sont conformés à cet avis. Ainsi, à l'hôpital Erasme, la finalité de chaque embryon doit être déterminée en accord avec les personnes qui fournissent le matériel génétique, avant que la FIV ne débute. Un « protocole juridique » signé par les patients prévoit que les embryons surnuméraires sont conservés pendant les deux ans qui suivent la fécondation en vue d'une réimplantation. Cette période peut être prolongée de trois ans par grossesse. A l'hôpital de la K.U.Leuven, on garantit aux patients que les embryons seront conservés pendant deux ans. Ce délai peut être prolongé indéfiniment à la demande du patient, qui doit alors verser une indemnité limitée, ce qui établit sa responsabilité morale et financière vis-à-vis de l'embryon. Le centre n'accepte aucun amendement au protocole présenté pour signature. Si les personnes ne souhaitent plus par la suite qu'il soit conservé, elles peuvent le faire savoir par écrit dans un document signé aussi par le médecin responsable.

⁹⁸ Pour certains auteurs, une base légale demeure nécessaire quant à la durée de conservation possible des embryons congelés (J. GERARD, *op. cit.*, p. 54). Cela ferait office d'autorisation pour le centre de procéder à la décongélation des embryons après une certaine durée lorsque les géniteurs ne donnent plus signe de vie ou que l'on a perdu toute trace d'eux.

⁹⁹ En ce sens : N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 707.

¹⁰⁰ Y.-H. LELU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », précité, p. 598, n° 40. Certains auteurs y voient un contrat de dépôt (J. TER HEERDT, « Soetieverslag van het 36^e Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging », *Vl. T. Gezondheidsrecht*, 1994, p. 381). Pour d'autres, admettre que le sort des embryons cryoconservés dépend d'un contrat est critiquable en raison d'une réflexion utilitariste ainsi que d'une atteinte à l'indisponibilité de l'état des personnes (C. NEIRINCK, note sous Trib. gr. Inst. Rennes, 30 juin 1993, *J.C.P.* 1994, II, 22250, p. 173). D'autres encore sont opposés à cette possibilité pour des raisons plus philosophiques (voy. à cet égard N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 729; J. RUEBEL-LIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état de la question », *R.T.D.C.*, 1987, n° 30, p. 475-476).

embryons au moment de la signature de ce contrat et les responsabilise quant à la portée des actes posés. Elle rejoint enfin l'analyse qui veut que le *projet parental* dont il est investi participe du statut à conférer à l'embryon.

Ainsi, le couple qui, au départ, souhaitait la congélation des embryons surnuméraires en vue d'une implantation plus tardive, pourrait, par la suite, désinvestir tout projet parental et souhaiter, en bonne logique, la destruction des embryons surnuméraires¹⁰¹. Cette option peut sembler paradoxale sous l'angle du souci de protection de l'embryon, mais n'illustre pas moins la maîtrise de ce couple quant à sa destination finale¹⁰².

28. Une autre solution consiste, pour le couple auteur de l'embryon, à en faire *don* à un autre couple¹⁰³. Aucune réglementation n'organise en droit belge le don d'embryon, mais celui-ci est accepté par la doctrine¹⁰⁴, à l'exception des auteurs pour qui l'indisponibilité de l'état des personnes rend le corps humain inaliénable¹⁰⁵. Nous nous rallions à l'opinion majoritaire, dès lors que notre analyse ne nous conduit pas à retenir la conception personnaliste de l'embryon (*supra*, n° 6). Le don d'embryon paraît donc se justifier sur le plan juridique, à condition de respecter les principes d'anonymat et d'exclusion du profit¹⁰⁶.

29. C'est encore, selon nous, à la lumière du principe de maîtrise du couple-auteur, que doit être résolu le problème particulier de

¹⁰¹ J. GERARD, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰² Cette option quant à la conservation de l'embryon surnuméraire se heurte à la position de principe de ceux pour qui l'embryon est une personne dès la conception et pour lesquels cette toute-puissance du couple donneur constitue acte de domination injustifiable sur l'embryon (voir M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 313).

¹⁰³ M. DHONT, *op. cit.*, p. 43; L. GIERT, « La fécondation *in vitro* et le transfert embryonnaire », *J.T.*, 1986, p. 73.

¹⁰⁴ N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 711; F. DEBRUS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *R.T.D.C.*, 1996, p. 20-21.

¹⁰⁵ M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 141. Pour d'autres auteurs, ce principe serait par ailleurs affirmé dans la loi pénale : M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de disposer de soi-même - Etendue et limites en droit comparé », in *Limite en droit positif et référence légale aux valeurs*, X^e Journée d'Etude juridique Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 2156 et s.

¹⁰⁶ M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 144; Y.-H. LELU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », précité, p. 598, n° 40, note 119.

l'implantation *post mortem* de l'embryon, ou celle après la séparation du couple.

En Belgique, beaucoup de centres FIV n'acceptent la réimplantation que si les deux partenaires sont présents¹⁰⁷. Aucune décision jurisprudentielle n'a toutefois été rendue en Belgique, à l'inverse de la France où une jurisprudence de la Cour de cassation refuse l'implantation sur requête unilatérale d'un membre du couple désuni¹⁰⁸, généralement la veuve ou l'ex-épouse ou compagne¹⁰⁹. La maîtrise d'un des auteurs sur l'embryon s'en trouve limitée, alors qu'elle s'exerçait pleinement, fût-ce conjointement, au temps où le couple existait. Il est à noter que la jurisprudence française risque d'être remise en cause sur le plan législatif¹¹⁰. Il serait effectivement souhaitable, et cohérent sur le plan de la maîtrise, que nul ne puisse contester les prérogatives (ni les motivations) de la femme quant aux embryons conçus par elle et son partenaire¹¹¹.

30. Une dernière option est laissée aux auteurs par les contrats que peuvent leur proposer les centres FIV : l'insertion de l'embryon surnuméraire dans la *recherche scientifique*. Cette destination se révèle être la plus sensible¹¹², comme il apparaîtra ci-après.

¹⁰⁷ La K.U.Leuven par exemple, suit cette ligne de conduite (Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 19).

¹⁰⁸ Cass. Fr., 1^{ère} civ., 9 janvier 1996, *J.C.P.*, 1996, II, p. 289, note C. NEURINCK. D., 1996, p. 376, note F. DEBRUSS-NETTER; dans le même sens : Trib. Gr. inst. Rennes (1^{ère} civ.), 30 juin 1993, *J.C.P.*, 1994, II, 22250, p. 169, note C. NEURINCK. *J.D.J.*, n° 18, p. 169; Trib. gr. inst. Toulouse, 4^e ch. civ., 26 mars 1991, *J.C.P.*, 1992, II, 21.807, note Ph. PEDROT.

¹⁰⁹ On n'envisage pas actuellement de faire droit à la demande d'implantation émise par l'homme, au profit d'une nouvelle compagne ou d'une mère porteuse.

¹¹⁰ Un projet de loi français envisage d'autoriser une telle implantation, suivant les avis du Comité consultatif national d'éthique français (avis n° 40 du 17 novembre 1998; avis n° 60 du 25 juin 1998). Le comité souligne, à juste titre, la nécessité d'une décision psychologiquement libre de la femme, parfois affectée par un travail de deuil.

¹¹¹ En ce sens : C. CHABAUT, « A propos de l'autorisation du transfert d'embryon post mortem », *D.*, 2001, p. 1396.

¹¹² J. GERSIS (*op. cit.*, p. 59) cite une étude de LARUELLE et ENGLERT, qui révèle que le choix des couples quant à la destination future de l'embryon se présente comme suit : la destruction est tolérée par presque tous les couples; 92 % acceptent également le don d'embryon; les couples considèrent l'embryon comme un enfant refusent toute recherche. GERSIS a également établi des statistiques dans son propre centre : un seul couple sur 141 a accepté la recherche scientifique.

C. - LA RECHERCHE SUR LES EMBRYONS

1. - Typologie des recherches

31. A maints égards, la recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines dérivées d'embryons obtenus par fécondation ou par *clonage thérapeutique*, apparaît essentielle, notamment en matière de greffes d'organes, et donc pas seulement en matière de FIV, ni surtout exclusivement dans le cadre de projets procréatifs individuels.

Cette recherche scientifique s'effectue depuis longtemps en Belgique hors cadre légal et a justifié l'abstention de notre pays lors de l'adoption de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (*supra*, n° 7).

32. Une première motivation de la recherche sur embryons est d'ordre *thérapeutique*. L'expérimentation peut être axée sur une augmentation des chances de survie d'un embryon, si elle a lieu dans le cadre d'une thérapie destinée au futur enfant pouvant en être issu (thérapie expérimentale). Les expériences peuvent aussi consister en des essais cliniques visant à améliorer le sort de l'embryon en général, ou affiner les techniques de diagnostic préimplantatoire (*infra*, n° 40 et s.); Elles profitent alors, de manière indirecte, à d'autres candidats à la FIV (expérimentation thérapeutique)¹¹³. Ces recherches sur embryons surnuméraires sont assez courantes en Belgique et ne soulèvent que peu d'objections en raison de leur finalité¹¹⁴.

33. Une deuxième motivation est d'ordre *cognitif*. Des recherches sur embryons peuvent tendre à l'acquisition de *connaissances nouvelles*, sans qu'un bénéfice puisse être acquis pour l'embryon¹¹⁵.

¹¹³ Sur ces deux notions : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, p. 234, n° 273 et 274.

¹¹⁴ Ch. HENNAU-HUEBERT, « Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaines », précité, p. 372.

¹¹⁵ M.-H. PARIZEAU, *op. cit.*, p. 368. On songe ici à la culture *in vitro* d'embryon, à la reconstruction d'embryon par micromanipulation, à la sélection du sexe ou au clonage (G. DE WERT, in *L'embryon in vitro*, *op. cit.*, p. 81).

L'intérêt de la société prime celui des patients individuels, même si la finalité *médicale* est encore présente ¹¹⁶.

Ce type de recherche prête plus à la controverse. Ainsi, dispose les directives de la déclaration d'Heisinki relatives aux expériences réalisées sur des êtres humains ¹¹⁷, il dispose que les intérêts du sujet d'expérience doit prévaloir sur ceux des chercheurs et de la société. Certains appliquent ces directives à l'embryon ¹¹⁸, tandis que d'autres craignent la réification et l'objectalisation de la vie humaine commençante qui « *cesse d'être le support du moi pour devenir un moyen au service des autres et de la connaissance* » ¹¹⁹.

34. Une troisième motivation à la recherche sur l'embryon est *économique* ¹²⁰; elle affronte la désapprobation quasi unanime.

35. La question de la *conception d'embryons spécifiquement à des fins de recherches* est liée à cette dernière motivation. Les opinions sont clivées en Belgique et se reflètent dans de nombreuses propositions de loi ¹²¹.

La question à cet égard est toutefois de savoir s'il existe une différence décisive entre les recherches sur embryons surnuméraires ou sur embryons conçus spécialement à cette fin. Sur le plan éthique, cette différence ne nous paraît pas manifester et le risque d'insurmentalisation, souvent soulevé, semble quelque peu exagéré ¹²². La création d'embryons pour la recherche peut servir des intérêts essentiels comme l'expérimentation de traitements avant leur offre aux futurs patients, l'amélioration de la santé des enfants issus des

¹¹⁶ Ph. PÉDROT, « La recherche sur embryon : un consensus impossible ? », précité, p. 251.

¹¹⁷ Pour plus de détails, voy. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, p. 223, n° 272.

¹¹⁸ G. DE WERT, *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁹ Ch. HENNARTY-HUBERT, « Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaines », précité, p. 372; contra G. DE WERT, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁰ Ex. création de banques d'embryons pour le marché des greffes et tissus (voy. M.-H. PARIZEAU, *op. cit.*, p. 368).

¹²¹ Ex. Proposition de loi du 21 janvier 1998, du 1^{er} février 2000 et du 14 mars 2001, précitées, qui proposent d'interdire la création d'embryons à des fins de recherches. Celles des 11 décembre 1998, du 30 septembre 1999 et du 6 avril 2001 (précitées) proposent de l'autoriser sous conditions. Les *instruments internationaux* interdisent pour la plupart ces pratiques (ex. art. 18.2 CEDH).

¹²² Ph. PÉDROT, *op. cit.*, p. 255.

techniques de procréation médicalement assistée, ou encore le rejet des techniques inefficaces ou dangereuses.

3. - Conditions d'acceptabilité des recherches sur embryons

36. Dans la plupart des pays européens, la discussion éthique a abouti à la conclusion que des expérimentations sur embryons ne sont acceptables que dans des cas exceptionnels et à certaines conditions d'ordre matériel et procédural ¹²³. Les propositions de loi belges en cette matière se rallient à ce point de vue ¹²⁴.

37. Parmi les *conditions de procédure*, on relève l'approbation des projets et protocoles de recherche expérimentale par une commission d'éthique nationale, ainsi que le consentement libre et éclairé des auteurs des embryons.

Les recherches doivent avoir lieu dans des centres autorisés à les pratiquer ¹²⁵.

Les *protocoles* de recherche expérimentale biomédicale doivent être examinés pour avis par un comité d'éthique hospitalier ¹²⁶, organisé au sein de chaque institution. Bien que prescrit par arrêté royal, ce contrôle est de pur fait puisque ce comité n'a aucun pouvoir contraignant.

En ce qui concerne les *projets de recherches*, en amont des protocoles, la pratique actuelle est les soumettre à l'approbation ou à

¹²³ G. DE WERT, *op. cit.*, p. 86.

¹²⁴ Voy. par exemple les Propositions de loi du 11 décembre 1998, du 30 septembre 1999 et du 6 avril 2001 (précitées).

¹²⁵ G. DE WERT, *op. cit.*, p. 86. En Belgique, la recherche sur les embryons s'effectue en principe dans le cadre de deux structures : les *centres de génétique humaine* (actuellement au nombre de 8 et réglementés par un arrêté royal du 14 décembre 1987 qui dispose que ces centres ne peuvent être exploités qu'après avoir été agréés par le Ministre de la Santé publique) et les *centres de FIV* (secteur qui n'est quasiment pas réglementé, le seul enregistrement qui existe actuellement étant celui de la BELRAP; voy. à cet égard le Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 15).

¹²⁶ Composé de médecins, d'un juriste, d'un philosophe et d'une personne extérieure à l'institution. Voy. à ce sujet : Y. ENGLERT, « L'institutionnalisation des comités d'éthiques locaux hospitaliers », in *Les comités de recherche biomédicale. Exigences éthiques et réalités institutionnelles*. Belgique, France, Canada et Québec, M.-L. DELFOSSE (éd.), Presses universitaires de Namur, 1997, p. 77; H. NYS, « Vers un cadre légal pour les comités d'éthique en Belgique ? », in *Les comités de la recherche biomédicale*, précité, p. 83).

l'avis d'un comité éthique hospitalier¹²⁷, à nouveau en dehors de toute disposition ou contrôle légal.

38. Au vu des différentes propositions de loi déposées en Belgique, les *conditions matérielles* posées à la recherche sur embryon seront, pour l'essentiel : un objectif important et cliniquement pertinent, basé sur les connaissances scientifiques les plus récentes de sorte qu'il n'y ait pas de voie de recherche alternative, une recherche réalisée sur le seul embryon *in vitro*, et dans les 14 premiers jours suivant la fécondation.

4. - Deux exemples de recherches sur embryon aux extrêmes d'un même continuum

a. Le clonage reproductif

39. Parmi l'éventail des perspectives qu'ouvre la recherche sur les embryons et fœtus, il en est une qui, plus que tout autre, suscite craintes et fantasmes : le clonage reproductif¹²⁸.

Pour beaucoup d'auteurs¹²⁹, ainsi qu'en vertu des instruments supranationaux¹³⁰, le clonage humain reproductif est inadmissible,

¹²⁷ Les projets de recherches *subventionnés par les pouvoirs publics* sont en outre examinés par le Fonds National de la Recherche Scientifique quant à leurs implications éthiques (voy. le Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 27).

¹²⁸ Le *clonage thérapeutique*, par lequel un organe ou une colonie de cellules destinées à constituer un greffon compatible sont constituées, a été envisagé ci-dessus (*supra*, n° 29).

¹²⁹ En ce sens, not. S. et Y. OSCHINSKY. « L'interdiction du clonage d'êtres humains », *J.T.*, 1998, p. 449; G.-E. PLATTNER, « L'interdiction par le Conseil de l'Europe du clonage d'êtres humains », *Bull. D.H.*, 1998, n° 42, p. 38.

¹³⁰ Art. 13 et 26, § 2 de la CEDH. Le *parlement européen* a adopté le 30 mars 2000 une résolution sur la décision de l'office européen des brevets relative au clonage des êtres humains (*J.O.C.E.* 2000, C 378/95), le 7 septembre 2000 une résolution dans laquelle le clonage thérapeutique est considéré comme contraire à la dignité humaine (*Bulletin UE* 9-2000), et le 15 janvier 1998 une résolution sur le clonage humain, invitant les États membres à adopter une législation qui prohibe sur son territoire toute recherche en cette matière. Le 12 janvier 1998, fut signé à Paris un *Protocole additionnel à la CEDH* portant interdiction du clonage d'êtres humains afin de protéger le genre humain contre toute prédétermination de la constitution génétique d'un être humain par une tierce personne. Le rapport explicatif fait toutefois observer que le Protocole ne prend pas de position sur l'admissibilité du clonage de cellules à des fins de recherches aboutissant à des applications médicales. Ces dispositions n'ont donc pas à être interprétées comme une interdiction des techniques du *clonage thérapeutique*.

qu'il vise à la reproduction au sens strict ou à la constitution d'une réserve d'organes. Si nul ne nie les infinies possibilités qu'ouvre la technique du clonage, l'opposition est nette quant à l'appliquer dans le but de reproduire un être humain. Ce serait contraire à la dignité et à la singularité ultime de l'individu, ainsi qu'à d'autres principes, jugés supérieurs, interdisant toute intervention sur le génome humain¹³¹ et, partant, toute atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine¹³². La maîtrise du corps par la personne trouve une limite dans la disposition des caractéristiques de son espèce ou des *moyens* par lesquels il se reproduit¹³³.

40. Le *Comité consultatif national belge de bioéthique* s'inscrit dans cette tendance¹³⁴, même si, comme à son habitude, il relaye les positions divergentes de ses membres, laissant apparaître une absence de consensus quant à l'acceptabilité ou le refus général du clonage reproductif¹³⁵.

- Suivant une première opinion, une condamnation absolue et définitive du clonage reproductif paraît mal étayée. Il faut interdire le clonage reproductif pour une période limitée dans le temps, en rappelant qu'admettre le clonage reproductif n'impliquerait en aucun cas la reconnaissance d'un droit absolu à la reproduction ou à la recherche scientifique. Un *moratoire* de plusieurs années s'impose au vu des problèmes scientifiques, psychosociaux et éthiques que poserait immanquablement cette pratique¹³⁶.
- Suivant une deuxième opinion, de grandes réserves sont émises quant au clonage humain reproductif. Le point de vue éthique

¹³¹ Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998, précitée, p. 8; Proposition de loi du 10 février 2000, précitée, développements, p. 3.

¹³² Voy. à ce sujet : D. FENOUILLET, « L'espèce », *in Juris-Cl. Civ.*, art 16 à 16-12, fasc. 30, n° 33-56.

¹³³ Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », précité, p. 595.

¹³⁴ Avis n° 10 du 14 juin 1999 concernant le clonage humain reproductif.

¹³⁵ Le Comité relève en outre que ceux qui admettent la recherche sur l'embryon ne s'opposent pas en général au clonage d'embryon dans un but de recherche si des arguments pertinents sont présentés pour justifier chaque recherche spécifique.

¹³⁶ Cette position est répercutée dans deux propositions de loi belges (Proposition du 30 septembre 1999 et du 20 mars 2001, précitées). Elles entendent distinguer la *thérapie germinale de traitement* d'une maladie génétique incluant l'intervention sur cellules germinales avec effet sur la descendance, la *thérapie germinale de correction* qui lutte contre une série de maladie et la *thérapie germinale d'amélioration* de l'être humain; seule cette dernière devrait être interdite. Elles proposent un moratoire de quatre ans, mais prônent le développement de la technique.

consiste à évaluer le clonage au regard des représentations et valeurs véhiculées dans les rapports sociaux contemporains. C'est l'impact relationnel qui est mis en exergue, le point de vue existentiel et dynamique au sein d'une société humaine et la capacité des « clones » à s'y intégrer. La référence à la dignité humaine met l'accent sur le fait que la vie humaine n'est pas un phénomène purement biologique et technique, mais suppose, pour son accomplissement et l'épanouissement de la personne, la réunion de plusieurs facteurs environnementaux, psychologiques et spirituels.¹³⁷

• Suivant une troisième opinion, il y a lieu d'interdire définitivement le clonage reproductif en ce qu'il porterait gravement atteinte à la dynamique de l'existence humaine et couperait l'enfant de la symbolique inscrite dans les données de la chair. Envisager ce type de clonage procède d'une pure fascination à l'égard du progrès scientifique.

41. Notre opinion emprunte aux deux premières, les moins radicales. L'une comme l'autre se soucient des implications concrètes du clonage reproductif, et l'idée sous-jacente à la seconde – la société n'est pas prête à garantir à un « clone » les conditions de son épanouissement – trouve son expression dans la nécessité du moratoire défendue par la première.

b. Le diagnostic préimplantatoire (DPI)

42. Le DPI consiste à analyser une ou plusieurs caractéristiques génétiques d'embryons *in vitro* dans le but de ne transférer que les embryons non porteurs des anomalies dépistées.¹³⁸ Son utilisation permet soit d'éviter un avortement thérapeutique, soit de prévenir la naissance d'un enfant porteur de l'anomalie, soit même d'identifier les anomalies génétiques de nature à interférer dans le bon

¹³⁷ Dans le même sens : S. BOONEN-MOREAU, « L'éthique... Protection ou engagement ? », *Act. dr.*, 1996, p. 533 ; D. THOUVENIN, « Éthique et Droit en matière biomédicale », *D.*, 1985, p. 21.

¹³⁸ Voy. not. Y. ENCLER, v° Diagnostic préimplantatoire, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, précité, p. 275 ; C. NERINCKX, « L'encadrement juridique de l'acte médical sur l'embryon humain », in *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, précité, p. 81 ; B. STELLE et J. TESRAERT, « Le diagnostic préimplantatoire : quels outils, pour quelle quête ? », in *Les loi bioéthiques à l'épreuve des faits, Réalités et perspectives*, op. cit., p. 161.

déroulement de la FIV en tant que telle¹³⁹. L'orientation thérapeutique de ce type de recherche apparaît clairement.

L'interrogation principale soulevée par le DPI est celle de savoir quelles anomalies doivent le justifier. La crainte d'un élargissement croissant des indications au DPI fait naître une demande de réglementation¹⁴⁰, d'autant plus pressante que la jurisprudence tend à sanctionner les dommages subis par l'enfant à cause d'une erreur de diagnostic (*supra*, n° 18). Les instances européennes ont pris position en faveur de ces recherches, moyennant le respect de certaines conditions¹⁴¹.

43. Si certains condamnent le DPI sous l'angle du droit à la vie¹⁴², les critiques plus nuancées mettent en exergue le risque d'*eugénisme*. Certes, l'interdiction de l'eugénisme vise plus particulièrement l'organisation collective de telles pratiques. Il demeure néanmoins que le dépistage *systématique* de certaines maladies en vue d'une destruction des embryons affectés peut être analysé comme une politique eugénique¹⁴³. Envisagé sous le seul angle d'une confrontation entre, d'une part, connaissance et maîtrise scientifique des processus de création de la vie et, d'autre part, désir de l'enfant parfait, il conduit à des gestes sélectifs. Négliger cette éventualité ouvrirait probablement la porte à l'élaboration d'une idéologie de sélection et de toute puissance du désir.

Selon nous, dans un contexte social baigné d'idéaux de tolérance et de respect de l'altérité, mais où croît une certaine intolérance au

¹³⁹ Sur cette dernière technique, encore appelée *screening génétique préimplantatoire* : Y. ENCLER, op. cit., p. 275.

¹⁴⁰ L'art. 3 de la Proposition de loi du 11 décembre 1998 (précitée) prévoit que seules la recherche d'anomalies héréditaires ou chromosomiques graves, telles que déterminées par arrêté royal, pourraient indiquer un DPI.

¹⁴¹ La Recommandation du 21-6-1990 (n° R 92-13) du Conseil de l'Europe est consacrée au dépistage génétique anténatal, au diagnostic génétique anténatal et au conseil génétique. En 1992, est intervenue la recommandation R 90-3 sur le test et le dépistage génétique à des fins médicales, autorisant ce type de recherches tout en précisant qu'elle relève de la responsabilité d'un médecin qualifié, et doivent être effectuées dans des centres agréés par les États, et soumises à la conditions du consentement exprès, libre et éclairé du patient. Les lois françaises du 29 juillet 1994 (n° 94-694) consacrent également une disposition (restrictive) au diagnostic préimplantatoire.

¹⁴² R. ANDORNO, op. cit., n° 313 et 432.

¹⁴³ B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », précité, p. 454 ; J.-N. MISSA, v° Eugénisme privé, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, précité, 426.

handicap, le diagnostic prénatal paraît porteur d'une capacité de maîtrise du corps et de la vie. Le DPI se superpose au diagnostic prénatal et se revendique de la même légitimité éthique de refuser à des embryons porteurs de certaines caractéristiques génétiques problématiques, la possibilité de se développer jusqu'à la naissance. Cette légitimité peut trouver son fondement dans l'évitement des souffrances résultant de ces anomalies pour les parents ou pour l'enfant et du traumatisme d'un avortement. L'effectivité du DPI au regard de ces objectifs rend difficilement justifiable son interdiction simple. Si l'on estime moralement acceptable l'avortement thérapeutique sur indication génétique, il est peu cohérent de rejeter un DPI à finalité de transfert sélectif.

Conclusions

- QUELLES NORMES ?

44. Objet, personne, personne potentielle ou entité au statut évolutif en fonction du projet d'enfant dont il est porteur... le statut de l'embryon soulève encore la controverse. La Belgique, de par la virginité de son champ légal et l'avancée de sa pratique médicale scientifique, a l'opportunité de prendre un recul propice à une interrogation réfléchie sur la nécessité et le rôle d'un cadre normatif.

45. Depuis près de 20 ans la fécondation *in vitro* se pratique en Belgique sans jamais engendrer de situations intolérables¹⁴⁴. Or l'intervention du droit ne s'impose avec force qu'en présence de situations conflictuelles, fût-ce sur le plan des valeurs.

Comme nous l'avons constaté, absence de législation ne signifie pas absence de règles. La déontologie et la responsabilité médicales, le contrôle scientifique, le passage obligé en Comité de bioéthique local préservent des excès. C'est finalement la complexité des enjeux qui constitue la première garantie contre une réflexion simpliste réductrice ou arbitraire¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Y. ENGLEBERT, « Conclusions », in *L'embryon humain in vitro*, précité, p. 143. A.-E. BOURGEOUX et M.-L. GUILY, « Être ou ne pas être, telle est la question... », in *Voyage au centre de la bioéthique, Revue de l'Institut Émile Vandervelde*, 1996-3, p. 9.
¹⁴⁵ *ibidem*.

Il n'en demeure pas moins que, sous la pression internationale des positions devront être prises à brève échéance sur le plan législatif. Le monde scientifique lui-même le réclame dans certains secteurs, mais, par crainte d'un engorgement des recherches, rejette l'idée qu'une telle intervention touche au statut de l'embryon ou à d'autres questions fondamentales. En réalité, les scientifiques souhaitent des interventions ponctuelles, visant à augmenter la transparence et accroître la sécurité du patient.

- QUEL STATUT POUR L'EMBRYON ?

46. Dans le domaine étudié, l'obsolescence des techniques entraîne celle des règles qui les encadrent¹⁴⁶. Et les interdictions strictes sont rapidement contournées par la pratique, surtout lorsqu'elles ne sont pas rigoureusement fondées¹⁴⁷.

Par ailleurs, la matière à réglementer est humainement sensible et les clivages sociaux marqués, de sorte que tendre à l'unanimité concernant le statut de l'embryon ou du fœtus relève de la chimère¹⁴⁸.

Selon nous, il n'est pas nécessaire que le droit définitive ou catégorise l'embryon pour le prendre en considération. C'est d'ailleurs impossible tant que la pratique renonce à le traiter comme une personne et que la symbolique ne se résout pas à lui appliquer le statut

¹⁴⁶ Une solution consiste en des lois révisables après un certain délai, comme les lois bioéthiques françaises de 1994, à condition bien sûr de les réviser dans ce délai.
¹⁴⁷ H. GAUMONT-PRAET, « Réglementations des ressources génétiques », *D.*, somm. comm., 1998, p. 166. En France, la question se pose actuellement, à l'occasion de la révision des lois bioéthiques de 1994, d'augmenter le champ des possibilités de la recherche sur embryons humains là où des interdictions fermes avaient été prononcées.

¹⁴⁸ Une solution alternative consiste, suivant le modèle de la *common law*, à raisonner en termes de cas particuliers et à s'en remettre, non aux seuls juges, mais aussi à ce que les anglo-américains appellent les lois particulières, afin qu'il soit possible d'adopter des règles libérales, restrictives ou prohibitives selon la situation. Certes l'on y perdrait la rationalité de la codification, mais l'on disposerait de plus de textes à appliquer, textes qu'il serait plus facile d'amender que des dispositions intégrées dans un cadre plus large. Le danger serait aussi que l'extrême diversité des situations conduise à une inflation de normes (en ce sens : C. NEUBACK, *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 19).

de chose¹⁴⁹. Ainsi, plutôt que de chercher le statut légal de l'embryon, il faut réfléchir sur le cadre légal qui l'entoure¹⁵⁰.

— QUEL STATUT POUR LES NORMES
RELATIVES À L'EMBRYON ?

47. Le rôle du droit en matière d'embryon et de fœtus ne serait, selon nous, pas de constater les pratiques et d'en déduire la règle. Le droit ne saurait être asservi à la réalité et le législateur piégé par le mythe de l'adaptation du droit¹⁵¹. Il faut prendre le temps de la perception la plus juste des risques et avantages liés à un projet qui englobe les effets immédiats, mais aussi les incidences plus lointaines.

Quel langage le droit doit-il adopter pour encadrer la recherche sur les embryons et fœtus, sachant qu'il n'existe pas un droit absolu à la connaissance ? La question est difficile, dès lors que beaucoup de principes juridiques s'affichent en règle absolue, inadéquats dans une matière empreinte de conflits de valeurs et qui réclame une relativité certaine de pensée¹⁵².

48. La notion de *dignité humaine*, par laquelle on veut protéger l'embryon, est un bon exemple de ces difficultés terminologiques. Appliquée à l'embryon, cette notion protectrice montre ses limites. M. Mathieu ne manque pas de souligner les profondes divergences

qui affectent l'appréciation de sa portée¹⁵³. Pourtant, au fondement même de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine qui sous-tend la primauté de l'être humain sur les intérêts de la société et de la science, ce principe se réclame d'absolu, alors que les prescriptions et les droits qu'il engendre ne bénéficient pas de cet absolu¹⁵⁴. Le principe de dignité voit donc sa valeur absolue se déliter partiellement lorsqu'il s'agit de le mettre en œuvre.

Ainsi, alors même que l'on affirme la primauté de l'être humain sur les exigences de la science, la réification des embryons demeure admise dans leur possible destruction ou utilisation à des fins de recherches. Paradoxales par essence, alors que le principe de dignité ne peut céder devant l'intérêt collectif, ces dérogations, qui résultent du consensus et non plus de la démocratie majoritaire, préfigurent sans doute une évolution du droit dans son ensemble, dont il y a lieu de tenir compte lorsque l'on réfère à la dignité humaine¹⁵⁵.

49. Souvent a été posée, dans la présente contribution, la délicate question du rapport entre le droit et l'éthique. M. Thouvenin remarque, assez judicieusement à notre sens, que les demandes d'interventions législatives actuelles réclament, non pas des règles nouvelles, préférentielles jusque là inexistantes, mais revendiquent l'accès des règles éthiques au rang, plus envié, de règles juridiques¹⁵⁶. L'institutionnalisation de l'éthique sous la forme de Comités consultatifs nationaux traduirait la substitution de la légitimité scientifique à la légitimité du politique. La loi devrait donc trouver sa

¹⁵³ 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. 99. Voir également l'avis n° 2 du Comité consultatif de bioéthique belge (*op. cit.*) qui ne manque pas de rappeler la difficulté d'une vision universaliste pour des matières touchant à la bioéthique, par essence conflictuelle, allant à l'encontre du souhait de ceux qui veulent que les droits de l'homme soient la source d'inspiration majeure en matière de bioéthique, souhait tel qu'il est énoncé dans le Rapport sous la Proposition de résolution du 9 juillet 1998 (précitée, p. 48); dans le même sens : M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 152.

¹⁵⁴ B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁵ En outre, le principe du respect de la dignité humaine mis en œuvre à propos de l'embryon soulève la question de la *titularité* de ce droit au respect. Dans son avis n° 2 relatif à la CEHDB, le Comité consultatif national de bioéthique belge rappelle que la protection des embryons ou d'entités encore plus éloignées de l'individu, tel le génome humain, ne tombe pas sous l'application des textes fondamentaux qui protègent les personnes au sens d'individus.

¹⁵⁶ D. THOUVENIN, « De l'éthique biomédicale aux lois 'bioéthiques' », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1994, p. 717 à 736.

¹⁴⁹ Le principe de *précaution* a été évoqué concernant la recherche sur l'embryon, qui consisterait à prendre, à l'égard de l'embryon, des mesures de protections au-delà de ce que la probabilité rend nécessaire (B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », précité, p. 455). Le risque serait toutefois de faire peser sur le médecin une responsabilité accrue et d'encadrer la recherche de manière restrictive.

¹⁵⁰ L. KHAMAT, « Quel cadre juridique pour l'embryon humain *in vitro* ? », in *L'embryon humaine in vitro*, précité, p. 124.

¹⁵¹ Ch. HENNAU-HUBERT, « La loi et l'embryon *in vitro* : quel cadre juridique pour l'embryon humain *in vitro* », précité, p. 136.

¹⁵² B. MATHIEU voit une illustration de cette difficulté dans le renvoi en cascade d'un texte à l'autre quand il s'agit de définir le statut de l'embryon (B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire », *D.*, 1996, p. 283).

source d'inspiration dans l'éthique ¹⁵⁷. Et l'auteur de remarquer un travestissement du rôle traditionnel de la politique, réduite ici à recouvrir des idées du manteau législatif.

Nous pensons que l'éthique, comme source d'inspiration de règles juridiques futures, présente l'avantage de sa plasticité, de son adaptabilité. Elle prémunit, dans une certaine mesure, de décisions passionnées et univoques, dans une matière où bon nombre d'interventions relèvent de l'irrationnel.

50. Passer de l'éthique au droit n'est toutefois pas simple ¹⁵⁸. Ces deux systèmes normatifs demeurent totalement différents ¹⁵⁹ : le droit règle des comportements qui s'imposent de manière générale à tous; par essence conflictuelle, l'éthique est une recherche, une réflexion, pas une contrainte.

Seule une législation consciente de ses limites pourrait éviter les multiples écueils relevés ci-avant. En particulier elle devra se concevoir en termes de principes-cadres suffisamment larges pour laisser une latitude maximale à la diversité des situations humaines, et accorder une importance particulière à la volonté des acteurs, titulaires du droit à la libre disposition de leur corps ¹⁶⁰.

¹⁵⁷ C'est également en ces termes que Mme FEUILLET-LE MINTIER envisage l'adoption des lois bioéthiques françaises de 1994 (« Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation », in *Les lois « bioéthiques » à l'épreuve des faits*, précité, p. 194 et 197).

¹⁵⁸ Sur les rapports que peuvent entretenir science et droit, voy. I. DESCHAMPS, « Fait et subjectivité », *Recherches Sociologiques*, vol. XXIII, 1992, p. 3-25.

¹⁵⁹ R. LALLEMAND et S. VERSCHUERER, « Du droit à l'éthique », in *Voyage au centre de la bioéthique*, *Revue de l'Institut Emile Vandervelde*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁰ A.-E. BOURGHAUX et M.-L. GUILY, *op. cit.*, p. 10.