

Faculté de droit et de criminologie

La protection juridique prénatale :

Analyse de droit comparé entre la Belgique
et les Pays-Bas

Auteur : Camille Bétune
Promoteur : Monsieur Geoffrey Willems
Année académique : 2021-2022
Master en droit, à finalité justice et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier mon promoteur d'avoir été un professeur inspirant et un promoteur à l'écoute et disponible tout au long de ce mémoire.

Je tiens également à remercier toutes les personnes incroyables que j'ai eu la chance d'apprendre à connaître dans le cadre de mes jobs étudiants tout au long de mes études. J'ai certainement eu les plus belles et enrichissantes discussions à leurs côtés et ils ont tous été, pour moi, une grande source d'inspiration.

Mes remerciements vont également à mes parents qui m'ont permis de réaliser des études universitaires, à mon frère de m'avoir donné cette détermination de ne jamais faillir et enfin à ma mamy pour avoir toujours tellement cru en moi.

J'aimerais également remercier tous les professeurs et étudiants qui ont fait de ces cinq années universitaires une fabuleuse et inoubliable expérience.

Liste d'abréviations

Convention EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
DPI	Diagnostic génétique préimplantatoire
Embryowet	Wet houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet) – Loi réglementant le traitement des gamètes et des embryons (P-B)
IMG	Interruption médicale de grossesse
IVG	Interruption volontaire de grossesse
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst – Société royale néerlandaise pour la promotion de la médecine (P-B)
Loi PMA	Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (BE)
LZA	Late Zwangerschapsafbreking – Interruption tardive de grossesse
NVOG	Nederlandse Vereniging voor Obstetie en Gynaecologie - Association néerlandaise pour l'obstétrique et la gynécologie (P-B)
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
Waz	Wet afbreking zwangerschap - Loi interruption de grossesse (P-B)
Wbgo	Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (P-B)
Wvvgz	Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (P-B)

Table des matières

Introduction	1
Chapitre préliminaire	3
Section 1. Le statut de l’embryon et du fœtus dans la législation	3
1. Pays-Bas	3
2. Belgique.....	4
Section 2. La prise en considération de l’enfant à naître dans le Code civil	5
1. Pays-Bas	5
2. Belgique.....	7
Chapitre 1. La protection de l’enfant à naître en matière de procréation	8
Section 1. Le diagnostic génétique préimplantatoire	9
Sous-section 1. L’interdiction de sélection par rapport au sexe	9
1. Pays-Bas	9
2. Belgique.....	11
Sous-section 2. Le « bébé médicament » ou « bébé double espoir »	13
1. Pays-Bas	13
2. Belgique.....	14
Sous-section 3. Conclusion	15
Section 2. La protection de l’enfant à naître contre des parents « inaptes »	17
Sous-section 1. Le refus de l’accès à l’aide médicale dans le cadre d’une procréation médicalement assistée	17
1. Pays-Bas	17
2. Belgique.....	20
Sous-section 2. La stérilisation et contraception forcée	23
1. Pays-Bas	24
2. Belgique.....	29
Sous-section 3. Conclusion	32
Chapitre 2. La protection de l’enfant à naître contre un préjudice maternel ou une situation familiale néfaste pour son développement	34
Section 1. L’avortement sélectif	35
Sous-section 1. L’interdiction d’avortements sélectifs sur base du sexe	35
1. Pays-Bas	35

2.	Belgique.....	36
Sous-section 2. L'avortement thérapeutique ou interruption médicale de grossesse		37
1.	Pays-Bas.....	37
2.	Belgique.....	40
Sous-section 3. Conclusion		42
Section 2. La protection de l'enfant à naître contre un préjudice maternel ou familial		45
Sous-section 1. Les problèmes de négligence de la personne enceinte ou du cadre familial....		45
1.	Pays-Bas.....	45
2.	Belgique.....	48
Sous-section 2. Les problèmes mentaux ou de dépendance de la personne enceinte.....		50
1.	Pays-Bas.....	50
2.	Belgique.....	52
Sous-section 3. Conclusion		56
CONCLUSION.....		57
Législation.....		61
1.	Internationale.....	61
2.	Belgique.....	61
3.	Pays-Bas.....	62
Doctrine.....		64
1.	Belgique.....	64
2.	Pays-Bas.....	68
Jurisprudence.....		71
1.	Cour européenne des droits de l'homme.....	71
2.	Belgique.....	71
3.	Pays-Bas.....	71
Sites internet.....		73
1.	Belgique.....	73
2.	Pays-Bas.....	73

Introduction

Il y a un intérêt grandissant pour la protection juridique prénatale. Cet intérêt se traduit notamment par un certain nombre de récentes initiatives ayant eu lieu sur le plan politique belge. Celles-ci s'inspiraient très régulièrement du système juridique néerlandais. On peut ainsi citer, à titre d'exemple, la proposition de loi initiée par monsieur JOHN CROMBEZ et madame VALÉRIE VAN PEEL¹ ayant pour but de consacrer une protection juridique prénatale en créant une base légale fort semblable à l'article du Code civil néerlandais consacrant la règle de l'*infans conceptus*.² Monsieur CROMBEZ avait déjà montré sa volonté de s'inspirer du système juridique néerlandais en 2019, en voulant rendre la contraception temporairement obligatoire à l'égard de certaines personnes qui ne seraient pas aptes à être parents.³ Le parlement flamand a également marqué sa volonté, à plusieurs reprises, de mettre en place des mesures de protections juridiques prénatales (sous la forme de mesures d'Aide à la jeunesse inspirées du système néerlandais).⁴

En Belgique, il n'y a effectivement pas de principe général de protection juridique prénatale, bien qu'un certain nombre de lois prennent cependant en compte l'intérêt de l'enfant à naître par le biais de dispositions spécifiques. Les Pays-Bas ont, en revanche, juridiquement consacré une fiction juridique sur base de laquelle l'intérêt de l'enfant non encore né peut être protégé.

La question se pose dès lors d'un part, si la Belgique prévoit suffisamment de protection juridique à l'égard de l'enfant à naître et, d'autre part, si les Pays-Bas, prévoyant plus de mesures de protections juridiques prénatales, peuvent réellement être une source d'inspiration pour le droit belge dans ce domaine. L'analyse de la question de la protection juridique prénatale selon une méthode de droit comparé entre le système juridique belge et néerlandais se justifie donc particulièrement dans ce contexte. L'objectif de ce mémoire sera d'analyser les systèmes juridiques belges et néerlandais en tentant d'examiner tant la doctrine que la législation belge et néerlandaise, illustrées autant que possible par la jurisprudence. Le but d'une telle analyse étant d'avoir la représentation la plus fidèle de ce qui se fait de part et d'autre de la frontière. Quelques brefs renvois seront faits sur le plan international mais l'attention de ce mémoire se portera principalement sur les systèmes juridiques belges et néerlandais.

La protection juridique se définit régulièrement par la prise de mesures juridiques permettant d'éviter ou de limiter un préjudice à l'égard de l'enfant à naître. Cette protection peut s'entendre dans un sens strict et ne visera, dans ce cas, que les mesures protégeant l'enfant à naître pendant la grossesse. Celle-ci peut également se définir de façon plus large et visera alors toutes les mesures juridiques protégeant autant le développement que la prise en considération des intérêts de l'enfant à naître. La seconde

¹ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord.2019-2020, n° 1029/001.

² Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord.2019-2020, n° 1029/001.

³ J. COMBEZ, « sommige mensen moeten we tijdelijk beletten kinderen te krijgen », *Standaard*, 2019, https://www.standaard.be/cnt/dmf20190122_04122755 (consulté le 15 mars 2022).

⁴ K. SCHRYVERS, M. DE RUDDER, V. JANS, J. SCHAUVLIEGE et L. VANDROMME, « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over het uitbouwen van een beleid voor de bescherming van het ongeboren kind bij een verontrustende zwangerschap », *Parl. Flam.*, 2021; L. PARYS, E. SLEURS, K. DANIELS, T. V-VAN DER VLOET et K. VERHEYEN, « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over de ondertoezichtstelling van het ongeboren kind van een zwangere vrouw met een verslavingsproblematiek als nieuwe jeugdhulpmaatregel », *Parl. Flam.*, 2021.

définition sera privilégiée dans le cadre de mémoire et les termes *protection juridique prénatale* et *protection juridique de l'enfant à naître* seront utilisés comme des synonymes.

Après un rapide état des lieux dans un chapitre préliminaire, abordant le statut du fœtus et de l'embryon dans la législation (section 1) ainsi que la prise en considération de ses intérêts dans le Code civil belge et néerlandais (section 2), la protection juridique prénatale sera ensuite examinée à deux moments clés de l'évolution d'un enfant à naître. Cette protection sera d'une part examinée avant ou pendant la conception de l'enfant à naître (*chapitre 1*), et, d'autre part, une fois l'enfant effectivement conçu, c'est-à-dire, une fois l'embryon implanté dans l'utérus de la personne enceinte (*chapitre 2*). Chaque chapitre comportera deux sections et trois sous-sections, les troisièmes et dernières sous-sections étant les conclusions des sections. Celles-ci permettront de comparer les systèmes juridiques de part et d'autre de la frontière.

Le **premier chapitre** abordera d'abord le diagnostic génétique préimplantatoire (*section 1*), principalement sous deux angles. Celui de l'interdiction son utilisation à des fins de sélection de l'enfant à naître (*sous-section 1*) ainsi que la réglementation de son utilisation dans le but de sauver un enfant déjà né (*sous-section 2*). Le chapitre se poursuit ensuite avec la protection de l'enfant à naître contre des parents pouvant être considérés comme « inapte » à la parentalité (*section 2*), ceux-ci pourront parfois se voir refuser l'accès à un traitement contre l'infertilité dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (*sous-section 1*). Il sera ensuite examiné la possibilité de prendre des mesures de contraception forcée (*sous-section 2*).

Le **deuxième chapitre** concernant la protection de l'enfant à naître contre un préjudice maternel ou contre une situation familiale néfaste pour son développement examinera tout d'abord la question de l'avortement sélectif, avec d'une part, l'interdiction de l'avortement sélectif basé sur le sexe (*sous-section 1*) et d'autre part, l'analyse des réglementations par rapport aux avortements thérapeutiques (*sous-section 2*). La seconde section de ce chapitre analysera la protection de l'enfant à naître contre un préjudice maternel ou familial (*sous-section 1*) et se penchera ensuite en particulier sur la protection de l'enfant à naître lorsque la personne enceinte souffre de problèmes mentaux ou de problèmes d'addiction (*sous-section 2*). Chacune des sous-sections énoncées plus haut seront scindées en deux points, le premier concernant le système juridique néerlandais et le second, le système juridique belge.

Ce mémoire se terminera enfin par une conclusion générale de la matière abordée ainsi qu'une réponse aux questions posées ci-dessus.

Chapitre préliminaire

Ce premier chapitre a pour objet de faire un rapide tour d'horizon d'une part de la législation se rapportant à l'embryon et au fœtus ainsi que la prise en considération de l'enfant à naître dans le Code civil néerlandais et belge.

Section 1. Le statut de l'embryon et du fœtus dans la législation

1. Pays-Bas

La personnalité juridique s'acquiert, en droit néerlandais, à la naissance de l'enfant.

La principale loi concernant l'embryons et le fœtus aux Pays-Bas est la loi du 20 juin 2002 concernant les règles sur le traitement des gamètes et des embryons⁵ (ci-après : *Embryowet*). Cette loi a pour but de poser des limites au traitement des embryons et des gamètes en tentant de garantir le traitement des embryons avec respect. La loi sur les embryons définit l'embryon par un « ensemble de cellules ayant la capacité de se développer en un être humain »⁶ et le fœtus par « un embryon dans le corps humain ».⁷

En droit néerlandais, plus l'embryon grandi, plus il est digne d'intérêt et de protection. Cela s'observe notamment avec la législation sur l'avortement ainsi que l'article 82a du Code pénal néerlandais qui établit qu'à partir du moment où l'embryon atteint le stade où il pourrait survivre hors du corps de la mère, la protection de l'enfant à naître prime sur le droit d'autodétermination de la mère. Il ne sera plus possible d'avorter passé ce stade, sous peine d'être poursuivi pour homicide.⁸

À côté de la législation s'est développé un important cadre réglementaire fondé sur des règlements et avis rendus d'une part, par le *Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie* (Association néerlandaise pour la gynécologie et l'obstétrique) (ci-après NVOG) et d'autre part, par la *Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst* (société royale néerlandaise pour la promotion de la médecine) (ci-après KNMG). Le NVOG fondé en 1887 a pour principale mission de fournir la meilleure qualité de soins aux femmes à tous les stades de la vie de celles-ci.⁹ Le KNMG créé en 1849, s'est quant à lui engagé en faveur de la qualité de la profession médicale et de la santé publique et ce, qu'il s'agisse d'éthique, de droit de la santé ou de promotion de la santé. Il est l'auteur de nombreuses lignes directrices ayant pour but de guider les médecins dans la bonne pratique de leurs métiers.¹⁰

Ni l'embryon, ni le fœtus n'a donc, en droit néerlandais un statut particulier. Ils bénéficient cependant tout au long de leur développement d'une protection grandissante par la législation.

⁵ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet), 2 juli 2002.

⁶ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet), art.1, c), 2 juli 2002.

⁷ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet), art.1, d), 2 juli 2002.

⁸ Kamerstukken II 1978/79, 15475, 3, p.32

⁹ N.V.O.G., Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, disponible sur <https://www.nvog.nl/> (consulté le 12 juillet 2022).

¹⁰ K.N.M.G.: Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst Artsenfederatie, disponible sur <https://www.nvvg.nl/vereniging/nvvg-federatiepartner-knmg/> (consulté le 18 juillet 2022).

2. Belgique

Les principales lois ayant trait aux embryons ainsi qu'aux fœtus sont : la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*¹¹, la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes¹² et enfin, la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales ou à des fins de recherche scientifique¹³.

L'article 2 de la loi du 11 mai 2003¹⁴ dispose qu'un embryon est une cellule ou un ensemble organique de cellules susceptibles, en se développant, de donner un être humain. La loi du 6 juillet 2007 contient dans son article 2, b), une définition similaire à la précédente. La loi du 19 décembre 2008 prévoit quant à elle en son article 2, quarto, que par embryon il faut entendre : « la cellule ou l'ensemble fonctionnel de cellules d'un âge compris entre la fécondation et huit semaines de développement et susceptible, en se développant, de donner naissance à une personne humaine »¹⁵. Deux types d'embryons sont à distinguer. Les embryons *in vitro* d'une part, dont le développement se fait hors d'un corps humain et d'autre part, les embryons *in vivo* qui, à l'inverse, se développent *in utero* (c'est-à-dire dans le corps humain). L'embryon peut également être surnuméraire¹⁶ lorsqu'il a été constitué dans le cadre d'une PMA, mais n'a pas été implanté chez la femme.¹⁷

Un fœtus est, selon la loi du 19 décembre 2008, un ensemble fonctionnel de cellules d'un âge supérieur à huit semaines de développement et ayant la capacité, par son développement, d'aboutir à la naissance d'une personne humaine.¹⁸

L'objectif derrière ces législations est l'élaboration d'une protection juridique, mais sans pour autant freiner les avancées scientifiques et techniques, qui pourtant et dans une certaine mesure, portent atteinte aux embryons.¹⁹

Le fœtus ne bénéficie pas de la même protection qu'un enfant, qui est notamment protégé par l'article 22bis de la Constitution. La Cour de cassation²⁰, la Cour Constitutionnelle²¹ et le Conseil d'État²² ont expressément jugés qu'un enfant à naître ne pouvait être considéré comme un enfant déjà né.

¹¹ Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, art. 2, *M.B.*, 28 mai 2003, p.29287.

¹² Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

¹³ Loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales ou à des fins de recherche scientifique, *M.B.*, 30 décembre 2008, p.68774.

¹⁴ Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, *M.B.*, 28 mai 2003, p.29287.

¹⁵ Loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales ou à des fins de recherche scientifique, *M.B.*, 30 décembre 2008, p.68774.

¹⁶ Y-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *in the Belgian reports at the congress of Brisbane of the international Academy of Comparative law*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.832-833.

¹⁷ N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2017, pp.21-22.

¹⁸ Loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales ou à des fins de recherche scientifique, art. 2, 5°, *M.B.*, 30 décembre 2008, p.68774.

¹⁹ G. GENICOT, « Section 1 - Le statut juridique de l'embryon et du fœtus » *in Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp.702-703.

²⁰ M. WOUTERS, note sous Cass., 22 décembre 1992, *R.W.*, 1994, pp. 464-465.

²¹ C.const., 5 octobre 2011, nr. 146/2011.

²² C.E., 3 avril 2014, nr. 227.035.

La jurisprudence a ainsi jugé que les droits consacrés par l'article 22bis de la Constitution ne pouvaient être étendus aux embryons et aux fœtus tels que visés par la loi du 19 décembre 2008.²³

Le législateur belge a choisi de ne pas intervenir dans les domaines concernant le statut du fœtus et de l'embryon, mais bien d'offrir un cadre permettant le respect de certaines barrières éthiques.²⁴

Le Comité consultatif belge de bioéthique, institué en 1996, a rendu de nombreux avis en la matière et bien que ces avis ne soient pas contraignants, ils sont cependant dotés d'une autorité certaine.²⁵

Section 2. La prise en considération de l'enfant à naître dans le Code civil

1. Pays-Bas

La personnalité juridique s'acquiert, aux Pays-Bas, à la naissance de l'enfant. Le droit néerlandais ne considère l'enfant à naître ni comme une personne, ni comme un sujet de droit.²⁶ Ce principe est cependant nuancé par la fiction du *nasciturus*, également appelée, la règle de l'*infans conceptus*.

Ce principe est consacré à l'article 1:2 du Code civil néerlandais libellé comme suit: « *Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.* »²⁷ (L'enfant dont une femme est enceinte est considéré comme déjà né, dès lors que son intérêt l'exige. S'il ne naît pas vivant, il est considéré comme n'ayant jamais existé. [traduction libre]). Il s'agit d'une fiction juridique qui s'applique non seulement au droit des successions, mais aussi en droit de la filiation, ou encore en droit médical. L'article 1:2 du Code civil néerlandais concerne donc non seulement les intérêts patrimoniaux de l'enfant à naître, mais également les intérêts non patrimoniaux.²⁸

Cet article est important en droit de la filiation en ce qui concerne la possibilité de reconnaissance prénatale telle que visée à l'article 1:203 du Code civil néerlandais. Pour le droit de garde, l'article 1:2 du Code civil néerlandais est important en ce qui concerne la possibilité d'une inscription prénatale dans le registre parental de la garde conjointe des parents non mariés et non enregistrés (art.1:252 en liaison avec l'art. 1:244 du Code civil néerlandais).²⁹

Les intérêts de l'enfant à naître peuvent rentrer en conflit avec les intérêts de la personne enceinte. Cela peut être le cas lorsque cette personne refuse des soins ou au contraire veut recourir à certaines interventions médicales susceptibles de mettre en danger la (continuation de la) vie de l'enfant à naître.

²³ C.const., 5 octobre 2011, nr. 146/2011, p.10.

²⁴ G. GENICOT, « Section 1 - Le statut juridique de l'embryon et du fœtus » o.c., pp.702-703.

²⁵ Y-H. LELEU en E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, pp.657-659.

²⁶ H.J.J. LEENEN, J.K.M. GEVERS, J. LEGEMAATE, M.C. PLOEM, M.F. VAN DER MERSCH, E. PLOMP, V.E.T. DÖRENBERG et E.J.C. -DE JONG, *Handboek gezondheidrecht*, La Haye, Boom juridisch, 2020, pp.7-10.

²⁷ C.civ.néerlandais, art. 1:2.

²⁸ R.J.P. KOTTENHAGEN, « Botsende rechten tussen moeder en ongeboren kind. Kan een zwangere vrouw tegen haar wil gedwongen worden een medische ingreep te ondergaan ten behoeve van de nasciturus? », *T.v.G.R.*, 2008, pp. 492-503.

²⁹ J. GRAPPERHAUS, « Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde 'personae miserabiles' in het familie(vermogens)recht in het bijzonder het belang van het kind », *Ars Aequi*, 2008, pp.5-7.

Dans ces cas, il pourrait être envisagé de faire appel à « *een bijzonder curator* » (curateur spécial [traduction libre]) prévu à l'article 1 :250 du Code civil néerlandais.³⁰ Cette figure s'inspire du « *curator ventris* » que le connaissait aux Pays-Bas entre 1979 et 1995. Celui-ci était le représentant légal qui agissait au nom de l'enfant à naître lorsque la femme était enceinte et que son mari était décédé. La figure du *curator ventris* a été abolie le 1er avril 1995, mais la protection juridique prénatale vient cependant à nouveau alimenter le débat de savoir si, et le cas échéant, à partir de quel moment, un enfant à naître peut être placé sous la surveillance d'un *curateur spécial*.³¹

Cette fiction juridique s'applique lorsque trois conditions cumulatives sont réunies. La personne doit tout d'abord être *enceinte*.³² L'article 1^{er} de la loi sur l'interruption de grossesse³³ (ci-après Waz) considère qu'une femme est enceinte lorsque l'ovule fécondé est fixé à la paroi utérine.³⁴ La seconde condition est l'existence d'un *intérêt* pour l'enfant à naître. Il y a des discussions quant aux limites que peuvent avoir ces intérêts, notamment à propos des intérêts médicaux ou éducatifs.³⁵ L'opinion actuelle est de considérer la santé de l'enfant à naître comme relevant également de l'intérêt supérieur de l'enfant (protection autant de l'intégrité physique, que la santé mentale de l'enfant à naître).³⁶ La troisième et dernière condition est que l'enfant doit naître *vivant*. Autrement dit, son cœur doit battre et il doit pouvoir respirer. Et ce, quelle que soit la durée de sa vie.³⁷ Lorsque ce n'est pas le cas, il est réputé n'avoir jamais existé.³⁸

Cette protection consacrée par l'article 1 :2 du Code civil néerlandais justifie que différentes mesures soient prises dans l'intérêt de l'enfant à naître (par ex. la mise sous surveillance de l'enfant à naître). Ces mesures juridiques prénatales, de plus en plus présentes dans le droit néerlandais, ne résultent pas de changements législatifs mais bien d'une interprétation extensive de certaines dispositions du Code civil ou de lois par un juge afin de protéger un enfant qui n'est pas encore né.³⁹

Cette reconnaissance de l'enfant à naître comme titulaire d'intérêts et de protection ne rentre cependant pas en conflit avec le droit à l'avortement qui agira comme une *lex specialis* alors que l'article 1 :2 du Code civil agira quant à lui davantage comme une *lex generalis*.⁴⁰

³⁰ J. GRAPPERHAUS, « Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde 'personae miserabiles' in het familie(vermogens)recht in het bijzonder het belang van het kind », o.c., pp.5-7.

³¹ L. GROENHUIJSEN, M. RIETBERGEN, V. SMITS et P. VLAARDINGERBROEK, « De bijzondere curator Stem voor het kind in het recht », S.W.P., 2017, pp.13-15.

³² C.civ.néerlandais, art. 1:2.; K. DE LOO, *Prenatale kindbescherming: De rechtsbescherming van de ongeborene en het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw*, Weert, Celcus Juridische Uitgeverij, 2019, p.9.

³³ Wet van 1 mei 1981, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, 3 juni 1981.

³⁴ Wet van 1 mei 1981 houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, 3 juni 1981.

³⁵ K. DE LOO, o.c., p.10; H.E. MIDDELKOOP en A.E.J. SATINK, « Het recht op bescherming tegen prenatale gezondheidsschade », F.J.R., 2019, pp.50-53.

³⁶ J.H.H.M. DORSCHIEDT, « Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection », *European Journal of Health Law* 2010, pp.433-436.

³⁷ K. DE LOO, o.c., 2019, p.11.

³⁸ K. BLANKMAN, A. HEIDA, E. PUNSELIE, P. VLAARDINGERBROEK, A. VAN DER LINDEN et A. VAN RAAK-KUIPER, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2008, p.29.

³⁹ W.J. DONDORP, G.M.W.R..DE WERT, « De foetus of het toekomstige kind? » T.v.G.R., 2022, p.114.

⁴⁰ J. GRAPPERHAUS, o.c., pp.5-7.

2. Belgique

En Belgique, tout comme aux Pays-Bas, c'est au moment de la naissance qu'une personne acquiert la personnalité juridique et devient ainsi porteur de droits et d'obligations.⁴¹ L'enfant à naître, bien qu'il ne possède pas de personnalité juridique, peut cependant être porteur d'intérêts et nécessiter une protection particulière.

Dans un arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 septembre 2020 rejetant le recours en annulation de la loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse⁴², la Cour s'oppose à l'argument selon lequel la suppression de la protection pénale en matière d'avortement aurait pour conséquence de porter atteinte à la vie de l'enfant à naître. Bien que l'obligation de respecter la vie exige du législateur qu'il prenne des mesures pour protéger également la vie de l'enfant à naître, on ne peut cependant en déduire que le législateur est obligé de traiter de la même manière les enfants nés et à naître sous peine de violer les articles 10 et 11 de la Constitution.⁴³

L'acquisition de la personnalité juridique se fait au moment où l'enfant naît vivant et viable. Par viable, il faut entendre l'enfant qui, à sa naissance, possède toutes les caractéristiques humaines nécessaires pour vivre de façon autonome pendant au moins un certain temps.⁴⁴ Dans certains cas, l'enfant à naître pourra être exceptionnellement considéré comme déjà né, ce principe est appelé : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* » (« L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois que tel est son intérêt »), également appelée règle de *l'infans conceptus*, et permettra par exemple à l'enfant d'hériter.⁴⁵ Dans ce cas, lorsque l'enfant naît vivant et viable, sa personnalité juridique acquise lors de sa naissance rétroagira au moment de sa conception. Si l'enfant vient au monde décédé, il est cependant réputé ne jamais avoir existé et n'avoir jamais été titulaire de droits. Cette fiction juridique permet donc de protéger les intérêts de l'enfant conçu, mais pas encore né.⁴⁶

Cette fiction reconnue en droit belge n'est pas pour autant un principe général de droit selon la Cour de cassation.⁴⁷ La portée de cette fiction ne s'étend ainsi pas au-delà des articles 3:13, 328, §3, 725 et 906 du Code civil.⁴⁸ Seulement dans ces cas-là, la personnalité juridique de l'enfant rétroagira au moment de sa conception. Cela permet d'être reconnu avant la naissance et ainsi d'être titulaire de droits réels, d'hériter et d'être le bénéficiaire d'un don ou d'un legs.

La Cour de cassation ayant limité la portée de la règle de *l'infans conceptus*, celle-ci ne peut devenir une base juridique générale permettant une intervention prénatale dans l'intérêt de l'enfant à naître. Certaines personnes soutiennent cependant que cette règle devrait s'appliquer dans un plus grand nombre de cas,

⁴¹ D. BRULOOT, R. DE CORTE et B. DE GROOTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, Mortsel, Intersentia, 2020, pp. 7-9 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp.40-44.

⁴² C. const., 24 septembre 2020, n° 122/2020.

⁴³ C. BOTMAN, « Chronique de législation en droit privé (1er juillet - 31 décembre 2020) (première partie) », *J.T.*, 2021, p.421.

⁴⁴ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, o.c., p.51.

⁴⁵ D. BRULOOT, R. DE CORTE et B. DE GROOTE, o.c., p.48.

⁴⁶ R.J.P. KOTTENHAGEN, « Botsende rechten van moeder en ongeboren kind: Kan een zwangere vrouw tegen haar wil gedwongen worden een medische ingreep te ondergaan ten behoeve van de nasciturus? », o.c., pp.492-496.

⁴⁷ Cass. 2 mars 2012, *Arr.Cass.* 2012, pp.502-519.

⁴⁸ C.civ., art. 3:13 ; C.civ., art. 328, §3, 725 et 906.

par exemple lorsque l'enfant subit un préjudice à la suite d'une situation particulière de ses parents.⁴⁹ Cette extension du champ d'application de la règle soulève des questions éthiques et juridiques, dont l'opposition de l'intérêt de l'enfant à naître avec le droit à l'autodétermination de la personne enceinte.⁵⁰

Une proposition de loi initiée par monsieur JOHN CROMBEZ et madame VALÉRIE VAN PEEL a cependant été introduite dans le but de consacrer la règle de *l'infans conceptus* comme base juridique dans le Code civil. Cette proposition voulait permettre la prise de mesures proactive durant la grossesse, afin de protéger l'enfant à naître de préjudices prénatals causés par une dépendance de la personne enceinte à l'alcool ou aux drogues.⁵¹ Cette proposition visait donc à mettre en place un système équivalent au système juridique néerlandais et en particulier, l'application générale de son article 1 :2 du Code civil néerlandais.

Le Conseil d'État a rendu un avis le 12 novembre 2020 par rapport à cette proposition de loi en concluant que la proposition n'offrait pas des garanties suffisantes pour le droit à la liberté et à la sécurité de la femme enceinte ainsi que son droit au respect de sa vie privée, familiale et sociale.⁵² En outre, le Conseil d'État soulignait que le libellé général de la proposition de loi risquait d'entraîner des conséquences inattendues dans d'autres domaines juridiques allant bien au-delà de ce qui était prévu par la loi. En conséquence, le Conseil d'État a émis un avis défavorable à la proposition de loi dans sa forme actuelle et a invité les auteurs à élaborer à la place, des mesures plus concrètes, de sorte que les garanties nécessaires aux droits fondamentaux de la personne enceinte soient protégées.⁵³

Chapitre 1. La protection de l'enfant à naître en matière de procréation

Le présent chapitre se divise en deux sections. La première concerne le diagnostic génétique préimplantatoire (ci-après DPI) avec d'une part, l'interdiction d'utiliser le DPI dans un but de choisir le sexe de son futur enfant (sous-section 1) et d'autre part, la possibilité de recourir aux bébés médicaments (sous-section 2). La seconde section concerne la protection d'un enfant à naître contre des parents pouvant être considérés inaptes à la parentalité. Ces personnes peuvent se voir refuser l'accès à un traitement médical dans le cadre d'une PMA (sous-section 1). La possibilité de contraception et de stérilisation forcée sera également examinée pour ces personnes (sous-section 2).

⁴⁹ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1029/001, p.4 ; R. BARBAIX et N. CARETTE, *o.c.*, p.24.

⁵⁰ C. LEMMENS, «Levenseindebeslissingen en zwangere vrouwen. Recht op zelfbepaling of dwingt de foetus tot naastenliefde? », *T.Ge.* 2011, pp.302-303.

⁵¹ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1029/001, p.3 ; K. DE LOO, *o.c.*, p.7.

⁵² Avis de la section de législation du Conseil d'État sur la proposition de loi 'modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale', n°67.057/AG du 12 novembre 2020, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, pp.27-33.

⁵³ Avis de la section de législation du Conseil d'État sur la proposition de loi 'modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale', n°67.057/AG du 12 novembre 2020, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, pp.36-37.

Section 1. Le diagnostic génétique préimplantatoire

Le diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) est un type de diagnostic anténatal, qui, dans le cadre d'une fécondation *in vitro*, consiste à analyser une ou plusieurs caractéristiques génétiques d'embryons, dans le but de recueillir des informations ultérieurement utilisées pour choisir les embryons implantés *in utero*.⁵⁴ Le DPI est donc pratiqué *in vitro* sur une ou deux cellules embryonnaires. L'objectif de cette méthode est de produire plusieurs embryons pour ne sélectionner, au final, que ceux qui ne seront pas porteurs de la maladie ou ceux qui auront la caractéristique génétique recherchée afin les implanter dans l'utérus de la mère. Cette dernière pourra ainsi donner naissance à un enfant non atteint par la maladie ou porteur de la caractéristique recherchée.⁵⁵

Sur le plan international, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : Cour EDH) *Costa et Pavan contre Italie*⁵⁶ est un arrêt important concernant le recours à un DPI. Cet arrêt reconnaît aux parents le « droit de mettre au monde un enfant qui ne soit pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains »^{57, 58}

Sous-section 1. L'interdiction de sélection par rapport au sexe

Il existe plusieurs façons de sélectionner le sexe d'un enfant à naître. Il y a tout d'abord la possibilité de séparation du sperme, suivie d'une insémination avec des spermatozoïdes contenant soit un chromosome X, soit un chromosome Y. Une seconde possibilité est la sélection d'un embryon mâle ou femelle pour son implantation dans l'utérus après un diagnostic génétique préimplantatoire. La troisième et dernière possibilité est l'avortement d'un fœtus du sexe non désiré après un diagnostic prénatal.⁵⁹

La Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine interdit l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation « pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe »⁶⁰. Cet article est d'une importance telle que les états ne peuvent pas le limiter (art. 26, al. 2).⁶¹ Cette Convention fut signée mais jamais ratifiée par les Pays-Bas, et la Belgique ne l'a ni signée, ni ratifiée cette Convention.

1. Pays-Bas

Le diagnostic génétique préimplantatoire est règlementé, aux Pays-Bas, par le « *Regeling preïmplaatatie genetische diagnostiek* ».⁶² Ce règlement, pour déterminer si un couple peut ou non bénéficier d'un

⁵⁴ X., « Fiche didactique : le diagnostic préimplantatoire (DPI) », Les Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique, 14 juillet 2012, disponible sur : <https://www.ieb-eib.org/docs/pdf/2019-04/doc-1554801351-27.pdf> (consulté le 6 juillet 2022), p. 1.

⁵⁵ Avis n° 49 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique du 20 avril 2009 relatif à l'utilisation du diagnostic préimplantatoire (DPI) pour détecter les porteurs sains d'une mutation causant une affection héréditaire grave qui peut entraîner un risque élevé pour les descendants, p. 5.

⁵⁶ Cour. eur. D.H., arrêt *Costa et Pavan c. Italie* du 28 août 2012.

⁵⁷ Cour. eur. D.H., arrêt *Costa et Pavan c. Italie* du 28 août 2012, § 65.

⁵⁸ L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting: een juridische analyse*, Intersentia, Bruxelles, 2022, pp.275-276.

⁵⁹ W.J. DONDORP, M.C. PLOEM, J. GERAEDTS, « Geslachtskeuze om medische redenen » *T.v.G.R.*, 2016, pp.15-16.

⁶⁰ 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, signé à Oviedo le 4 avril 1997, art. 14.

⁶¹ L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting: een juridische analyse*, o.c., pp.275-276.

⁶² Regeling van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 februari 2009, nr. CZ-TSZ-2912089, houdende regels ten aanzien van preïmplaatatie genetische diagnostiek (PGD) (Regeling preïmplaatatie genetische diagnostiek).

diagnostic génétique préimplantatoire, retient les critères suivants : la gravité et la nature de la maladie, les options de traitements, des critères supplémentaires ainsi que des facteurs psychologiques et moraux. La loi précise qu'il s'agit toujours d'une évaluation au cas par cas ayant lieu au sein de l'établissement et par une équipe multidisciplinaire comprenant au moins un éthicien (*éen ethicus*) ainsi qu'un oncologue.⁶³

Le règlement interdit la sélection du sexe de l'enfant à naître en matière de DPI et renvoie à la *Embryowet*⁶⁴, détaillant davantage cette interdiction. Cette loi contient, dans son article 26, une interdiction de pratiquer des opérations sur des gamètes ou sur des embryons, dans le but de choisir le sexe de son futur enfant. Le second alinéa précise que cette interdiction ne s'applique pas s'il est médicalement attesté du risque d'une maladie héréditaire grave liée au sexe et que l'objectif de cette opération est d'éviter que l'enfant à naître ne soit porteur de cette maladie.⁶⁵

Le second rapport d'évaluation de la *Embryowet*, ainsi rejoint par une partie de la doctrine, constatait que cette formulation était trop étroite et interdisait plus que nécessaire.⁶⁶ Le rapport précisait qu'il existait des raisons médicales motivant le choix du sexe en matière de DPI, qui ne répondaient pas aux critères de prévention de maladies graves liées au sexe chez l'enfant prévus par la loi. Le rapport illustrait son propos par deux exemples. Le premier concernait le choix du sexe de l'enfant à naître dans le but de réduire le risque d'une maladie héréditaire se manifestant plus fréquemment chez un sexe que l'autre. Le second exemple concernait le choix du sexe pour éviter d'être porteur d'une maladie liée au sexe.⁶⁷

L'article 26 de la *Embryowet*, a finalement été modifié le 30 juin 2020 de sorte que la sélection du sexe est désormais également autorisée s'il existe un risque de maladie héréditaire grave, dont les incidences sont inégales en fonction du sexe de l'enfant et pour autant que l'objectif de cette sélection est de réduire ce risque.⁶⁸ Les chercheurs recommandent tout de même encore l'élargissement de la clause d'exception visée par cet article 26, second alinéa, afin qu'elle concerne plus généralement les situations dans lesquelles le choix du sexe est motivé par le souhait d'éviter des problèmes de santé pour la descendance.⁶⁹

Cette interdiction du choix du sexe de l'enfant était déjà consacrée, cinq ans avant l'arrivée de la *Embryowet*, dans la *Wet op de bijzondere medische verrichtingen*⁷⁰. L'objectif derrière cette consécration dans la loi de 1997 était l'obtention de la fermeture d'une « *Genderkliniek* » ouverte aux Pays-Bas en 1995 et qui pratiquait le choix du sexe de l'enfant à naître pour des raisons non médicales.⁷¹

⁶³ Regeling van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 februari 2009, nr. CZ-TSZ-2912089, houdende regels ten aanzien van preïmplantatie genetische diagnostiek (PGD) (Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek).

⁶⁴ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (*Embryowet*), 2 juli 2002.

⁶⁵ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (*Embryowet*), art.26, 2 juli 2002.

⁶⁶ H.B. WINTER, W.J. DONDORP, M.C. PLOEM, N.O.M. WOESTENBURG, C.P.M. AKERBOOM, J. LEGEMAATE et G.M.W.R. DE WERT, « Evaluatie *Embryowet* en Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting », Den Haag, ZonMw, 2012; M.C. PLOEM, W.J. DONDORP, J. LEGEMAATE et G.M.W.R. DE WERT, « De *Embryowet* opnieuw geëvalueerd », *T.v.G.R.*, 2014, pp. 178-191.

⁶⁷ W.J. DONDORP, M.C. PLOEM, et J. GERAEDTS, o.c., p. 15.

⁶⁸ W.J. DONDORP, M.C. PLOEM, G.M.W.R. DE WERT, M.C. DE VRIES et J.K.M. GEVERS, o.c., p. 25 ; Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (*Embryowet*), art.26, al.2, 2 juli 2002.

⁶⁹ W.J. DONDORP, M.C. PLOEM, G.M.W.R. DE WERT, M.C. DE VRIES et J.K.M. GEVERS, o.c., p.28.

⁷⁰ Wet van 24 oktober 1997 betreffende bijzondere verrichtingen op het gebied van de gezondheidszorg, 13 november 1997.

⁷¹ L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting: een juridische analyse*, o.c., p.275.

Ce n'est donc que plus tard que cette interdiction de choix par rapport au sexe s'est retrouvée dans l'exposé des motifs de la *Embryowet*. Celui-ci indiquait concernant la sélection du sexe de l'enfant à naître pour des raisons non-médicales que : « *centraal stond en staat voor ons het argument dat bij geslachtskeuze kinderen gereduceerd worden tot louter voorwerp van de wensen en verlangens van hun ouders. De voortplanting krijgt daardoor een instrumenteel karakter.* »⁷² (l'argument central était et reste que pour le cas du choix du sexe, les enfants sont réduits à être de simples objets des souhaits et des désirs de leurs parents. La reproduction acquiert ainsi un caractère instrumental. [traduction libre]). L'article 26 était, au moment de son adoption dans la *Embryowet*, volontairement conforme à la formulation de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe protégeant notamment les embryons, que les Pays-Bas avaient alors signé, mais pas encore ratifié (ce qui n'a par la suite jamais été fait).⁷³

2. Belgique

La loi PMA du 6 juillet 2007⁷⁴ règlemente les conditions de licéité du diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) et définit celui-ci comme étant : « la technique consistante, dans le cadre d'une fécondation in vitro, à analyser une ou des caractéristiques génétiques d'embryons in vitro afin de recueillir des informations qui vont être utilisées pour choisir les embryons qui seront implantés »⁷⁵. La loi autorise le DPI sauf quand il a un caractère eugénique ou lorsqu'il est axé sur la sélection du sexe.⁷⁶ Tant l'expression « à caractère eugénique » que la formule « sélection du sexe » font expressément référence à la loi du 11 mai 2003⁷⁷. Par eugénique, la loi de 2003 entend le DPI « axé sur la sélection ou l'amplification de caractéristiques génétiques non pathologiques de l'espèce humaine »⁷⁸.⁷⁹

L'article 67 de la loi PMA énonce dans son article 67, 2° que « le diagnostic génétique préimplantatoire axé sur la sélection du sexe tel que défini par l'article 5, 5°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, c'est-à-dire axés sur la sélection du sexe, à l'exception de la sélection qui permet d'écarter les embryons atteints de maladies liées au sexe » est interdit. Cette disposition s'inscrit dans la même lignée que les articles 23, 2° et 52, 2° interdisant respectivement le don d'embryons surnuméraires axé sur la sélection du sexe et le don de gamètes axé sur la sélection du sexe.⁸⁰

Le Comité de bioéthique de Belgique a rendu deux avis en matière de sélection du sexe. Le premier avis publié en 1997 concernait le choix du sexe et abordait l'existence de centres dans le monde entier pratiquant le choix du sexe (cf. la *genderkliniek* aux Pays-Bas).⁸¹ Concernant le DPI, le Comité conseillait

⁷² W.J. DONDORP, M.C. PLOEM, G.M.W.R. DE WERT, M.C. DE VRIES et J.K.M. GEVERS, *O.C.*, p.28.

⁷³ W.J. DONDORP, M.C. PLOEM, J. GERAEDTS, *O.C.*, pp.16-17.

⁷⁴ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 2, t), *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

⁷⁵ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 2, t), *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

⁷⁶ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 67, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

⁷⁷ Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, *M.B.*, 28 mai 2003, p.29287.

⁷⁸ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 67, 1°, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

⁷⁹ M. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. Trim. dr. fam.*, pp.294-295.

⁸⁰ L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting: een juridische analyse*, *O.C.*, p.275.

⁸¹ Avis n°3 du Comité consultatif de Bioéthique, relatif au choix du sexe du 17 novembre 1997, p.1.

d'autoriser la sélection du sexe pour éviter des maladies héréditaires graves liées au sexe « uniquement lorsque s'avère impossible le diagnostic précis de la maladie héréditaire »⁸². Le Comité a ensuite rendu un second avis en 2003 sur le choix du sexe pour des raisons non médicales. L'opinion était, à ce moment-là, plus partagée sur la question d'interdire totalement la sélection du sexe. Deux visions ressortaient.⁸³ La première, qui restait largement majoritaire, considérait la sélection du sexe pour des raisons non médicales, dans tous les cas inacceptable. Cependant, une seconde vision représentée par certains membres du Comité était d'autoriser la sélection du sexe lorsqu'elle se justifiait par exemple par « l'équilibre familial »⁸⁴.⁸⁵

L'interdiction de la sélection du sexe pour des raisons non médicales fut intégrée sans trop de discussion dans la loi PMA.⁸⁶

Bien que cette interdiction soit clairement définie, une question parlementaire a tout de même été posée, par rapport à la sélection du sexe d'un enfant à naître. En effet, cette question concernait des couples néerlandais qui se rendaient à Anvers et payaient pour pouvoir choisir le sexe de leur enfant.⁸⁷ Les couples s'inscrivaient sur le site Internet d'un homme d'affaires néerlandais et étaient redirigés vers un gynécologue flamand qui procédait à la sélection des gamètes à inséminer.⁸⁸ La vice-première ministre et ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargée de l'intégration sociale a répondu le 23 mai 2011, à cette question en concluant que la législation était claire sur le fait que la sélection du sexe de l'enfant à naître pour des raisons non médicales était tout à fait interdite et que cette interdiction s'appliquait également sur la sélection des embryons ainsi que sur la sélection des gamètes masculins (spermatozoïdes).⁸⁹

Bien que l'affaire concernée fut un cas tout à fait isolé, celle-ci a cependant relancé la discussion sur la sélection du sexe pour des raisons non médicales et a conduit à une nouvelle proposition de loi⁹⁰. Celle-ci voulait insérer un nouvel article 37/1 dans la loi PMA afin d'interdire toute utilisation de gamètes à des fins de sélection du sexe de l'enfant à naître, à l'exception de la prévention des maladies liées au sexe. Cette proposition n'a cependant pas abouti, la loi PMA offrant une protection suffisante.⁹¹

⁸² Avis n°3 du Comité consultatif de Bioéthique, relatif au choix du sexe du 17 novembre 1997

⁸³ Avis n°22 du Comité consultatif de Bioéthique relatif au choix du sexe pour des raisons non médicales du 19 mai 2003, p.9.

⁸⁴ *Ibid.*, p.5.

⁸⁵ L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting : een juridische analyse*, o.c., pp.275-276.

⁸⁶ *Ibid.*, pp.275-276.

⁸⁷ Question parlementaire du 2 février 2011, n° 2395, Compte Rendu Intégral, Chambre repr., 2010-2011, commission de la Santé publique, 2 février 2011, p. 8.

⁸⁸ Dans cette affaire, le gynécologue belge a été condamné par le tribunal correctionnel d'Anvers à une amende de 5.500 euros et son associé néerlandais a été condamné à un an d'emprisonnement avec sursis et une amende de 5.500 euros. Le tribunal a estimé leur gain à 180.500 euros pour les 165 traitements ayant eu lieu entre janvier 2006 et janvier 2011.

⁸⁹ Question parlementaire du 2 février 2011, n° 2395, Compte Rendu Intégral, Chambre, 2010-2011, commission de la Santé publique, 2 février 2011, p. 8.

⁹⁰ Proposition de loi modifiant la loi du 6 juillet sur la procréation médicalement assistée et la destination des embryons et gamètes excédentaires afin d'interdire la sélection du sexe du futur embryon, *Doc.Parl.*, Sén., sess. ord. 2010-11, n° 904/1, p.1.

⁹¹ L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting : een juridische analyse*, o.c., pp.275-276.

Sous-section 2. Le « bébé médicament » ou « bébé double espoir »

Un *bébé médicament* ou *bébé double espoir* est un enfant dont la conception est motivée par le fait de sauver une sœur ou un frère aîné souffrant d'une maladie grave.⁹² L'*enfant double espoir* s'appelle ainsi puisqu'il s'agit d'un bébé conçu *in vitro* suite à une sélection d'embryons sains (permettant ainsi d'éviter des maladies graves) et compatibles avec l'enfant qu'il permettrait de sauver.⁹³

La pratique du *bébé-médicament* ou *bébé double espoir* concerne le DPI couplé à un typage HLA (*Human Leukocyte Antigen*⁹⁴). Les HLA ou antigènes d'histocompatibilité jouent un rôle important dans la réaction du système immunitaire aux substances étrangères et ainsi, dans l'acceptation ou le rejet des greffes ou des transplantations de tissus et d'organes. Le typage HLA est réalisé en amont d'une greffe de cellules souches ou d'organe afin de s'assurer de la compatibilité des tissus du donneur avec ceux du receveur.⁹⁵ Le DPI permet donc de sélectionner des embryons sains et le typage HLA, que l'enfant à naître soit compatible avec son grand frère ou sa grande sœur.

1. Pays-Bas

Le règlement abordant la problématique du « *redderbaby* » ou « *saviour baby* », aux Pays-Bas, est le « *Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek* » du 6 avril 2013.⁹⁶

Ce règlement donne quelques informations dans une seconde annexe concernant le typage HLA pour le don envers un frère ou une sœur. Selon ce règlement, le typage HLA couplé à un DPI n'est pas autorisé aux Pays-Bas lorsqu'il est utilisé au profit d'autrui. Un typage HLA peut toutefois être autorisé lorsqu'il concerne un futur enfant également exposé à un risque de maladie génétique grave pouvant être évité par utilisation du DPI. Dans ce cas, une transplantation de cellules souches provenant du sang du cordon ombilical est envisagée du nouvel enfant vers le frère ou la sœur malade.⁹⁷

En outre, toujours selon ce règlement, pour le dépistage de la maladie et le dépistage du HLA, deux cellules de l'embryon (composé de 8 à 10 cellules) sont nécessaires. Il y a très peu de chances qu'après cette procédure, il reste un embryon qui soit d'une part, adapté à la transplantation, exempt de la maladie

⁹² A.S.P.H., Quels enjeux éthiques autour de la problématique des bébés-médicaments ?, publié le 21 octobre 2015, disponible sur : <https://www.asph.be/wp-content/uploads/2021/09/Analyse-5-B%C3%A9b%C3%A9s-m%C3%A9dicaments.pdf>, (consulté le 6 mai 2022), p.2.

⁹³ R.T.B.F., « L'enfant du double espoir: un documentaire sensible sur le combat pour la vie », publié le 9 mai 2022, <https://www.rtbf.be/article/l'enfant-du-double-espoir-un-documentaire-sensible-sur-le-combat-pour-la-vie-10983765> (consulté le 3 juillet 2022).

⁹⁴ Le HLA est également appelé typage tissulaire et consiste en une analyse sanguine permettant d'identifier des antigènes présents à la surface des tissus et cellules, <https://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/histocompatibilite/C3%A9/13586>, (consulté le 03 juillet 2022) ; Avis n° 49 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique concernant le DPI chez des porteurs sains d'une affection héréditaire grave du 20 avril 2009, p. 27.

⁹⁵ X. Typage des antigènes d'histocompatibilité (HLA), disponible sur : <https://cancer.ca/fr/treatments/tests-and-procedures/human-leukocyte-antigen-hla-testing> (consulté le 2 juillet 2022).

⁹⁶ Regeling van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 februari 2009, nr. CZ-TSZ-2912089, houdende houdende regels ten aanzien van preïmplantatie genetische diagnostiek (PGD) (Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek).

⁹⁷ Regeling van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 februari 2009, nr. CZ-TSZ-2912089, houdende houdende regels ten aanzien van preïmplantatie genetische diagnostiek (PGD) (Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek), bijl. 2, Hla-typering ten behoeve van donorschap voor een broer of zus.

et qui, d'autre part, ait le bon typage HLA. C'est pourquoi les chances de succès de cette procédure sont, toujours selon ce règlement, faibles.⁹⁸

2. Belgique

La pratique du *bébé double espoir* est encadrée par la loi PMA. L'utilisation du DPI dans l'intérêt thérapeutique d'un enfant déjà né était relativement controversée lors de la création de la loi.⁹⁹ Avant cela, il n'y avait ni interdiction ni autorisation de recourir à ce procédé. Le Comité consultatif de bioéthique de Belgique avait déjà marqué son engouement pour cette pratique dans un avis¹⁰⁰ et une proposition de loi relative au diagnostic prénatal et au diagnostic préimplantatoire qui n'avait pas abouti, prévoyait une disposition autorisant le recours aux *bébés médicaments* à titre exceptionnel.¹⁰¹ La législation concernant les *bébés double espoirs* est particulièrement détaillée en Belgique par rapport aux autres législations.¹⁰² Le typage cellulaire n'est possible que lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant à naître est respecté. Les futurs parents ne peuvent utiliser le DPI pour créer des donneurs compatibles pour eux-mêmes ou pour un membre de la famille. Il n'est cependant pas interdit de recourir au bébé double espoir pour un demi-frère ou une demi-sœur, bien que dans la pratique, les chances de succès soient relativement faibles.¹⁰³

Comme vu précédemment, la loi PMA interdit de pratiquer un DPI s'il a un caractère eugénique ou s'il est axé sur la sélection des sexes (art.67)¹⁰⁴. La loi PMA autorise toutefois le DPI lorsqu'il permet d'écarter les embryons atteints de maladies liées au sexe¹⁰⁵, ou lorsqu'il est effectué dans l'intérêt thérapeutique d'un enfant déjà né du ou des auteurs du projet parental.¹⁰⁶

La loi ajoute qu'il « appartient au centre de fécondation consulté d'estimer que, dans l'hypothèse évoquée à l'alinéa 1er du présent article, le projet parental n'a pas pour seul objectif la réalisation de cet intérêt thérapeutique. Cette estimation doit être confirmée par le centre de génétique humaine consulté, dont l'avis sera joint au dossier »¹⁰⁷. Cet article exige donc que tant le centre de fécondation que le centre de génétique humaine doivent, dans la cadre de la création d'un *bébé médicament*, considérer que le souhait

⁹⁸ Regeling van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 februari 2009, nr. CZ-TSZ-2912089, houdende houdende regels ten aanzien van preïmplantaatie genetische diagnostiek (PGD) (Regeling preïmplantaatie genetische diagnostiek), bijl. 2, Hla-typing ten behoeve van donorschap voor een broer of zus.

⁹⁹ M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, o.c., pp. 349-350.

¹⁰⁰ Avis n° 33 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique relatif aux modifications géniques somatiques et germinales à visées thérapeutiques et/ou mélioratives du 7 novembre 2005, p.14.

¹⁰¹ Proposition de loi relative au diagnostic prénatal et au diagnostic préimplantatoire, Développements, Doc. Parl., Sén., sess. ord. 2003-2004, n° 3-416/1, p. 2.

¹⁰² L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting: een juridische analyse*, o.c., p.281.

¹⁰³ *Ibid.*, p.281.

¹⁰⁴ L'article 67 est libellé comme suit : « Sont interdits :

1° le diagnostic génétique préimplantatoire à caractère eugénique, tel que défini par l'article 5, 4°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, c'est-à-dire axé sur la sélection ou l'amplification de caractéristiques génétiques non pathologiques de l'espèce humaine ;

2° le diagnostic génétique préimplantatoire axé sur la sélection du sexe tel que défini par l'article 5, 5°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, c'est-à-dire axé sur la sélection du sexe, à l'exception de la sélection qui permet d'écarter les embryons atteints de maladies liées au sexe. »

¹⁰⁵ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 67, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.; B. FEUILLET-LIGER et A. AOUJI-MRAD, *Corps de la femme et Biomédecine – Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 50.

¹⁰⁶ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 68, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

¹⁰⁷ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 68, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

d'avoir un enfant ne sert pas exclusivement les intérêts thérapeutiques de l'enfant déjà né.¹⁰⁸ Ce choix revenant aux praticiens est un choix délibéré du législateur qui considère ces derniers comme étant les mieux placés pour l'appréciation de telles motivations.¹⁰⁹

Certaines propositions en vue de rendre les conditions pour la pratique du bébé double espoir plus strictes ont vu le jour. Une proposition de loi exigeait, par exemple, qu'un psychiatre établisse que le désir d'enfant n'était pas simplement lié à des fins thérapeutiques¹¹⁰. Certaines propositions allaient encore plus loin en voulant faire perdre le droit de recourir une nouvelle fois à un cycle de fécondation *in vitro* les parents qui avaient décidé de ne pas implanter des embryons sains, mais incompatibles avec l'enfant déjà né¹¹¹. Ces propositions n'ont cependant pas été retenues.¹¹²

Comme dit précédemment, la problématique des bébés double espoirs était controversée lors de l'adoption de la loi PMA de 2007. Une étude réalisée par la Société belge pour la médecine reproductive (BSRM : *Belgian Society for Reproductive Medicine*) en 2010, et auprès de praticiens directement concernés par cette pratique (médecins, embryologistes, sages-femmes, psychologues, etc.) révélait une différence de position entre la Flandre et la Wallonie par rapport à la pratique des bébés double espoirs. En effet, bien que les résultats indiquaient que le personnel des centres de fertilité était majoritairement favorable au DPI avec typage HLA, les résultats obtenus étaient cependant différents chez les participants francophones (47,4 pour cent des participants francophones en faveur du DPI-HLA) et néerlandophones (83,7 pour cent des participants néerlandophones en faveur du DPI-HLA).¹¹³ La question se pose dès lors de savoir si ces positions sont encore actuelles et si, le cas échéant, cela a une incidence dans la pratique et notamment dans le refus de certains centres de fertilité bénéficiant explicitement en droit belge du droit de refuser un traitement PMA et d'invoquer la clause de conscience (voir *infra*).

Sous-section 3. Conclusion

D'un point de vue législatif, la Belgique offre un cadre plus strict et protecteur que les Pays-Bas en matière de sélection du sexe de l'enfant à naître via un DPI. En effet, aux Pays-Bas, la sélection du sexe est autorisée lorsqu'il y a un *risque de maladie*, alors que la Belgique parle d'*embryons atteints*¹¹⁴. De plus, l'exception visée à l'article 26 de la *Embryowet* a été étendue et autorise désormais également la sélection du sexe de l'enfant à naître s'il existe un *risque* de maladie héréditaire grave dont les incidences sont inégales en fonction du sexe de l'enfant et pour autant que l'objectif de cette sélection est de *réduire* ce risque.¹¹⁵ Les Pays-Bas offrent donc un cadre plus permissif, tout en restant cependant dans une logique de justification pour des motifs médicaux. Il y a donc davantage de possibilités de sélection vis-à-vis de

¹⁰⁸ L. OPLINUS, « Kind van de rekening », *R.W.*, 2022, p. 770.

¹⁰⁹ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Anthemis, 2013, p. 112.

¹¹⁰ Proposition de loi sur le diagnostic prénatal et préimplantatoire, *Doc.Parl.*, Sén., Sess.ord. 2003-2004, n° 416/1, art.3.

¹¹¹ Rapport du groupe de travail "Bioéthique" de MME NYSENS sur le projet de loi relatif au diagnostic prénatal et préimplantatoire, *Doc.Parl.*, Sén., sess.ord. 2003-04, n° 416/2, p.3.

¹¹² L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting: een juridische analyse*, o.c., pp.180-181.

¹¹³ M. VAN HAECKE, V. PROVOOST et G. PENNING, « Attitudes van medewerkers van fertiliteitscentra ten aanzien van de Belgische wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », *Tijdschr. voor Geneeskunde*, 2010, pp.1076-1084.

¹¹⁴ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 67, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

¹¹⁵ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (*Embryowet*), art.26, 2 juli 2002.

l'enfant à naître en droit néerlandais et ainsi un plus grand risque d'eugénisme et d'instrumentalisation de l'enfant à naître.

La législation néerlandaise, contrairement à la législation belge, ne parle pourtant à aucun moment d'eugénisme. Or, le Comité de bioéthique décrit le DPI comme étant « un tri eugéniste des êtres humains à un stade précoce, conduisant à l'élimination de tous ceux qui sont défectueux »¹¹⁶. Dans le cas de la sélection du sexe en cas de risque de maladie héréditaire grave et dont les incidences sont inégales en fonction du sexe de l'enfant, la frontière est mince par rapport à l'utilisation du DPI comme instrument d'une médecine prédictive dans une visée eugénique. Il semble donc y avoir un risque d'entrer dans une logique eugénique de recherche d'un enfant parfait qui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant à naître, alors réduit aux désirs et aux choix de ses parents, instrumentalisant la médecine reproductive.¹¹⁷

Par rapport à la législation sur la problématique des bébés double espoirs, bien que le fond soit relativement similaire (autorisation de pratiquer le DPI avec Typage HLA exclusivement au bénéfice d'un frère ou d'une sœur déjà né), la Belgique offre cependant plus de protection vis-à-vis de l'enfant à naître.

En effet, d'une part, ces règles sont contenues dans une loi en Belgique contrairement aux Pays-Bas qui n'abordent cette problématique qu'au travers d'un règlement et *a fortiori* dans la seconde annexe de celui-ci. D'autre part, la législation belge, en mettant en place un système de vérification des motivations des parents d'avoir l'enfant à naître (pas dans le seul objectif de réalisation d'un intérêt thérapeutique), tente de répondre au mieux au risque d'instrumentalisation de l'enfant à naître.¹¹⁸ Un tel système n'est pas prévu en droit néerlandais qui semble dès lors considérer qu'il n'existe pas de risque d'instrumentalisation de l'enfant à naître à lorsqu'il a pour but de sauver un frère ou une sœur.

La question de la protection, dans ce cas-ci de l'embryon, peut tout de même poser problème et interpeller dans le contexte des bébés-médicaments.¹¹⁹ En effet, de nombreux embryons sains, mais non compatibles avec l'enfant à naître sont éliminés.¹²⁰ Cette destruction programmée d'embryons sains, mais non porteurs des caractéristiques recherchées est parfois associée à des avortements eugéniques précoces d'embryons.¹²¹ Selon la position adoptée vis-à-vis du statut moral de l'embryon et de son besoin de protection, cette destruction pourra ou non être considérée comme proportionnée (prix à payer pour sauver un enfant).¹²²

¹¹⁶ X., « Fiche didactique : le diagnostic pré-implantatoire (DPI) », Les Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique, p.2.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.2.

¹¹⁸ B. MOENS et A. RIGO, « Preimplantatie Genetische Diagnostiek met HLA-typing en het toekomstig welzijn van de saviour baby », *Ethiek & Maatschappij*, 2012, (pp.1-14), pp.4-5.

¹¹⁹ P.-O. ARDUIN, « Le législateur reviendra-t-il sur sa décision lors du réexamen de la loi de bioéthique en 2010 ? 'Bébé-médicament' ou 'bébé-instrument' ? », *Ethique et Santé*, 2010, p.125.

¹²⁰ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, O.C., p.257.

¹²¹ C. BROCHIER, « Le bébé-médicament », *Dossier de l'Institut Européen de Bioéthique*, 2005 p. 35.

¹²² B. MOENS et A. RIGO, O.C., pp.4-5.

Section 2. La protection de l'enfant à naître contre des parents « inaptes »

La doctrine, majoritairement néerlandophone abordant la protection juridique prénatale, utilise régulièrement différents termes tels que « *falende ouders* » ou « *onverantwoordelijke ouders* », pouvant se traduire par des parents « inaptes » ou « irresponsables »¹²³. Ces termes quelque peu indécis, visent des personnes qui pourraient représenter une parentalité préjudiciable à l'enfant à naître.

Il sera examiné, dans la première section, les possibilités pour les centres de PMA de refuser des projets parentaux qui leur sont soumis. La seconde section abordera la problématique de la contraception et stérilisation forcée de femmes capables mais considérées comme *irresponsables* ou *inaptes*.

Sous-section 1. Le refus de l'accès à l'aide médicale dans le cadre d'une procréation médicalement assistée

La Cour EDH a reconnu dans l'arrêt *S.H. et autres contre Royaume-Uni*, le droit de recourir à la procréation médicalement assistée.¹²⁴

La procréation médicalement assistée peut se définir par l'intervention plus ou moins directe de la médecine, dans la conception d'un enfant.¹²⁵ La Cour EDH reconnaît par le biais de l'article 8 de la Convention EDH, le droit à la procréation comme partie du droit à l'autonomie personnelle. Elle entend par le droit à la procréation, non seulement le respect du choix de vouloir ou non devenir parent¹²⁶, mais également le droit de pouvoir bénéficier d'un traitement contre l'infertilité¹²⁷ et dans une certaine mesure, le droit d'avoir un enfant sain via des techniques de procréation médicalement assistée.¹²⁸ Cependant, ce droit à la procréation, comme la plupart des droits fondamentaux, n'est pas absolu^{129, 130}.

1. Pays-Bas

Il n'y a pas, aux Pays-Bas, de loi règlementant spécifiquement la procréation médicalement assistée. Pour cette matière, il faut donc jongler entre lois et règlements. Le NVOG (Association néerlandaise pour la gynécologie et l'obstétrique) joue un rôle particulièrement important dans cette matière et est l'auteur de nombreux rapports. Cette association rend régulièrement des avis visant à préserver la qualité des soins de santé des femmes en général, ainsi que des soins gynécologiques. Ces avis ne sont pas contraignants mais sont cependant dotés d'une autorité certaine.

¹²³ Ces termes viennent d'une doctrine majoritairement néerlandophone, venant souvent des Pays-Bas et par la suite repris en Flandre où les termes « *falende ouders* » ou « *onverantwoordelijke ouders* » sont plus régulièrement utilisés.

¹²⁴ Cour. eur. D.H., arrêt *S.H. c. Royaume-Uni*, 3 novembre 2011, § 82.

¹²⁵ N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2017, p.7.

¹²⁶ Cour. eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, § 71.

¹²⁷ Cour. eur. D.H., arrêt *S.H. c. Royaume-Uni*, 3 novembre 2011, § 82.

¹²⁸ Cour. eur. D.H., arrêt *Costa et Pavan c. Italie*, 28 août 2012, §57.

¹²⁹ Cour. eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, §92.

¹³⁰ L. TEN HAAF, « Grondrechten en het ongegronde recht op niet bestaan: Gedwongen anticonceptie gezien in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM », *Ars Aequi*, 2017, p. 190.

Un médecin peut, en raison de ses convictions personnelles, refuser de s'occuper d'un patient (dans ce cas-ci, d'une personne souhaitant bénéficier de l'aide médicale à la procréation). Personne ne peut être contraint à participer à une procréation médicalement assistée (ci-après : PMA) si cela est contre sa conscience. L'article 7 :446 du Code civil néerlandais énonce que le médecin s'engage envers un patient au moyen d'un « *behandelingsovereenkomst* » (accord de prise en charge [traduction libre]) à effectuer un traitement médical. Rien n'oblige cependant le praticien à effectivement conclure un accord de traitement avec le patient. Un médecin peut ainsi tout à fait refuser de participer à une PMA concernant une personne qu'il estimerait « irresponsable » et s'il estime que cela est contre ses convictions.¹³¹

Il n'existe cependant pas de disposition légale régissant spécifiquement le refus de participer à une PMA. Le « *Gezondheidsraad* » (Conseil de la santé) a reconnu que l'intérêt de l'enfant à naître peut être un motif de refus intervenant dans le cadre d'une PMA. Le Conseil précise également que, dans son évaluation, le médecin devra tenir compte aussi bien de l'environnement psychosocial de l'enfant à naître que de l'aspect médical.¹³² Le NVOG, dans son rapport sur les contre-indications morales dans le cadre de procréation médicalement assistée¹³³, soutient qu'un médecin peut décider de ne pas effectuer le traitement lorsqu'il est convaincu, dans un cas précis et sur base de toutes les informations qui lui sont accessibles, que le traitement présente des risques sérieux pour le bien-être de l'enfant. Selon ce rapport, il n'y a cependant pas d'évaluation générale de la capacité parentale des personnes voulant se lancer dans un parcours de PMA en raison du droit à la vie privée et de l'autodétermination.¹³⁴ Ces rapports et initiatives ne sont cependant pas légalement consacrés.¹³⁵

L'article 7 :453 du Code civil néerlandais dispose qu'en matière de qualités de soins médicaux, le prestataire de soins organise les soins comme le ferait un *bon prestataire de soins*, conformément à sa responsabilité et conformément aux standards de qualités énoncés dans l'article 2 de la loi sur la qualité, les plaintes et les litiges en matière de soins¹³⁶. Cet article développe ce qu'il est entendu par de *bons soins*, énonce que les droits du patient sont soigneusement respectés et que celui-ci est traité avec respect. Le ministre de la Santé, du Bien-être et du Sport peut, selon l'article 27 de la loi¹³⁷ et s'il estime que les soins ne sont pas bons, rédiger une « *schriftelijke aanwijzing* » (une instruction écrite [traduction libre]) au prestataire de soins dans laquelle il indiquera les raisons et les dispositions de la loi qui n'ont pas été respectées et peut le sanctionner. Il n'y a néanmoins pas d'information sur le fait que ce prestataire doive motiver ou non son refus à l'accès d'un traitement dans le cadre d'une PMA, ou qu'il ait une obligation de rediriger le patient vers un autre prestataire de soins. La législation néerlandaise semble donc lacunaire sur ce point.

¹³¹ J. RUIS, *Grenzen aan kunstmatige donorbevruchting ?*, Thèse de doctorat, Université de Tilburg, 2021, pp.321-323.

¹³² Ibid., pp.323.

¹³³ N.V.O.G., « Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen », Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, 2010, <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/Mogelijke-morele-contra-indicaties-bij-vruchtbaarheidsbehandelingen-1.0-04-06-2010.pdf> (consulté le 22 juillet 2022).

¹³⁴ N.V.O.G., « Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen », Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, 2010, <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/Mogelijke-morele-contra-indicaties-bij-vruchtbaarheidsbehandelingen-1.0-04-06-2010.pdf> (consulté le 22 juillet 2022).

¹³⁵ J. RUIS, O.C., pp.321-323.

¹³⁶ Wet van 7 oktober 2015 over kwaliteit, klachten en geschillen zorg, 11 november 2015.

¹³⁷ Wet van 7 oktober 2015 kwaliteit, klachten en geschillen zorg, art. 27, 11 november 2015.

La fiction du *nasciturus* accordant une protection générale de l'enfant à naître pourrait éventuellement s'appliquer en matière de refus de l'accès à une PMA. L'article 1 :250 du Code civil néerlandais énonce que le Tribunal peut nommer un « *bijzondere curator* » (curateur spécial [traduction libre]) lorsque les intérêts des représentants légaux sont en conflit avec les intérêts de l'enfant. L'article 1 :212 du Code civil néerlandais rajoute que l'enfant, en matière de filiation, est représenté en tant que partie intéressée par un *curateur spécial* désigné par le Tribunal statuant sur l'affaire. Ce représentant a pour but de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté et qu'il soit au mieux pris en considération dans le litige. Il représente exclusivement l'enfant et jugera ce qui est dans son intérêt ou non.¹³⁸ Madame JANINE RUIS, dans sa thèse de doctorat sur la PMA avec donneur, publiée en décembre 2021, exprime qu'un juge pourrait, par exemple, être saisi par un donneur potentiel en désaccord avec la décision de refus du centre de fécondation. Celui-ci agirait donc sur base des articles 1 :212 et 1 :250 du Code civil néerlandais et via la fiction *nasciturus* consacrée à l'article 1 :2 du Code civil néerlandais. Dans ce cas, un *curateur spécial* pourrait ainsi être désigné afin de représenter les intérêts de l'enfant à naître et déterminer si la bonne santé, la sécurité et si la vie privée et familiale de l'enfant à naître seraient suffisamment respectées en cas de don du donneur potentiel.¹³⁹

Selon cette logique, la question se pose de savoir si des personnes qui se sont vues refusées un traitement contre l'infertilité, pourraient également éventuellement saisir un juge dans le but de nommer un *curateur spécial*. Ce dernier serait alors chargé de représenter les intérêts de l'enfant à naître et de déterminer si la bonne santé, la sécurité et si la vie privée et familiale de l'enfant à naître seraient suffisamment respectées en cas de réalisation du projet parental de parents considérés comme « inaptes » par le centre de fécondation.

La jurisprudence a, en effet, déjà permis de nommer un *curateur spécial*, chargé de représenter les intérêts d'un enfant à naître. Cette situation s'est par exemple présentée dans une affaire où une femme ayant bénéficié d'une insémination *post mortem* et attendant un enfant avait demandé à ce que son mari décédé soit reconnu comme le père de son enfant. L'enfant non encore né fut alors considéré comme partie au litige et représenté par un *curateur spécial*.¹⁴⁰ La différence étant qu'en matière de PMA, l'enfant n'est pas encore conçu.¹⁴¹ Il semble toutefois difficilement concevable qu'un *curateur spécial* puisse être nommé par un juge en amont de la conception d'un enfant puisque l'article 1 :2 du Code civil néerlandais nécessite que l'enfant soit effectivement conçu (cf. *supra*).

Madame JANINE RUIS pose également la question de savoir si, aux Pays-Bas, un *curateur spécial* ne devrait pas être impliqué dans le processus de PMA afin de protéger les intérêts du futur enfant. Ce recours systématique à un *curateur spécial* pourrait selon elle se justifier en vertu du paragraphe 80 de

¹³⁸ DE RECHTSPRAAK, « Leidraad werkwijze en verslag bijzondere curatoren ex artikel 1:250 BW », Leidraad, 2017, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/leidraadwerkwijze-en-verslag-bijzondere-curatoren-ex-art-1-250-bw.pdf>, (consulté le 5 juillet 2022) ; DE RECHTSPRAAK, « Leidraad werkwijze en verslag bijzondere curatoren ex artikel 1:212 BW », Leidraad, 2017, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/leidraadwerkwijze-en-verslag-bijzondere-curatoren-ex-art-1-212-bw.pdf>, (consulté le 5 juillet 2022).

¹³⁹ J. RUIS, O.C., pp.320-321.

¹⁴⁰ Rb. Gelderland, 20 mei 2021, C/05/385208 / FA RK 21-900 ECLI:NL:RBGEL:2021:2631.

¹⁴¹ Rb. Gelderland 20 mei 2021, C/05/385208 / FA RK 21-900 ECLI:NL:RBGEL:2021:2631.

l'Observation générale n°14 du Comité des droits des enfants¹⁴² soulignant que l'évaluation de l'intérêt supérieur est une évaluation globale de tous les éléments pertinents concernant l'intérêt supérieur de l'enfant.¹⁴³

De nouveau, cette mesure semble difficilement réalisable pour les mêmes raisons que celles énoncées précédemment et à fortiori dans une situation se situant en dehors de tout litige. Un recours généralisé à un *curateur spécial* tel que prévu par l'article 1 :212 du Code civil néerlandais, dans le processus de PMA, ne semble dès lors pas possible en vertu de la législation actuelle applicable aux Pays-Bas.

De nombreux renvois aux intérêts du futur enfant sont faits en matière de PMA, sans jamais les définir.¹⁴⁴ Ces intérêts ont par exemple été évoqués comme motifs de refus à l'accès à une PMA à des couples lesbiens ou à des femmes seules.¹⁴⁵ Ce refus systématique de certains groupes dans la société est interdit par le rapport du NVOG sur les contre-indications morales dans le cadre de procréation médicalement assistée précédemment cité.¹⁴⁶ Il apparaît pourtant que les politiques des cliniques privées ont souvent un effet discriminatoire et refusent encore de traiter des couples lesbiens ou des femmes célibataires, en invoquant l'intérêt du futur enfant.¹⁴⁷ Selon ces cliniques, l'enfant aurait un intérêt à naître dans une famille avec un père et une mère ou avec ses parents biologiques. Certaines cliniques considèrent également que les donneurs de spermes auraient un rôle à jouer dans l'éducation de l'enfant et pourraient ainsi entrer en conflit avec les parents d'intention de l'enfant^{148, 149}

2. Belgique

La loi PMA définit la PMA par un « ensemble de modalités et conditions d'application des nouvelles techniques médicales d'assistance à la reproduction dans lesquelles est réalisée : 1° soit une insémination artificielle, 2° soit une des techniques de fécondation in vitro, c'est-à-dire des techniques dans lesquelles il est, à un moment du processus, donné accès à l'ovocyte et/ou à l'embryon »¹⁵⁰. Cette loi ouvre la PMA aux couples hétéros et homosexuels, mariés ou cohabitants, ainsi qu'aux femmes seules.¹⁵¹

¹⁴² Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération de manière primordiale (art. 3, §1), Comité des droits de l'enfant, 2013.

¹⁴³ J. RUIS, O.C., pp.325-328.

¹⁴⁴ B.C. VAN BEERS, « Van slaapkamer naar vruchtbaarheidskliniek. Deseksualisering van voortplanting en de 'uitbarsting van verantwoordelijkheid », *Aers Aequi*, 2016, pp.298- 306.

¹⁴⁵ Commissie Gelijke Behandeling, Onderzoek uit eigen beweging: geen onderscheid naar burgerlijke staat door de dertien IVF-instellingen ten aanzien van ongehuwde man/vrouw paren; direct onderscheid naar homoseksuele gerichtheid door drie instellingen door lesbische paren uit te sluiten, 7 februari 2000, disponible sur : www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/9995, (consulté le 8 mars 2022).

¹⁴⁶ N.V.O.G., « Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen », Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, 2010, <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/Mogelijke-morele-contra-indicaties-bij-vruchtbaarheidsbehandelingen-1-0-04-06-2010.pdf> (consulté le 22 juillet 2022) p. 3.

¹⁴⁷ Kamervragen Aanhangel Handelingen II 2014/15, p.3287.

¹⁴⁸ Commissie Gelijke Behandeling, Onderzoek uit eigen beweging: geen onderscheid naar burgerlijke staat door de dertien ivf-instellingen ten aanzien van ongehuwde man/vrouw paren; direct onderscheid naar homoseksuele gerichtheid door drie instellingen door lesbische paren uit te sluiten, 2000, www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/9995, (consulté le 8 mars 2022) pp. 14-17

¹⁴⁹ L. TEN HAAFF, « Grondrechten en het ongegronde recht op niet bestaan: Gedwongen anticonceptie gezien in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM », O.C., pp. 192-193.

¹⁵⁰ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 2 a), M.B., 17 juillet 2007, p.38575.

¹⁵¹ C. HERBRAND, « La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique : reflet de la diversité familiale ? » in *Le droit des familles : genre et sexualité* (sous la dir. de N. GALLUS), Bruxelles, Anthemis, 2012, pp.322-323.

Contrairement aux Pays-Bas, le législateur belge règle explicitement la matière et marque sa neutralité que ce soit par rapport à l'orientation sexuelle ou par rapport à la situation conjugale en uniformisant ainsi l'accès à l'aide médicale à la procréation « dans le respect des différences essentielles existant entre chaque être humain ».¹⁵² La législation en matière de PMA s'aligne donc avec les lois ayant conduit à l'ouverture du mariage, l'adoption aux couples de même sexe¹⁵³ ainsi que la loi anti discrimination adoptée en 2003¹⁵⁴. Le législateur a par conséquent opté pour la création d'une cohérence globale au sein de la législation belge.¹⁵⁵

Bien que la loi PMA soit la plus spécifique en matière de procréation médicalement assistée, ce n'est cependant pas la seule loi applicable en Belgique en la matière.¹⁵⁶ En outre, des lois plus générales font également partie du cadre réglementaire s'appliquant aux PMA. Il s'agit notamment de la loi sur les droits des patients¹⁵⁷, de la loi sur les embryons¹⁵⁸, de la loi relative aux expérimentations sur la personne humaine¹⁵⁹ et enfin de la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique^{160, 161}.

L'article 3 de la loi PMA affirme le monopole des centres de fécondation tels que définis à l'article 2 g), concernant les activités de procréation médicalement assistée. Ce monopole n'empêche cependant pas d'apposer certaines limites au principe d'autorégulation dont jouissent ces centres.¹⁶²

La marge de manœuvre du médecin ou du centre de fécondation consulté est très large en Belgique. La législation prévoit, en effet, la possibilité de refuser certaines demandes via la clause de conscience et moyennant « la plus grande transparence quant à leurs options en ce qui concerne l'accessibilité au traitement ; ils ont la liberté d'invoquer la clause de conscience à l'égard des demandes qui leur sont adressées »¹⁶³. Les centres de fécondations doivent, en outre, « avertir le ou les demandeurs de leur refus de donner suite à la demande, et ce dans le mois qui suit la décision du médecin consulté. Ce refus est formulé par écrit et indique obligatoirement : 1° soit les raisons médicales du refus ; 2° soit l'invocation de la clause de conscience prévue à l'alinéa 1er du présent article ; 3° dans le cas où le ou les demandeurs

¹⁵² J. GERMEAUX et M. CHEVALIER, rapport fait au nom de la commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, *Doc. parl.*, 51-2567/004, 9 mars 2007, p. 4.

¹⁵³ D. PATERNOTTE, *Revendiquer le « mariage gay » – Belgique, France, Espagne, Bruxelles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de, 2011, pp.34-36 ; C. HERBRAND, « L'adoption par les couples de même sexe », *Courrier hebdomadaire du C.R.I.S.P.*, Bruxelles, 2006, p.36.

¹⁵⁴ Loi du 23 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des changes et la lutte contre le racisme.

¹⁵⁵ C. HERBRAND, « La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique : reflet de la diversité familiale ? » *o.c.*, pp.322-323.

¹⁵⁶ A.-C. SQUIFFLET, « Gamètes, gonades, embryons : du matériel corporel comme un autre ? Analyse croisée des lois du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain » in *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. Regards croisés du droit et de la pratique médicale* (sous la dir. de N. GALLUS et N. MASSAGER), Limal, Anthemis, 2017, pp. 33-34.

¹⁵⁷ Loi du 22 août 2002 sur les droits des patients, *M.B.*, 6 octobre 2002, p.43719.

¹⁵⁸ Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, *M.B.*, 28 mai 2003, p.29287.

¹⁵⁹ Loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine, *J.O.*, 18 mai 2004.

¹⁶⁰ Loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales ou à des fins de recherche scientifique, art. 2, 5°, *M.B.*, 30 décembre 2008, p.68774.

¹⁶¹ L. OPLINUS, *Medische hulp bij voortplanting : een juridische analyse*, *o.c.*, p.8.

¹⁶² N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *o.c.*, pp.15-17.

¹⁶³ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

en ont exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre de fécondation auquel ils peuvent s'adresser »^{164, 165}

Le législateur a, pour la première fois en droit (bio)médical, expressément et formellement octroyé à une institution¹⁶⁶, le droit d'invoquer la « clause de conscience ». Ces institutions se voient par conséquent investies de la responsabilité d'évaluer la motivation et la personnalité des auteurs du projet parental, responsabilité davantage sociétale que juridique. Ils peuvent donc tout à fait refuser l'accès à un traitement de PMA s'ils considèrent les auteurs du projet parental comme étant *inaptes* à avoir un enfant ou lorsque le projet parental, en l'état actuel est contraire aux intérêts de l'enfant à naître. Cette liberté de pouvoir refuser une demande, quand bien même elle entrerait dans les conditions légales, traduit la réalité qu'il n'existe pas, en Belgique, de droit d'accès absolu aux techniques de PMA.¹⁶⁷ Cette clause de conscience pourrait amener à une discrimination à l'égard de certains groupes de personnes comme les couples lesbiens ou les femmes célibataires comme aux Pays-Bas, mais est cependant contrée par la politique de neutralité adoptée par le législateur belge.¹⁶⁸

Les comités d'éthique hospitaliers peuvent également intervenir dans le cadre de refus à l'accès d'un traitement en matière de PMA. Ceux-ci peuvent en effet avoir un rôle de conseil par rapport à certains cas individuels concernant l'un ou l'autre centre.¹⁶⁹ Le Comité consultatif de bioéthique a également détaillé, dans un avis relatif au don de sperme et d'ovules, l'importance de reconnaître « aux centres le droit de refuser de contribuer à des situations qu'ils jugeraient trop problématiques »¹⁷⁰. Les équipes médicales pratiquant des PMA doivent, selon cet avis, nécessairement garder la liberté de refuser cette pratique « à des personnes qui ne leur paraîtraient pas susceptibles d'assurer un épanouissement convenable de l'enfant »¹⁷¹, ce qui semble donc inclure les parents qu'ils considéreraient comme inaptes à la parentalité.¹⁷²

Concernant la jurisprudence, le Tribunal de Première Instance de Bruxelles a été saisi d'une affaire dans laquelle un hôpital avait refusé à une patiente un traitement de fécondation *in vitro* avec don d'ovocyte, en motivant ce refus par le fait qu'elle soit psychologiquement instable. L'hôpital a été reconnu fautif, bien que la faute incombant à l'hôpital ne résultait pas du refus en lui-même. Comme vu précédemment, cette liberté d'autoriser ou de refuser un traitement de PMA appartient aux centres de reproduction est consacrée par le législateur. L'hôpital a cependant manqué à son devoir d'indiquer par écrit à la patiente,

¹⁶⁴ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

¹⁶⁵ N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2017, pp.17-19.

¹⁶⁶ Les auteurs du projet parental contractent en effet avec le centre de fécondation en vertu de la loi du 6 juillet 2007 ; Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

¹⁶⁷ V. VANDERHULST, « Medisch begeleide voortplanting » *In Handboek gezondheidsrecht* (sous la dir. de T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, Anvers, Intersentia, 2014 p.36 ; N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *o.c.*, pp.17-19.

¹⁶⁸ M. VAN HAECKE, V. PROVOOST et G. PENNING, « Attitudes van medewerkers van fertiliteitscentra ten aanzien van de Belgische wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », *Tijdschr. voor Geneeskunde*, 2010, pp.1076-1084

¹⁶⁹ N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *o.c.*, pp.19-20.

¹⁷⁰ Avis n°27 du Comité consultatif de Bioéthique, relatif au don de sperme et d'ovules, du 8 mars 2004, p. 42

¹⁷¹ *Ibid.*, p.42 ; G. GENICOT, « L'autonomie des centres de procréation médicalement assistée doit être mise en œuvre avec humanisme », *o.c.*, pp.125-126.

¹⁷² N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *o.c.*, pp.19-20.

soit les raisons médicales, soit l'usage de la clause de conscience justifiant ce refus. L'hôpital s'était *in casu* limité à signaler à sa patiente manifestement en détresse et sans autre explication, que sa situation familiale, sociale et psychologique était jugée « trop instable »¹⁷³ que pour pouvoir bénéficier de ce traitement relativement lourd médicalement et psychologiquement. Le Tribunal a insisté sur l'importance des articles 5, 8 et 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient¹⁷⁴ qui donnent le droit au patient de recevoir des prestations de qualités répondant à ses besoins « dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite »¹⁷⁵. Le Tribunal va, par rapport à ces articles, reprocher à l'hôpital d'avoir fait preuve « de négligence, voire de mépris à l'égard de sa patiente »¹⁷⁶, ce qui est contraire au respect de la dignité humaine de sa patiente.¹⁷⁷

La personne concernée, à cause de son instabilité psychologique ainsi que son instabilité sa situation familiale, sociale et psychologique, pourrait être considérée comme *inapte* comme visé par la présente section. Ce jugement montre l'importance de la liberté consacrée par le législateur de pouvoir refuser l'accès à un traitement de PMA, mais également l'importance des lois gravitant autour de la loi PMA, obligeant les centres à agir avec respect envers les personnes qu'ils rencontreraient dans ce cadre particulièrement sensible.

Sous-section 2. La stérilisation et contraception forcée

La présente sous-section ne concerne pas la stérilisation ou contraception forcée de personnes handicapées ou incapables, mais se concentre uniquement sur l'analyse des possibilités de contraindre une personne à se soumettre à une contraception forcée ou être stérilisée contre sa volonté, alors que celle-ci est parfaitement capable et ne souffre d'aucun handicap mental.

La contraception est définie par l'Organisation Mondiale de la Santé comme étant « l'utilisation d'agents, de dispositifs, de méthodes ou de procédures pour diminuer la probabilité de conception ou l'éviter »¹⁷⁸. La stérilisation, également appelée « contraception chirurgicale », est quant à elle une pratique médicale ayant pour but de priver une personne de ses facultés reproductrices. La contraception *forcée* est quant à elle, une stérilisation qui a lieu sans le consentement de la personne concernée.¹⁷⁹

¹⁷³ Civ. Bruxelles fr. (75e ch.), 13 octobre 2016.

¹⁷⁴ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, art. 5, 26 septembre 2002, p.43719.

¹⁷⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, art. 5, 26 septembre 2002, p.43719.

¹⁷⁶ Civ. Bruxelles fr. (75e ch.), 13 octobre 2016.

¹⁷⁷ G. GENICOT, « L'autonomie des centres de procréation médicalement assistée doit être mise en œuvre avec humanisme », *O.C.*, p.125.

¹⁷⁸ https://www.who.int/fr/health-topics/contraception#tab=tab_1.

¹⁷⁹ N. COLETTE-BASECQZ, « Quelques réflexions autour des conditions légales qui encadrent la stérilisation médicale », *Rev.dr.santé*, 2007, pp. 2-3.

1. Pays-Bas

La volonté de mettre en place un système de contraception forcée est un thème récurrent aux Pays-Bas.¹⁸⁰ Parmi ces initiatives se trouve celle de monsieur HUGO DE JONGE¹⁸¹, échevin communal de Rotterdam au moment de l'initiative, qui représente bien les nombreuses propositions (bien qu'aucune jusqu'ici n'ait aboutie) ayant déjà vu le jour aux Pays-Bas. Sa proposition était d'introduire une contraception forcée pour les « *onbekwame moeders* » (mères incompétentes [traduction libre]), c'est-à-dire celles qui se sont déjà fait connaître pour des faits de maltraitements sur leurs enfants, celles qui souffrent d'une lourde addiction, qui souffrent de problèmes psychologiques graves, qui travaillent dans la prostitution ou encore celles qui sont sans domicile fixe. Selon cette proposition, lorsque le juge le décide, la femme pourrait se voir contrainte de se faire poser un stérilet ou un implant contraceptif, l'empêchant ainsi de tomber enceinte pendant une période déterminée.¹⁸²

Une partie de la doctrine néerlandaise voit, dans ce type de proposition, une attitude fort paternaliste qui consiste à laisser un juge déterminer si l'enfant non encore conçu a, ou non, un intérêt à naître dans une famille. D'autant plus que chaque situation est différente et implique la prise en considération d'une multitude de facteurs. Seul l'enfant pourrait, *a posteriori*, être en mesure de juger s'il y a eu ou non une méconnaissance de son droit à une éducation décente et son intérêt à naître.¹⁸³

Les articles 8 et 12 de la Convention EDH protégeant respectivement le droit à la vie privée (comprenant également l'autonomie personnelle et la protection de l'intégrité physique) et le droit de fonder une famille (droit, qui ne s'inscrit cependant que dans le cadre du mariage¹⁸⁴) font régulièrement irruption dans les débats en faveur ou en défaveur de la contraception forcée à l'égard de femmes vulnérables.¹⁸⁵

Selon madame INEKE BOEREFIJN¹⁸⁶, conseillère au Conseil des droits de l'homme, au-delà de violer potentiellement les dispositions 8 et 12 de la Convention EDH, la contraception forcée est une mesure qui touche exclusivement les femmes ainsi que leur liberté et autonomie procréative ainsi que leur liberté sexuelle. Ces mesures seraient également prises en violation de l'article 12 du traité pour l'élimination de toute forme de discrimination envers les femmes¹⁸⁷. Ce traité oblige les États partis à prendre toutes les

¹⁸⁰ Voir par exemple : Kamerstukken II 2009/10, 32405, p.2. Initiative de la députée MARJO VAN DIJKEN afin de relancer une discussion sur la contraception forcée et sur la parentalité irresponsable (*gedwongen anticonceptie en onverantwoord ouderschap*) ; Deux ans plus tard c'est PIETER VAN VOLLNHOVEN qui relance le sujet pour permettre la contraception forcée à l'égard de parents défaillants ; le directeur de la protection de la jeunesse MARTIN SITALSING a également réalimenté le débat dans le cadre d'une affaire d'abus et d'assassinat d'une jeune fille, affaire dans laquelle il a jugé que dans des cas à ce point grave de maltraitance à l'égard d'enfants, l'enfant aurait eu un intérêt à ne pas naître ; CEES DE GROOT, un ancien juge de la jeunesse a également plaidé pour la contraception forcée voir CEES DE GROOT, *Sommige vrouwen mogen geen moeder worden*, *N.R.C. Handelsblad*, du 4 février 2017.

¹⁸¹ HUGO DE JONGE, à l'initiative de cette proposition a également été ministre de la santé publique.

¹⁸² E. MERCKX, « *Gedwongen anticonceptie: een kwestie van mensenrechten* », *D.J.K.*, 2016, p.10.

¹⁸³ L. TEN HAAF, « *Grondrechten en het ongegronde recht op niet bestaan: Gedwongen anticonceptie gezien in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM* », *O.C.*, p. 189.

¹⁸⁴ Cour eur. D.H., arrêt *X. c. Belgique et Pays-Bas*, 10 juillet 1975 ; Cour eur. D.H., guide sur l'article 12 de la convention européenne des droits de l'homme – droit au mariage, 2020, disponible sur https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_FRA.pdf, consulté le 12 mai 2022 (consulté le 22 juillet).

¹⁸⁵ E. MERCKX, « *Gedwongen anticonceptie: een kwestie van mensenrechten* », *O.C.*, p.10

¹⁸⁶ Madame INEKE BOEREFIJN était professeure et chercheuse au Centre d'étude et d'information sur les droits de l'homme de l'Université d'Utrecht jusqu'en 2013.

¹⁸⁷ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signé à New York le 18 décembre 1979, art. 12.

mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, l'accès aux services de soins de santé (en ce compris la planification familiale).¹⁸⁸ Le fait que le gouvernement ou qu'un juge puisse décider quelle femme peut ou non tomber enceinte, semble porter atteinte aux droits appartenant aux femmes de disposer librement de leur corps ainsi que du choix qui leur revient d'avoir ou non des enfants. Ces propositions ne parlent par ailleurs que rarement du père ou du coparent de la femme.¹⁸⁹

D'autre part, les personnes en faveur de la contraception forcée défendent que la violation des articles 8 et 12 est justifiée et que celle-ci ne pose pas de problème dans la prise de mesures de contraception forcée.¹⁹⁰

En effet, selon ce point de vue, le droit de liberté de procréer peut être limité lorsque cette procréation mènerait à un danger. CEES DE GROOT¹⁹¹, PAUL VLAARDINGERBROEK¹⁹², CONNIE RIJLAARSDAM¹⁹³ et A.J. SCHNEIDER¹⁹⁴ forment ensemble le groupe de réflexion « *Rechten van het kind* » (les droits de l'enfant [traduction libre]). Ceux-ci, dans une réponse à madame BOEREFIJN sur le fait que la contraception forcée soit contraire aux droits de l'Homme, illustrent cette notion de danger justifiant selon eux une telle mesure, avec le cas d'une femme enceinte dépendante qui transmettrait à son fœtus une dépendance ainsi que des dégâts irréversibles pour l'enfant une fois né. Dans ce cas, une restriction temporaire du droit de procréation devrait, selon les auteurs, être envisagée. La Cour EDH laisse le juge compétent pour déterminer quand il y a danger ou non, en fonction de la législation nationale.¹⁹⁵

À l'argument selon lequel le gouvernement choisirait sur base de critères flous quelle femme pourrait ou non, tomber enceinte, les membres du groupe de réflexion répondent en disant que ce n'est pas le législateur, mais bien le juge qui déciderait au cas par cas, quand il y a un danger pour un enfant à naître. L'existence du danger et par conséquent, la prise d'une mesure de contraception forcée, serait la conclusion du juge à la suite d'une appréciation concrète des faits et de la situation globale et particulière de la femme. Les femmes potentiellement concernées seraient, toujours selon ces auteurs : les femmes ayant de lourdes dépendances, les femmes atteintes de VIH et hépatite, les patientes psychiatriques chroniques, les femmes très limitées intellectuellement, ainsi que les personnes connues pour des faits de maltraitance. Ces catégories de profils à risques, évaluées au cas par cas par un juge, sont inspirées du rapport du NVOG contre des potentielles contre-indications morales pour les traitements contre l'infertilité vues dans le cadre des refus en matière de procréation vu précédemment.¹⁹⁶

Un autre argument apporté par la doctrine en faveur de la contraception forcée est l'existence d'un droit appartenant à l'enfant non encore conçu de ne pas naître. Ce droit de ne pas naître est cependant critiqué. La condition essentielle pour être un sujet de droit est la naissance. Cette condition pose donc problème

¹⁸⁸ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signé à New York le 18 décembre 1979, art. 12.

¹⁸⁹ I. BOEREFIJN, « Verplichte anticonceptie voor vrouwen is in strijd met mensenrechten », *N.J.B.*, 2017, p. 866.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 865.

¹⁹¹ Monsieur CEES DE GROOT est un ancien vice-président et juge de la jeunesse au Tribunal de Rotterdam.

¹⁹² Monsieur PAUL VLAARDINGERBROEK est professeur en droit de la personne et de la jeunesse à l'Université de Tilburg.

¹⁹³ Madame CONNIE RIJLAARSDAM est une infirmière.

¹⁹⁴ Madame A.J. SCHNEIDER est une ancienne gynécologue à l'Erasmus M.C. Rotterdam

¹⁹⁵ C. DE GROOT, P. VLAARDINGERBROEK, C. RIJLAARSDAM et A.J. SCHNEIDER, « Verplichte anticonceptie », *N.J.B.*, 2017, p.2325.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.2325

concernant le droit de ne pas naître vu que l'attribution de ce droit, est lui-même conditionné à la naissance qui n'aura, dès lors, pas lieu. La reconnaissance de droits à l'enfant à naître n'est possible que si l'enfant naît effectivement. Si celui-ci vient au monde décédé, malgré une certaine reconnaissance, il est réputé ne jamais avoir existé ou ne jamais avoir été le porteur de droits selon l'article 1 :2 du Code civil néerlandais (*cf. supra*).¹⁹⁷

Le KNMG a également tenté d'apporter sa pierre à l'édifice en tentant d'aiguiller le médecin lorsque ce dernier serait confronté à un cas dans lequel il pourrait penser qu'il serait, à ce moment-là, préférable que la femme ne mette pas de bébé au monde. Le rapport¹⁹⁸ indique qu'il n'est pas possible, en droit néerlandais, de soumettre une personne capable à la contraception forcée. La Constitution néerlandaise consacre le droit au respect de la vie privée et le droit à l'inviolabilité du corps humain respectivement aux articles 10 et 11 de la Constitution néerlandaise. Des restrictions aux droits consacrés par ces articles sont possibles, mais seulement lorsque la loi l'autorise. Le KNMG s'oppose à la contraception forcée pour d'autres cas que ceux légalement prévus, dans la mesure où une telle violation de l'intégrité physique ne peut se justifier que s'il n'existe aucune autre alternative moins contraignante. Or, selon le KNMG, de telles alternatives existent. Les alternatives les plus adéquates passent, selon le KNMG, par un rôle proactif des médecins et autres prestataires de soins. Ceux-ci ont un rôle important à jouer, que ce soit par l'écoute ou par l'orientation des potentiels parents vulnérables vers des programmes qui les guideront et les accompagneront dans leur désir ou non de parentalité. Le KNMG recommande également que la contraception sous toutes ses formes soit davantage accessible (contraception de courte durée comme de longue durée) ainsi que la stérilisation.¹⁹⁹

Dernièrement, c'est la législation et précisément l'entrée en vigueur en 2020 de la *Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg* (ci-après : *Wvggz*) (loi sur les soins obligatoires en matière de santé mentale [traduction libre]) qui a relancé le débat sur la contraception forcée. En effet, plusieurs tribunaux ont pris des mesures obligeant la prise de moyens de contraception à des femmes ayant un trouble psychiatrique ou une addiction, sur base de la *Wvggz* (la *Wvggz* considère l'addiction à l'alcool ou aux drogues comme un trouble mental).²⁰⁰ Une partie de la doctrine se montre favorable à ces jugements et y voit une avancée dans la protection de l'enfant.²⁰¹ En effet, le but de cette mesure est d'éviter le placement de l'enfant dès sa naissance, la négligence affective et pédagogique, l'exposition à la violence domestique ou encore, éviter une grande insécurité et instabilité dans l'éducation.²⁰² La contraception obligatoire de personnes incapables est explicitement permise par la loi sur l'accord de traitement médical²⁰³.²⁰⁴ Le cadre juridique

¹⁹⁷ L. TEN HAAF, «Grondrechten en het ongegronde recht op niet bestaan : Gedwongen anticonceptie gezien in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM», O.C., pp. 189-191.

¹⁹⁸ K.N.M.G., Anticonceptie en kwetsbaar ouderschap, 2022, <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/anticonceptie-en-kwetsbaar-ouderschap.htm>, (consulté le 7 juillet 2022).

¹⁹⁹ K.N.M.G., Anticonceptie en kwetsbaar ouderschap, 2022, <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/anticonceptie-en-kwetsbaar-ouderschap.htm>, (consulté le 7 juillet 2022).

²⁰⁰ Rb. Rotterdam 12 maart 2020, ECLI :NL :RBROT:2489; Rb. Breda 27 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:20206887, Rb. Rotterdam 8 september 2020, ECLI :RBROT :20209178 ; Rb. Amsterdam du 2 december 2020, ECLI :NL :RBAMS :20206383 ; Rb. Noord-Nederland du 20 oktober 2020 ECLI:NL:RBNNE:2020:3684 ; Rb. Zeeland-West Brabant 12 octobre 2021, ECLI:NL:RZBWB:2021L5539 ; Rb. Den Haag 14 oktober 2021, ECLI :NLRBHA :2021 :11864.

²⁰¹ P. DE GRAAF, Kwetsbare vrouwen krijgen via de rechter verplichte anticonceptie, *V.K.*, 2021 ; K. MARÉE, « Kwetsbare vrouwen krijgen verplichte anticonceptie na uitspraak rechter », *N.R.C.*, 2 octobre 2021.

²⁰² Rb. Arnhem-Leeuwarden, 23 januari 2020, ECLI :NL :GHARL :2020 :661.

²⁰³ Wet van 17 november 1994 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opnemings van bepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, 22 december 1994.

²⁰⁴ Gezondheidsraad, anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap, Den Haag, Gezondheidsraad 2002.

concernant la contraception forcée de femmes souffrant de troubles psychiatriques, mais néanmoins capables, est quant à lui beaucoup plus flou. La question est donc de savoir si la Wvvggz peut, ou non, justifier une telle mesure.²⁰⁵

Le but de la Wvvggz est de légitimer la contrainte à l'égard de personnes capables en cas de problèmes psychiatriques. Cette loi succède à la loi sur l'admission spéciale en soins psychiatriques²⁰⁶ (bopz) et a pour principale consigne de ne s'utiliser qu'en *ultimum remedium*.²⁰⁷

En effet, les soins obligatoires dispensés étant contre la volonté du patient, ceux-ci ne peuvent être ordonnés que lorsque toutes les autres tentatives de soins volontaires ont échouées ou n'offrent ni les mêmes résultats ni la même efficacité.²⁰⁸ Lorsqu'ils dispensent des soins, les médecins sont tenus de respecter la loi sur l'accord de traitement médical²⁰⁹ (Wgbo) fondant le principe général d'obligation de consentement éclairé, préalablement à tout traitement médical. Cette règle contient cependant des exceptions et, parmi celles-ci se trouve la possibilité d'ordonner des soins obligatoires pour éviter un préjudice grave au patient, alors incapable de donner son consentement éclairé.²¹⁰ Le préjudice grave à l'encontre d'une autre personne n'est pas une justification pour la contrainte en vertu de la Wgbo.²¹¹

La Wvvggz constitue également une seconde exception permettant d'obliger le patient à recevoir des soins obligatoires en prévention d'un préjudice grave pour le *patient* lui-même²¹² ou pour *autrui*²¹³. Cette loi, contrairement à la précédente, permet au juge interpellé par un médecin, d'ordonner de nombreuses formes de soins obligatoires, y compris aux patientes enceintes et notamment en vue de la protection des intérêts de l'enfant.²¹⁴ Le juge doit cependant, au préalable, marquer son accord pour tous les soins obligatoires ultérieurement fournis au patient (en ce compris les soins n'ayant pas de lien direct avec le trouble psychologique).²¹⁵ En cas d'autorisation de soins contraignants dans le but d'obliger la prise forcée d'un contraceptif, le juge doit donc avoir statué sur le fait que cette mesure soit adaptée et réalisable, compte tenu des circonstances en l'espèce.²¹⁶

Une mesure de contraception forcée ne peut être imposée par un juge, en vertu de la loi Wvvggz, que lorsque certaines conditions sont réunies. Il faut tout d'abord que la non-utilisation de la contraception cause un préjudice grave. Aucune autre mesure moins contraignante ne peut ensuite exister. Et enfin, la

²⁰⁵ Trib. Rotterdam, 12 mars 2020, ECLI :NL :RBZWB.

²⁰⁶ Wet van 17 januari 1994 over bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz).

²⁰⁷ Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), 16 februari 2018.

²⁰⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32399, p.1-3 ; Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), art.2:1 al.1, 16 februari 2018.

²⁰⁹ Wet van 17 november 1994 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opnemingsbepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, 22 december 1994.

²¹⁰ Wet van 17 november 1994 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opnemingsbepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, 22 december 1994.

²¹¹ A.C. HENDRIKS, J.P. SOMBROEK, C. DE VRIES, «Wet verplichte ggz biedt meer mogelijkheden om zwangeren te begeleiden», *Ned. Tijdschr. Geneesk.*, 2022, p.1.

²¹² Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), art.3 :3, 16 februari 2018.

²¹³ Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), art. 1 :1, al. 2, 16 februari 2018.

²¹⁴ A.C. HENDRIKS, J.P. SOMBROEK, C. DE VRIES, o.c., p.1.

²¹⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32399, n) 3, p.4.

²¹⁶ C. VAN DER VLEUTEN ET H. VAN KOLFSCHOOTEN, « Van verplichte geestelijke gezondheidszorg naar verplichte anticonceptie ? », *N.J.B.*, 2022, pp.739-740.

forme de contraception proposée doit être proportionnée et efficace pour atteindre l'objectif. Or, il ne semble pas que les juges ayant imposé la contraception forcée aient examiné et respecté toutes ces conditions.²¹⁷

La jurisprudence tente en général davantage de justifier ces mesures de contraceptions forcées pour éviter un préjudice à la femme plutôt qu'à un potentiel enfant à naître tombant sous l'appellation *autrui*. Considérer un enfant non encore conçu comme *autrui* semble, en effet, encore plus problématique. Cette position est pourtant défendue par une partie de la doctrine et de la jurisprudence.²¹⁸

Le Tribunal de Den Haag, dans une décision du 14 octobre 2021, a mis l'accent sur l'existence d'un préjudice grave que la femme pourrait subir suite à une grossesse éventuelle, pour justifier la mesure de contraception forcée à son égard. Ce jugement fait état d'un désir de maternité changeant et d'un comportement impulsif de la femme. Le Tribunal a ainsi jugé qu'un placement à la naissance étant fort probable, un tel événement aurait été un nouveau trauma risquant d'aggraver l'état de la femme. Le Tribunal se dit conscient : « *dat het verplichten tot anticonceptie een inbreuk maakt op het privéleven, dat wordt beschermd door artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM* »²¹⁹ (que le fait de rendre la contraception obligatoire porte atteinte à la vie privée, protégée par l'article 10 de la Constitution et l'article 8 de la CEDH [traduction libre]), mais estime qu'une telle mesure est « *in dit geval echter gerechtvaardigd en noodzakelijk* »²²⁰ (dans ce cas cependant justifié et nécessaire [traduction libre]). Une décision semblable du 8 septembre 2020 a également été prise par le Tribunal de Rotterdam, sauf que, dans cette affaire, c'était le risque de la perdre la garde de l'enfant non encore conçu qui justifiait une telle mesure.²²¹

L'article 3 :2 de la Wvggz contient une énumération de mesures de soins obligatoires possibles. Cet article n'apporte cependant aucune réponse claire sur la possibilité ou non de reconnaître la contraception forcée comme potentielle mesure contraignante. L'exposé des motifs de la Wvggz ne permet pas non plus de savoir si cet article entend la contraception forcée comme une mesure de soins obligatoires.²²² Ni la précédente loi (loi Bopz), ni la pratique juridique sous cette ancienne loi ne permettait de savoir si de telles mesures pouvaient, ou non, être prises. La loi Bopz ne contenait pas non plus de disposition explicite pour imposer la contraception obligatoire. Il n'était pas dans l'intention de la Wvggz d'élargir les motifs de coercition dans la loi Bopz. Il est donc surprenant de constater que sous la loi Wvggz, les juges voient plus de place pour imposer la contraception obligatoire en vertu de l'article 3:2 paragraphe 2 de la Wvggz alors que sous la loi Bopz les juges étaient pourtant réticents à autoriser la contraception obligatoire. Les jugements prononçant la contraception forcée sous la Wvggz sont cependant de plus en plus fréquents et traduisent une volonté de répondre activement à une demande sociale de mesures supplémentaires pour prévenir la parentalité *irresponsable* des personnes souffrant de problèmes psychiatriques (ou d'addictions voir *infra*). Cette évolution peut cependant difficilement se justifier par la Wvggz, *a fortiori*

²¹⁷ C. VAN DER VLEUTEN ET H. VAN KOLFSCHOOTEN, o.c. pp.743-744.

²¹⁸ W.J. DONDORP, G.M.W.R..DE WERT, « De foetus of het toekomstige kind? » *T.v.G.R.*, 2022, p.114.

²¹⁹ Trib. Den Haag du 14 octobre 2021, ECLI:NLRBDHA :2021 :11864.

²²⁰ Trib. Den Haag du 14 octobre 2021, ECLI:NLRBDHA :2021 :11864.

²²¹ C. VAN DER VLEUTEN ET H. VAN KOLFSCHOOTEN, o.c., pp.739-741.

²²² Kamerstukken II 2015/16, 32399, n° 3 p. 55-56.

lorsque le législateur ne s'est pas clairement positionné sur le sujet et lorsqu'aucune base juridique ne prévoit expressément la possibilité de prendre de telles mesures.²²³

En conclusion, la Wvvgz ne peut être considéré comme un fondement légal pour la contraception forcée. Il y a, par conséquent, une réelle insécurité venant du manque de clarté du législateur et de l'application extensive de la loi.²²⁴

Certaines propositions en faveur de la contraception forcée souhaitent également prévoir une base légale permettant de stériliser une femme contre son gré dans certaines situations exceptionnelles et lorsque cette *incapacité d'être parent* est définitive. C'est par exemple le cas de l'ancien juge des enfants, monsieur CEES DE GROOT, mentionné précédemment²²⁵. Monsieur DE GROOT souhaite en effet permettre la stérilisation forcée de certaines femmes. Celui-ci vise particulièrement certains profils tels que les femmes souffrant de lourdes dépendances, les femmes ayant été maltraitantes, les femmes souffrant d'une déficience intellectuelle, d'une maladie psychiatrique ou encore les femmes souffrant de l'hépatite B, C ou du VIH lorsqu'elles ne sont pas suffisamment suivies médicalement. Monsieur RENÉ HOKSENBERG, professeur à l'Université d'Utrecht et connu pour sa longue activité dans le domaine de l'adoption, soutient cette proposition.²²⁶ Cette vision semble cependant inacceptable et irréalisable du point de vue des droits de l'Homme²²⁷. Cette proposition ne parle pas de stérilisation forcée chez les hommes, ce qui est pourtant tout à fait possible au regard de la médecine. L'argumentation utilisée en défaveur de la contraception forcée s'applique *a fortiori* à la stérilisation, étant un acte médical encore plus grave que la contraception forcée.

2. Belgique

La proposition de contraception forcée initiée par monsieur HUGO DE JONGE, échevin communal de Rotterdam, vue précédemment a également eu une certaine résonnance en Belgique, où cette proposition a reçu le soutien de diverses personnes²²⁸. Monsieur JOHN CROMBEZ, président du SP.A a également voulu lancer un débat sur le droit à la parentalité en 2019, estimant que « *de bescherming van het kind moet voorgaan* »²²⁹ (la protection de l'enfant doit prévaloir [traduction libre]). Monsieur CROMBEZ voulait instaurer un système de contraception obligatoire, inspirée par la doctrine aux Pays-Bas, pour interdire temporairement certaines personnes d'avoir des enfants.²³⁰

²²³ C. VAN DER VLEUTEN et H. VAN KOLFSCHOOTEN, O.C., pp.743-744.

²²⁴ *Ibid.*, pp.744-745.

²²⁵ C. DE GROOT, « Sommige vrouwen mogen geen moeder worden », N.R.C., 2017, p.1.

²²⁶ E. RIETKERK, « Mag elke vrouw een kind krijgen? Deze deskundigen vinden van niet » *RTLnieuws*, 27 octobre 2020, disponible sur: <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/5192927/vrouwen-geen-moeder-verplichte-anticonceptie#:~:text=Belang%20van%20het%20kind&text=Andere%20voorbeelden%20die%20de%20expertgroep.onder%20controle%20hebben%20met%20medicatie> (consulté le 12 mars 2022).

²²⁷ Cour eur. D. H., arrêt, V. c. *Slovaquie* du 8 novembre 2011, n°18968/07, §116-120.

²²⁸ Parmi celles-ci le président du CPAS d'Anvers Fons Duchateau ainsi que Patrick Vankrunkelsven, médecin et ex sénateur de l'Open VLD qui a par ailleurs déjà déposé une proposition de loi à ce sujet en 2005 pour laquelle il n'a pas trouvé de majorité ; voir le site officiel du gouvernement flamand, <https://weliswaar.be/waarom-verplichte-anticonceptie-niet-levensvatbaar-0>, consulté le 6 juillet 2022.

²²⁹ R. LIEKENS, « We moeten sommige mensen minstens tijdelijk beletten om kinderen te krijgen », *Humo*, 22 januari 2019, p.51.

²³⁰ J. CROMBEZ, « sommige mensen moeten we tijdelijk beletten kinderen te krijgen », 22 janvier 2019, https://www.standaard.be/cnt/dmf20190122_04122755 (consulté le 15 mars 2022).

Il n'est pas possible à l'heure actuelle, en droit belge, de forcer une personne à se soumettre à une contraception forcée. Un article provenant du site officiel du gouvernement flamand²³¹ explique en quoi une mesure de contraception forcée telle que développée par l'échevin de Rotterdam, rencontrerait de sérieux obstacles pratiques. Cet article cite par exemple la difficulté d'une définition claire des critères d'*incompétence parentale*, l'éventuelle responsabilité des services sociaux en cas d'échec de la contraception ou encore la mise sous contraceptif lorsque la personne refuse ce traitement obligatoire. De plus, la proposition de l'échevin néerlandais mènerait à un risque de stigmatisation de certains groupes, en partant du postulat que ceux-ci seraient *inaptes à la parentalité* ou ne seraient pas *capables* de créer un environnement assez sécurisé pour les enfants. La proposition parle également d'un groupe de personnes temporairement incapables de remplir leur rôle de parent. L'article pose dès la question des critères à remplir pour être à nouveau apte à la parentalité ?²³²

Les droits de l'Homme n'étant pas absolus, le gouvernement belge pourrait être amené à restreindre certains droits dans des circonstances exceptionnelles où l'ordre public, la sécurité ou la santé publique seraient menacés.²³³

Cependant, selon Sensoa²³⁴, le Centre d'expertise pour la santé sexuelle flamande, la proposition de l'échevin viole les droits de l'Homme et n'est pas nécessaire au vu des alternatives disponibles sur base volontaire. Le problème viendrait selon ce centre, du fait que la sexualité soit encore trop peu abordée dans la politique belge ainsi que dans la relation entre le patient et son médecin.²³⁵ Cette position est relativement similaire à celle adoptée par le KNMG aux Pays-Bas. En effet, le KNMG soulignait également la difficulté de justifier une mesure de contraception forcée à l'égard de femmes potentiellement *inapte*, au vu de l'existence d'autres alternatives moins contraignantes et pourtant possibles aux Pays-Bas. Il soulignait également l'importance du rôle proactif des médecins et autres prestataires de soins, ainsi que de l'importance de l'accessibilité de la contraception et de la stérilisation.²³⁶

Concernant la stérilisation exécutée sans le consentement de la personne concernée, deux jugements sont examinés dans la présente section. Un premier exemple de jurisprudence concerne un cas de stérilisation forcée et est rendu par la Cour d'appel de Gand le 11 mars 1992²³⁷. Cet arrêt concerne un médecin qui, durant un avortement, a stérilisé une femme sans son consentement préalable, et sans que ce soit médicalement justifié. Le médecin explique avoir pratiqué cette stérilisation à cause du danger de tératogenèse, c'est-à-dire le risque de malformations fœtales en cas de grossesse, car la femme était

²³¹ Weliswaar est le « welzijns- en gezondheidsmagazine voor Vlaanderen » (traduction libre : magazine du bien-être et de la santé en Flandre), est un site officiel du gouvernement flamand émis par le département Bien-être, santé publique et famille. <https://www.vlaanderen.be/>, (consulté le 6 juillet 2022).

²³² X., « Waarom verplichte anticonceptie niet levensvatbaar is », Weliswaar, 2017, <https://weliswaar.be/waarom-verplichte-anticonceptie-niet-levensvatbaar-0>, (consulté le 6 juillet 2022).

²³³ X., « Waarom verplichte anticonceptie niet levensvatbaar is », Weliswaar, 2017, <https://weliswaar.be/waarom-verplichte-anticonceptie-niet-levensvatbaar-0>, (consulté le 6 juillet 2022).

²³⁴ <https://www.sensoa.be/>.

²³⁵ X., « Waarom verplichte anticonceptie niet levensvatbaar is », Weliswaar, 2017, <https://weliswaar.be/waarom-verplichte-anticonceptie-niet-levensvatbaar-0>, (consulté le 6 juillet 2022).

²³⁶ X., « Waarom verplichte anticonceptie niet levensvatbaar is », Weliswaar, 2017, <https://weliswaar.be/waarom-verplichte-anticonceptie-niet-levensvatbaar-0>, (consulté le 6 juillet 2022).

²³⁷ Gand, 11 mars 1992, T. Gez., 1995-1996, note T. VANSWEEVELT, p.583.

atteinte de la maladie de Hodgkin²³⁸ et devait effectivement suivre un traitement par radiothérapie. Le médecin fut condamné sur la base de coups et blessures volontaires.²³⁹

Dans un second arrêt du 28 juin 2004²⁴⁰, la Cour d'appel d'Anvers a été amenée à juger le cas d'une femme qui, lors de son accouchement par césarienne sous anesthésie générale, a été stérilisée sans son consentement. Le médecin a réalisé cette stérilisation, d'une part, parce que tant la patiente que son compagnon étaient « *zwak begaafd* » (limités intellectuellement [traduction libre]) (la femme ayant un QI de 67 et son mari de 60), et d'autre part, parce que leur premier enfant était décédé de multiples anomalies 14 jours après sa naissance, leur second et troisième enfant souffraient tout deux d'un lourd retard mental et que leur quatrième et dernier enfant était épileptique et souffrait d'un handicap mental. Le médecin, compte tenu du fait que la femme ne voulait pas prendre de contraception et que son mari désirait encore avoir des enfants, a délibérément décidé de stériliser sa patiente, pour éviter « *verdere sociaal-familiale problemen* » (des problèmes sociofamiliaux ultérieurs [traduction libre]).²⁴¹

La Cour a jugé que la gynécologue avait commis une faute qu'un autre gynécologue normalement prudent et diligent n'aurait pas commis à sa place. La Cour a, en conséquence, condamné la gynécologue à des dommages et intérêts à hauteur de 1000 euros (au lieu des 24.789,35 demandé par l'intimé), visant à indemniser le préjudice moral de la femme, ayant subi une opération médicale non souhaitée. La Cour ajoute cependant que, compte tenu de la situation familiale particulièrement difficile et compte tenu du fait que les parents ne semblaient pas être en mesure d'élever leurs enfants de façon responsable, en stérilisant sa patiente et en l'empêchant d'avoir des grossesses ultérieures, le médecin : « *schade heeft voorkomen in plaats van veroorzaken* » (a évité un dommage au lieu d'en provoquer [traduction libre]).²⁴²

Deux points peuvent être soulevés concernant cet arrêt. D'une part, le juge n'a prévu aucune indemnisation concernant l'atteinte de l'intégrité physique de la femme ou de sa liberté procréative, au vu de la situation particulière. D'autre part et bien que l'arrêt condamne la gynécologue, on retrouve toutefois dans l'argumentation du juge une position similaire à ce qui a été développé précédemment. Le juge semble considérer ces parents comme *inapte* (comme développé dans certaines initiatives) à avoir d'autres enfants. De plus, en concluant que la stérilisation a *évité un dommage*, la Cour semble faire prévaloir l'intérêt de l'enfant de ne pas naître sur le droit à l'autonomie procréative de la femme.

Les deux jurisprudences citées ci-dessus concernaient des femmes juridiquement capables, en bonne santé et ne souffrant pas de handicap mental. Les deux médecins ont été condamnés. Il est évident que ces actes constituent une atteinte au droit à l'intégrité physique, mais les arguments utilisés par les juges tendent à montrer une certaine prise en considération des intérêts d'un enfant à naître, ou dans ce cas-ci, de ne pas naître dans la jurisprudence belge.

²³⁸ C'est une prolifération maligne du tissu lymphatique dans les régions suivantes : le tissu lymphatique dans les ganglions lymphatiques, le foie et la rate ; Gand, 11 mars 1992, *T. Gez.*, 1995-1996, note T. VANSWEEVELT, p.583.

²³⁹ Gand, 11 mars 1992, *T. Gez.*, 1995-1996, note T. VANSWEEVELT, p. 583.

²⁴⁰ C. Appel, arrêt du 28 juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p.553.

²⁴¹ C. Appel, arrêt du 28 juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p.553-554.

²⁴² C. Appel, arrêt du 28 juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p.554-555.

Une législation autorisant des mesures de contraception ou de stérilisation forcée ne pourraient voir le jour en l'état actuel de la législation belge. Celle-ci s'opposerait au principe général de droit d'interdiction de coercition contre la personne qui est depuis longtemps admis dans la jurisprudence.²⁴³ Ce principe interdit de pratiquer une intervention médicale physique contre la volonté de la personne.²⁴⁴ Une telle mesure violerait également le droit à l'intégrité physique, faisant partie du droit à la vie privée (article 8 de la CEDH), ce qui mènerait à se rendre coupable de coups et blessures sur autrui.²⁴⁵

La loi sur les droits des patients²⁴⁶ est une législation clé qui semble également inconciliable autant avec l'idée de contraception forcée que de stérilisation forcée. L'article 8 consacre au patient le droit de donner son consentement éclairé, préalable et libre pour l'intervention d'un professionnel (qui a lui-même un devoir d'information).²⁴⁷ Lorsque l'intervention du praticien consiste à toucher au corps du patient, ce qui est le cas pour la contraception forcée comme pour la stérilisation forcée, le droit au consentement est fondé sur le droit à l'intégrité physique.²⁴⁸ Ce consentement doit toujours être donné, sauf dans les exceptions prévues par la loi et dans les situations d'urgence.²⁴⁹ Or, il y a peu de chance que la prise d'une contraception forcée ou une stérilisation forcée puisse être justifiée par l'urgence.

Sous-section 3. Conclusion

Il est nécessaire que les centres de fécondation gardent une liberté dans l'appréciation des projets parentaux qui leur sont soumis et ainsi, la faculté de pouvoir refuser un projet parental non abouti ou concernant des personnes qui ne seraient pas (temporairement ou non), dans les meilleures dispositions pour accueillir un enfant. Cette marge de manœuvre semble essentielle pour la protection de l'enfant à naître. Le refus n'étant pas toujours définitif, un refus correctement motivé, peut donner des pistes et permettre aux personnes désirant concevoir un enfant via PMA de faire mûrir leur projet et réfléchir à des aspects auxquels ils n'auraient peut-être pas pensé avant de faire appel à un centre. Un premier refus pourrait tout à fait aboutir à une acceptation ultérieure du projet parental considéré comme étant conforme aux intérêts de l'enfant à naître. Un parent considéré comme *inapte* à un certain moment peut également tout à fait être capable d'accueillir un enfant à un autre moment. Cette obligation de motivation en cas de refus, bien que pouvant éventuellement se déduire de l'obligation de « bons soins » consacrée à l'article 7 :453 du Code civil néerlandais, semble manquer dans la législation néerlandaise.

La prise en considération des intérêts de l'enfant à naître est essentielle en matière de PMA. Cette notion nécessite d'être davantage développée et balisée afin de ne pas permettre de justifier des différences de traitements et des discriminations selon la situation conjugale ou de l'orientation sexuelle des personnes faisant appel à la PMA. La Belgique, en optant pour une politique de neutralité dans la législation par

²⁴³ Cass. 17 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, p.525; S. HOOGERS, « Sterilisatie en gedwongen sterilisatie van wilsonbekwamen », Bruxelles, *Jura Falc.*, 2005, p.9.

²⁴⁴ Cass. 17 december 1998, *Arr.Cass.*, 1998, p.525.

²⁴⁵ C. TROUET, «Sterilisatie, huwelijk en mensenrechten: een vruchtbare combinatie? », note sous Cass., 14 decembre 2001, *Jaarboek Mensenrechten*, 2002, p. 260; M.N. VEYS, *De wet patiëntenrechten in de psychiatrie*, Gent, Larcier, 2008, p.121.

²⁴⁶ Loi du 22 août 2002 sur les droits des patients, *M.B.*, 6 octobre 2002, p.43719.

²⁴⁷ Loi du 22 août 2002 sur les droits des patients, art. 8, *M.B.*, 6 octobre 2002, p.43719.

²⁴⁸ F. SWENNEN, «Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk», *Rev. Dr. Santé*, 1998, p.3.

²⁴⁹ C. TROUET, I. DREEZEN, « Rechtsbescherming van de patiënt: De wet van 22 aout 2002 betreffende rechten van de patiënt », *N.J.W.*, 2003, p.6.

rapport à ces critères évite à priori ces discriminations. En revanche, le système juridique néerlandais actuel ne permet pas d'éviter de telles discriminations. Les refus de certaines cliniques aux Pays-Bas de se lancer dans un projet PMA avec des couples lesbiens ou des femmes seules, justifiés par l'intérêt du futur enfant à naître d'avoir un père et une mère, ou de vivre de préférence avec ses parents biologiques montrent que la notion d'intérêts du futur enfant pose problème et doit être encadré.²⁵⁰

La législation belge offre actuellement plus de sécurité juridique que les Pays-Bas en matière de refus d'accès à un traitement PMA et semble offrir une protection juridique suffisante à l'enfant à naître.

Que ce soit pour le refus à l'accès à une PMA ou à la justification d'une contraception forcée, ce sont des sphères de la vie privée et du droit à l'autodétermination qui sont extrêmement importantes et qui nécessitent une grande prudence. La violation de l'article 8 de la CEDH n'est justifiée que si elle est nécessaire dans une société démocratique. En outre, la mesure doit respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les partisans de la contraception forcée soulignent que cette mesure s'applique en *ultimum remedium* et ne devrait être utilisée que lorsque tous les autres moyens ont échoués. Le principe de subsidiarité semble en principe être respecté. Mais reste encore la question de savoir si la contraception forcée est un moyen approprié. Prévenir la souffrance d'un enfant est en théorie un objectif légitime. Il est cependant difficile, en pratique, de déterminer dans quels cas la mesure pourrait ou non être justifiée. On se place avant même la conception de l'enfant et on ne parle donc que de risques de négligence ou de mauvais traitements, ce qui ne semble dès lors pas suffisant.²⁵¹

Il y a également énormément d'insécurité juridique dans le système néerlandais par rapport à la contraception forcée. Il n'y a, d'une part, aucun consensus ni au sein de la doctrine, ni au sein de la jurisprudence, ni même dans l'interprétation de la portée de la législation, et particulièrement la Wvvgz. Les soins obligatoires ne peuvent être mis en place sans une base juridique adéquate, c'est pourtant ce qui se passe actuellement aux Pays-Bas.

Il revient donc au législateur ou à la Cour suprême néerlandaise de se prononcer explicitement sur la légalité des mesures permettant la contraception forcée fondée sur la Wvvgz. Pour solliciter l'avis de la Cour Suprême néerlandaise, une « *cassatie in het belang der wet* »²⁵², semble être la solution la plus adéquate selon madame HANNAH VAN KOLFSCHOOTEN doctorante en droit médical à l'Université d'Amsterdam, dans la mesure où il semble moins probable qu'une femme vulnérable souffrant d'un trouble psychologique aille plaider à la Cour suprême.²⁵³

En outre, l'efficacité de la mesure doit être claire et spécifiquement étudiée selon la femme et son désir de parentalité, actuel ou futur, ou encore sa capacité biologique et pratique d'avoir un enfant. Cette

²⁵⁰ L. TEN HAAF, « Grondrechten en het ongegronde recht op niet bestaan: Gedwongen anticonceptie gezien in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM », o.c., pp.191-193.

²⁵¹ *Ibid.*, pp.191-193.

²⁵² C'est un moyen de requérir l'avis de la Cour suprême (*Hoge Raad*) dans une situation spécifique, introduit par le ministère public. Cela permettrait, dans ce cas-ci, de préciser la portée de la loi et le fondement ou non des articles pour permettre aux juges de prononcer l'exécution de contraception forcée.

²⁵³ C. VAN DER VLEUTEN ET H. VAN KOLFSCHOOTEN, o.c., pp.744-745.

évaluation ne peut jamais être faite en des termes généraux, mais doit toujours se faire sur base de la situation personnelle et médicale de la femme concernée.²⁵⁴

Par rapport à la loi, madame VAN KOLFSCHOOTEN pense qu'il n'est pas souhaitable de modifier la Wvggz afin d'en faire un instrument de prévention contre la *parentalité irresponsable*. La loi est explicitement destinée à la protection des personnes atteintes de troubles mentaux. En outre, l'utilisation de la Wvggz à des fins de contraception forcée conduirait à une inégalité juridique, étant donné qu'un grand groupe de personnes pouvant également présenter un risque élevé de *parentalité vulnérable* sont hors du champ d'application de la Wvggz.²⁵⁵

De plus, l'attention particulière des femmes comme unique destinataire de la contraception obligatoire en tant que mesure de soins obligatoires constitue également une inégalité de traitements, puisqu'il est également possible d'utiliser des formes de contraception pour les hommes. En raison du caractère radical de la mesure par rapport aux droits fondamentaux, en raison des longues discussions sociales sur le sujet, que ce soit au sein de la doctrine ou de la jurisprudence, ainsi qu'en raison du manque de clarté au niveau de la législation, de telles mesures ne peuvent se justifier juridiquement en droit néerlandais. Si la contraception forcée doit recevoir une base juridique, il semble plus judicieux d'envisager une base juridique indépendante pour celle-ci, avec une légitimation démocratique appropriée et des conditions claires et suffisantes.²⁵⁶

L'intérêt de l'enfant de naître dans une famille saine et sécurisante est un droit de l'Homme. La maltraitance et négligence d'enfants est un problème qui nécessite des mesures ciblées qui permettraient de prévenir et d'éviter des situations de maltraitements.²⁵⁷ Cependant, la contraception ou stérilisation forcée comme potentielle mesure de protection juridique prénatale en Belgique ne semble ni souhaitable, ni justifiable.

Chapitre 2. La protection de l'enfant à naître contre un préjudice maternel ou une situation familiale néfaste pour son développement

Avec le développement de la médecine, les futurs parents ont accès à de plus en plus de données, et ce, de plus en plus tôt. La découverte du sexe se fait maintenant aux alentours de 11 semaines. La première section concernera l'avortement sélectif c'est-à-dire l'avortement volontaire qui se fonde sur une ou plusieurs caractéristiques de l'enfant à naître. Ces caractéristiques considérées comme indésirables par les parents peuvent d'une part, être le sexe de l'enfant à naître (sous-section 1) ou une affection grave (sous-section 2). La seconde section de ce chapitre concernera, quant à elle, la protection de l'enfant à naître contre un préjudice maternel ou familial en mettant d'abord l'accent sur les réponses du droit concernant des problèmes de négligence émanant de la personne enceinte ou du cadre familial (sous-section 1) pour ensuite analyser le cas plus particulier des mesures disponibles en cas de problèmes mentaux et de dépendance de la personne enceinte (sous-section 2).

²⁵⁴ C. VAN DER VLEUTEN ET H. VAN KOLFSCHOOTEN, O.C., pp.744-745.

²⁵⁵ *Ibid*, pp.744-745.

²⁵⁶ *Ibid*, pp.744-745.

²⁵⁷ I. BOEREFIJN, «Verplichte anticonceptie voor vrouwen is in strijd met mensenrechten», N.J.B., 2017, p. 865.

Section 1. L'avortement sélectif

L'avortement, comme la plupart des thèmes abordés dans ce mémoire, est un sujet sensible, nécessitant le respect d'un équilibre entre le droit au respect de la vie privée de la personne enceinte d'une part, et la protection de l'enfant à naître, d'autre part.²⁵⁸

Sous-section 1. L'interdiction d'avortements sélectifs sur base du sexe

L'avortement sexo sélectif est une pratique qui consiste en l'interruption volontaire de grossesse (ci-après : IVG) en raison du sexe de l'enfant à naître.

Les avortements sexo sélectifs à l'égard de fœtus féminins sont principalement courants en Chine et en Inde. La préférence pour les garçons est profondément ancrée et est principalement due au statut désavantagé de la femme dans la société.²⁵⁹

Les avortements sexo sélectifs ou sexospécifiques révèlent une réaction en miroir de la place de la femme dans la société, ses droits ou encore sa capacité à hériter. Interdire légalement de tels avortements ne semble pas être une mesure adéquate. Il semble en effet difficile à concevoir de juger les motivations en distinguant celles qui seraient, ou non, acceptables. D'autant plus qu'une femme est libre d'invoquer n'importe quel motif voire, de ne pas en invoquer du tout, sans que ce choix ne puisse être remis en cause. La solution pour protéger les fœtus féminins serait d'agir directement sur la position de la femme dans la société et lutter contre les discriminations pour que les femmes ne subissent pas de position inférieure ou de différence de traitements fondées sur le sexe.²⁶⁰ Cette vision est partagée par le Comité des droits de l'enfant qui envisage ce problème non pas via le droit à l'autodétermination de la personne enceinte, ni même les droits de l'enfant à naître, mais bien par les droits des filles et des femmes dans la société. Le Comité encourage ainsi les états à mettre en place des lois protectrices et d'en assurer leur efficacité.²⁶¹

1. Pays-Bas

La loi règlementant la matière aux Pays-Bas est la loi sur l'interruption de grossesse²⁶² (Waz). Celle-ci énonce que la personne enceinte doit être dans un état de besoin pour bénéficier d'un avortement. Une personne enceinte préférant avoir une fille plutôt qu'un garçon ou inversement peut-elle être considérée dans un état de besoin ? Ni la loi ni la réglementation autour de celle-ci ne répond à cette question. Dans

²⁵⁸ Rapp. Parl.St. Sénat BZ 1988, n° 247/2, 21 et *Parl.St. Chambre*, 1989-90, n° 950/9, p. 100 et 105 ; T. VANSWEEVELT, «Abortus», in *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II, Antwerpen* (sous la dir. de T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS), Intersentia 2014, p. 192; A. DE NAUW, «Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en de openbare zedelijkheid», in *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, (sous la dir. de A. DE NAUW), Maline, Kluwer, 2010, pp. 131-132.

²⁵⁹ R. WILKINS, M. HURWITZ et L. LUYCKFASSEEL, « Abortion on the basis of foetal seks : calling choice into question », *The European Magazine for Sexual and Reproductive Health*, 2015, pp. 22-23.

²⁶⁰ E.C.C. VAN OS et A.C. HENDRIKS, «Wie is de baas over de baarmoeder: Mensenrechtelijke aspecten van de bescherming aan ongeborenen», *F.J.R.*, 2010, p.18; F. DE MEYER et C. DE MULDER, « Een nieuw tijdperk voor abortus? Een analyse van het voorstel ter versoepeling van de Belgische abortuswet », *Family & Law*, 2021, pp.15-18.

²⁶¹ C.R.C./15/Add.115, 23 février 2000, Concluding Observations : India, paragraphes 32 et 33.

²⁶² Wet van 1 mei 1981 houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, 5 juni 1981.

une réponse à un parlementaire, la secrétaire d'État de la santé publique, du bien-être et du sport a tout de même précisé que la sélection du sexe sans raison médicale était inacceptable et que tant la personne enceinte que le médecin avaient pour responsabilité, dans leur relation médicale, de protéger l'enfant à naître.²⁶³

La *Embryowet* n'interdit pas non plus l'avortement sexo sélectif étant donné que l'article 26 examiné auparavant, ne concerne que les embryons hors du corps humain.²⁶⁴ La législation aux Pays-Bas n'interdit donc pas formellement l'avortement sexospécifique.²⁶⁵

Selon certains auteurs de doctrine, il serait cependant tout à fait possible de restreindre le droit à l'autonomie de la personne enceinte sur base de l'article 8, alinéa 2 de la Convention EDH. Celui-ci permet une ingérence d'une autorité publique au droit à la vie privée pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique. La protection de l'enfant à naître pourrait ainsi justifier l'interdiction d'avortements sexospécifiques via une disposition dans la loi Waz. Cette ingérence se justifierait également par la protection de l'Ordre public ainsi que la prévention de la discrimination fondée sur le sexe. Cette interdiction de sélection du sexe ne devrait, selon ces auteurs, par contre jamais être absolue.²⁶⁶

2. Belgique

Comme vu précédemment, la loi PMA²⁶⁷ interdit, en Belgique, la sélection du sexe de l'enfant mais n'interdit pas pour autant l'avortement fondé sur le sexe de l'enfant à naître.

La question des avortements sexo sélectifs a récemment été utilisée en comme argument en défaveur à l'allongement du délai d'avortement légal qui est actuellement de douze semaines.²⁶⁸ Selon les opposants à l'extension du délai à dix-huit semaines, celle-ci entraînerait un certain nombre d'inconvénients et en particulier, la possibilité pour les parents potentiels de s'engager dans la sélection du sexe de l'enfant à naître. Bien que le fait d'éviter des avortements fondés sur le sexe puisse être un objectif légitime²⁶⁹, les preuves de l'existence d'avortements sexospécifiques en Belgique sont très limitées. De plus, il est déjà possible de connaître le sexe de l'enfant à naître avant la fin du délai légal en Belgique grâce à un test prénatal non invasif (généralement effectué 10 semaines après la conception). Un seul avortement sexospécifique a été recensé à l'heure actuelle en Belgique. Celui-ci a eu lieu en 2018 et la femme avait indiqué comme motif pour son IVG qu'elle souhaitait avoir une fille et non un garçon.²⁷⁰

²⁶³ E.C.C. VAN OS et A.C. HENDRIKS, « Wie is de baas over de baarmoeder: Mensenrechtelijke aspecten van de bescherming aan ongeborenen », *F.J.R.*, 2010, p.183.

²⁶⁴ Kamerstukken II 2006/07, Aanhengsel, n°2267, pp.4803-4804.

²⁶⁵ E.C.C. VAN OS et A.C. HENDRIKS, *o.c.*, p.183.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.183.

²⁶⁷ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

²⁶⁸ F. DE MEYER et C. DE MULDER, « Een nieuw tijdperk voor abortus? Een analyse van het voorstel ter versoepeling van de Belgische abortuswet », *Family & Law*, 2021, pp.15-18.

²⁶⁹ Avis CE ° 67.122/AV du 19 juin 2020 sur une proposition de loi modifiant diverses dispositions législatives en vue d'assouplir les conditions pour recourir à l'interruption volontaire de grossesse, *Doc. parl., Chambre*, 2019-20, n° 55-0158/12, p. 14.

²⁷⁰ Commission nationale d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse (loi du 13 août 1990), Rapport à l'attention du parlement (1er janvier 2016 – 31 décembre 2017), février 2020, p.50.

Il y a, en outre, une volonté claire du législateur, depuis la suppression de « l'état de détresse » en 2018, de ne plus imposer de condition de fond quant aux motifs d'une IVG avant 12 semaines. Le législateur a, par conséquent, délibérément choisi de ne pas laisser de place à une évaluation normative de la raison invoquée par la personne enceinte. Enfin, tout professionnel de la santé peut néanmoins invoquer le droit consacré par la loi, de refuser de coopérer à une IVG lorsqu'elle serait motivée par une préférence d'un sexe par rapport à l'autre. Une telle interdiction d'avortements sexospécifiques serait d'une part incohérente avec les choix faits précédemment par le législateur et semble, d'autre part, inadéquate vu l'impossibilité de vérifier les motifs de la personne enceinte pour subir une IVG.²⁷¹

Sous-section 2. L'avortement thérapeutique ou interruption médicale de grossesse

Une interruption médicale de grossesse (ci-après IMG) est l'interruption d'une grossesse lorsqu'un diagnostic prénatal (échographie, amniocentèse) a révélé une atteinte fœtale grave ou lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la vie de la future maman. Cet accouchement provoqué et prématuré se fait généralement par la prise d'un médicament menant à l'expulsion du bébé.²⁷²

1. Pays-Bas

Les Pays-Bas distinguent deux types d'avortements : les « *zwangerschapsafbreking* », c'est-à-dire, les avortements jusqu'à 24 semaines et les « *late zwangerschapsafbreking* » (ci-après : LZA), c'est-à-dire les avortements après les 24 semaines, appelés avortements tardifs. L'avortement est réglementé par la loi « *afbreking zwangerschap* »²⁷³. Cette loi ne contient cependant pas toutes les informations et d'autres dispositions applicables se trouvent soit dans le Code pénal néerlandais, soit dans des règlements.

L'article 82a du Code pénal néerlandais dispose que : « *Onder een ander, of een kind bij of kort na de geboorte, van het leven beroven wordt begrepen : het doden van een vrucht die naar redelijkerwijs verwacht mag worden in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven.* »²⁷⁴ (On entend par priver de la vie une autre personne, un enfant à la naissance ou peu après sa naissance : la mise à mort d'un fœtus dont on peut raisonnablement penser qu'il aurait pu survivre en dehors du corps de la mère. [traduction libre]).

²⁷¹ F. DE MEYER et C. DE MULDER, o.c., pp.15-18.

²⁷² X., Glossaire médicale : Interruption médicale de grossesse, disponible sur : <https://www.erasme.ulb.ac.be/fr/services-de-soins/glossaire-medical/interruption-medical-de-grossesse-img> (consulté le 12 mars 2022).

²⁷³ Wet van 1 mei 1981 houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, 5 juni 1981.

²⁷⁴ C. pén. Néerl., art. 82a.

L'avortement est ainsi autorisé jusqu'à ce que la limite de viabilité du fœtus soit atteinte.²⁷⁵ Ce seuil de viabilité du fœtus est actuellement fixé à 24 semaines aux Pays-Bas.²⁷⁶ Certaines cliniques indépendantes fixent cependant cette limite à 22 semaines^{277, 278}.

Passé ce délai, l'avortement sera assimilé au fait de tuer un enfant.²⁷⁹ L'exposé des motifs de la loi sur l'avortement considère le fœtus viable, si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il puisse rester en vie en dehors du corps de la mère, *avec ou sans intervention médicale* et ajoute que le délai est déterminé *par l'état de la science médicale*.²⁸⁰

À côté de ce cadre légal s'est développé un cadre *quasi légal* divisant les avortements tardifs en deux catégories. La première catégorie concerne les fœtus atteints d'une affection grave dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une mort prématurée de celui-ci soit inévitable, pendant ou après la naissance. La seconde catégorie concerne les enfants à naître qui ont une chance de survivre en dehors de l'utérus, mais qui présentent des conditions à ce point graves que prévoir une intervention médicale postnatale prolongeant la vie de ces derniers serait considérée comme insensé.²⁸¹

Ce cadre *quasi légal* se fonde sur un règlement ministériel datant de 2016²⁸² s'appuyant lui-même largement sur des directives antérieures du NVOG. Selon ce règlement, les médecins doivent informer le *Comité d'évaluation pour l'interruption tardive de grossesse et les décisions de fin de vie chez les nouveau-nés* (ci-après : le comité d'évaluation) de toutes les interruptions de grossesse effectuées en raison d'anomalies fœtales (LZA).²⁸³ Le Comité d'évaluation examinera dès lors si l'interruption de grossesse a été pratiquée avec la diligence requise et que les anomalies justifiant ces avortements relevaient bien d'une des deux catégories.²⁸⁴

La première catégorie, étant donné que le fœtus est non viable, tombe hors du champ d'application de l'article 82a du Code pénal néerlandais et n'est donc pas passible de poursuites. Le Ministère Public ne

²⁷⁵ C. pén. Néerl., Art. 82a.

²⁷⁶ X., Vraag en antwoorden abortus, disponible sur : <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/abortus/vraag-en-antwoord/abortus-hoeveel- weken> (consulté le 13 juin 2022).

²⁷⁷ X., Vraag en antwoorden abortus, disponible sur : <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/abortus/vraag-en-antwoord/abortus-hoeveel- weken> (consulté le 13 juin 2022).

²⁷⁸ NVOG-modelprotocol LZA: Medisch handelen late zwangerschapsafbreking du 19 décembre 2017, disponible sur : <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/modelprotocol-Medisch-handelen-late-zwangerschapsafbreking-december-2017-definitief.pdf> , (consulté le 12 mai 2022), pp. 7-8.

²⁷⁹ C. pén. Néerl., Art. 296.

²⁸⁰ Tweede Kamer, 'Memorie van Toelichting – Regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap (Wet afbreking zwangerschap)' (Wet afbreking zwangerschap), 1978-1979, 15 475, n°. 1-4, pp. 32-33.

²⁸¹ NVOG-modelprotocol LZA: Medisch handelen late zwangerschapsafbreking du 19 décembre 2017, disponible sur : <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/modelprotocol-Medisch-handelen-late-zwangerschapsafbreking-december-2017-definitief.pdf> , (consulté le 12 mai 2022), pp. 8-9.

²⁸² Regeling centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie 2-geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0021481/2007-03-15> qui a ensuite été complété par la "Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen" disponible sur : <https://wetten.overheid.nl/BWBR0040270/2017-12-01>.

²⁸³ Regeling Beoordelingscommissie Late Zwangerschapsafbreking en Levensbeëindiging bij Pasgeborenen', Beoordelingscommissie Late Zwangerschapsafbreking en Levensbeëindiging bij Pasgeborenen, 11 December 2015, disponible sur : <https://wetten.overheid.nl/BWBR0037570/2018-08-01>.

²⁸⁴ NVOG-modelprotocol LZA: Medisch handelen late zwangerschapsafbreking du 19 décembre 2017, disponible sur : <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/modelprotocol-Medisch-handelen-late-zwangerschapsafbreking-december-2017-definitief.pdf> , (consulté le 12 mai 2022), pp. 8-10.

joue donc normalement aucun rôle dans le contrôle des LZA de femmes se trouvant dans la première catégorie.²⁸⁵

La seconde catégorie justifie une LZA lorsque les soins postnatals ne feraient que prolonger une situation désespérée pour l'enfant, bien qu'une petite chance de survie puisse exister. Les LZA tombant dans cette catégorie violent le prescrit de l'article 82a du Code pénal néerlandais. Ils peuvent toutefois se justifier par l'urgence ou la *force majeure* (art. 40 du Code pénal néerlandais).²⁸⁶

Au niveau procédural, lorsqu'un médecin pratique une « *late zwangerschap afbreking* » (LZA), il doit transmettre les informations du cas concerné au Comité d'évaluation, qui rendra un avis et le transmettra pour examen au Procureur général du district où a eu lieu la LZA de catégorie 2. Le Procureur peut ouvrir une enquête s'il le souhaite avant de prendre une décision. En fonction des résultats de l'enquête, il décidera de poursuivre ou non le médecin. Selon les circonstances de l'affaire, le Procureur pourra également assortir le classement de l'affaire d'une condition spéciale, par exemple, que le médecin ne puisse pas pratiquer de LZA pendant une période déterminée. Si le Procureur décide de poursuivre le médecin, il sera convoqué et l'affaire sera portée devant le tribunal pénal. Tant le médecin que le Comité d'évaluation seront informés des décisions.²⁸⁷

L'absence de base légale explicite permettant les LZA pose problème et est critiquée, dans la mesure où elle expose de façon démesurée, les médecins à des poursuites pénales.²⁸⁸ En plus du règlement de 2016 prévoyant ce double examen par le Comité d'évaluation et par le Procureur du Roi, le règlement du NVOG énonce également des obligations de vigilance raisonnable en ce qui concerne : le diagnostic de l'état du fœtus, de l'espérance de vie et de la souffrance attendue de l'enfant à naître, du processus de décision, des conseils à fournir, de l'exécution et la méthode d'interruption de grossesse, ainsi que les soins ultérieurs.²⁸⁹ Ce règlement contient également une liste d'exemples d'anomalies entrant dans le champ d'application des anomalies de *catégorie 1* (la trisomie 13, l'agénésie rénale, la trisomie 18) et 2 (les formes très graves de spina bifida, les formes très graves d'anomalies intracérébrales telles que l'hydrocéphalie). Bien que cela puisse donner une indication de la portée de l'interprétation des deux catégories, cela ne constitue pas pour autant une liste exhaustive offrant un cadre rassurant aux médecins.²⁹⁰

Il n'est pas non plus légalement prévu d'avortement pour cause de danger pour la santé de la personne enceinte. Le règlement de 2016 indique cependant qu'un avortement pourra exceptionnellement être

²⁸⁵ College van procureurs-generaal, 2017, 'Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen' Beoordelingscommissie Late Zwangerschapsafbreking en Levensbeëindiging bij Pasgeborenen, disponible sur : <https://wetten.overheid.nl/BWBR0040270/2017-12-01>.

²⁸⁶ S. GEVERS, « Late Abortion in Case of Severe Foetal Abnormality », *European Journal of Health Law*, 2013, pp. 448-449.

²⁸⁷ X., Zwangerschapsafbreking, disponible sur <https://www.om.nl/onderwerpen/late-zwangerschapsafbreking> (consulté le 12 mars 2022).

²⁸⁸ S. GEVERS, « Late Abortion in Case of Severe Foetal Abnormality », *o.c.*, pp. 448-449.

²⁸⁹ NVOG-modelprotocol LZA: Medisch handelen late zwangerschapsafbreking du 19 décembre 2017, disponible sur : <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/modelprotocol-Medisch-handelen-late-zwangerschapsafbreking-december-2017-definitief.pdf>, (consulté le 12 mai 2022), pp. 8-10.

²⁹⁰ S. GEVERS, « Late Abortion in Case of Severe Foetal Abnormality », *o.c.*, pp. 448-449

effectué après 24 semaines lorsque c'est le *seul traitement possible* ou lorsque *l'état de la personne enceinte est grave* et qu'il n'y a pas de chance de survie substantielle du fœtus^{291, 292}.

Celui-ci indique néanmoins que : « *Hoewel de zwangerschapsafbreking bij een maternale indicatie niet is gericht op het laten overlijden van de vrucht, zijn de artikelen 82a, 289 en 296 Sr van toepassing, nu in de dood van de ongeborene als gevolg van deze behandeling wordt berust. Ook in die gevallen is echter een beroep op een rechtvaardigingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand voorstelbaar.* »²⁹³ (Bien que l'interruption de grossesse pour des raisons maternelles ne soit pas pratiquée dans l'intention de provoquer la mort du fœtus, les articles 82a, 289 et 296 du Code pénal néerlandais s'appliquent, car la mort de l'enfant à naître à la suite de ce traitement est présumée. Toutefois, dans ces cas également, un recours à une justification de la force majeure au sens d'une situation d'urgence est concevable. [traduction libre]). Il sera donc possible d'échapper aux poursuites pénales en justifiant la LZA par l'urgence et la force majeure.²⁹⁴

Selon la troisième évaluation de la réglementation pour les LZA, le système ne répond pas suffisamment aux besoins des médecins de clarté et de certitudes quant aux éventuelles conséquences pénales de leurs actes. Cela a pour conséquence que les médecins refusent généralement les demandes de LZA, même quand elles entreraient *a priori* dans la cadre très strict permettant d'échapper aux poursuites pénales. Il y a donc relativement peu de LZA pratiquées aux Pays-Bas.²⁹⁵

2. Belgique

L'interruption médicale de grossesse (IMG) est encadrée de façon stricte afin d'éviter tout risque d'eugénisme et ne se justifie que dans des cas d'anomalies très graves.²⁹⁶

L'ancien article 350 du Code pénal disposait que : « au-delà du délai de douze semaines, sous les conditions prévues aux 1°, b), 2° et 3°, l'interruption volontaire de grossesse ne pourra être pratiquée que lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Dans ce cas, le médecin sollicité s'assurera le concours d'un deuxième médecin, dont l'avis sera joint au dossier »²⁹⁷. Cet article a été abrogé par la loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les

²⁹¹ NVOG, 2017, 'Model Protocol – Medisch handelen bij beëindigen van de zwangerschap op maternale indicatie', pp. 7-8, disponible sur : <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/modelprotocol-zwangerschapsbeëindiging-op-maternale-indicatie-december-2017-definitief.pdf>.

²⁹² Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen disponible : <https://wetten.overheid.nl/BWBR0040270/2017-12-01>.

²⁹³ Parl.St. Kamer Chambre St. Parl. 2018-19, n° 54-3216/3, p. 35, p. 70, p. 130, p. 140 ; F. DE MEYER, « Late Termination of Pregnancy in Belgium: Exploring Its Legality and Scope », *European Journal of Health Law* 2020, pp.21-25.

²⁹⁴ S. GEVERS, « Late Abortion in Case of Severe Foetal Abnormality », *European Journal of Health Law*, 2013, pp. 449-451.

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 449-451.

²⁹⁶ M.R.M. VISSER, A.J.G.M. JANSSEN, M. ENSCHEDÉ, A.F.M.N. WILLEMS, Th.A.M. TE BRAAKE, K. HARMSSEN, E.M.A. SMETS, J.C.J.M. DE HAES et J.K.M. GEVERS, *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag, ZonMw, 2019, pp.32-35 ; NVOG-modelprotocol LZA: Medisch handelen late zwangerschapsafbreking, pp. 8-10.

²⁹⁷ Avis n°71 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique relatif à la pratique d'une interruption tardive de grossesse pour raisons médicales, 8 mai 2017, p. 5 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, o.c., p. 655 ; A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *R.D.S.*, 2011-2012, pp. 215-217 ; Th. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht, vol. II, Rechten van patiënten: van embryo tot lijk*, o.c., pp. 263-268 ; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Malines, Wolters Kluwer, 2016, p. 233.

²⁹⁸ Anc. C. pén., art. 350.

articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives.²⁹⁸ L'article 3 de cette loi contient cependant des sanctions pénales identiques.²⁹⁹

La législation ne donne pas de date limite pour pratiquer une IMG. La question au cœur des débats en droit belge est donc de savoir s'il y a, ou non, une date butoir pour pouvoir pratiquer une IMG. Cette question s'était déjà posée lors des débats parlementaires qui ont précédés la loi de 1990 sur l'interruption de grossesse.³⁰⁰

Sur cette question de délai, deux visions s'opposent. La première vision, notamment défendue par le Comité consultatif de Bioéthique, défend l'idée qu'une l'IMG puisse avoir lieu jusqu'à la veille de la naissance de l'enfant.³⁰¹ La seconde vision considère par contre le délai de 24 semaines, délai à partir duquel le fœtus devient viable hors du corps de la personne enceinte, comme une limite à une potentielle IMG.³⁰²

L'article 2, 5° de la loi du 15 octobre 2018 énonce qu'il doit ainsi être *certain* que l'enfant soit *atteint* de la maladie ou de l'affection.³⁰³ Cette exigence de certitude semble néanmoins difficilement réalisable. Les résultats médicaux sont en effet souvent fondés sur une évaluation des *risques* et non une certitude.³⁰⁴ Les auteurs d'une proposition de loi de 2019 visant à assouplir les conditions de l'interruption de grossesse³⁰⁵ avaient ainsi tenté de remplacer l'exigence de certitude par une référence à un « risque élevé en l'état actuel des connaissances »³⁰⁶, mais cette proposition de loi n'a cependant pas abouti.³⁰⁷

La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 24 septembre 2020, affirme que cet article ne met pas en place « un système de sélection des êtres humains »³⁰⁸. Cette affirmation est cependant remise en cause par certains auteurs et notamment par madame AURÉLIE CASSIERS, Assistante-doctorante en droit des personnes, droit de la famille et droits matrimoniaux à la Faculté de Droit d'UHasselt. Madame CASSIERS pense, en effet, qu'il y a une plus grande facilité offerte aux femmes de sélectionner les enfants à naître grâce à la grande accessibilité au test prénatal non invasif³⁰⁹, et ce, sans risque de fausse-couche liées

²⁹⁸ Loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, *M.B.*, 29 octobre 2018.

²⁹⁹ F. GEORGE, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient », *Revue belge du dommage corporel et de médecine légale*, 2021, pp.34-35.

³⁰⁰ Rapport Parl.St. Sénat BZ 1988, n° 247-2, p. 148.

³⁰¹ X., L'avortement d'un enfant presque à terme est bien possible, Institut Européen de Bioéthique, 2017, Disponible sur <https://www.ieb-eib.org/fr/actualite/debut-de-vie/avortement/l-avortement-d-un-enfant-presque-a-terme-est-bien-possible-1242.html#:~:text=Un%20examen%20de%20la%20loi,incurable%20au%20moment%20du%20diagnostic%20%C2%BB> (consulté le 8 juillet 2022), p.1.

³⁰² A. DE NAUW, « Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en de openbare zedelijkheid », in *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Malines, Kluwer, 2010, p. 132.

³⁰³ C. TILMANS-CABIAUX et J. DUCHÊNE, *Risquer de naître. Médecine prénatale et tests génétiques*, Namur, Presse universitaires de Namur, 2002, p.146.

³⁰⁴ Parl.St. Kamer Chambre St. Parl. 2018-19, n° 54-3216/3, p. 35, p. 70, p. 130, p. 140; F. DE MEYER, « Late Termination of Pregnancy in Belgium: Exploring Its Legality and Scope », o.c., p.15; T. VANSWEEVELT, F. DE MEYER et K. VAN ASSCHE, « De Abortuswet 2018: over symbolische verbeteringen en openstaande knelpunten », *T.Ge.*, 2019, pp. 231-232.

³⁰⁵ Proposition de loi visant à assouplir les conditions de l'interruption de grossesse, *Doc.parl.*, Ch. Repr.,sess.ord., 2019, n° 55-0158/1.

³⁰⁶ Proposition de loi visant à assouplir les conditions de l'interruption de grossesse, *Doc.parl.*, Ch. Repr.,sess.ord., 2019, n° 55-0158/1.

³⁰⁷ F. DE MEYER et C. DE MULDER, o.c., p.25.

³⁰⁸ C.cons, 24 septembre 2020, n° 122/2020, *T.G.Z.*, 2021, p.324.

³⁰⁹ A.B.S.Y.M., disponible sur : <https://www.absymbvas.be/inami/remboursementdutestprenatalnoninvasiftestdpninipt> , (consulté le 7 juillet 2022).

aux tests invasifs. Il y a donc, selon cette auteure, un risque d'eugénisme et d'instrumentalisation de l'enfant à naître.³¹⁰

Aucune liste d'affections considérées comme *suffisamment graves* que pour permettre le recours à une IMG n'a été formulée par le législateur, conformément à l'avis n°71 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique³¹¹, et ce, pour laisser une certaine place aux progrès de la médecine.³¹²

La Commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990³¹³ rapporte cependant que les conditions requises par la loi pour recourir à une IMG énoncées précédemment sont interprétées de façon relativement souple. Cette dernière mentionne qu'il est souvent renvoyé à des « affections graves ou incurables de l'enfant », contrairement à la loi qui évoque « affections graves et incurables de l'enfant ». Cette différence ayant pour conséquence de permettre à davantage de personnes de recourir à une IMG. La liste reprenant les anomalies ayant *effectivement* conduit à une IMG est particulièrement longue et certaines de ces anomalies ne semblent pas ne pas remplir les conditions prévues par la loi (la trisomie 21, un pied bot, un bec-de-lièvre ou encore la surdité).³¹⁴

Comme protection contre d'éventuelles dérives, le législateur a prévu le concours d'un deuxième médecin, mais ne précise par contre pas l'obligation d'une éventuelle spécialisation de ce second médecin, ni ce qu'il se passe en cas de refus de celui-ci. Ce mécanisme de contrôle manque donc de clarté et semble dès lors insuffisant, selon madame CASSIERS. La loi constitue, toujours selon madame CASSIERS, un risque d'eugénisme au vu de l'essor des tests prénatals et de l'interprétation extensive des conditions posées par la loi.³¹⁵

Les pratiques à caractère eugénique sont interdites en Belgique, mais uniquement dans le cadre de traitements sur les embryons³¹⁶ et dans le cadre du DPI³¹⁷. Aucune disposition n'est donc prévue en vue d'interdire les pratiques à caractère eugéniques en matière d'avortement.

Sous-section 3. Conclusion

Concernant la protection de l'enfant à naître contre les avortements sexospécifiques et donc principalement la protection des fœtus féminins, on considère qu'il y a un risque que de telles pratiques

³¹⁰ A. CASSIERS, « Annotation La validation de la loi sur l'avortement du 15 octobre 2018 par la Cour constitutionnelle, à tort ou à raison ? », note sous C.C., 24 septembre 2020, n° 122/2020, *T.G.Z.*, 2021, pp.322-323.

³¹¹ Avis n°71 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique relatif à la pratique d'une interruption tardive de grossesse pour raisons médicales du 8 mai 2017.

³¹² C. TILMANS-CABIAUX et J. DUCHÊNE, *Risquer de naître. Médecine prénatale et tests génétiques*, Namur, Presse universitaires de Namur, 2002, p.145.

³¹³ Commission nationale d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse (loi du 13 août 1990), Rapport à l'attention du parlement (1er janvier 2016 – 31 décembre 2017), février 2020, pp. 55-57.

³¹⁴ A. CASSIERS, « Annotation La validation de la loi sur l'avortement du 15 octobre 2018 par la Cour constitutionnelle, à tort ou à raison ? », note sous C.C., 24 septembre 2020, n° 122/2020, *T.G.Z.*, 2021, p.324 ; Commission nationale d'évaluation de la loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption de grossesse (Loi du 13 août 1990), 2018-2019, <https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/organe-d-avis-et-de-concertation/commission-nationale-devaluation-interruption-de-grossesse>.

³¹⁵ A. CASSIERS « Annotation La validation de la loi sur l'avortement du 15 octobre 2018 par la Cour constitutionnelle, à tort ou à raison ? », note sous C.C., 24 septembre 2020, n° 122/2020, *T.G.Z.*, 2021, p.324.

³¹⁶ Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, art. 5,4°, *M.B.*, 28 mai 2003, 29287.

³¹⁷ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 67, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.

aient lieu lorsque le ratio à la naissance d'hommes par rapport aux femmes est plus déséquilibré que la normale (à savoir, plus ou moins 105 hommes pour 100 femmes selon l'Organisation Mondiale de la Santé³¹⁸).³¹⁹

En 2018, le nombre de naissances aux Pays-Bas était de 105 bébés de sexe masculin pour 100 bébés de sexe féminin.³²⁰ La Belgique avait également, en 2018, un ratio à la naissance de 105 bébés de sexe masculin pour 100 bébés de sexe féminin.³²¹

Ni la Belgique, ni les Pays-Bas n'interdisent les avortements basés sur le sexe, cependant, l'interdiction légale de tels avortements ne semble pas, selon l'OMS, être une solution efficace pour diminuer le nombre d'avortements sexospécifiques.³²² L'OMS rappelle qu'une femme qui a recourt à un avortement le fait pour des raisons qui lui sont propres et qu'interdire la femme enceinte d'avorter lorsqu'elle invoque certains motifs néglige son contrôle sur sa santé reproductive, renforce la discrimination basée sur le sexe et viole son droit à l'autodétermination ainsi que son intégrité physique.³²³ Il ne semble dès lors pas nécessaire d'interdire légalement l'avortement sélectif sur base du sexe, *a fortiori* lorsqu'il ne semble pas y en avoir.

De plus, les craintes des opposants à l'allongement du délai d'avortement à 18 semaines en Belgique, par rapport au risque d'augmentation d'avortements sexo sélectifs en cas d'allongement du délai ne semblent pas fondées au vu des ratios équivalents en Belgique et aux Pays-Bas (ayant un délai d'avortement de 24 semaines).

Une situation un peu particulière s'est petit à petit développée en matière d'avortements entre la Belgique et les Pays-Bas. En effet, certaines femmes belges ayant dépassé le délai des 12 semaines permis en Belgique se rendent aux Pays-Bas pour avorter³²⁴, et d'autre part, des femmes néerlandaises viennent en Belgique pour pratiquer une IMG, car elles ne parviennent soit pas à trouver un médecin acceptant de pratiquer une IMG, soit elles ne tombent pas dans le cadre strict prévu aux Pays-Bas³²⁵.

Du point de vue des avortements thérapeutiques, la Belgique semble mieux protéger l'enfant à naître. En effet, en ne permettant l'avortement tardif que dans des cas extrêmes et quand un médecin accepte de courir le risque d'une poursuite pénale, de nombreuses femmes aux Pays-Bas se voient privées du choix de recourir à une LZA. Or, dans bon nombre de cas, cet avortement aurait pu se justifier. Le cadre extrêmement strict aux Pays-Bas empêche certaines femmes de choisir d'interrompre leurs grossesses pour la seule raison qu'elles attendent un enfant *viable*, que celui-ci souffre de maladie grave, d'un lourd handicap ou encore qu'il soit limité de manière définitive à un état végétatif. L'absence de cadre légal

³¹⁸ <https://www.who.int/>

³¹⁹ R. WILKINS, M. HURWITZ et L. LUYCKFASSEEL, « Abortion on the basis of foetal seks: calling choice into question », *Entre nous The European Magazine for Sexual and Reproductive Health*, 2017, pp. 22-23.

³²⁰ <https://www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-bevolking>

³²¹ <https://www.ibz.rn.fgov.be/fr/population/statistiques-de-population/>

³²² R. WILKINS, M. HURWITZ et L. LUYCKFASSEEL, *o.c.*, pp. 22-23.

³²³ *Ibid.*, pp. 22-23.

³²⁴ Rapport de la Commission nationale d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 sur l'interruption de grossesse, Rapport au profit du Parlement, 31 décembre 2013, 2014, p. 16 ; Rapport du Comité d'évaluation de l'interruption de grossesse 31 décembre 2015, p. 16 ; Rapport du Comité d'évaluation de l'interruption de grossesse décembre 2017, 2018, p. 18.

³²⁵ M.R.M. VISSER, A.J.G.M. JANSSEN, M. ENSCHEDÉ, A.F.M.N. WILLEMS, Th.A.M. TE BRAAKE, K. HARMSSEN, E.M.A. SMETS, J.C.J.M. DE HAES et J.K.M. GEVERS, *o.c.*, pp.32-35.

encadrant les LZA et l'existence d'un cadre *quasi légal* extrêmement strict, stressant et culpabilisant tant pour le médecin que la personne enceinte, semblent tout à fait contraire à l'intérêt de l'enfant à naître.

Le système néerlandais actuel, au-delà d'être culpabilisant pour la personne enceinte, a pour effet de pousser les médecins à ne pas pratiquer de LZA. Cependant, certaines personnes, dont Monsieur MARTIN BUIJSEN, Professeur de droit de la santé à l'Université Erasmus de Rotterdam, s'opposent à la dépénalisation de l'avortement. Selon monsieur BUIJSEN, si l'avortement n'est plus punissable, cela impliquerait que tuer un enfant à naître ne soit plus non plus punissable. Ce dernier déclare que, grâce aux dispositions dans le Code pénal néerlandais, l'enfant à naître est reconnu comme « digne de protection »³²⁶. Il s'agit donc, selon lui, d'un cas de protection progressive, ce qui explique que les avortements après 24 semaines de grossesse ne soient plus considérés comme acceptables, sauf dans des cas exceptionnels.³²⁷ Cette conception de la protection juridique prénatale semble disproportionnée et semble desservir à l'enfant lui-même.

La Belgique est quant à elle sortie de la vision de l'avortement comme infraction au titre « des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique »³²⁸. Celle-ci a en effet renversé cette logique en associant par principe l'avortement à la légalité, et en faisant de l'illégalité l'exception.³²⁹ Le législateur a ainsi voulu s'affranchir de la logique moralisatrice de l'avortement et déculpabiliser la femme qui peut y recourir en toute légalité.³³⁰ Une telle démarche aux Pays-Bas semble la bienvenue, que ce soit pour les médecins, les personnes qui y ont recours ou encore l'intérêt de l'enfant à naître.

La législation belge est plus permissive que d'autres pays par rapport aux IMG.³³¹ Cette position semble plus adaptée compte tenu du fait que certaines affections graves du fœtus ne peuvent être diagnostiquées avec certitude qu'après le terme de viabilité du fœtus. L'interprétation selon laquelle une IMG n'a pas de date limite est en tous cas conforme au texte de la loi et à la pratique actuelle dans les hôpitaux.³³² La Belgique semble donc offrir suffisamment de protection à l'enfant à naître, tout en ayant une législation adéquate. Il faut tout de même veiller à ne pas avoir une interprétation trop laxiste de la loi et notamment des critères concernant les maladies et affections donnant accès l'IMG. Une telle interprétation pourrait découler sur une politique trop permissive et qui risquerait de mener à une dérive eugénique, où le moindre problème du fœtus pourrait conduire à une IMG. Ce qui serait tout à fait contraire à la protection de l'enfant et ici, du fœtus.

³²⁶ Erasmus University Rotterdam, « Waarom is abortus strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht? », publié le 16 mai 2022, <https://www.eur.nl/nieuws/waarom-abortus-strafbaar-gesteld-het-wetboek-van-strafrecht> , (consulté le 14 juillet 2022)

³²⁷ Erasmus University Rotterdam, « Waarom is abortus strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht? », publié le 16 mai 2022, <https://www.eur.nl/nieuws/waarom-abortus-strafbaar-gesteld-het-wetboek-van-strafrecht> , (consulté le 14 juillet 2022) ; G. BEVERDAM, « Is het wel zo'n goed idee om abortus uit het Wetboek van Strafrecht te halen? », publié le 10 mai 2022, <https://www.nd.nl/nieuws/politiek/1123941/is-het-wel-zo-n-goed-plan-om-abortus-uit-het-wetboek-van-strafrecht> , (consulté le 14 juillet 2022).

³²⁸ C.pén. anciens art. 348 à 353.

³²⁹ Proposition de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess.ord 2017-2018, n°543216/001, p. 4.

³³⁰ A. CASSIERS, « Annotation La validation de la loi sur l'avortement du 15 octobre 2018 par la Cour constitutionnelle, à tort ou à raison ? », note sous C.C., 24 septembre 2020, n° 122/2020, *T.G.Z.*, 2021, pp.317-319 ; Voir : Rapport de la première lecture, Chambre, 2017-2018, 543216/003, pp. 51 et 84; L. OPLINUS, « 'Nieuwe' abortuswet ziet na 28 jaar levenslicht », *J.K.*, 2018, p.5; T. VANSWEEVELT F. DE MEYER ET K. VAN ASSCHE, « De Abortuswet 2018: over symbolische verbeteringen en openstaande knelpunten », *Rev. dr. santé*, 2019, p. 222.

³³¹ Parl.St. Kamer 2019-20, nr. 55-0158/4, p. 43, p. 47; Parl.St. 2019-20, nr. 55-0158/8, p. 7.

³³² F. DE MEYER, « Late Termination of Pregnancy in Belgium: Exploring Its Legality and Scope », o.c., pp. 11-14 ; F. DE MEYER et C. DE MULDER, « Een nieuw tijdperk voor abortus? Een analyse van het voorstel ter versoepeling van de Belgische abortuswet », *Family & Law*, 2021, pp. 25-26.

Section 2. La protection de l'enfant à naître contre un préjudice maternel ou familial

La première sous-section abordera la question des problèmes de négligence émanant soit de la personne enceinte, soit de son entourage en général. Parmi ces problèmes potentiels se trouve la possibilité de protection de l'enfant à naître contre des problèmes mentaux et de dépendances de la personne enceinte. Cette question sera survolée dans la première sous-section et examinée de façon plus détaillée dans la seconde.

Sous-section 1. Les problèmes de négligence de la personne enceinte ou du cadre familial

1. Pays-Bas

En matière d'Aide et de protection de la jeunesse aux Pays-Bas, c'est la « *Wet jeugdhulp* »³³³ (loi aide à la jeunesse) qui est applicable. Celle-ci prévoit une description relativement large, tant de la définition de l'Aide à la jeunesse que des situations dans lesquelles l'Aide à la jeunesse peuvent se révéler nécessaire.³³⁴ Lorsqu'une situation est préoccupante et requiert ainsi l'Aide à la jeunesse, cette aide peut s'organiser soit de façon volontaire, soit par le biais du judiciaire. Celle-ci ne reconnaît pas explicitement l'enfant à naître comme bénéficiaire des mesures, cependant, cette Aide pourra bénéficier à l'enfant à naître grâce à la règle de l'*infans conceptus* consacrée à l'article 1 :2 du Code civil néerlandais.³³⁵

La mesure la plus récurrente en matière de protection juridique prénatale aux Pays-Bas est la « *ondertoezichtstelling van het ongeboren kind* » (mise sous tutelle ou sous surveillance de l'enfant à naître)³³⁶. L'article 1 :255 du Code civil néerlandais dispose que le juge de la jeunesse peut placer un mineur *sous la surveillance* d'une institution agréée « *indien een minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd* »³³⁷ (lorsque le mineur grandit de telle manière à ce dont son développement soit sérieusement menacé [traduction libre]). Deux conditions cumulatives doivent être respectées pour pouvoir prononcer une telle mesure : les parents ne doivent d'une part, pas avoir suffisamment pris en considération l'élimination de la menace pour le développement de l'enfant et d'autre part, il doit y avoir des doutes raisonnables sur le fait que les personnes ayant l'autorité parentale ne puissent assumer la responsabilité de l'entretien et de l'éducation de l'enfant dans un délai acceptable.³³⁸ La *mise sous surveillance* a ainsi vocation à être temporaire et a pour objectif d'aider tant le mineur que ses parents à éliminer les menaces pesant sur le développement de l'enfant, pour aboutir au fait que les parents eux-mêmes assument à nouveau la pleine responsabilité de l'éducation de leur enfant.³³⁹ Cette

³³³ Wet van 1 maart 2014 inzake regels over de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor preventie, ondersteuning, hulp en zorg aan jeugdigen en ouders bij opgroei- en opvoedingsproblemen, psychische problemen en stoornissen (Jeugdwet) Art. 1.1, 5 april 2014.

³³⁴ Wet van 1 maart 2014 inzake regels over de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor preventie, ondersteuning, hulp en zorg aan jeugdigen en ouders bij opgroei- en opvoedingsproblemen, psychische problemen en stoornissen (Jeugdwet) Art. 1.1, 5 april 2014.

³³⁵ D.S. VERKROOST, «Jeugdhulpverlening 'met zachte drang': duidelijkheid vereist», *Tijds. J.R.*, 2019, pp.17-18.

³³⁶ (voorlopige) Ondertoezichtstelling : la traduction utilisée dans la proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale du 13 février 2020 est la *mise sous tutelle*.

³³⁷ C. civ. Néerl. Art 1: 255 ; R. KOTTENHAGEN, «Juridische mogelijkheden ter voorkoming of beperking van geboorteschade als gevolg van het handelen van de moeder, een stand van zaken», *LenS*, 2009, p.10; M. BIJLSMA, A. ENKELAAR, B. HERES, A. HONIG et J. WENNINK, «De mogelijkheid van ondertoezichtstelling van het nog ongeboren kind bij twijfels over de veiligheid van de thuissituatie», *N.T.v.G.* 2008, p.897.

³³⁸ Art. 1:255 C.civl. néerl.

³³⁹ K. DE LOO, o.c., pp.25-27.

mesure, initialement prévue pour un mineur, peut être étendue au bénéfice de l'enfant à naître via la fiction du *nasciturus* consacrée par le Code civil néerlandais.³⁴⁰

Cette mesure a pour objectif l'amélioration d'une situation problématique ou du style de vie général autour de la personne enceinte représentant une menace pour l'enfant à naître (situation professionnelle, hébergement, environnement familial) de sorte que l'enfant à naître puisse continuer de se développer et par la suite naître dans un environnement plus sécurisé.³⁴¹ Une institution agréée sera ainsi désignée en tant que *tuteur familial*, pour veiller à la protection de l'enfant à naître et à l'amélioration de la situation problématique autour de celui-ci. Cette institution peut donner des *instructions écrites* (par ex. consulter un gynécologue si la personne enceinte refuse toute intervention médicale).³⁴² Les parents devront se conformer à cet écrit avec, comme sanction en cas de non-respect de ces instructions, la possibilité laissée à l'appréciation du juge d'une part, de donner une force exécutoire à ces instructions et d'autre part, de prendre des mesures coercitives pour obtenir le respect de ces consignes par les parents.³⁴³ Ce recours à un *tuteur familial* ne permet cependant pas une prise en charge médicale (internement ou prise de médicaments). Cela peut poser problème lorsque la femme enceinte est une personne particulièrement vulnérable en raison d'un état de dépendance et/ou lorsque celle-ci a des problèmes psychiatriques qui nécessitent une prise en charge.³⁴⁴ Le type de mesures pouvant être prises dans de telles circonstances sera examiné dans la seconde partie de cette section.

La question du moment à partir duquel de telles mesures peuvent être prononcées, est depuis longtemps débattue dans la doctrine néerlandaise, mais également dans la jurisprudence. Le nœud du débat étant de savoir s'il est possible d'ordonner des mesures d'Aide à la jeunesse avant ce fameux seuil de viabilité, date pivot actuellement fixée à la 24^e semaine. Le Tribunal de Dordrecht a, en 2012, fondé son refus de désigner un *tuteur familial* sur le fait que l'on se trouvait avant les 24 semaines et que ce délai, renvoyant à l'article 82a du Code pénal, constituait le point de départ pour l'adoption de telles mesures.³⁴⁵ Cependant, tant la décision que sa motivation semblent, selon certains auteurs de doctrine, erronées.³⁴⁶ Le jugement part du principe que la femme enceinte de 17 semaines, étant en dessous du délai de viabilité, le fœtus ne pourrait par conséquent, pas encore bénéficier de protection en droit. Or, la *mise sous surveillance* au profit de l'enfant à naître se base sur l'article 1 :2 du Code civil néerlandais qui ne parle à aucun moment du seuil de viabilité de 24 semaines. Ce délai joue un rôle primordial dans le contexte de la légalité d'un avortement, mais pas dans celui de la fiction du *nasciturus*. La seule condition pour l'application de cette fiction est la conception de l'enfant.³⁴⁷

³⁴⁰ Rb. Roermond 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ0644 ; Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8461; Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG0849; Rb. Groningen 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BG4372; Rb. Limburg 19 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2187; Rb. Noord-Nederland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4706.

³⁴¹ A.C. HENDRIKS, «Voorkomen is beter dan genezen, ook tijdens de zwangerschap», *Ars Aequi*, 2010, pp.304-306.

³⁴² Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, Advies prenatale kindbescherming en de rol van de overheid, 15 juni 2016, <https://www.rsj.nl/documenten/rapporten/2015/06/15/advies-prenatale-kinderbescherming-en-de-rol-van-de-overheid>, pp. 30-31.

³⁴³ C.civ. néerl., Art. 1 : 263 al. 3.

³⁴⁴ H.E. MIDDELKOOP en A.E.J. SATINK, « Het recht op bescherming tegen prenatale gezondheidsschade », *F.J.R.*, 2019, pp.53-54.

³⁴⁵ Trib. Dordrecht du 7 février 2012, ECLI :NL :RBDOR :2012 :BV6246.

³⁴⁶ L. GROENHUIJSEN, M. RIETBERGEN, V. SMITS et P. VLAARDINGERBROEK, « De bijzondere curator Stem voor het kind in het recht », *S.W.P.*, 2017, pp.13-15.

³⁴⁷ L. TEN HAAF, «De ondertoezichtstelling van een nog iet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe? », *N.J.B.*, 2021, p.1968-1970.

Cette décision basée sur une argumentation *a priori* erronée a cependant créé une tendance qui fut suivie par d'autres juges, allant parfois jusqu'à reprendre ce même passage basé sur cette argumentation *a priori* problématique.³⁴⁸ Celle-ci a également influencé certaines organisations de soins qui ont considéré que les mesures de protection prénatales ne s'appliquaient qu'une fois le délai de 24 semaines passé.³⁴⁹

Une décision du Tribunal de Den Haag du 17 novembre 2020 a cependant décidé de placer *sous tutelle* un enfant à naître n'ayant pas passé ce seuil de viabilité.³⁵⁰ C'était la première fois qu'une *mise sous tutelle* était prise à l'égard d'un fœtus dont le délai des 24 semaines avait expressément été examiné et n'avait pas été dépassé. Contrairement aux autres affaires ordonnant une telle mesure, le juge ne justifie par contre pas ici la prise de cette mesure via la fiction du *nasciturus* pour faire le lien avec l'article 1 :255 du Code civil néerlandais, ce qui pose tout de même problème. La position de l'enfant à naître reste donc toutefois nébuleuse au vu du manque de justifications. Il semble tout de même nécessaire de passer par cette fiction pour ordonner une telle mesure, quelle que soit la gravité des circonstances, ce qui est pourtant parfois discuté en doctrine.³⁵¹

Cette conception selon laquelle aucune mesure de protection prénatale ne peut être prise avant que le seuil de viabilité ne soit atteint est critiquée dans le débat académique. Cette règle concernant le délai de 24 semaines est tantôt définie de « *een problematische en ongefundeerde regel* »³⁵² (une règle problématique et infondée [traduction libre]) ou de « *kunstmatige regel* »³⁵³ (règle artificielle [traduction libre]). Cette règle ne trouvant aucun fondement légal semble d'autant plus incohérente que les premiers moments de grossesse sont ceux qui nécessitent le plus d'attention et de protection contre de potentielles assuétudes ou une mauvaise hygiène de vie de la personne enceinte.³⁵⁴ Il est possible que les juges en tenant compte de cette règle des 24 semaines aient craint une violation du droit à l'avortement. Cette crainte ne semble pourtant *a priori* pas avérée. Il est en effet possible d'offrir une protection juridique prénatale dès la conception d'un enfant à naître tout en garantissant le libre droit à l'avortement. Il est par contre possible qu'en voulant protéger l'enfant à naître dès sa conception, certaines personnes enceintes veuillent se libérer de toute mesure contraignante en mettant un terme à leur grossesse.³⁵⁵ Le *Conseil pour l'application du droit pénal et la protection de la jeunesse* a, dans un rapport de 2015 sur la protection prénatale, recommandé la suppression de ce délai de 24 semaines concernant les mesures de protection prénatales.³⁵⁶

Il existe également deux autres mesures d'Aide à la jeunesse pouvant s'étendre à la protection juridique prénatale. Il y a tout d'abord la *déchéance de l'autorité parentale* et ensuite, le *placement à la naissance*.

³⁴⁸ Rb. Maastricht 13 avril 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012/BW5222 ; Rb. Limburg 19 janvier 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:287 ; Rb. Amsterdam, 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:10059 ; Rb. Zeeland-West-Brabant, 22 mars 2017, ECLI:NL:RBZZWB:2017:2587 ; Rb. Limburg du 18 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:10620.

³⁴⁹ Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, Advies prenatale kindbescherming en de rol van de overheid, 15 juni 2016, <https://www.rsj.nl/documenten/rapporten/2015/06/15/advies-prenatale-kinderbescherming-en-de-rol-van-de-overheid>, pp.39-46.

³⁵⁰ Rb. Den Haag, 17 november 2020, ECLI:RBDHA:2020:12532.

³⁵¹ L. TEN HAAFF, «De ondertoezichtstelling van een nog iet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe? », *N.J.B.*, 2021, pp.1968-1970.

³⁵² WEIJERS, Prenatale kindbescherming. Nuttig maar ook dubieus advies RSJ», *F.J.R.*, 2015, p.234

³⁵³ K. BLANKMAN, «Reactie op FJR 2009/3», *F.J.R.*, 2009, p.5.

³⁵⁴ Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, Advies prenatale kindbescherming en de rol van de overheid, 15 juni 2016, <https://www.rsj.nl/documenten/rapporten/2015/06/15/advies-prenatale-kinderbescherming-en-de-rol-van-de-overheid>, p.16.

³⁵⁵ L. TEN HAAFF, «De ondertoezichtstelling van een nog iet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe? », *N.J.B.*, 2021, pp.1968-1970.

³⁵⁶ Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, Advies prenatale kindbescherming en de rol van de overheid, 15 juni 2016, <https://www.rsj.nl/documenten/rapporten/2015/06/15/advies-prenatale-kinderbescherming-en-de-rol-van-de-overheid>, p.47.

Ces deux mesures sont possibles grâce à la fiction juridique du *nasciturus*.³⁵⁷ En effet, l'autorité parentale ne s'exerce, en vertu de l'article 1 :253b du Code civil néerlandais³⁵⁸, qu'à partir de la naissance de l'enfant. Il ne peut ainsi pas être mis fin à l'autorité parentale lorsque l'enfant n'est pas né. Même lorsque la personne enceinte est déchue de l'autorité parentale, elle reste tout de même celle qui en aura l'exercice effectif durant sa grossesse. Cela signifie que le tiers chargé de l'exercice de l'autorité parentale n'aura pas le pouvoir de s'immiscer dans la vie de la mère et, par conséquent, pas non plus dans celle de l'enfant. Cette mesure, bien que possible en vertu de l'article 1 :266 couplé à l'article 1 :2 du Code civil néerlandais, semble cependant difficile à exécuter en pratique.³⁵⁹

La troisième et dernière mesure de protection juridique prénatale admise aux Pays-Bas est le *placement d'un enfant à naître*. Cela n'est possible que s'il est déjà clair pendant la grossesse que la personne enceinte ne sera pas en mesure de s'occuper de l'enfant après la naissance.³⁶⁰ Le placement extrafamilial est alors mis en œuvre dès la naissance de l'enfant.³⁶¹ Cependant, cette mesure ne peut avoir lieu qu'une fois l'enfant né, ce qui semble tomber hors du cadre de la protection juridique prénatale et d'autre part, cette mesure constitue souvent une atteinte disproportionnée aux droits de la personne enceinte, de sorte que le Tribunal optera le plus souvent pour une mesure moins radicale.³⁶²

2. Belgique

En Belgique la compétence de la *protection de l'enfance* revient en partie à l'autorité Fédérale et en partie aux Communautés³⁶³. Les Communautés, pour les compétences qui leur sont dévolues exercent, en vertu du principe d'autonomie et d'exclusivité de la répartition des compétences, l'ensemble de la politique dans les matières qui leur sont attribuées par le Consituant et le législateur spécial, et ce, sauf s'il en a été disposé autrement. Ainsi, « les Communautés peuvent, notamment sur le fondement de leur compétence matérielle en matière de politique de santé³⁶⁴, de politique familiale³⁶⁵ et de protection de la jeunesse³⁶⁶, prendre des mesures à l'égard de la femme enceinte et de son environnement, en vue d'assurer la protection de l'enfant à naître »³⁶⁷.

³⁵⁷ Art. 1:235b C.civ. néerl. ; Rb. Noord-Holland 18 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7328; Rb. Oost-Brabant 14 december 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:6587.

³⁵⁸ 1:253 C.civ. néerl. ; Rb. Noord-Holland 18 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7328; Rb. Oost-Brabant 14 december 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:6587.

³⁵⁹ K. DE LOO, o.c., p.34.

³⁶⁰ Art. 1:265b Code.civ. néerl. ; Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, Advies prenatale kindbescherming en de rol van de overheid, 15 juni 2016, <https://www.rsj.nl/documenten/rapporten/2015/06/15/advies-prenatale-kinderbescherming-en-de-rol-van-de-overheid>, p.30.

³⁶¹ Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, Advies prenatale kindbescherming en de rol van de overheid, 15 juni 2016, <https://www.rsj.nl/documenten/rapporten/2015/06/15/advies-prenatale-kinderbescherming-en-de-rol-van-de-overheid>, p.30.

³⁶² Rb. Groningen 24 oktober 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AZ4417; Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8461; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:8310 ; A. HUYGENS, « Preventie van prenatale schade: reactie op FJR 2009, 3 », *F.J.R.*, 2009, p.2.

³⁶³ Avis de la section de législation du Conseil d'État sur la proposition de loi 'modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale', n°67.057/AG du 12 novembre 2020, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord.2019-2020, p. 16.

³⁶⁴ Loi spéciale du 8 août 19 'de réformes institutionnelles', *M.B.*, Art. 5, § 1 er, I, alinéa 1 er, 15 août 1980, p.9534.

³⁶⁵ Loi spéciale du 8 août 19 'de réformes institutionnelles', *M.B.*, Art. 5, § 1 er, II, 1°, 15 août 1980, p.9534.

³⁶⁶ Loi spéciale du 8 août 19 'de réformes institutionnelles', *M.B.*, Art. 5, § 1 er, II, 6° 15 août 1980, p.9534.

³⁶⁷ Avis de la section de législation du Conseil d'État sur la proposition de loi 'modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale', n°67.057/AG du 12 novembre 2020, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord.2019-2020, p.17

Il faudra donc, pour cette matière, voir ce qui se fait par Communauté et principalement ce qui se fait en Communauté flamande et Communauté française. La Communauté germanophone s'inspirant généralement de ce qui se fait de part et d'autre du pays.

Il n'existe pas, en Belgique et en matière d'Aide à la jeunesse, de mesure équivalente à la « mise sous surveillance »³⁶⁸. L'Aide à la jeunesse est règlementée en Communauté flamande par le décret concernant l'aide à la jeunesse intégrale³⁶⁹ et en Communauté française par le décret portant le Code de la prévention, de l'Aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse.³⁷⁰ Cette Aide peut, tout comme aux Pays-Bas, avoir lieu dans un cadre volontaire ou contraignant.³⁷¹ Celle-ci ne s'étend pas, en l'état actuel de la législation, à la protection juridique prénatale, dans la mesure où il faut que l'enfant soit né pour pouvoir en bénéficier.³⁷² Cette position a été confirmée par la jurisprudence qui considère que les mesures de protections de la jeunesse ne peuvent s'appliquer aux enfants à naître.³⁷³

Il existe néanmoins une série de mesures (volontaires) qui ont progressivement vu le jour pour protéger les personnes enceintes. Certaines mesures ont vocation à protéger spécifiquement les plus vulnérables d'entre elles (par exemple, les consultations gratuites de guidance sociale).

En Fédération Wallonie-Bruxelles, l'Office de la Naissance et de l'Enfance³⁷⁴ (ci-après : ONE) permet à chaque personne enceinte de bénéficier de consultations prénatales gratuites, en ce compris, les personnes se trouvant en situation de vulnérabilité. L'ONE subventionne également des programmes d'accompagnement périnatal spécifiques pour les personnes enceintes vulnérables³⁷⁵.³⁷⁶

En Flandre, *Kind en Gezin*³⁷⁷ organise des consultations prénatales gratuites destinées exclusivement aux femmes vulnérables. Des programmes de soins organisés selon l'approche de *Centeringpregnancy*³⁷⁸ font l'objet d'initiatives en Flandre et des programmes d'accompagnement périnatal en cas de parentalité vulnérable existent également en Flandre³⁷⁹.

Ces initiatives permettent donc de suivre la personne enceinte vulnérable tout au long de sa grossesse, de lui apporter un soutien et de l'aider à mettre en place l'arrivée du bébé dans un cadre plus serein, un peu comme le ferait un *tuteur familial* aux Pays-Bas. Bien que reposant sur l'aide volontaire, ces initiatives permettent de maintenir un lien avec la femme enceinte et ainsi protéger l'enfant à naître dans une

³⁶⁸ Cfr. Ondertoezichtselling.

³⁶⁹ Décr. Comm. Fl. van 13 september 2013 betreffende de integrale jeugdhulp, *M.B.*, 13 september 2013, p.65154.

³⁷⁰ Décr. Comm. Fr. du 18 janvier 2018 portant le code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, *M.B.*, 3 avril 2018, p.31814.

³⁷¹ H. ASSELMAN et J. PUT, « Jeugdhulp tussen beschermingsplicht en inmengingsverbod », in *Liber amicorum* (sous la dir. de P. SENAËVE), Antwerpen, Wolters Kluwer, 2017, p.707.

³⁷² H. ASSELMAN et J. PUT, o.c., p.705.

³⁷³ B. DE SMET, *Juridische aanpak van problemen rond opvoeding. Begeleiding van kinderen in nood en onbuigzame pubers*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p.21.

³⁷⁴ Office de la naissance et de l'enfance compétente en Communauté Française et réglementé par le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé "ONE".

³⁷⁵ Voir par exemple : Aquarelle ([Suivi de grossesse pour mamans en situation précaire - Aquarelle ASBL \(aquarelle-bru.be\)](http://Suivi.de.grossesse.pour.mamans.en.situation.precaire-Aquarelle.ASBL(aquarelle-bru.be))) , Echoline ([Que proposons-nous? \(echoline.be\)](http://Que.proposons-nous?(echoline.be))). Seconde Peau-coala (<https://revueobservatoire.be/Le-projet-Seconde-Peau-Soutien-a-la-parentalite-et-vulnerabilites-psycho?return=publication>).

³⁷⁶ KCE report 326Bs, « Vers un parcours prénatal intégré pour les grossesses à bas risque », *K.C.E.*, 2019, p.9.

³⁷⁷ Opgroei (Kind en Gezin) compétent en Communauté Flamande et réglementé par le décret du 20 avril 2012 'Decreet houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters'.

³⁷⁸ C'est un modèle d'approche alternative aux consultations individuelles développé aux Etats-Unis et utilisé au Canada, au Royaume-Uni, en Suède et aux Pays-Bas qui consiste à développer des soins prénatals en groupe.

³⁷⁹ Voir par exemple : de 'Kiem' ([Zwangerschapscentrum De Kiem - Expertisecentrum Opvoedingsondersteuning van de Vlaamse overheid \(expoo.be\)](http://Zwangerschapscentrum.De.Kiem-Expertisecentrum.Opvoedingsondersteuning.van.de.Vlaamse.overheid(expoo.be))) à Sint-Niklaas, 'Expertisecentrum Kraamzorg De Kraamvogel' ([Expertisecentrum Kraamzorg Antwerpen - De Kraamvogel](http://Expertisecentrum.Kraamzorg.Antwerpen-De.Kraamvogel)) à Anvers, et 'Expertisecentrum Kraamzorg De Bakermat' à Leuven ([Home - De Bakermat](http://Home-De.Bakermat)).

certaine mesure. Ces initiatives ont cependant leur limite liée à la volonté, ou non, de la personne enceinte vulnérable de participer à ces aides mises en place. En effet, si celle-ci refuse de faire suivre sa grossesse par un médecin ou refuse toutes les aides qui lui sont proposées, il n'existe en Belgique, aucune possibilité de contrainte sur la personne enceinte et en faveur de l'enfant à naître.

C'est pourquoi un certain nombre d'initiatives politiques en vue d'instaurer une réglementation permettant d'agir de façon préventive dans des cadres de « *verontrustend zwangerschap* »³⁸⁰ (grossesses préoccupantes [traduction libre]) ou de « *risicovol ouderschap tijdens zwangerschap* »³⁸¹ (parentalités risquées pendant la grossesse [traduction libre]) ont également vu le jour en Flandre. Il y a une volonté de plus en plus présente dans la doctrine néerlandophone de s'inspirer du système juridique néerlandais pour permettre la prise de mesures de protection juridiques prénatales. Ces initiatives s'inscrivent notamment dans une volonté présente dans l'accord gouvernemental flamand de 2019-2024, visant par exemple, à développer un système permettant une *mise sous surveillance* des personnes enceintes avec pour objectif principal d'influencer positivement le style de vie et cadre autour de l'enfant à naître, en particulier lorsque celles-ci souffrent de problèmes d'addictions.³⁸²

Sous-section 2. Les problèmes mentaux ou de dépendance de la personne enceinte

Une forte consommation d'alcool et/ou de drogue peut avoir des effets néfastes sur l'enfant à naître, que ce soit pendant la grossesse (malformations congénitales, décollement prématuré du placenta, malformations cardiaques), au moment de la naissance (faible poids de naissance, augmentation de la pression sanguine, vomissements) ou encore tout au long de la vie de l'enfant à naître (syndrome d'alcoolisation fœtale, troubles de l'attention, de problèmes de mémoire à court terme, problème contrôle d'impulsivité chez les enfants). Le refus de tout soin prénatal peut également causer un préjudice à l'enfant à naître.³⁸³ Il sera donc examiné quelles réponses le droit offre-t-il lorsqu'il se trouve confronté à une telle situation.

1. Pays-Bas

Le droit néerlandais offre deux types de réponses face à des comportements maternels préjudiciables pour l'enfant à naître. Il est d'une part possible d'ordonner une mesure d'Aide à la jeunesse comme la

³⁸⁰ L. PARYS, E. SLEURS, K. DANIÉLS, T. V-VAN DER VLOET et K. VERHEYEN, « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over de ondertoezichtstelling van het ongeboren kind van een zwangere vrouw met een verslavingsproblematiek als nieuwe jeugdhulpmaatregel », *Parl. Flam.*, 2021.

³⁸¹ K. SCHRYVERS, M. DE RUDDER, V. JANS, J. SCHAUVLIEGE et L. VANDROMME, « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over het uitbouwen van een beleid voor de bescherming van het ongeboren kind bij een verontrustende zwangerschap », *Parl. Flam.*, 2021.

³⁸² Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1029/001, p.6 ; Vlaamse regering, Regeerakkoord van de Vlaamse Regering 2019-2024, 30 september 2019, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/31742>, p.98 VI. Reg., Regeerakkoord van de Vlaamse Regering 2019-2024, 30 september 2019, disponible sur : <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/31742>, (consulté le 12 juillet 2022) p.98 ; C. DE MULDER, « Risicovol ouderschap tijdens de zwangerschap : maatregelen ter bescherming van ongeboren en toekomstige kinderen », *T.Fam.*, 2022, p.7.

³⁸³ L. PARYS, E. SLEURS, K. DANIÉLS, T. V-VAN DER VLOET et K. VERHEYEN, « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over de ondertoezichtstelling van het ongeboren kind van een zwangere vrouw met een verslavingsproblematiek als nieuwe jeugdhulpmaatregel », *Parl. Flam.*, 2021.

mise sous surveillance détaillée précédemment. Les soins obligatoires à l'égard d'une personne enceinte constituent, d'autre part, une seconde possibilité. Cette seconde possibilité ne s'admet qu'en dernier recours (cf. *supra* contraception forcée en droit néerlandais).

Comme vu précédemment, la contrainte ne se justifie qu'exceptionnellement, soit afin d'éviter un préjudice grave à un patient qui serait alors incapable de donner un consentement éclairé en vertu de la loi sur l'accord de traitement médical (Wgbo), soit en vertu d'une loi spéciale, en l'occurrence, la « *Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg* »³⁸⁴ (Wvvgz). Cette loi, précédemment abordée concernant les mesures de contraception forcée, permet d'ordonner des soins obligatoires à l'égard de personnes capables, mais souffrant d'un trouble psychiatrique. À l'inverse de la loi Wgbo qui ne se justifie que pour éviter un préjudice au *patient* lui-même, cette contrainte peut, en vertu de la Wvvgz, également se justifier pour éviter un danger à l'égard d'*autrui* (cf. *infra*).³⁸⁵

Cette mesure de soins obligatoires prise par un juge, sur demande d'un médecin, n'a pas pour but de forcer la personne enceinte à recevoir des soins prénatals, mais bien d'éviter un grave préjudice à l'égard du *patient* lui-même ou d'*autrui*.³⁸⁶ Il y a eu un changement législatif en la matière et la Wvvgz est venue remplacer en 2020 la loi sur les admissions spéciales dans les hôpitaux psychiatriques³⁸⁷ (loi Bopz). La loi Bopz n'admettait pas que l'enfant à naître puisse être considéré comme *autrui*, contrairement à la Wvvgz. Il est donc actuellement possible, en droit néerlandais, d'ordonner des soins obligatoires, ainsi que d'hospitaliser une personne enceinte qui causerait un préjudice à l'enfant à naître.³⁸⁸ La Cour Suprême néerlandaise a, dans un arrêt du 2 février 2022, confirmé l'interprétation selon laquelle un patient capable causant un préjudice grave à *lui-même* ou à *autrui*, en ce compris à l'enfant à naître, du fait d'une maladie psychiatrique, peut recevoir des soins obligatoires.³⁸⁹

L'article 3 :3 de la Wvvgz³⁹⁰ met en lumière l'importance d'utiliser la contrainte en *ultime recours* et lorsque le comportement d'une personne résultant de ses troubles mentaux entraîne un *préjudice grave* et à condition que de quatre conditions cumulatives soient réunies. L'application de cette contrainte n'est possible qu'à condition qu'il n'y ait tout d'abord pas de possibilité de soins volontaires, qu'il n'y ait ensuite pas d'alternative moins contraignante pour la personne concernée, que cette obligation de soins obligatoires soit proportionnée au regard de l'objectif visé et enfin, qu'il soit raisonnablement attendu qu'elle soit efficace.³⁹¹

L'application de cette loi requiert également l'existence d'un *trouble psychique à ce point grave* qu'une telle mesure est nécessaire pour éviter un préjudice à la personne elle-même, ou à son entourage.³⁹² L'exposé des motifs de la loi renvoie, en ce qui concerne la définition du trouble psychiatrique, à la

³⁸⁴ Wet van 28 januari 2018 houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), art. 3:3, 16 februari 2018.

³⁸⁵ Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz).

³⁸⁶ H.E. MIDDELKOOP en A.E.J. SATINK, « Het recht op bescherming tegen prenatale gezondheidsschade », *F.J.R.*, 2019, p.56.

³⁸⁷ A.C. HENDRIKS, J.P. SOMBROEK, C. DE VRIES, o.c., p.2.

³⁸⁸ W.J. DONDORP, G.M.W.R. DE WERT, « De foetus of het toekomstige kind? » *T.v.G.R.*, 2022, pp.114-128.

³⁸⁹ Hoge Raad, 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:123.

³⁹⁰ Wet van 28 januari 2018 houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), art. 3:3, 16 februari 2018.

³⁹¹ Wet van 28 januari 2018 houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), 16 februari 2018.

³⁹² M.v.T., Regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), *Parl.St.* Tweede Kamer der Staten-Generaal 2009-2010, nr. 32399, p.4.

classification du DSM-IV³⁹³. Cet ouvrage entend les addictions comme troubles psychiatriques. L'exposé des motifs, par ce renvoi, entendait mettre fin à la discussion de savoir si oui ou non les dépendances tombaient dans le champ d'application de la loi.³⁹⁴

Cela a pour conséquence que lorsqu'une addiction est avérée, il n'est pas nécessaire de prouver que celle-ci soit accompagnée d'un trouble mental pour que la personne enceinte soit hospitalisée de force ou reçoive des soins obligatoires.³⁹⁵ Il faudra tout de même prouver que cette addiction est à ce point grave qu'il y a un risque de préjudice, soit pour la personne dépendante (le patient), soit pour son entourage (autrui).³⁹⁶

Le législateur néerlandais a donc expressément visé le cas où le développement de l'enfant à naître est gravement compromis, par exemple lorsqu'une personne enceinte est dépendante ou en raison d'un trouble mental. Une telle situation est donc expressément admise pour justifier une mesure de soins obligatoires.³⁹⁷ Ceux-ci doivent tenter de prévenir tout préjudice pour la personne enceinte et son futur enfant. Ils peuvent, par exemple, se traduire par la prise de médicaments, l'admission forcée dans une institution, les contrôles d'urine, la surveillance via une caméra ou encore une désintoxication obligatoire lorsqu'une personne enceinte a des problèmes de toxicomanie.³⁹⁸ Lorsqu'une telle mesure est prise avant la 24^e semaine, celle-ci n'entrave pas le droit à l'avortement et la personne enceinte peut donc tout à fait mettre un terme à sa grossesse.³⁹⁹

2. Belgique

Comme vu précédemment, la Flandre a expressément mentionné dans l'accord gouvernemental Flamand de 2019-2024 sa volonté de pouvoir prendre des mesures juridiques pour protéger l'enfant à naître, en particulier contre les personnes enceintes souffrant de problèmes d'addictions.⁴⁰⁰ Une initiative a ainsi été prise dans cette optique par le Parlement flamand qui a introduit une « note conceptuelle pour une nouvelle réglementation »⁴⁰¹ le 23 février 2021 concernant la mise sous surveillance de l'enfant à naître d'une femme enceinte ayant des problèmes d'addiction comme nouvelle mesure d'aide à la jeunesse.⁴⁰²

³⁹³ Le manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (également désigné par le sigle DSM, abréviation de l'anglais : « Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders ») est un ouvrage de référence publié par l'Association américaine de psychiatrie (American Psychiatric Association ou APA) décrivant et classifiant les troubles mentaux.

³⁹⁴ A. HUYGENS, « Preventie van prenatale schade: reactie op FJR 2009, 3 », o.c., p.57.

³⁹⁵ Rb. Rotterdam, 07-04-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3814 ³⁹⁶ L. TEN HAAF, « De ondertoezichtstelling van een nog iet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe? », *N.J.B.*, 2021, p.1968.

³⁹⁶ M.v.T., Regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), *Parl.St.* Tweede Kamer der Staten-Generaal 2009-2010, nr. 32399, p.11; Rb. Noord-Nederland 8 januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:104.

³⁹⁷ M.v.T., Regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), *Parl.St.* Tweede Kamer der Staten-Generaal 2009-2010, nr. 32399, p.42.

³⁹⁸ Rb. Limburg, 10 december 2021. ECLI:NL:RBLIM:2021:9953 ; A.C. HENDRIKS, J.P. SOMBROEK, C. DE VRIES, o.c., p.2.

³⁹⁹ P. VLAARDINGERBROEK, « Commentaar op art. 3:3 Wvvgz », in *Tekst & Commentaar Personen- en familierecht*, Deventer, Malines, Kluwer, 2020, pp. 1-2.

⁴⁰⁰ Vlaamse Regering, Regeerakkoord van de Vlaamse Regering 2019-2024, 30 september 2019, disponible sur <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/31742>, (consulté le 8 juillet 2022), p.98 ; C. DE MULDER, « Risicovol ouderschap tijdens de zwangerschap : maatregelen ter bescherming van ongeboren en toekomstige kinderen », *T.Fam.*, 2022, p.7.

⁴⁰¹ Traduction littérale de : « Conceptnota voor nieuwe regelgeving »

⁴⁰² L. PARYS, E. SLEURS, K. DANIELS, T. V-VAN DER VLOET et K. VERHEYEN, « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over de ondertoezichtstelling van het ongeboren kind van een zwangere vrouw met een verslavingsproblematiek als nieuwe jeugdhulpmaatregel », *Parl. Flam.*, 2021.

La note aborde la question des premiers acteurs sur le terrain en contact avec la femme enceinte, à savoir : les médecins, gynécologues et employés de *Kind en Gezin*. Lorsque ceux-ci sont confrontés à des femmes enceintes souffrant de problèmes de dépendance à l'alcool ou à la drogue, ceux-ci ne peuvent que les renseigner sur les éventuels dangers de telles consommations et les enjoindre à se faire aider. Des équipes de *Kind en Gezin* vont également à la rencontre des futurs parents pour une « première discussion »⁴⁰³, rencontre qui arrive fort tard pour ce qui concerne les femmes souffrant de dépendances selon les auteurs de la note.⁴⁰⁴

C'est pourquoi le parlement flamand, dans cette note conceptuelle, propose d'instaurer, à côté des prises en charge volontaire existantes, et seulement lorsque celles-ci échouent, une possibilité de recours au juridique rigoureusement encadré et en *ultimum remedium*. Les auteurs de la note définissent une grossesse préoccupante comme étant une grossesse pour laquelle, en raison du comportement, de la santé ou des conditions de vie des parents, les chances de développement ou la sécurité du futur enfant sont menacées dès sa naissance.⁴⁰⁵ La détection de telles grossesses doit se faire de façon proactive, et le plus tôt possible pour améliorer le bien-être et la santé de la future mère et de son enfant à naître. L'estimation d'une *grossesse alarmante* doit se faire par le biais d'une prise de décision partagée et par consensus des différents prestataires de soins. Une anamnèse psychosociale standardisée en début de grossesse permet d'interroger une multitude de situations pouvant avoir des conséquences sur le développement de l'enfant à naître. Une telle anamnèse psychosociale devrait, selon la note conceptuelle, être normalisée comme faisant partie d'un bon suivi de la grossesse. Des initiatives allant dans ce sens ont ainsi vu le jour et particulièrement à Bruxelles.

En effet, un projet pilote nommé '*Born in Brussels*' pour les femmes enceintes vulnérables, financé par l'INAMI, a vu le jour en 2018. Le gouvernement fédéral belge a lancé ce projet avec l'Institut National d'Assurance Maladie-Invalidité pour une durée de quatre ans. Le projet '*Born in Brussels*' teste la validité et la fiabilité d'un outil de screening permettant d'identifier les grossesses vulnérables à un stade précoce. Un outil de dépistage concis, qui reconnaît le caractère multidimensionnel de la vulnérabilité psychosociale prénatale a été créé pour l'occasion.⁴⁰⁶ Cet outil se concentre sur les 13 indicateurs suivants : communication, lieu de naissance, statut de résidence, éducation, statut professionnel, profession du partenaire, situation financière, situation de logement, soutien social, dépression, anxiété, consommation de substances et violence domestique). En outre, deux indicateurs informatifs, à savoir les antécédents psychologiques et consommation de médicaments, seront également pris en compte dans ce screening.⁴⁰⁷

Ce projet s'est développé et a inspiré la création d'un autre outil, national cette fois, nommé « *Born in Belgium* » ayant vu le jour en 2019. Il s'agit d'une plateforme en ligne centralisée gratuite (via le INAMI) pour les professionnels de la santé et qui a pour but de soutenir et accompagner les personnes enceintes. Tout comme pour le projet de *Born in Brussel*, un outil permet d'une part, de dépister la situation

⁴⁰³ Traduction de "startgesprek".

⁴⁰⁴ L. PARYS, E. SLEURS, K. DANIÉLS, T. V-VAN DER VLOET et K. VERHEYEN, o.c., pp.3-5.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p.4.

⁴⁰⁶ K. AMULI, K. DECAOOTER, F. TALRICH, A. RENDERS et K. BEECKMAN, « *Born in Brussels screening tool: the development of a screening tool measuring antenatal psychosocial vulnerability* », *B.M.C.*, 2021, p.2.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pp.4-10.

psychosociale de la femme enceinte et d'autre part, il permet au prestataire de soins de prendre connaissance du réseau professionnel présent autour de la personne enceinte.⁴⁰⁸

Une trentaine d'organisations utilisent déjà cet outil. Il n'y a aucune obligation d'utiliser cette plateforme, celle-ci est simplement mise à disposition de tout professionnel qui intervient dans la grossesse de la personne (sage-femme, un médecin généraliste, un gynécologue, un psychologue ou un assistant social). Ce projet est d'application en Flandre et en Wallonie. Selon madame KATRIEN BEECKMAN, qui travaille activement à la construction de ce projet, les principaux obstacles auxquels se heurte le projet sont les questions techniques et juridiques.⁴⁰⁹

De tels outils de détection proactive se développent et voient donc actuellement le jour en Belgique. À côté de ces initiatives et une fois la détection des situations de vulnérabilité de femmes enceintes, le parlement flamand aimerait que l'admission forcée d'une femme enceinte dans un hôpital psychiatrique ou dans un service psychiatrique d'un hôpital soit rendue légalement possible lorsqu'une mesure de *mise sous surveillance* inspirée du droit néerlandais, a échoué. Selon eux, cette mesure respecte les principes d'efficacité, de proportionnalité et de subsidiarité permettant ainsi une restriction des droits de la personne enceinte. En effet, cela ne concernerait, selon eux, que les cas où le comportement de la femme enceinte entraîne des dommages permanents ou des troubles du développement de l'enfant à naître et lorsque toutes les autres mesures ont échoué.⁴¹⁰

Ce genre de mesures, comme vu précédemment, ne peuvent avoir lieu actuellement à l'égard d'un enfant qui n'est pas encore né, position confirmée par la jurisprudence. La question se pose dès lors de savoir si la loi relative à la protection de la personne des malades mentaux du 26 juin 1990⁴¹¹ pourrait permettre de prendre de telles mesures.

La loi relative à la protection de la personne des malades mentaux du 26 juin 1990 permet, de façon exceptionnelle, la restriction de liberté individuelle en cas de diagnostic et de traitement de troubles psychiques.⁴¹² La loi précise à l'article 2, que cette mesure de protection ne pourra être prise qu'en cas de réunion de cinq conditions substantielles.⁴¹³ Il faut tout d'abord que cela concerne une maladie mentale, le malade doit ensuite mettre gravement sa santé et sa sécurité en danger ou constituer une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui, il faut également nécessairement un lien de causalité entre la maladie mentale et le danger, l'état de la personne doit nécessiter cette prise en charge et enfin, aucun autre traitement plus approprié ne doit être disponible.⁴¹⁴ L'utilisation de cette loi ne peut donc se faire qu'en *ultimum remedium*.⁴¹⁵ La proposition de loi n° 55-1029 modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale voulait également permettre dans certains cas, de placer « des femmes

⁴⁰⁸ Onze tool – Born in Belgium Pro

⁴⁰⁹ K. MARLIER, « Inzetten op preventie en geïntegreerde zorg voor kwetsbare zwangeren », *Zorwijzer*, 2022, pp.8-11.

⁴¹⁰ L. PARYS, E. SLEURS, K. DANIÉLS, T. V-VAN DER VLOET et K. VERHEYEN, « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over de ondertoezichtstelling van het ongeboren kind van een zwangere vrouw met een verslavingsproblematiek als nieuwe jeugdhulpmaatregel », *Parl. Flam.*, 2021, pp.8-12.

⁴¹¹ Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, *M.B.*, art. 1^{er}, § 1^e, 27 juillet 1990, p.14806.

⁴¹² Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, *M.B.*, art. 1^{er}, § 1^e, 27 juillet 1990, p.14806.

⁴¹³ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 258; 2022, C. DE MULDER, « Risicovol ouderschap tijdens de zwangerschap : maatregelen ter bescherming van ongeboren en toekomstige kinderen », *T.Fam.*, 2022, p.14.

⁴¹⁴ H. NYS, « Commentaar bij art. 2 Geesteszieke », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (sous la dir. de P. SENAEVE, F. SWENNEN, et G. VERSCHULDEN), Malines, Kluwer, 2012; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, pp. 258-263.

⁴¹⁵ K. ROTTHIER, *Gedwongen opname van de geesteszieke – Handleiding bij de Wet Persoon Geesteszieke*, Bruges, die Keure, , 2012, p.23.

enceintes souffrant d'un trouble psychique, comme une assuétude, représentant une menace pour le développement de leur futur enfant de force »⁴¹⁶ dans une institution fermée. Cette mesure pourrait se faire, selon les auteurs de cette proposition de loi, via la loi du 26 juin 1990, moyennant une interprétation similaire à celle qui est faite avec la Wvvgz.⁴¹⁷ La question se pose donc si une telle mesure peut être s'envisager en cas d'interprétation extensive de la loi, et avec une disposition légale consacrant la protection juridique prénatale.

La première condition aborde la question de la *maladie mentale*. Une addiction peut-elle être considérée comme une maladie mentale et ainsi entrer dans le champ d'application de la loi ? La doctrine semble répondre à cette question par la négative.⁴¹⁸ Ainsi, pour pouvoir prendre en charge de façon contraignante, une personne enceinte qui, suite à une consommation de substances, mettrait en péril le bien-être ou la survie de l'enfant à naître, il faudrait, en principe, que la personne souffrant d'une addiction, souffre également d'une maladie mentale.⁴¹⁹

La seconde condition instaure un critère de *danger*, cela implique qu'il faut nécessairement qu'il y ait un grave danger pour la santé et la sécurité du malade ou pour la vie ou l'intégrité d'*autrui*. Cela a pour conséquence que le bien-être de l'enfant ne semble *a priori* pas être un motif suffisant pour fonder la mise en œuvre d'une hospitalisation forcée.⁴²⁰ Cependant, une pareille hospitalisation pourrait être envisagée si la personne enceinte refuse toute forme de soin prénatal et que cela provoque des complications qui lui causent des problèmes de santé. Une restriction de liberté peut également être ordonnée lorsque la personne enceinte est suicidaire. La question se pose toutefois de savoir si une telle réponse peut être donnée lorsque le comportement de la personne enceinte cause des complications causent des problèmes de santé au fœtus, touchant ainsi à la vie ou l'intégrité de l'enfant à naître, qui ne semble actuellement pas être considéré comme *autrui*.⁴²¹

La troisième condition concerne le *lien de causalité* devant nécessairement exister entre la maladie et la cause du danger. En effet, cette condition est pertinente dans la problématique des addictions de personnes enceintes, car, en cas de consommation d'alcool ou de stupéfiants, ce ne sera pas la maladie à l'origine de la cause de danger, mais bien la prise de telles substances. Si le champ d'application de la loi s'étend aux personnes enceintes dépendantes, cette condition pourrait dès lors être respectée.⁴²²

Les deux dernières conditions concernent la nécessité de la mesure et le fait qu'il n'existe aucun autre traitement possible. Ces conditions dépendent du cas concerné et il n'est pas possible *a priori* de savoir avec certitude, si ces conditions seront remplies. Cependant, la nécessité de priver une personne enceinte

⁴¹⁶ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1029/001.p. 6.

⁴¹⁷ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1029/001.p. 6.

⁴¹⁸ F. SWENNEN, « Kan alcoholisme een geestesziekte zijn die tot dwangopname leidt? », note sous Cass. 22 octobre 1998, *R.W.*, 1999, pp. 1387-1388 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, pp.60-62 ; S. VANDROMME, « De taken van het openbaar ministerie bij de bescherming van geesteszieken », in *Beschermde personen in recht en praktijk*, (sous la dir. De F. Swennen et T. Wuyts), Bruxelles, Larcier, p.90.

⁴¹⁹ A. HUYGENS, « Preventie van prenatale schade », o.c., pp.10-11.

⁴²⁰ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, o.c., pp.255-261.

⁴²¹ C. DE MULDER, « Risicovol ouderschap tijdens de zwangerschap : maatregelen ter bescherming van ongeboren en toekomstige kinderen », o.c., p.14-15.

⁴²² *Ibid.*, p.14-15.

de liberté, qui devra dès lors accoucher en milieu privé de liberté, semble tout de même être une atteinte particulièrement grave aux droits de la personne enceinte et semble par conséquent difficile à justifier.⁴²³

La portée de cette hospitalisation forcée comme mesure de protection juridique prénatale doit également être nuancée. En effet, la situation dans laquelle une personne hospitalisée de force sur base de la loi sur les malades mentaux, refuse tout traitement est également problématique.⁴²⁴ La loi ne contient, en effet, aucune disposition permettant un traitement forcé pendant l'hospitalisation, il n'est donc pas possible d'imposer à la personne enceinte des soins prénatals.⁴²⁵

Sous-section 3. Conclusion

En Belgique, on constate un intérêt grandissant pour la prise de mesures à l'égard de *grossesses préoccupantes*. Cela s'illustre notamment avec la mise en place de plateformes permettant de détecter le plus tôt possible des grossesses de personnes considérées comme *vulnérables*. L'objectif derrière ces initiatives étant de permettre une prise en charge le plus tôt possible, pour éviter des préjudices à l'enfant à naître. Cependant, une fois que ces grossesses sont détectées et qu'il y a effectivement un risque élevé de préjudice à l'égard de l'enfant à naître, la législation belge se trouve confrontée à une absence de mesures juridiques de protection prénatale. Il n'est pas possible pour un juge d'ordonner des mesures d'Aide à la jeunesse et il n'est pas non plus possible d'ordonner une prise en charge forcée d'une personne enceinte causant un préjudice à l'enfant à naître.

Il n'est pas tout à fait clair s'il est ou pourrait être possible d'interner une femme enceinte contre son gré lorsqu'il existe un grave danger pour la vie et l'intégrité de l'enfant à naître sur base de la loi belge sur les malades mentaux. Il faudrait dès lors une réponse claire du législateur premièrement sur le fait qu'une addiction puisse ou non être considérée comme une maladie mentale (comme c'est le cas pour la Wvvgz), si le risque pour la vie et l'intégrité de l'enfant à naître peut justifier une mesure de soins obligatoires et enfin, si une telle mesure peut être considérée comme nécessaire et proportionnée à l'égard d'une personne enceinte et dans un but de protection d'un enfant à naître. Concernant la prise en charge forcée d'une personne enceinte dépendante, le droit néerlandais offre donc plus de clarté et plus de protection.

Le droit néerlandais offre également plus de mesures de protection juridique prénatale, avec une possibilité de recourir à la contrainte. Cependant, le risque de permettre des mesures contraignantes est de créer un climat d'insécurité chez les personnes enceintes qui se tourneront plus difficilement vers l'aide volontaire, de peur de subir effectivement cette contrainte et se voir par exemple nommer un *tuteur familial* ou encore d'être internée contre leur gré. Le risque est donc que cela nuise finalement à la protection de l'enfant à naître en conséquence de la crainte et de la méfiance de la personne enceinte de se tourner vers des aides volontaires, médicales ou non.

⁴²³ J. FIERENS, « Un pas de plus vers l'eugénisme social ? La proposition de loi n° 55-1029 modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale », *J.D.J.*, 2020, pp.13-16.

⁴²⁴ H. NYS en J. HANTSON, « Commentaar bij art. 1 Geesteszieke », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (sous la dir. De P. Senaeve, F. Swennen, en G. Verschelden), Maline, Wolters-Kluwer, 2012, p.3.

⁴²⁵ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Morsel, Intersentia, 2020, pp. 389-416.

CONCLUSION

Le plan de ce mémoire suit une structure selon laquelle les premières sections des deux chapitres abordés concernent des barrières éthiques que le gouvernement place à l'autonomie procréative des parents, afin d'éviter une trop grande instrumentalisation de l'enfant à naître et ainsi de le protéger. Les futurs parents ne peuvent, dans cette logique, choisir le sexe de l'embryon avant de l'implanter dans l'utérus de la personne portant l'enfant. Ils ne peuvent pas non plus utiliser l'enfant à naître comme donneur compatible pour se sauver eux-mêmes ou sauver des proches d'une maladie. Une fois l'enfant conçu, ils ne peuvent pas non plus, *a priori*, pas et par extension à l'interdiction existant avant l'implantation de l'embryon, avorter d'un fœtus parce que celui-ci n'est pas du sexe souhaité. Les futurs parents ne peuvent pas pratiquer une IMG outre mesure, celle-ci ne sera possible que dans un cadre juridique strictement établi.

Les secondes sections constituent, quant à elles, une ingérence plus prononcée de l'État dans la vie privée des (futurs) parents en général, et de la personne enceinte, en particulier. Ces mesures nécessitent dès lors une grande clarté et une grande prudence. Une législation stricte et ne laissant pas de place aux abus devrait donc encadrer la possibilité de refus de l'accès à un traitement contre l'infertilité, la prise de mesure de contraception ou stérilisation forcée ainsi que toute mesure juridique prise à l'égard d'une personne enceinte et dans le but d'éviter un préjudice à l'enfant à naître.

Il est curieux de voir que l'eugénisme n'est nulle part explicitement interdit dans la législation néerlandaise en matière de procréation. Cette interdiction semble pourtant essentielle en raison de l'utilisation quasi générale des tests génétiques prénatals, des techniques de fécondation *in vitro* avec possibilité de DPI et, *a fortiori*, avec un délai d'avortement plus long que la plupart des législations. Il existe par conséquent, de nouvelles formes de sélection qui justifieraient une telle interdiction.⁴²⁶

Ce délai d'avortement particulièrement long aux Pays-Bas, apporte son lot de paradoxes. En effet, un tel délai semble, en principe, particulièrement favorable aux personnes enceintes. Celui-ci n'empêche cependant pas la prise de mesures juridiques et contraignantes dès le début d'une grossesse. Le fait que ce délai d'avortement ne soit pas légalement consacré pose également problème. Ce délai repose sur le seuil de viabilité du fœtus en dehors du corps humain et doit s'interpréter en fonction de l'état de la médecine. Or, au vu des avancées de la médecine en matière de procréation, ce délai à vocation à diminuer, entraînant ainsi une grande insécurité juridique. Cela pourrait principalement entraîner de lourdes conséquences sur le droit à l'avortement aux Pays-Bas. Cette insécurité juridique se prolonge ensuite au-delà de ce délai des 24 semaines, et particulièrement en matière d'IMG (et dans le contexte néerlandais, de LZA). Le fait qu'il n'y ait aucune base juridique permettant de recourir à une LZA me paraît particulièrement grave pour la protection de l'enfant à naître, mais aussi et surtout pour la personne enceinte.

Cette insécurité juridique se révèle également particulièrement importante dans le contexte de la contraception forcée. La tendance jurisprudentielle croissante d'ordonner la prise de mesures de contraception forcée sur base d'une loi qui n'est pas prévue à cette fin et *a fortiori*, sans qu'il n'y ait aucun

⁴²⁶ Z. KIVIKCIM-FORSMAN, « Eugénisme et de diverses formes », *Rev. Trim. Dr. H.*, p. 526.

consensus sur l'utilisation et l'application des dispositions de celle-ci me paraît particulièrement interpellant.

À la question de savoir si les Pays-Bas représentent un modèle concernant la protection juridique prénatale, avant ou pendant la conception de l'enfant, et au vu des éléments précédemment énoncés, je répondrais par la négative.

La Belgique n'offre pas de protection juridique prénatale générale, mais la législation contient cependant des dispositions spécifiques prenant suffisamment en considération l'enfant à naître et protégeant ainsi ses intérêts. La législation sur la problématique des bébés médicaments illustre particulièrement bien ce propos. La législation belge, pour cette matière, est particulièrement détaillée, bien plus que celle aux Pays-Bas et dans de nombreux pays. La législation belge vient en effet protéger l'enfant à naître en s'assurant de la motivation des parents d'avoir cet enfant pour lui-même et non pas uniquement à des fins thérapeutiques. La législation concernant le refus d'accès à un traitement de PMA semble également refléter une volonté du législateur de protéger l'enfant à naître d'une situation pouvant lui être préjudiciable en confiant le soin aux personnes, selon lui, les plus qualifiées d'évaluer si les auteurs ainsi que leur projet parental sont dans l'intérêt de l'enfant à naître.

La Belgique semble, en conclusion, offrir suffisamment de protection à l'enfant à naître en matière de procréation et paraît, *a fortiori*, plus protectrice vis-à-vis de l'enfant à naître que les Pays-Bas.

Une réponse aussi claire ne peut cependant pas s'appliquer au second chapitre, et particulièrement à la seconde section de celui-ci. Il n'est en effet pas possible en Belgique de prononcer une mesure d'Aide à la jeunesse à l'égard d'un enfant à naître, contrairement aux Pays-Bas qui peuvent quant à eux, prononcer une *mise sous tutelle* de l'enfant à naître, mettre fin à l'autorité parentale des futurs parents ainsi que placer un enfant dès sa naissance. Bien que les deux dernières mesures semblent inadaptées à l'égard d'un enfant à naître, une mesure de *mise sous surveillance* pourrait toutefois s'envisager en Belgique, à condition qu'elle soit suffisamment encadrée pour éviter tout abus, qu'elle offre suffisamment de sécurité juridique et qu'elle ne se justifie qu'en cas d'échec de l'aide volontaire et en ultime recours.

Une mesure de *mise sous surveillance* constitue une mesure où l'atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne enceinte « se limite » à une restriction formelle de l'autorité. Cette restriction doit absolument être efficace, proportionnelle et balisée pour ne s'appliquer que dans les cas les plus graves et lorsque toutes les aides volontaires ont été épuisées (subsidiarité).

Une seconde solution permettant la protection d'enfant à naître contre un préjudice prénatal est la possibilité d'ordonner des mesures de soins obligatoires. Concernant cette solution et notamment la possibilité d'internement, qui a notamment été évoquée dans la proposition de loi de 2020 visant à instaurer une protection juridique de l'enfant à naître⁴²⁷, celle-ci semble difficilement envisageable en droit belge. Cette proposition de loi proposait de pouvoir « invoquer la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, qui cite notamment la menace grave pour la vie ou l'intégrité

⁴²⁷ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1029/001.

d'autrui pour justifier une décision d'hospitalisation forcée prise par le juge de paix »⁴²⁸ et ainsi appliquer cette loi de façon similaire à la Wvvgz aux Pays-Bas. Une privation matérielle de liberté d'une personne enceinte ayant des problèmes de dépendance paraît selon moi, peu voire pas justifiable dans la mesure où une telle mesure ne peut être considérée comme proportionnelle. Il n'est en effet pas possible de prouver avec certitude que l'enfant aura effectivement un préjudice résultant du comportement de la personne enceinte.⁴²⁹ Par conséquent, même si la mesure protège effectivement l'enfant à naître contre un risque ou un danger réel et que toute aide volontaire a été épuisée, l'atteinte à la vie privée et à la liberté de la personne enceinte ne pourrait, selon moi, être considérée comme proportionnelle au danger ou au dommage à prévenir de l'enfant à naître.

Il est donc avéré que les Pays-Bas offrent, actuellement, plus de protection juridique vis-à-vis de l'enfant à naître que la Belgique. Force est de constater cependant que cette protection est davantage le fruit de mécanismes bricolés par la jurisprudence, que de réelles consécutions légales. Certes, la Wvvgz en étendant sa portée et en visant explicitement l'enfant à naître dans l'exposé des motifs, offre davantage de clarté, mais celle-ci ne constitue pas pour autant une réglementation solide.

Le manque de clarté premièrement sur la notion de l'enfant à naître (cf. la contraception forcée parfois justifiée comme mesure de protection à l'égard d'un enfant non encore conçu) et deuxièmement, sur les mesures de protection possibles, a pour lourde conséquence de sérieusement compromettre la justification des atteintes aux droits fondamentaux des personnes enceintes, a fortiori lorsque ces personnes sont dans une large majorité, des femmes étant déjà dans une situation de vulnérabilité.⁴³⁰

Si de telles mesures ont vocation à voir le jour en Belgique, celles-ci devraient, selon moi, tout d'abord se faire par des dispositions spécifiques et non par le biais d'un article consacrant une protection générale de l'enfant à naître comme c'est le cas aux Pays-Bas. Une telle disposition comporterait en effet, un risque disproportionné d'abus. Ces dispositions légales devraient clairement définir ce qu'elles entendent par enfant à naître. Le point de départ pour la prise de mesures juridiques prénatales pourrait, selon moi se placer avant le délai de 24 semaines, et ce, pour trois raisons. La première étant que ce délai représentant le seuil de viabilité est moins important dans le système juridique belge. Les premiers moments de développements de l'enfant à naître sont ensuite particulièrement importants, voire les plus importants en matière de protection de l'enfant à naître. Ordonner des mesures ultérieures avec un risque que ces mesures ne parviennent pas à éviter un préjudice déjà causé antérieurement me paraît peu logique et d'autant plus disproportionné par rapport aux droits de la personne enceinte.

Il faudrait également strictement établir quelles mesures sont possibles et comment elles s'articulent en pratique.

Il convient enfin de rappeler qu'il est absolument primordial de privilégier l'aide et l'accompagnement volontaire de la personne enceinte et que des mesures contraignantes doivent rester tout à fait exceptionnelles.

⁴²⁸ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord.2019-2020, n° 1029/001, p.5.

⁴²⁹ W.J. DONDORP, G.M.W.R..DE WERT, *o.c.*, 2022, p.119.

⁴³⁰ *Ibid.*, p.119.

De nombreuses initiatives ont vu le jour en Belgique pour accompagner les femmes enceintes vulnérables et le succès de telles initiatives repose sur la confiance établie entre la personne enceinte vulnérable et l'organisation à l'initiative. Le risque, avec la création de mesures juridiques contraignantes pour les personnes enceintes, serait donc de rompre ce lien de confiance avec ces organisations mais également avec les prestataires de soins en général. Une telle rupture pourrait avoir des conséquences désastreuses sur la protection de l'enfant à naître. Si le droit belge rend de telles mesures possibles, il faut donc une très grande prudence.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

1. Internationale

- 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, signée à Oviedo le 4 avril 1997.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signée à New York le 18 décembre 1979.
- Observation Générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération de manières primordiales (art. 3, §1), Comité des droits de l'enfant, 2013.

2. Belgique

- Loi spéciale du 8 août 19 'de réformes institutionnelles', *M.B.*, 15 août 1980, p.9534.
- Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, *M.B.*, 27 juillet 1990, p.14806.
- Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, *M.B.*, 28 mai 2003, p.29287.
- Loi du 22 août 2002 sur les droits des patients, *M.B.*, 6 octobre 2002, p.43719.
- Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p.38575.
- Loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales ou à des fins de recherche scientifique, *M.B.*, 30 décembre 2008, p.68774.
- Loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, *M.B.*, 29 octobre 2018.
- Loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé, *M.B.*, 14 mai 2019, p.46372.
- Avis CE n°67.057/AG/AV du 12 novembre 2020 sur une proposition de loi 'modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale', *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1029/001.
- Avis CE ° 67.122/AV du 19 juin 2020 sur une proposition de loi modifiant diverses dispositions législatives en vue d'assouplir les conditions pour recourir à l'interruption volontaire de grossesse, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-0158/12.
- Avis de la section de législation du Conseil d'État sur la proposition de loi 'modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale', n°67.057/AG du 12 novembre 2020, *Doc.parl.*, Ch. Repr.,sess. ord.2019-2020.

- Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord, 2019-2020, n° 1029/001.
- Proposition de loi modifiant la loi du 6 juillet sur la procréation médicalement assistée et la destination des embryons et gamètes excédentaires afin d'interdire la sélection du sexe du futur embryon, *Doc.Parl.*, Sén., sess. ord. 2010-11, n° 904/1.
- Proposition de loi relative au diagnostic prénatal et au diagnostic préimplantatoire, *Développements, Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 2003-2004, n° 3-416/1.
- Proposition de loi visant à assouplir les conditions de l'interruption de grossesse, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 2019, n° 55-0158/1.
- Proposition de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, *Doc.parl.*, Ch. Repr., sess. ord 2017-2018, n°543216/001.
- Question parlementaire du 2 février 2011, n° 2395, Compte Rendu Intégral, Ch.Repr., 2010-2011, commission de la Santé publique, 2 février 2011.
- Commission nationale d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse (loi du 13 août 1990), Rapport à l'attention du parlement (1er janvier 2016 – 31 décembre 2017), février 2020.
- Décr. Comm. Fr. du 18 janvier 2018 portant le code de la prévention, de l'Aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, *M.B.*, 3 avril 2018, p.31814.
- Décr. Comm. Fl. van 13 september 2013 betreffende de integrale jeugdhulp, *M.B.*, 13 september 2013, p.65154.

3. Pays-Bas

- C.civ. néerl.
- C. pén. Néerl.
- Wet van 17 november 1994 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opneming van bepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, 22 december 1994.
- Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (*Embryowet*), 2 juli 2002.
- Wet van 1 maart 2014 inzake regels over de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor preventie, ondersteuning, hulp en zorg aan jeugdigen en ouders bij opgroei- en opvoedingsproblemen, psychische problemen en stoornissen (*Jeugdwet*) , 12 april 2014.
- Wet van 7 oktober 2015 over kwaliteit, klachten en geschillen zorg, 11 november 2015.

- Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), 16 februari 2018.
- Regeling van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 februari 2009, nr. CZ-TSZ-2912089, houdende regels ten aanzien van preïmplantatie genetische diagnostiek (PGD) (Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek).
- Regeling centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking in een categorie 2-geval en levensbeëindiging bij pasgeborenen.
- Kamerstukken II 2015/16, 32399, n° 3 p. 55-56.
- Kamervragen Aangangsels Handelingen II 2014/15, 3287.
- Kamerstukken II 2006/07, Aangangsels, n°2267, pp.4803-4804.
- Tweede Kamer, “Memorie van Toelichting – Regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap (Wet afbreking zwangerschap)”, (Wet afbreking zwangerschap), 1978-1979, 15 475, n°. 1-4, pp. 32-33.
- College van procureurs-generaal, 2017, “Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen”, Beoordelingscommissie Late Zwangerschapsafbreking en Levensbeëindiging bij Pasgeborenen.
- M.v.T, Regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), *Parl.St.* Tweede Kamer der Staten-Generaal 2009-2010, nr. 32399.

Doctrine

1. Belgique

- Avis n°3 du Comité consultatif de Bioéthique relatif au choix du sexe du 17 novembre 1997.
- Avis n°22 du Comité consultatif de Bioéthique relatif au choix du sexe pour des raisons non médicales du 19 mai 2003.
- Avis n°27 du Comité consultatif de Bioéthique, relatif au don de sperme et d'ovules, du 8 mars 2004.
- Avis n° 33 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique relatif aux modifications géniques somatiques et germinales à visées thérapeutiques et/ou amélioratives du 7 novembre 2005.
- Avis n°71 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique relatif à la pratique d'une interruption tardive de grossesse pour raisons médicales du 8 mai 2017.
- AMULI K., DECABOOTER K., TALRICH F., RENDERS A. et BEECKMAN K., « Born in Brussels screening tool : the development of a screening tool measuring antenatal psychosocial vulnerability », *B.M.C.*, 2021, pp.1-13.
- ARDUIN P.-O., « Le législateur reviendra-t-il sur sa décision lors du réexamen de la loi de bioéthique en 2010 ? 'Bébé-médicament' ou 'bébé-instrument' ? », *Ethique et Santé*, 2010, pp. 123-127.
- ASSELMAN H. et PUT J., « Jeugdhulp tussen beschermingsplicht en inmengingsverbod », in *Liber amicorum* (sous la dir. de P. SENAËVE), Antwerpen, Wolters Kluwer, 2017, p.705-731.
- BARBAIX R. et CARETTE N., *Privaat (vermogens)recht*, Mortsel, Intersentia, 2018, 216p.
- BOTMAN C., « Chronique de législation en droit privé (1er juillet - 31 décembre 2020) (première partie) », *J.T.*, 2021, pp.877-885.
- BROCHIER C., « Le bébé-médicament », *Dossier de l'Institut Européen de Bioéthique*, 2005, pp.1-9.
- BRULOOT D., DE CORTE R. et DE GROOTE B., *Privaatrecht in hoofdlijnen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 446p.
- CASSIERS A., « Annotation La validation de la loi sur l'avortement du 15 octobre 2018 par la Cour constitutionnelle, à tort ou à raison ? », note sous C.C., 24 septembre 2020, n° 122/2020, *T.G.Z.*, 2021, pp.317-325.
- COLETTE-BASECQZ N., « Quelques réflexions autour des conditions légales qui encadrent la stérilisation médicale », *Rev.dr.santé*, 2007, pp. 2-10.
- M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *R.T.D.F.*, 2008, pp.280-359.
- DE MEYER F. en DE MULDER C., « Een nieuw tijdperk voor abortus? Een analyse van het voorstel ter versoepeling van de Belgische abortuswet », *Family & Law*, 2021, pp.1-51.
- DE MULDER C., « Risicovol ouderschap tijdens de zwangerschap: maatregelen ter bescherming van ongeboren en toekomstige kinderen », *T.Fam.*, 2022, pp.5-20.

- DE MULDER C., « Kanttekening - De prenatale erkenning vanaf de verwekking en de invloed ervan op het juridisch statuut van ongeboren menselijk leven », *R.W.*, 2017, pp. 637-640.
- DE NAUW A., « Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en de openbare zedelijkheid », in *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, (sous la dir. de A. DE NAUW), Malines, Kluwer, 2010, pp. 128-142.
- DE SMET B., *Juridische aanpak van problemen rond opvoeding. Begeleiding van kinderen in nood en onbuigzame pubers*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 197p.
- DONDORP W.J., PLOEM M.C. et GERAEDTS J., « Geslachtskeuze om medische redenen » *T.v.G.R.*, 2016, pp.15-23.
- FEUILLET-LIGER B. et AOUJI-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine – Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 410.
- FIERENS J., « Un pas de plus vers l'eugénisme social ? La proposition de loi n° 55-1029 modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale », *J.D.J.*, 2020, pp.13-16.
- HERBRAND C., « La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique : reflet de la diversité familiale ? » in *Le droit des familles : genre et sexualité* (sous la dir. de GALLUS N.), Bruxelles, Anthemis, 2012, pp.321-337.
- HOOGERS S., « Sterilisatie en gedwongen sterilisatie van wilsonbekwamen », Bruxelles, *Jura Falc.*, 2005, pp.3-35.
- HUYGENS A., « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *R.D.S.*, 2011-2012, pp. 212-229.
- GALLUS N., *Bioéthique et droit*, Limal, Anthémis, 2013, 297p.
- GEORGE F., « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient », *Rev. belge dom. corp. Méd. Lég.*, 2021, pp.32-37.
- GENICOT G., « Section 1 - Le statut juridique de l'embryon et du fœtus » in *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp.698-703.
- GENICOT G., « L'autonomie des centres de procréation médicalement assistée doit être mise en œuvre avec humanisme », *Rev. belge dom. corp. méd. lég.*, 2019, pp. 115-127.
- GENICOT G., « Blouses blanches et robes noires : ce que le droit attend des médecins », in *Les responsabilités professionnelles* (sous la dir. de BOUFFLETTE S.), Limal, Anthemis, 2017, pp. 145-267.
- KIVIKCIM-FORSMAN Z., « Eugénisme et de diverses formes », *Rev. Trim. Dr. H.*, pp. 515-535.
- LELEU Y-H. et LANGENAKEN E., « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? » in *the Belgian reports at the congress of Brisbane of the international Academy of Comparative law*, Brussel, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.657-666.
- LIEKENS R., « We moeten sommige mensen minstens tijdelijk beletten om kinderen te krijgen », *Humo*, 2019, pp.49-53.
- MARLIER K., « Inzetten op preventie en geïntegreerde zorg voor kwetsbare zwangeren », *Zorwijzer*, 2022, pp.-15.
- MOENS B. et RIGO A., « Preïmplantatie Genetische Diagnostiek met HLA-typing en het toekomstig welzijn van de saviour baby », *Ethiek & Maatschappij*, 2012, pp.1-14.

- NYS H. et HANTSON J., « Commentaar bij art. 1 Geesteszieke », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (sous la dir. de P. SENAEVE, F. SWENNEN, et G. VERSCHelden), Mechelen, Wolters-Kluwer, 2012, pp.1-10.
- NYS H., « Commentaar bij art. 2 Geesteszieke », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (sous la dir. de P. SENAEVE, F. SWENNEN, et G. VERSCHelden), Malines, Kluwer, 2012, pp.1-23.
- OPGENHAFFEN T., « Vrijheidsbeperkingen in de zorg », Morsel, Intersentia, 2020, 558p.
- OPLINUS L., *Medische hulp bij voortplanting : een juridische analyse*, Intersentia, Bruxelles, 2022, 650p.
- OPLINUS L., « 'Nieuwe' abortuswet ziet na 28 jaar levenslicht », *J.K.*, 2018, pp.3-24.
- OPLINUS L., « Kind van de rekening », *R.W.*, 2022, p. 770.
- SCHRYVERS K., DE RUDDER M., JANS V., SCHAUVLIEGE J. et VANDROMME L., « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over het uitbouwen van een beleid voor de bescherming van het ongeboren kind bij een verontrustende zwangerschap », *Parl. Flam.*, 2021, 16p.
- Parl. FI., PARYS L., SLEURS E., DANIELS K., V-VAN DER VLOET T. et VERHEYEN K., « Conceptnota voor nieuwe regelgeving over de ondertoezichtstelling van het ongeboren kind van een zwangere vrouw met een verslavingsproblematiek als nieuwe jeugdhulpmaatregel », *Parl. Flam.*, 2021, 14p.
- PATERNOTTE D., *Revendiquer le « mariage gay » – Belgique, France, Espagne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, 270p.
- ROTTHIER K., *Gedwongen opname van de geesteszieke – Handleiding bij de Wet Persoon Geesteszieke*, Bruges, die Keure, 2012, 470p.
- SCHIFFINO N., « La régulation publique de la biomédecine », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2017, pp.5-64.
- SCHIFFINO N., « Le système politique belge et la régulation publique de la P.M.A. : clivage, jeu politique et temps », *L'Observatoire de la génétique*, 2007, pp. 38-64.
- SQUIFFLET A.-C., « Gamètes, gonades, embryons: du matériel corporel comme un autre? Analyse croisée des lois du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain » in *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. Regards croisés du droit et de la pratique médicale* (sous la dir. de GALLUS N. et MASSAGER N.), Limal, Anthemis, 2017, pp.33-74.
- SWENNEN F., *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 900p.
- SWENNEN F., « Kan alcoholisme een geestesziekte zijn die tot dwangopname leidt? », note sous Cass. 22 octobre 1998, *R.W.*, 1999, pp. 1383-1388.
- SWENNEN F., *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 602p.
- SWENNEN F., «Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk», *Rev. Dr. Santé*, 1998, pp.3-22.
- TILMANS-CABIAUX C. et DUCHÊNE J., *Risquer de naître. Médecine prénatale et tests génétiques*, Namur, Presse universitaires de Namur, 2002, 214p.
- TROUET C., DREEZEN I., « Rechtsbescherming van de patiënt : De wet van 22 aout 2002 betreffende rechten van de patiënt », *N.J.W.*, 2003, pp.2-11.

- TROUET C., «Sterilisatie, huwelijk en mensenrechten: een vruchtbare combinatie? », note sous Cass., 14 decembre 2001, *Jaarboek Mensenrechten*, 2002, pp. 254-264.
- VAN HAECKE M., PROVOOST V. et PENNINGS G., « Attitudes van medewerkers van fertiliteitscentra ten aanzien van de Belgische wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », *Tijdschr. voor Geneeskunde*, 2010, pp.1076-1084.
- VANDERHULST V., « Medisch begeleide voortplanting » *In Handboek gezondheidsrecht*, (sous la dir. de VANSWEEVELT T. et DEWALLENS F.), Anvers, Intersentia, 2014, pp.31-161.
- VANDROMME S., « De taken van het openbaar ministerie bij de bescherming van geesteszieken », *in Beschermden personen in recht en praktijk*, (sous la dir. De SWENNEN F. et WUYTS T.), Bruxelles, Larcier, pp.85-119.
- VANSWEEVELT T., «Abortus», *in Handboek Gezondheidsrecht. Volume II, Antwerpen* (sous la dir. de T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS), Intersentia 2014, pp.189-281.
- VAN OS E.C.C. et HENDRIKS A.C., «Wie is de baas over de baarmoeder : Mensenrechtelijke aspecten van de bescherming aan ongeborenen », *F.J.R.*, 2010, pp.180-186.
- VEYS V., *De wet patiëntenrechten in de psychiatrie*, Gand, Larcier, 2008, 245p.
- WILKINS R., HURWITZ M. et LUYCKFASSEEL L., « Abortion on the basis of foetal seks : calling choice into question », *The European Magazine for Sexual and Reproductive Health*, 2015, pp. 22-23.
- WOUTERS M., note sous Cass., 22 décembre 1992, *R.W.*, 1994, pp. 462-465.
- X., « Fiche didactique : le diagnostic pré-implantatoire (DPI) », Les Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique, 2p.

2. Pays-Bas

- BIJLSMA M., ENKELAAR A., HERES B., HONIG A. et WENNINK J., « De mogelijkheid van ondertoezichtstelling van het nog ongeborn kind bij twijfels over de veiligheid van de thuissituatie », *N.T.v.G.* 2008, pp.895-898.
- BLANKMAN K., « Reactie op FJR 2009/3 », *F.J.R.*, 2009, pp.13-14.
- BOEREFIJN I., « Verplichte anticonceptie voor vrouwen is in strijd met mensenrechten », *N.J.B.*, 2017, pp.865-869.
- DE GRAAF P., « Kwetsbare vrouwen krijgen via de rechter verplichte anticonceptie », *V.K.*, 2021, pp.1-3.
- DE GROOT C., VLAARDINGERBROEK ., RIJLAARSDAM F. et SCHNEIDER R., « Verplichte anticonceptie », *N.J.B.*, 2017, pp.2325-2327.
- DE GROOT C., « Sommige vrouwen mogen geen moeder worden », *N.R.C.*, 2017, pp.1-5.
- DE LOO K., *Prenatale kindbescherming: De rechtsbescherming van de ongeborene en het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw*, Weert, Celcus Juridische Uitgeverij, 2019, 212p.
- DONDORP W.J., DE WERT G.M.W.R.. « De foetus of het toekomstige kind? » *T.v.G.R.*, 2022, pp.114-128.
- DONDORP W.J., PLOEM M.C, DE WERT G.M.W.R., DE VRIES M.C. et GEVERS J.K.M., *Derde evaluatie Embryowet*, Schultenprint, Den Haag, 321p.
- DORSCHIEDT J.H.H.M., « End of life-decisions in neonatology and the right to life of the disabled newborn child: impressions from the Netherlands », in *Disabled people and the right to life, The Protection and Violation of Disabled People's Most Basic Human Right* (sous la dir. de CLEMENTS L. et READ J., Oxford: Routledge, 2008, pp.176-194.
- DORSCHIEDT J.H.H.M., « Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection », *European Journal of Health Law* 2010, pp.4433-454.
- DORSCHIEDT J.H.H.M., «Het belang van de ongeboren proefpersoon: de foetale chirurgie als casus», *T.J.R.*, 2013. , pp. 134-139.
- DORSCHIEDT J.H.H.M., «Levensbeëindiging bij pasgeborenen: recente ontwikkelingen onder de loep», *N.J.B.*, 2015, pp.1415-1423.
- DORSCHIEDT H.H.M., HUBBEN J.H., «Enkele ontwikkelingen aangaande de juridische positie van het ongeboren kind: is een ruimere prenatale rechtsbescherming gewenst? », in *Markante Analyses. Bundel ter gelegenheid van het afscheid van prof.mr. M.H. Wissink* (sous la dir. de DE JONG G.T., KLAP-DE NOOIJER L.M., KRANS H.B. et. OLDENHUIS F.T), Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, pp.9-27.
- DORSCHIEDT J., «Rechter laat foetaal belang onbeschermd», *N.J.B.*, 2012, pp.1603-1604.
- ENKELAAR A.C et VAN DER DOES A.C, « ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte », *T.J.R.*, 2009, 128-138..
- GEVERS S., « Late Abortion in Case of Severe Foetal Abnormality », *European Journal of Health Law*, 2013, pp. 445-449.

- GRAPPERHAUS J., « Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde 'personae miserabiles' in het familie(vermogens)recht - in het bijzonder het belang van het kind », *Ars Aequi*, 2008, pp.861-875.
- GROENHUIJSEN L., RIETBERGEN M., SMITS V. et VLAARDINGERBROEK P., « De bijzondere curator Stem voor het kind in het recht », *S.W.P.*, 2017, pp.8-38.
- HENDRIKS A.C., «Voorkomen is beter dan genezen, ook tijdens de zwangerschap», *Ars Aequi*, 2010, pp.304-306.
- HENDRIKS A.C., MIRJAM J.P., DE VRIES C., «Wet verplichte ggz biedt meer mogelijkheden om zwangeren te begeleiden», *Ned. Tijdschr. Geneesk.*, 2022, pp.1-4.
- HUYGENS A., «Preventie van prenatale schade: reactie op FJR 2009, 3 », *F.J.R.*, 2009, p.57.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « The Society for the Protection of Unborn Children v. Grogan: Rereading the Case and Retelling the Story of Reproductive Rights in Europe » , *EU L. St.*, 2017, pp.393-417.
- KENNEDY K., « How to combat prenatal substance abuse while also protecting pregnant women: A legislative proposal to create an appropriate balance », *Ark. L. Rev.*, 2017, pp.167-192.
- KOK J., « Wet herziening kinderschermingsmaatregelen: een analyse van eerste rechtspraak », *T.F.J.*, 2017, pp.166-172.
- KOK J., « beëindiging van het gezag», *T.F.J.*, 2016, pp.29-32.
- KOTTENHAGEN R.J.P., « Botsende rechten tussen moeder en ongeboren kind. Kan een zwangere vrouw tegen haar wil gedwongen worden een medische ingreep te ondergaan ten behoeve van de nasciturus? », *T.v.G.R.*, 2008, pp.492-503.
- KOTTENHAGEN R., « Kan het kind de schade verhalen die tijdens de zwangerschap door de ouders is toegebracht? », *LenS*, 2019, pp. 7-15.
- KOTTENHAGEN R., «Juridische mogelijkheden ter voorkoming of beperking van geboorteschade als gevolg van het handelen van de moeder, een stand van zaken», *LenS*, 2009, pp.5-17.
- LEENEN H.J.J., GEVERS J.K.M., LEGEMAATE J., PLOEM M.C., VAN DER MERSCH M.F., PLOMP E., DÖRENBERG V.E.T. et DE JONG E.J.C., *Handboek gezondheidrecht*, La Haye, Boom juridisch, 2020, 928p.
- MARÉE K., « Kwetsbare vrouwen krijgen verplichte anticonceptie na uitspraak rechter », *N.R.C.*, 2021, pp.1-6.
- MERCKX E., « Gedwongen anticonceptie: een kwestie van mensenrechten », *D.J.K.*, 2016, p.10.
- MIDDELKOOP H.E. et SATINK A.E.J., « Het recht op bescherming tegen prenatale gezondheidsschade », *F.J.R.*, 2019, pp.50-59.
- Y. MUTSAERS- BOGAERS, « goed hulpverlenerschap jegens het ongeboren kind', tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht, januari 2018, pp.19-24.
- NOTELTEIRS M. en OPGENHAFFEN T., « Huisregels in de residentiële geestelijke gezondheidszorg. Orde op zaken gesteld », *T. Gez.*, 2020, pp.169-188.
- PLOEM M.C., DONDORP W.J., LEGEMAATE J. et DE WERT G.M.W.R., « De Embryowet opnieuw geëvalueerd », *T.v.G.R.*, 2014, pp. 178-191.

- RAAD VOOR STRAFRECHTSTOEPPASSING EN JEUGDBESCHERMING, Advies Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid, 15 juni 2015, 212p.
- RUIS J., « Grenzen aan kunstmatige donorbevruchting? », Thèse de doctorat, Université de Tilburg, 2021, 465p.
- SATINK A.E.J., « De Raad voor de Kinderbescherming en de bestrijding van ernstige en (mogelijk) fatale kindermishandeling in het licht van de nieuwe gemeentelijke, verantwoordelijkheid », *T.J.R.*, 2018, pp.96-106.
- TEN HAAF L., « Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction », *Laws*, 2016, pp.1-16.
- TEN HAAF L., « Grondrechten en het ongegronde recht op niet-bestaan : Gedwongen anticonceptie gezien in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM », *Ars aequi*, 2017, pp.189-193.
- TEN HAAF L., « Unborn and future children as new legal subjects: an evaluation of two subject-oriented approaches - the subject of rights and the subject of interest », *German Law Journal*, 2017, pp.1091-1120.
- TEN HAAF L., « De ondertoezichtstelling van een nog iet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe? », *N.J.B.*, 2021, p.1968-1971.
- VAN DER VLEUTEN C. et VAN KOLFSCHOOTEN H., « Van verplichte geestelijke gezondheidszorg naar verplichte anticonceptie ? », *N.J.B.*, 2022, pp.736-745.
- VAN OS E.C.C. et HENDRIKS A.C., « Wie is de baas over de baarmoeder? Mensenrechtelijke aspecten van de bescherming aan ongeborenen », *T.F.J.*, 2010, pp.180-186.
- VERKROOST D.S., « Jeugdhulpverlening 'met zachte drang': duidelijkheid vereist », *T.J.R.* 2019, pp.17-24.
- VISSER M.R.M., JANSSEN A.J.G.M., ENSCHEDÉ M., WILLEMS A.F.M.N., TE BRAAKE Th.A.M., HARMSSEN K., SMETS E.M.A., DE HAES J.C.J.M. et GEVERS J.K.M., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag, ZonMw, 2019 ,214p.
- VLAARDINGERBROEK P., « Commentaar op art. 3:3 Wvvgz », in *Tekst & Commentaar Personen- en familierecht*, Deventer, Malines, Kluwer, 2020, pp. 1-2.
- WEIJERS X., « Prenatale kinderbescherming. Nuttig maar ook dubieus advies RSJ » *F.J.R.*, 2015, pp.233-235.
- WINTER H.B., DONDORP W.J., PLOEM M.C., WOESTENBURG N.O.M., AKERBOOM C.P.M., LEGEMAATE J. et DE WERT G.M.W.R., *Evaluatie Embryowet en Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting*, Den Haag: ZonMw, 2012, 318p.

Jurisprudence

1. Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. D.H., Arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011.
- Cour. eur. D.H., Arrêt *Costa et Pavan c. Italie* du 28 août 2012.
- Cour eur. D.H., Arrêt *A, B et C c. Irlande* du 16 décembre 2010.
- Cour eur. D.H., Arrêt *S.H. c. Royaume-Uni*, 3 novembre 2011.
- Cour eur. D.H., Arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007.
- Cour eur. D.H., Arrêt *S.H. c. Royaume-Uni*, 3 novembre 2011.
- Cour eur. D.H., Arrêt *X. c. Belgique et Pays-Bas*, 10 juillet 1975.
- Cour eur. D. H., Arrêt, *V. c. Slovaquie* du 8 novembre 2011.

2. Belgique

- Cass. 2 mars 2012, *Arr.Cass.*, 2012, pp.502-519.
- Cass., 17 december 1998, *Arr.Cass.*, 1998, p.525.
- C.const., 5 octobre 2011, n° 146/2011.
- C.cons, 24 septembre 2020, n° 122/2020, *T.G.Z.*, 2021, p.324.
- C.E., 3 avril 2014, n° 227.035.
- C. Appel, arrêt du 28 juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p.553
- Gand, 11 mars 1992, *T. Gez.*, 1996, p.583.
- Civ. Bruxelles fr. (75e ch.), 13 octobre 2016.

3. Pays-Bas

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 23 januari 2020, ECLI :NL :GHARL :2020 :661.
- Hoge Raad, 23 septembre 2005, ECLI ; NL :HR :2005 :AU0372, N.J., 2007/230.
- Hoge Raad, 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:123.
- Rb. Amsterdam, 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:10059.
- Rb. Amsterdam, 2 december 2020, ECLI :NL :RBAMS :20206383.
- Rb. Breda, 27 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:20206887.
- Rb. Den Haag, 14 oktober 2021, ECLI :NLRBHA :2021 :11864.
- Rb. Den Haag, 8 janvier 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:453.
- Rb. Den Haag, 17 november 2020, C/09/602127 / JE RK 20-2580.

- Rb. Dordrecht du 7 février 2012, ECLI :NL :RBDOR :2012 :BV6246.
- Rb. Gelderland, 20 mei 2021, C/05/385208 / FA RK 21-900 ECLI:NL:RBGEL:2021:2631.
- Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG0849
- Rb. Groningen 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BG4372.
- Rb. Limburg 19 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2187.
- Rb. Oost-Brabant 14 décembre 2020, C/01/365294 / FA RK 20-5972.
- Rb. Limburg 6 février 2018, C/03/245234 / JE RK 18-78.
- Rb. Limburg 18 décembre 2020, C/03/285752, ECLI :NL :RBLIM :2020 :10620, JE RK 20-2546.
- Rb. Limburg, 10 december 2021. ECLI:NL:RBLIM:2021:9953.
- Rb. Maastricht 13 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012/BW5222.
- Rb. Noord-Nederland 8 januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:104.
- Rb. Noord-Holland 18 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7328.
- Rb. Oost-Brabant 14 december 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:6587.
- Rb. Roermond 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ0644.
- Rb. Rotterdam, 22 juin 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6895.
- Rb. Rotterdam 8 september 2020, ECLI :RBROT :20209178.
- Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8461.
- Rb. Rotterdam 12 mars 2020, ECLI :NL :RBROT:2489.
- Rb. Noord-Nederland, 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3420.
- Rb. Noord-Nederland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4706.
- Rb. Zeeland-West-Brabant, 22 mars 2017, ECLI:NL:RBZZWB:2017:2587.
- Rb. Zeeland-West-Brabant, 18 januari 2021, ECLI:RBZWB:2021:653.
- Rb. Zeeland-West Brabant 12 oktober 2021, ECLI:NL:RZBWB:2021L5539.

Sites internet

1. Belgique

- https://www.standaard.be/cnt/dmf20190122_04122755 (consulté le 15 mars 2022).
- <https://www.vlaanderen.be/>, (consulté le 6 juillet 2022).
- <https://weliswaar.be/waarom-verplichte-anticonceptie-niet-levensvatbaar-0>, (consulté le 6 juillet 2022).
- <https://www.erasme.ulb.ac.be/fr/services-de-soins/glossaire-medical/interruption-medicale-de-grossesse-img> (consulté le 12 mars 2022).
- <https://www.ieb-eib.org/fr/actualite/debut-de-vie/avortement/l-avortement-d-un-enfant-presque-a-terme-est-bien-possible>
[1242.html#:~:text=Un%20examen%20de%20la%20loi,incurable%20au%20moment%20du%20diagnostic%20%C2%BB](https://www.ieb-eib.org/fr/actualite/debut-de-vie/avortement/l-avortement-d-un-enfant-presque-a-terme-est-bien-possible) (consulté le 8 juillet 2022).
- [Onze tool – Born in Belgium Pro](#) (consulté le 8 juillet 2022).

2. Pays-Bas

- <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/anticonceptie-en-kwetsbaar-ouderschap.htm> , (consulté le 7 juillet 2022).
- <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/5192927/vrouwen-geen-moeder-verplichte-anticonceptie#:~:text=Belang%20van%20het%20kind&text=Andere%20voorbeelden%20die%20de%20expertgroep,onder%20controle%20hebben%20met%20medicatie> (consulté le 12 mars 2022).
- <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/abortus/vraag-en-antwoord/abortus-hoeveel-weken> (consulté le 13 juin 2022).
- <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/modelprotocol-Medisch-handelen-late-zwangerschapsafbreking-december-2017-definitief.pdf> , (consulté le 12 mai 2022).
- <https://www.nvog.nl/wp-content/uploads/2017/12/modelprotocol-zwangerschapsbeëindiging-op-maternale-indicatie-december-2017-definitief.pdf>. (consulté le 3 juillet).
- <https://www.eur.nl/nieuws/waarom-abortus-strafbaar-gesteld-het-wetboek-van-strafrecht> , (consulté le 14 juillet 2022).
- <https://www.nd.nl/nieuws/politiek/1123941/is-het-wel-zo-n-goed-plan-om-abortus-uit-het-wetboek-van-strafrecht> , (consulté le 14 juillet 2022).
- <https://www.rsj.nl/documenten/rapporten/2015/06/15/advies-prenatale-kinderbescherming-en-de-rol-van-de-overheid>. (consulté le 16 juillet 2022).

