

ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, chambres réunies, saisi par le Président du Conseil de la Communauté française, le 13 novembre 1984, d'une demande d'avis sur une proposition de décret "relative à l'insémination artificielle des êtres humains", ainsi que sur les amendements à cette proposition, a donné le 19 décembre 1984 l'avis suivant :

I. PORTEE DE LA PROPOSITION.

L'intitulé de la proposition de décret fait clairement apparaître quel en est l'objet : il s'agit d'une réglementation "relative à l'insémination artificielle des êtres humains". Les développements de la proposition sont toutefois muets sur le point de savoir quelle est ou quelles sont les dispositions de la Constitution ou de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (dénommée ci-après la loi spéciale) qui, selon les auteurs de la proposition, permettraient à la Communauté française de considérer une telle réglementation comme relevant de sa compétence.

Les compétences attribuées aux Communautés et aux Régions sont définies, sur base de la notion de "matières", conformément au vœu de la Constitution (articles 59bis et 107quater) (1). Il n'empêche qu'une "matière" qui est demeurée de la compétence de l'autorité nationale peut présenter des points de tangence avec telle ou telle matière qui a été transférée aux Communautés ou aux Régions.

.../...

(1) Dans la mesure où elles ne sont pas définies dans la Constitution même. Il est clair, toutefois, que la réglementation présentement examinée ne peut entrer dans aucune des compétences ainsi définies (enseignement : article 59bis, § 2, alinéa 1er, 2°; emploi des langues : article 59bis, § 3).

Ce peut être le cas, notamment, lorsqu'une telle "matière" est définie davantage par son objectif qu'en fonction de son contenu ou - ce qui, dans la pratique, revient quasiment au même - lorsqu'une telle "matière" n'est rien de plus en fait, que l'un des aspects d'un problème qui en comporte d'autres (1). Il peut donc se concevoir que la question de savoir si une réglementation relève de la compétence de l'Etat, des Communautés ou des Régions ne puisse recevoir de réponse adéquate qu'une fois connu l'objectif de la réglementation ou l'angle sous lequel l'objet réglé y est envisagé. Pour la détermination de cet objectif ou de cette optique, une référence à la disposition de la Constitution ou de la loi spéciale que les auteurs de la réglementation estiment pouvoir invoquer constituera souvent un élément précieux et sera même quelquefois suffisante.

Telle est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat regrette que les développements de la proposition de décret examinée ne contiennent aucune référence de cette nature.

+

.../...

(1) Voir par exemple, en ce qui concerne les "matières culturelles" énumérées à l'article 4 de la loi spéciale, la distinction qui est faite entre "aspects" culturels et non culturels (cf. avis du Conseil d'Etat L. 11.674/1 du 6 juillet 1972 sur une proposition de loi modifiant la loi du 14 juillet 1961 en vue d'assurer la réparation des dégâts causés par le gros gibier (Doc., Parl., Chambre, 247 (1971-1972) - n° 2).

Les développements, il est vrai, font apparaître que l'on a songé en premier lieu aux "familles". Ils partent, en effet, de la constatation que "la stérilité représente un drame pour beaucoup de couples", de sorte qu' "il est nécessaire de faire bénéficier les couples stériles des moyens que leur donne la science médicale pour pallier les conséquences de leur stérilité".

Mais il faut ajouter aussitôt que la proposition dépasse le cadre de cette préoccupation, axée sur le couple.

A cet égard, il convient de relever tout d'abord que, s'il comporte des règles spécifiques relatives à l'insémination artificielle de la femme mariée (articles 2, 3, 4, 12 et 13) et de la femme non mariée qui cohabite avec un homme non marié (1), le texte de la proposition, tel qu'il est rédigé, règle l'insémination artificielle indépendamment de la question de savoir si la femme inséminée fait partie, d'une manière ou d'une autre, d'un couple (2).

.../...

-
- (1) Dans l'amendement proposé par M. Ch. PETITJEAN, les couples mariés et les couples qui vivent en concubinage sont placés sur un pied de stricte égalité.
 - (2) Dans cette optique, l'amendement proposé par M. FEDRIGO et Mme SAIVE-BONIVIER ne fait que confirmer formellement ce qui est déjà contenu implicitement dans la proposition, savoir que toute femme non mariée, même celle qui ne vit pas en concubinage, peut, elle aussi, "avoir recours à l'insémination artificielle".

L'amendement proposé par M. DELEUZE poursuit le même objectif.

On relèvera ensuite que les développements, s'ils se donnent comme point de départ le souci de venir en aide aux couples stériles, révèlent aussi que telle n'est pas la seule préoccupation qui anime les auteurs de la proposition. La proposition participe, en effet, de certaines autres préoccupations, qui n'ont rien à voir avec la promotion du "droit" des couples à la progéniture, ni d'ailleurs avec le "droit" à la progéniture en général : dans la suite des développements de leur proposition, les auteurs font part de leur souci éthique d'écarter en matière d'insémination artificielle " ... des préoccupations mercantiles ou ... des tentations de sélection ou d'amélioration de la race", et proclament leur volonté de combattre les "risques de consanguinité".

+

Si, oubliant un instant que la proposition a une portée plus étendue, l'on s'en tient à ce qui, selon les développements, en constitue l'objectif principal, à savoir le souci d'aider les couples stériles, l'on songera, du point de vue de la compétence, à l'article 5, § 1er, II, 1°, de la loi spéciale. Cet article détermine les matières personnalisables visées à l'article 59bis, § 2bis, de la Constitution. Sous la rubrique II, intitulée "En matière d'aide aux personnes", cet article mentionne au 1° "La politique familiale en ce compris toutes les formes d'aide et d'assistance aux familles et aux enfants".

La question de savoir si, compte tenu notamment de ce que sa portée est plus large que ne le requiert le souci de venir

.../...

en aide aux couples stériles (1), la proposition peut se rattacher à "la politique familiale" est une question qui ne doit, en principe, être approfondie qu'à partir du moment où il est établi que la réglementation contenue dans cette proposition peut être réputée avoir pour objet une matière personnalisable.

Le Conseil d'Etat s'attachera, dans les quelques considérations qui suivent, à justifier et à expliciter ce point de vue .

+

La notion de matières personnalisables est une notion constitutionnelle. Non pas une notion que l'on aurait pu tout aussi bien - ou presque - inscrire dans la loi, mais une notion qui, selon l'avis n° L. 13.167/2/V du 1er août 1978 que le Conseil d'Etat a donné sur les articles 73 à 92 d'un projet de loi "portant diverses réformes institutionnelles" (2), devait nécessairement être inscrite dans la Constitution pour qu'il fût possible de confier aux Communautés les matières qu'elle recouvre.

.../...

(1) Il est clair que, pour résoudre le problème de compétence qui se pose, l'on ne peut faire abstraction de cette divergence. Aucun problème de compétence de cette nature ne peut être tranché en ayant exclusivement égard à ce qui, à tort ou à raison, est présenté comme étant le but essentiel de la réglementation proposée.

(2) Doc. Parl., Chambre, 461 (1977-1978) - n° 25.

La notion de matières personnalisables est donc une notion constitutionnelle, qui, à ce titre, lie également le pouvoir législatif.

Il est vrai que le constituant a chargé le pouvoir législatif de concrétiser cette notion (1). Il ne l'a toutefois pas chargé de la définir d'une manière générale. Il est donc exclu que le législateur puisse considérer comme matière personnalisable une matière qui, d'évidence, serait tout à fait étrangère à la conception générale que le constituant s'en faisait lorsqu'il décida de confier les matières personnalisables aux Communautés. Par conséquent et eu égard au principe de la hiérarchie des normes juridiques et au principe d'interprétation qui s'y rattache et selon lequel la loi doit être interprétée plutôt dans un sens conforme que dans un sens contraire à la Constitution, il faut se demander tout d'abord si la proposition peut être considérée comme réglementant une matière personnalisable au sens de la Constitution; c'est seulement dans l'affirmative qu'il faudra rechercher à laquelle des catégories de matières personnalisables prévues par la loi spéciale cette réglementation peut être rattachée.

+

Comment le constituant a-t-il conçu les matières personnalisables ?

.../...

(1) L'article 59bis, § 2bis, alinéa 2, de la Constitution dispose "Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 1er, dernier alinéa, arrête ces matières personnalisables, ...".

La genèse de l'article de la Constitution dont il s'agit (1) montre qu'un élément fondamental de la notion de matières personnalisables, telle qu'elle a été inscrite dans la Constitution et concrétisée dans la loi spéciale, réside dans ce que l'on pourrait appeler l' "élément de communication". Il s'agit de la personne qui, pour obtenir l'une ou l'autre forme d'aide (2), s'adresse à des services, "entre en communication avec" eux, lorsque l'appartenance de cette personne à une Communauté déterminée, et principalement à une Communauté linguistique déterminée, revêt une importance essentielle lors de ces contacts (3). C'est la défense de l'intérêt que cette appartenance à une Communauté déterminée présente lors de la "communication", qui a été confiée aux Communautés, au titre de matières personnalisables, dans les domaines visés à l'article 5 de la loi spéciale.

.../...

-
- (1) Voir notamment la déclaration du Premier Ministre (Doc. Parl., Sénat 100 (S.E. 1979) - n° 27, p. 5) et la référence qu'on doit y lire au Doc. Parl., Chambre, 461 (1977-1978) - n° 1, p. 23; la déclaration du Sénateur WALTNIEL (Ann. parl. Sénat, 1979-1980, 26 juin 1980, 2004, 1ère colonne), confirmée par M. VANDERPOORTEN, Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et des Réformes institutionnelles (ibid., p. 2014, 1ère colonne).
- (2) Quelles formes d'aide ? Hic et nunc celles que le législateur a définies à l'article 5 de la loi spéciale.
- (3) Cf. HUBERLANT Ch., "Quelques aspects juridiques des réformes institutionnelles" dans : Liber Amicorum Frédéric DUMON, Anvers, Kluwer, 1983, p. 888, où il définit les matières personnalisables comme étant " ... des matières où se nouent des rapports de personne à personne et où dès lors l'appartenance de chacune des personnes affectées par ce rapport à une communauté déterminée est de nature à exercer une influence". Le souci du constituant et du législateur ne vise, bien entendu, que la personne qui s'adresse à telle ou telle autre (un médecin, un assistant social, etc.) en vue d'obtenir une aide.

Normalement, faciliter la "communication" du citoyen, c'est uniquement lui conférer des droits, sans lui imposer en même temps des obligations (1); c'est aux personnes avec lesquelles il entre en communication pour obtenir une aide que les obligations doivent être imposées.

Il s'en suit qu'au moins en principe la compétence de régler les matières personnalisables n'implique pas le pouvoir d'imposer des obligations aux personnes à protéger, d'user de contrainte à leur égard.

+

La thèse qu'il y a interdiction de principe, sinon interdiction absolue, pour les Communautés, de prendre des mesures de contrainte à l'égard des personnes dont elles ont à protéger la "communication", trouve un appui particulièrement solide dans le régime qui a été mis au point pour Bruxelles-Capitale dans le domaine des matières personnalisables.

.../...

(1) A moins qu'il ne s'agisse d'obligations établies au profit des droits conférés, telle que par exemple, l'obligation de fournir certains renseignements pour pouvoir prétendre à un droit déterminé.

Il se justifie d'autant plus de prêter une attention spéciale à ce régime que la "notion de matières personnalisables" a précisément trouvé son origine dans une tentative d'apporter une solution au fait qu'à Bruxelles le problème de la "communication" du citoyen avec des services d'aide de tous genres était réputé se poser avec une acuité particulière (1).

Or, en ce qui concerne le régime des matières personnalisables à Bruxelles-Capitale, l'idée que "les personnes ne peuvent se voir imposer aucune contrainte" se dégage clairement et avec force des travaux préparatoires (2).

.../...

-
- (1) Voir notamment la déclaration du Premier Ministre (Doc. Chambre, S.E. 1979, n° 10/5-4°, p. 13); l'intervention du député WECKX (Ann. parl., Chambre, 3 juillet 1980, p. 2302); le rapport de la commission compétente du Sénat (Doc. Sénat, S.E. 1979, n° 100/27, pp. 5-11).
- (2) Voir notamment les déclarations du Ministre des Réformes institutionnelles (F) (Sénat, Doc., 100 (S.E. 1979) - n° 27, p. 7 et p. 10; Ann. parl. Sénat, 1979-1980, 26 juin 1980, p. 2013; la déclaration de M. WECKX, rapporteur, Ann. parl., Chambre, 1979-1980, 3 juillet 1980, p. 2304).

On examinera maintenant si la caractéristique fondamentale de la notion de matières personnalisables, telle qu'elle vient d'être mise en évidence se retrouve dans les dispositions de la proposition : s'agit-il de dispositions visant à protéger des personnes qui s'adressent à l'un ou l'autre service en vue d'obtenir une aide, protection qui consisterait en ce que leur communication avec ce service serait facilitée à partir de leur appartenance à une communauté déterminée, principalement du point de vue de la langue ?

Ce genre de mesures de protection est parfaitement concevable en rapport avec le problème de l'insémination artificielle; il suffit de songer à l'information sur ce problème et aux contacts avec celui qui pratique l'insémination artificielle et avec ses collaborateurs.

Mais la proposition, si tant est qu'elle aborde cet aspect du problème, ne s'y limite certainement pas. La seule chose qui soit indéniable c'est qu'elle touche nombre d'autres aspects de ce problème, et non des moindres. On peut même affirmer qu'elle vise à régler fondamentalement le problème de l'insémination artificielle, c'est-à-dire à en régler sinon tous les aspects (elle ne semble pas régler, par exemple, le seul aspect qui réponde à la notion générale de matières personnalisables), du moins les aspects principaux, ou plus exactement les aspects que les auteurs de la proposition considèrent comme les aspects principaux. Déjà l'intitulé, dans sa concision, témoigne de cette intention : "proposition de décret relative à l'insémination artificielle des êtres humains et le dispositif répond à l'attente suscitée par l'intitulé.

Tout d'abord, ce dispositif se prononce sur la question primordiale, sur le principe même de l'admissibilité de l'insémination artificielle. Il le fait en interdisant tout objectif eugénique.

.../...

que (article 1er, alinéa 2) et en déterminant les situations où la femme mariée peut se faire inséminer artificiellement par le sperme d'un homme autre que son mari : "... en cas de stérilité masculine incurable dans l'état actuel de la science ou lorsque la procréation par le mari comporte un risque pathologique grave pour l'enfant à naître" (article 2).

Ensuite, la proposition prévoit certaines règles fondamentales qui ont trait :

- 1) aux personnes concernées ou intéressées par l'insémination artificielle : l'insémination artificielle ne peut être pratiquée qu'à la demande de la femme (article 3, alinéa 1er); si celle-ci est mariée, elle doit obtenir l'accord de son mari (articles 3 et 4) (1);
- 2) aux modalités du traitement : l'insémination artificielle ne peut être pratiquée que par un médecin (article 1er, alinéa 1er) et celui-ci se voit imposer certaines obligations dans l'intérêt de l'enfant à naître (article 5); le traitement, la conservation et la cession du sperme sont confiés à des organismes agréés et contrôlés par la Communauté (articles 7 et 9); le nombre de femmes inséminées avec succès par le sperme d'un seul et même donneur est limité à cinq (article 10);
- 3) aux effets juridiques de l'insémination artificielle dans le domaine du droit des personnes et particulièrement en matière de filiation : la possibilité de désavouer la paternité (articles 1 et 13), la reconnaissance de la paternité (article 14), la paternité biologique (article 15);

.../...

(1) Par cette exigence, la proposition entend intervenir sinon dans la législation sur le divorce elle-même, du moins dans son action : "L'accord du mari est indispensable, non seulement ..., mais encore pour lui ôter la possibilité d'intenter une action en divorce pour cause d'injures graves, en prétextant que son accord n'a pas été requis" (Développements, commentaire de l'article 3).

4) aux aspects patrimoniaux du problème, indirectement, en ce que les règles que la proposition prévoit relativement au droit des personnes (cf. point 3 ci-avant) se répercutent sur le droit patrimonial (droit successoral, etc.); directement, en ce que la proposition dispose que "le don du sperme est gratuit" (article 6, alinéa 1er);

5) au secret professionnel (article 11).

La proposition prévoit en outre un régime financier (articles 6 et 8).

Enfin, elle contient certaines dispositions pénales (article 16).

+

Cet aperçu de son contenu montre à suffisance que la proposition de décret est loin de régler une matière personnalisable, c'est-à-dire une matière caractérisée par l'"élément de communication" tel qu'il a été défini ci-avant. En réalité, la proposition règle le problème de l'insémination artificielle en tant que tel. Or, en tant que tel, ce problème n'est pas un problème de communication au sens constitutionnel de matière personnalisable; il ne présente que certains aspects de la communication ainsi comprise.

Régler le problème de l'insémination artificielle en tant que tel amène presque inévitablement à imposer des obligations aux personnes dont les intérêts sont en jeu. Or, ainsi qu'il a été dit, une réglementation de matières personnalisables ne peut, du moins en principe, inclure d'obligations pour les personnes que la réglementation se propose de protéger. On a vu que la proposition de décret examinée entend essentiellement protéger les couples stériles. Or, les personnes qui forment ces couples se voient imposer diverses obligations : il leur est interdit de poursuivre tout objet

tif eugénique; elles doivent s'en tenir aux cas où l'insémination artificielle est réputée admissible et recourir aux services d'un médecin; la femme doit obtenir l'accord de son mari.

+

Si l'on se reporte, non plus au contenu de la proposition tel qu'il ressort du texte, mais à ses objectifs tels qu'ils sont formulés dans les développements, l'on se retrouve à nouveau très loin de la notion de matières personnalisables. Le problème des couples stériles n'est pas en tant que tel un problème qui résulte des difficultés de communication que les personnes peuvent éprouver dans leurs relations avec des services d'aide du fait de leur appartenance à une communauté déterminée (1). Et le souci de faire obstacle, pour des motifs d'éthique, aux "préoccupations mercantiles (et aux) tentations de sélection ou d'amélioration de la race" ainsi que le souci de "pallier les risques de consanguinité", est peut-être plus étranger encore à cette problématique de la communication.

+

Le Conseil d'Etat a reconnu ci-avant que le problème de l'insémination artificielle peut présenter certains aspects qui doivent être considérés comme relevant des matières personnalisables; il l'a même illustré par des exemples.

.../...

(1) Il a été relevé ci-avant que si l'accord du mari est requis pour l'insémination artificielle, c'est pour écarter une cause de divorce. Ici encore, le but n'est pas de résoudre un problème de communication au sens de l'observation ci-dessus.

Il ne lui est toutefois pas permis de vérifier si la proposition de décret comporte de tels aspects. En effet, comme il a été dit ci-dessus, cette proposition entend régler le problème de l'insémination artificielle en tant que tel et est dès lors conçue comme un tout indivisible. Cette conception du projet procède d'un jugement politique. Le Conseil d'Etat quitterait donc le domaine du droit, qui est le sien, pour s'engager dans celui de l'opportunité, qui ne lui appartient pas, si au lieu d'examiner la régularité de la proposition de décret dans son ensemble, il soumettait séparément à un tel examen les différentes parties de celle-ci.

+

Le Conseil d'Etat est parti du principe que c'est seulement lorsqu'il aurait acquis la conviction que la proposition de décret peut être considérée comme ayant pour objet une matière personnalisable au sens de la Constitution qu'il se justifierait d'examiner à quelles catégories de matières personnalisables prévues par la loi spéciale la réglementation proposée peut être rattachée.

Le Conseil d'Etat n'a pas acquis cette conviction. Il souhaite néanmoins démontrer que la réglementation projetée ne répond pas davantage à l'idée que le législateur spécial s'est faite de la sous-catégorie "politique familiale", à laquelle les développements de la proposition font penser, du moins dans leur point de départ, ainsi qu'il a été relevé ci-avant. Le Conseil d'Etat entend faire cette démonstration pour deux raisons qui sont complémentaires (1) : d'abord parce qu'elle lui permet de donner une forme concrète du concept constitutionnel abstrait de matières personnalisables; ensuite parce que l'image qu'il a esquissée de cette notion

.../...

(1) Complémentaires en ce sens que, dans la mesure où la première n'apporte pas de justification, la seconde en fournit une, et vice versa.

constitutionnelle est une image générale, qui n'exclut pas par elle-même toute dérogation, si minime soit-elle, de la part du législateur spécial (1).

+

Il convient donc d'examiner en premier lieu ce que représentait, dans l'esprit du législateur spécial, la notion de "politique familiale".

L'exposé des motifs de la loi spéciale a défini la politique familiale ainsi qu'il suit :

"2. En matière d'aide aux personnes, la Communauté est compétente, en vertu du § 1er, 2°, pour :

a) En matière de politique familiale et d'aide et d'assistance aux enfants, notamment pour :

1° l'aide et l'assistance matérielle, sociale, psychologique, morale et éducative aux enfants, en ce compris la politique d'accueil des enfants, soit que cette aide et cette assistance soient données directement, soit par la voie d'associations et institutions, en ce compris l'Oeuvre nationale de l'enfance;

.../...

(1) Pour l'appréciation de la présente proposition de décret, il n'est pas nécessaire de pousser plus avant l'examen de la question de savoir dans quelle mesure la présence de telles dérogations dans la loi spéciale pourrait se justifier.

2° l'aide morale et sociale à la famille, notamment par l'agrée-
tion et la subsideation des services d'aide aux familles, des
centres de formation d'aides familiales et des maisons mater-
nelles" (1).

A l'occasion d'un amendement déposé en commission du
Sénat, le Premier Ministre a déclaré que la "politique familiale"
n'inclut pas la compétence de régler, fût-ce par la voie des pou-
voirs implicites attribués aux Communautés et aux Régions par l'ar-
ticle 10 de la loi spéciale, "des matières réglées par le droit
civil comme l'adoption ou la filiation"(2).

Interrogée par le sénateur CERF sur le point de savoir
si "les activités de médecine préventive, en ce qui concerne la
prévention de la grossesse non désirée, constituent des matières
personnalisables", Mme DE BACKER-VAN OCKEN, Ministre de la Commu-
nauté néerlandaise, a répondu que "la campagne d'information rela-
tive au planning familial a été transférée aux Communautés"(3).

.../...

(1) Doc. Sénat, 434 (1979-1980) n° 1, p. 7. Mêmes déclarations :
Doc. Sénat, 434 (1979-1980) n° 2, p. 125, et Doc. Chambre,
637 (1979-1980) n° 10, p. 52.

(2) Doc. Sénat, 434 (1979-1980) n° 2, pp. 134 et 135. Le Premier
Ministre a répété cette déclaration concernant les pouvoirs
implicites en séance publique du Sénat (Ann. parl., séance du
18.7.1980, p. 2192, et séance du 20.7.1980, p. 2320).

(3) Ann. parl., Sénat, séance du 20.7.1980, pp. 2316 et 2321.

La réponse du Ministre DE BACKER-VAN OCKEN s'accorde à merveille avec les exemples qui ont été donnés ci-avant pour illustrer les aspects du problème de l'insémination artificielle susceptibles d'être considérés comme relevant des matières personnalisables. Elle montre qu'en ce qui concerne la "politique familiale", le législateur spécial ne s'est pas écarté de la notion générale constitutionnelle de matières personnalisables. Les autres passages extraits des travaux préparatoires de la loi spéciale le confirment.

+

+

+

L'examen de la notion de "politique familiale" au sens de la loi spéciale permet donc de maintenir la conclusion à laquelle le Conseil d'Etat était déjà arrivé en se basant sur la notion générale constitutionnelle de matières personnalisables : la proposition de décret n'entre pas dans les compétences de la Communauté française.

Les chambres réunies étaient composées de

Messieurs	:	P. TAPIE,	président de chambre, président
		G. BAETEMAN,	président de chambre,
		Ch. HUBERLANT,	
		A. VANWELKENHUYZEN,	conseillers d'Etat,
		J. NIMMEGEERS,	
		J. BORRET,	
		G. VAN HECKE,	
		F. RIGAU,	assesseurs de la section
		F. DE KEMPENEER,	de législation,
		J. DE GAVRE,	
Mesdames	:	M. VAN GERREWEY,	greffiers.
		S. VAN AELST,	

Les rapports ont été présentés par M. J. DE COENE, premier auditeur et par Mme. H.-L. THOMAS, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

M. VAN GERREWEY.

P. TAPIE.