

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né

Colette-Basecqz, Nathalie; HAUTENNE, Nathalie

*Published in:*

Eléments d'éthique périnatale. De l'obstétrique à la réanimation

*Publication date:*

2004

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Colette-Basecqz, N & HAUTENNE, N 2004, Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né. dans *Eléments d'éthique périnatale. De l'obstétrique à la réanimation*. Presses universitaires de Namur, Namur, pp. 59-73.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né

Nathalie COLETTE-BASECOZ et Nathalie HAUTENNE  
Université Catholique de Louvain  
Faculté de Droit

Les pratiques médicales entourant la procréation et la naissance sont de plus en plus performantes. À côté des progrès énormes ainsi réalisés et du bonheur immense que cela représente souvent pour les patients concernés, certaines questions se posent concernant l'enfant impliqué dans ces pratiques.

Ainsi, l'avancement du seuil de viabilité (tournant aujourd'hui autour de 24 semaines de grossesse), la performance grandissante des techniques de réanimation néonatale et l'accès plus ou moins libéral à l'interruption de grossesse juste avant la naissance posent de délicates questions concernant le statut de l'enfant avant et après la naissance.

De ces pratiques naissent des ambiguïtés qui provoquent un certain malaise dans le monde médical. Ainsi, par exemple, comment expliquer qu'avec les mêmes symptômes et au même stade de son évolution, un fœtus *in utero* soit traité de manière aussi radicalement différente que l'enfant déjà né. En effet, si pour le premier, on admet une interruption médicale de grossesse, le second est souvent, sous la demande pressante des parents, « maintenu » en vie, parfois coûte que coûte, grâce aux techniques de plus en plus performantes de réanimation néonatale.

Dans le cadre de cette contribution, nous ne prétendons pas répondre à l'ensemble des questions que posent les nouvelles techniques médicales appliquées à la naissance. Nous nous limiterons à rappeler

quelques principes juridiques que nous confronterons aux pratiques, dans la perspective de nouvelles pistes de réflexion.

Nous rappellerons ainsi les principes de base qui gouvernent l'acquisition de la personnalité juridique en droit civil, les balises de protection offertes par le droit pénal au fœtus *in utero* et quelques principes de droit médical en matière de processus décisionnel et de responsabilité en cas de réanimation néonatale.

## La personnalité juridique : principes de droit civil

### Principes d'établissement de la personnalité en droit civil

La personnalité juridique vise l'aptitude à être titulaire de droits et débiteur d'obligations. Elle est octroyée aux personnes physiques, soit à tous les êtres humains et aux personnes morales. Ces dernières sont constituées par les associations et groupements auxquels on reconnaît la personnalité juridique pour des motifs économiques et/ou sociaux. Notre réflexion ne portera que sur les personnes physiques.

Selon les principes du droit civil, la personnalité juridique s'acquiert à la naissance, à la condition que l'enfant naisse vivant et viable. Une exception existe cependant, en vertu de laquelle l'enfant simplement conçu est censé être né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts (droit de succession, de recevoir des libéralités...), selon l'adage *Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Il s'agit d'une fiction juridique<sup>1</sup> assimilant deux situations différentes en vue de produire certains effets. En d'autres termes, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique est soumis à la condition suspensive de naître vivant et viable.

Au départ limitée à certains droits à vocation patrimoniale (succession, libéralités,...), cette fiction s'est ensuite étendue à tout le droit civil<sup>2</sup>. Dans sa thèse de doctorat, N. Massager défend l'idée que la règle

1 Le mécanisme de la fiction montre bien que le droit refuse de reconnaître le statut de personne à l'enfant qui n'est pas encore né.

2 N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 25

*Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis ejus agitur*<sup>3</sup> a subi une transformation. Il s'agirait davantage aujourd'hui d'un statut accordé à l'enfant à naître par anticipation et sous condition résolutoire : l'enfant *in utero* est une anticipation de la personnalité juridique sous condition résolutoire de naître vivant et viable<sup>4</sup>. À défaut, il y aurait disparition de la situation juridique ainsi créée<sup>5</sup>.

Cette fiction juridique (et les droits qu'elle accorde à l'enfant à naître) connaît toutefois certaines limites. Ainsi, la question a été posée de savoir si la règle *Infans conceptus...* peut être invoquée au profit de l'enfant à naître contre le droit à l'interruption volontaire de grossesse de la mère? La réponse devrait être négative car la règle *Infans conceptus...* suppose que l'enfant naisse vivant et viable, ce que l'interruption volontaire de grossesse empêche<sup>6</sup>. Ce raisonnement est toutefois critiqué par certains auteurs<sup>7</sup>.

### Établissement de la filiation *in utero*

Dès avant la naissance, tant la filiation paternelle que la filiation maternelle peuvent être établies par le jeu des reconnaissances prénatales<sup>8</sup>. Celles-ci tendent à permettre l'exercice de l'autorité parentale dès la conception.

Sous l'ancienne législation française, un jugement du 22 novembre 1955<sup>9</sup> a consacré la puissance paternelle sur un enfant à naître. En l'espèce, le père avait des craintes non seulement sur la manière dont la mère gérait sa grossesse, mais redoutait aussi un abandon de l'en-

3 L'enfant est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts.

4 Voir également à ce propos : J. POUSSON-PETIT, « La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres », in J. POUSSON-PETIT — M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *Liber Amicorum M.-Th. MEULDERS-KLEIN, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 512.

5 N. MASSAGER, *op.cit.*, p. 45.

6 I. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.*, 1982, Chr., n°3, p. 231; N. MASSAGER, *op.cit.*, p. 382.

7 X. DUJON cité par G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », in *RTDC*, 990, p. 621.

8 Article 328 al. 2 du Code civil.

9 Trib. Civ. Bizerte, 22 novembre 1955, *D.*, 1957, J., 138 cité par N. MASSAGER, *op.cit.*, p. 166.

fant dès la naissance. En conséquence, le père a demandé au tribunal, en vertu de sa puissance paternelle, la surveillance de la grossesse, ainsi que la remise de l'enfant dès la naissance. Le tribunal, tout en reconnaissant, dans un but de protection de l'enfant, la puissance paternelle dès la conception n'a pas fait droit à l'ensemble des demandes. Le tribunal a rejeté la demande de surveillance de la grossesse au motif qu'avant la naissance, toute mesure de protection du fœtus porte nécessairement atteinte à l'intégrité physique de la femme.

Ce jugement illustre bien le conflit qui peut éventuellement — et heureusement rarement — surgir entre l'intérêt de l'enfant à naître et son droit à la vie, d'une part, et le droit à l'intégrité physique de la mère, d'autre part. N. Massager trouve, dans la législation interdisant l'avortement, le fondement d'une obligation pour la mère de veiller à préserver la vie et l'intégrité physique du fœtus. L'auteur reconnaît toutefois la difficulté de trouver un équilibre entre les droits en conflit et de tracer une limite prescrivant ou interdisant à la femme enceinte tel ou tel comportement<sup>10</sup>.

## La protection de l'embryon *in utero* en droit pénal

### De la conception au début du travail d'accouchement

#### *Interdiction de l'avortement : principe et limites*

La législation relative à l'interdiction de l'avortement nous permet d'appréhender la protection que le droit pénal offre à l'embryon *in utero* et de tenter ainsi d'y voir plus clair sur son statut.

Tout acte d'avortement volontaire, c'est-à-dire posé avec l'intention de pratiquer un avortement, qui ne réunirait pas les conditions de l'interruption volontaire ou médicale de grossesse est une infraction sanctionnée à l'article 350 du Code pénal. Le consentement de la mère ne fait pas disparaître l'infraction.

<sup>10</sup> N. MASSAGER, *op.cit.*, p. 169.

Par ailleurs, l'article 348 du Code pénal incrimine l'avortement réalisé intentionnellement sur une femme non consentante. La personne (médecin ou non) qui a réalisé l'avortement, par un moyen quelconque, doit avoir à dessein posé l'acte ayant pour but et pour conséquence l'expulsion du fœtus.

L'article 349 du Code pénal sanctionne toute personne ayant causé l'avortement par des violences exercées volontairement sur la femme enceinte, sans intention de le produire.

Quant au défaut de prévoyance et de précaution qui cause l'interruption de grossesse (par exemple lors d'une amniocentèse non conforme aux règles de l'art), celui-ci ne tombe pas sous le coup de la loi pénale. En effet, il n'existe pas d'incrimination d'avortement par imprudence. Ne pourraient éventuellement être retenues au titre de coups et blessures involontaires que les violences exercées sur la femme enceinte.

En cas de décès du fœtus *in utero*, pourrait-on retenir l'infraction d'homicide involontaire? La jurisprudence y répond négativement invoquant le fait que le fœtus *in utero* n'est pas une personne (l'enfant n'étant pas né ou pas viable<sup>11</sup>). C'est en ce sens que le tribunal correctionnel de Turnhout a rejeté la prévention d'homicide involontaire lorsqu'un accident de roulage a occasionné la mort d'un enfant quelques heures seulement avant l'accouchement. Dans une autre affaire, le tribunal correctionnel de Leuven<sup>12</sup> a soutenu la même thèse dans une situation où des lésions involontaires occasionnées à une femme enceinte ont causé l'accouchement prématuré d'un enfant vivant mais qui décéda deux mois après l'accouchement.

Des auteurs critiquent toutefois vivement cette solution : « Invoquer que l'enfant n'est pas né vivant ou viable pour nier qu'il y ait homicide involontaire, s'il est établi que la cause du décès ou de la non-viabilité est elle-même due à l'accident, constitue une solution... "dictée par

<sup>11</sup> Voir à cet égard l'article intéressant de C. HENNAU-HUBLET : « La protection pénale du fœtus en droit belge face aux expérimentations bio-médicales », in *J.T.*, 1983, p. 338.

<sup>12</sup> Corr. Leuven, 27 avril 1966.

une extension injustifiée des dispositions civiles particulières à la matière pénale »<sup>13</sup>.

En France, dans un premier temps, certaines juridictions de fond ont reconnu l'infraction d'homicide involontaire commis sur un enfant *in utero*<sup>14</sup>. Notons cependant que, depuis, la Cour de cassation française<sup>15</sup> est revenue à trois reprises au moins sur cette jurisprudence, en décidant notamment que le principe de la légalité des délits et des peines impose une interprétation stricte de la loi pénale. Selon la Cour, ce principe s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant.

Afin de combler cette lacune, un amendement a été déposé en France visant à créer une infraction d'homicide involontaire sur l'enfant simplement conçu<sup>16</sup>. Ayant rencontré une vive opposition suscitée notamment par la crainte d'une remise en cause du droit à l'avortement, celui-ci n'a toutefois pas été adopté.

#### ***Interruption volontaire ou interruption médicale de grossesse***

La loi autorise, moyennant le respect de certaines conditions, soit l'interruption volontaire, soit l'interruption médicale de grossesse. Ainsi, dans les douze semaines suivant la conception, l'article 350 du Code pénal prévoit qu'il n'y a pas d'infraction lorsque la femme enceinte que son état place en situation de détresse a demandé à un médecin d'interrompre sa grossesse et que les conditions prescrites par cet article ont été respectées<sup>17</sup>. Le législateur n'a pas défini ce qu'il faut entendre par état de détresse. Il appartient à la femme assistée du médecin de déterminer si une telle situation existe.

- 13 C. HUNNAU-HUBLET, *op.cit.*, p. 339 cite d'autres auteurs allant dans le même sens.
- 14 CA Douai 1987 où il s'agissait d'une infraction de roulage ayant occasionné la mort du fœtus *in utero* mais vivant et viable lors de l'infraction - CA Lyon 13 mars 1997 qui a condamné un médecin pour homicide involontaire. Il avait, suite à une erreur d'homonymie, provoqué sur une femme enceinte (par une manœuvre destinée à une autre femme) une lésion obligeant à extraire le fœtus non viable.
- 15 Cass. Fr., 25 juin 2002, in *R.G.A.R.*, 2002, p. 13625; 29/06/2001; 30/06/1999.
- 16 Amendement n° 281 déposé par M. GARRAUD, Assemblée nationale, 25 novembre 2003.
- 17 Ainsi, notamment, l'IVG doit être pratiquée dans de bonnes conditions médicales par un médecin, dans un établissement de soins où existe un service d'information qui accueillera la femme enceinte et lui donnera des informations circonstanciées, etc.

Au-delà du délai de douze semaines suivant la conception, outre l'état de détresse de la mère, la loi exige soit que la poursuite de la grossesse mette gravement en péril la santé de la femme, soit la certitude<sup>18</sup> que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

La loi belge paraît ainsi plus restrictive que la loi française puisqu'elle exige la certitude que l'enfant à naître soit atteint de ce type de maladie. Une simple probabilité ne devrait donc pas suffire pour permettre le recours à une interruption thérapeutique de grossesse<sup>19</sup>. Il semble toutefois que dans la pratique, on s'embarrasse fort peu de cette distinction — qui nous semble cependant importante. Ainsi, P. Coppens cite un jugement inédit du Tribunal de Mons décidant qu'« un dommage doit être considéré comme certain lorsque sa réalisation se présente avec un degré suffisant de probabilité »<sup>20</sup>. Enfin, il est aussi requis d'obtenir l'avis d'un deuxième médecin dans cette hypothèse.

H. Nys souligne que les auteurs de la proposition de loi avaient l'intention de limiter le recours à l'interruption de grossesse aux situations dans lesquelles le fœtus n'est pas encore viable, soit à peu près jusqu'à la vingt quatrième semaine après la conception<sup>21</sup>. Il est regrettable que le texte ne soit pas plus clair à cet égard. Si cette interprétation devait être retenue, faut-il également considérer que le délit d'avortement n'est pas applicable lorsque celui-ci est effectué sur un fœtus viable? Dans cette hypothèse, la seule protection qui pourrait être accordée à ce fœtus serait l'extension du crime d'infanticide, ce qui, nous le verrons, n'est pas retenu par la jurisprudence actuelle. Notons toutefois que ni la jurisprudence, ni la doctrine, ni la pratique n'appliquent

- 18 Les travaux préparatoires de la loi ont fait apparaître cette divergence par rapport à la loi française qui se satisfait d'une forte probabilité (proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, *Doc. Parl.*, Sénat, SE 1988, n° 247/2, p. 153).
- 19 Article 162-12 du Code de la santé publique.
- 20 Trib. de Mons (2ème ch.), 6 octobre 1993, *R.G.*, n° 91.637, inédit, cité par P. COPPENS, « Handicaps, justice distributive et réparation des dommages », in P. SERVAIS (sous la dir. de), *Handicap et famille*, Academia Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 48-73.
- 21 H. Nys, *La médecine et le droit*, Kluwer, Diegem, 1995, p. 187, n° 457.

cette limite. Aujourd'hui, des actes d'interruption de grossesse peuvent se pratiquer jusqu'au début du travail d'accouchement.

### À partir du début du travail d'accouchement

L'article 396 du Code pénal qualifie d'infanticide le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après. La jurisprudence a appliqué cette incrimination aux situations dans lesquelles l'enfant est en train de naître, soit dès le début du travail d'accouchement, même si l'enfant n'a pas encore vécu en dehors du sein de sa mère. Il n'est donc pas requis que l'enfant soit né vivant, ni qu'il soit viable. Il faut cependant qu'il soit en vie au moment où l'acte est posé.

Cette interprétation marque une autonomie du droit pénal par rapport à la définition civiliste de la personnalité juridique, laquelle suppose que l'enfant soit né vivant et viable. De même, la Cour de cassation a décidé qu'une infraction d'homicide involontaire peut être retenue dès le début du processus d'accouchement bien que l'enfant n'ait pas encore vécu de vie extra utérine<sup>22</sup>.

Remarquons également qu'à la question de l'obligation de déclarer un enfant mort-né, le droit belge retient le seuil de 180 jours de gestation. Ainsi, au-delà de 180 jours, la déclaration doit être faite en tout état de cause. En deçà, il n'y a pas d'obligation de déclaration sauf dans l'hypothèse où l'enfant serait né vivant<sup>23</sup>.

### Quelques réflexions sur le statut de l'enfant à naître

Ni les catégories civilistes actuelles (ex. : distinction entre personnes et choses), ni la protection du droit pénal ne permettent de rencontrer adéquatement les questions que pose la situation du fœtus *in utero*. Face à ces difficultés, le droit peut adopter soit une position pragma-

22 Cass 11 février 1987, in *R.D.P.C.*, 1987, p. 812 note C. HENNAU-HUBLET.  
23 N. MASSAGER, *op.cit.*, pp. 295-300.

tique, soit une position essentialiste. Nous nous centrerons ici sur l'approche pragmatique.

Dans une approche pragmatique, la question qui se pose au juriste est celle de la protection à accorder à l'embryon. Cette question est différente de celle du statut ontologique de l'embryon. Ainsi, l'enfant *in utero* est protégé par le droit pénal par le biais de l'interdiction d'avortement, sauf dans des cas bien précis. En revanche, il n'acquiert son statut pénal de personne qu'au début du travail d'accouchement et son statut civil de personne qu'à la condition d'être né vivant et viable. De même, l'article 18 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine<sup>24</sup> souligne la nécessité de protéger l'embryon *in vitro* dans le cadre d'une recherche, sans toutefois se prononcer sur la question du statut de celui-ci.

C'est également la position du législateur belge<sup>25</sup> lors de l'adoption de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*<sup>26</sup>. N. Denies explique que : « Les travaux préparatoires de celle-ci expriment la volonté de ses auteurs d'éviter un débat éthique sur la notion d'embryon humain pour privilégier l'encadrement des effets de la réalité médicale quotidienne autour des embryons *in vitro*<sup>27</sup> ». Enfin, Leleu et Langenaken plaident pour la recherche d'un équilibre entre, d'une part, la nécessité de poursuivre la recherche scientifique et, d'autre part, la prise en compte des risques et avantages liés à un projet normatif<sup>28</sup>. De même, dans le cadre des lois de bioéthique, le législateur français a réglé le sort des embryons surnuméraires avant de se prononcer sur leur statut<sup>29</sup>.

24 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, Oviedo, 4 avril 1997.

25 Notons également que bon nombre de législations européennes en la matière ont évité de se prononcer sur le statut de l'embryon humain. Voir N. DENIES, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* ou la science à l'épreuve du droit », in *J.T.*, 2003, p. 694.

26 *M. B.*, 28 mai 2003.

27 N. DENIES, « La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* ou la science à l'épreuve du droit », in *J.T.*, 2003, p. 695.

28 Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », in *J.T.*, 2002, p. 666.

29 Articles 152-2 à 152-5 de la Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à

Cette solution qui consiste à distinguer la personne de l'être humain vise avant tout à accorder une protection à la vie humaine, qu'il s'agisse ou non d'une personne. La question peut être posée de savoir si la dépénalisation partielle de l'avortement ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant à naître? Si certains y répondent affirmativement, notons toutefois que le législateur pénal a conservé l'interdiction de principe de l'avortement, l'interruption volontaire de grossesse étant une exception, de stricte interprétation<sup>30</sup>. Notons également que l'avortement est inscrit dans le Code pénal dans le titre consacré aux délits contre l'ordre des familles et la moralité publique, et non dans celui concernant les crimes et délits contre les personnes, à l'instar de l'infanticide.

## Interruption volontaire de grossesse et réanimation néonatale : processus décisionnel

### Dans le cadre de la grossesse, en anténatal

De manière générale, en droit médical, le médecin peut, en cas d'urgence, agir sans consentement préalable du patient<sup>31</sup>. La règle s'applique évidemment à la femme enceinte. En dehors des situations d'urgence, le couple ou la mère seule (en vertu de son droit au respect de l'intégrité physique) prend la décision. La Cour de cassation belge a d'ailleurs, dans un arrêt du 14 décembre 2001, décidé ce qui suit : « En règle, le consentement nécessaire à la licéité d'un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne est celui de cette seule personne; aucune disposition légale ne requiert le consentement d'un époux à une intervention tendant, même sans nécessité thérapeutique, à la stérilisation, fût-elle irréversible ». Dans ses conclusions précédant l'arrêt<sup>32</sup>, le Procureur général du Jardin a souligné :

l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O. n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059.

30 F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques*, Story-Scientia, Bruxelles, p. 167.

31 H. NYS, *op.cit.*, n° 275-284; Y.-H. LELEU - G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Larcier, Bruxelles, 2001, p. 78 et svtes.; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruylant, Bruxelles, 1987, n° 21.

32 Conclusions du Procureur général Jean du Jardin, précédant Cass. 14 décembre 2001, R.G.A.R., 2002, n° 13494.

« la procréation ne relève plus de l'essence du mariage, mais de la volonté libre et autonome de la femme, sans droit de regard direct de son époux ».

Si la mère est incapable juridique (mineure ou majeure), ce sont ses représentants légaux qui donnent leur consentement (parents ou tuteur). La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient<sup>33</sup> donne cependant une plus grande autonomie au mineur : suivant son âge et sa maturité, il est associé à la décision et peut même consentir seul s'il est considéré (par le médecin) apte à apprécier raisonnablement ses intérêts. Quant au majeur incapable juridique, la nouvelle loi prévoit qu'il est associé autant que possible à la prise de décision, compte tenu de sa capacité de compréhension.

La loi a en outre prévu un mécanisme de représentation en cascade pour les incapables de fait. Les personnes suivantes seront amenées à prendre la décision par ordre de priorité : le mandataire désigné par le patient, l'époux cohabitant ou le partenaire cohabitant légal ou de fait, un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeurs. À défaut ou en cas de conflit entre deux ou plusieurs de ces personnes ou dans l'intérêt du patient en vue de protéger sa vie ou contre toute atteinte grave à sa santé, c'est le praticien professionnel concerné qui tranchera, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire<sup>34</sup>.

### Après la naissance (problématique de la réanimation néonatale)

En dehors de l'urgence, ce n'est pas au médecin à décider seul des actes médicaux envisagés sur la personne du nouveau né. En effet, en vertu de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'un et l'autre des parents doivent donner leur consentement. Toutefois, une présomption d'accord parental à l'égard des tiers de bonne foi (art. 373 du Code civil) permet de tempérer cette exigence du double consente-

33 M.B., 26 septembre 2002.

34 Article 15 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

ment. Chacun des parents peut donc se présenter seul auprès du médecin car il est présumé porteur de l'accord de l'autre.

L'exercice de l'autorité parentale n'est toutefois pas sans limites et ce, dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, G. Memeteau rappelle que l'autorité parentale est un « droit-fonction » orienté vers l'intérêt de l'enfant<sup>35</sup>. Ainsi : « Les parents seront remplacés par une tierce personne dans l'exercice de leurs droits, s'il est établi qu'ils n'agissent pas dans l'intérêt de l'enfant ou qu'ils sont dans l'impossibilité d'exercer leur autorité<sup>36</sup> ». Dans ce cas, le tribunal de la jeunesse décidera de l'opportunité de poser l'acte médical à la demande du procureur du Roi saisi préalablement par le médecin concerné.

Dans la problématique qui nous occupe, nous nous demandons avec M. Giroux et L. Garneau : « Compte tenu des circonstances concrètes de la vie, quand les parents d'un prématuré extrême se trouvent-ils véritablement en mesure de manifester un consentement libre et éclairé ? Plus précisément se pose la question de savoir à quelles conditions l'état psychologique des parents semble leur permettre d'agir avec autonomie et une certaine objectivité<sup>37</sup> ».

## Responsabilité médicale

L'article 7 de la loi belge du 22 août 2002 relative aux droits du patient prévoit notamment que le praticien doit donner au patient toutes les informations nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable, et prendre sa décision en connaissance de cause. Selon un arrêt de la Cour de cassation belge du 14 décembre 2001<sup>38</sup>, la preuve du défaut d'information incombe au patient dans la mesure où le médecin est poursuivi pour une infraction pénale (par exemple, coups et blessures) et bénéficie, dans cette mesure, de la présomption

35 G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Paris, Litec, 1985, pp. 394-395, n°585.

36 N. COLETTE-BASECQZ - S. DEMARS - M.-N. VERHAEGEN, « L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale », in *T. Gez./Rev. Droit Santé*, 1997-1998, p. 176.

37 M. GIROUX - L. GARNEAU, « La prématurité extrême : trois réflexions », in *Ethica Clinica*, 2003, n° 29, p. 17.

38 Cass., 14 décembre 2001, in *T. Gez./Rev. Droit Santé*, 2001-2002, p. 239.

d'innocence. Il appartient donc au ministère public et au patient, partie civile, d'apporter la preuve de la faute commise par le médecin. La Cour de cassation française<sup>39</sup> a toutefois admis plus largement un renversement de la charge de la preuve plaçant dans le chef du médecin l'obligation de rapporter la preuve de l'accomplissement de son devoir d'information. Cette jurisprudence a été suivie par certaines juridictions belges de fond<sup>40</sup>.

En cas d'échec fautif d'une interruption volontaire de grossesse, le médecin pourra être tenu d'indemniser le préjudice matériel des parents consécutif à la « *wrongful pregnancy* » (naissance d'un enfant non désiré, normalement constitué).

Le préjudice matériel et moral des parents pour « *wrongful birth* » (naissance d'un enfant mutilé ou mal formé à la suite d'une faute commise par le médecin, par exemple en raison d'un diagnostic prénatal erroné) sera le cas échéant à charge du médecin.

Enfin, la Cour de cassation française a récemment reconnu, dans un arrêt qui a fait couler beaucoup d'encre, l'indemnisation du préjudice de l'enfant pour « *wrongful life* » (affaire Nicolas Perruche<sup>41</sup>, suivie de l'adoption de la loi française du 4 mars 2002 réduisant les possibilités d'indemnisation au seul dommage moral des parents).

Pour certains auteurs<sup>42</sup> : « considérée du point de vue de l'enfant, cette jurisprudence amène à penser que si le fœtus n'a pas un droit de naître, l'enfant nê vivant et viable possède, dès la conception, un intérêt légitime à ne pas être affecté d'un handicap par la faute d'une autre personne ».

39 Cass. Fr. 26 février 1997, in *T. Gez./Rev. Droit Santé*, 1997-1998, p. 337, note J. L. FAGNART.

40 Liège, 30 avril 1998, in *T. Gez./Rev. Droit Santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANS-WEVELT; Anvers, 22 juin 1998, in *T. Gez./Rev. Droit Santé*, 1998-1999, p. 144.

41 Cass. fr., 17 novembre 2000, *D.*, 2001, p. 2325, note P. JOUDRAIN.

42 Y.-H. LELEU - E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », in *J.T.*, 2002, p. 661.



Quant à la responsabilité médicale applicable à la réanimation néonatale, elle peut s'analyser au départ de deux principes :

- 1° L'article 422 bis du Code pénal qui punit l'abstention de porter secours à une personne en danger. Il faut pour cela que le nouveau-né soit exposé à un péril grave et que le médecin puisse procurer une aide efficace.
- 2° L'interdiction d'acharnement thérapeutique, soit d'un acte dont l'utilité thérapeutique n'est pas avérée.

Rappelons que seul le professionnel concerné est à même de juger de l'utilité ou l'inutilité du traitement en cause. La demande du patient ne peut influencer l'appréciation de l'utilité ou non de la poursuite du traitement.

## Conclusion

Les principes de droit civil faisant de la naissance le moment instantané d'acquisition de la personnalité juridique ne paraissent plus aussi intangibles et en tout cas, ne semblent plus à même de résoudre les délicates questions entourant la naissance.

Faut-il dès lors remettre le modèle traditionnel en cause et opter pour une sorte de *continuum* dans l'acquisition de la personnalité juridique depuis la conception jusqu'au jour de la naissance ? La question, si elle mérite d'être posée, ne manque pas d'en soulever d'autres, notamment concernant les conflits potentiels entre les droits de la mère (notamment son droit à l'intégrité physique) et ceux de l'enfant à naître. Se pose aussi la question de l'éviction totale du père des prises de décision au stade anténatal.

Par ailleurs, la protection offerte par le droit pénal ne paraît pas non plus suffisante. Ainsi, un *vide juridique* empêche de sanctionner — et donc de reconnaître ? — l'homicide involontaire entraînant le décès du fœtus. Nous pensons cependant qu'il serait parfaitement possible de le consacrer, tout en ne remettant aucunement en cause le droit à l'interruption volontaire ou thérapeutique de grossesse (dans les condi-

tions où la loi l'autorise), le but étant ici de sanctionner tant des fautes médicales que des actes non intentionnels ayant pour conséquence une interruption de grossesse (accident, coups, etc.).

Enfin, il faut noter que, dans les limites de la responsabilité médicale et moyennant le consentement des personnes autorisées (patient ou représentants légaux), le médecin reste le mieux à même de juger du but thérapeutique ou encore de l'utilité, de l'acte médical envisagé.

Le droit restera à jamais impuissant à supprimer les souffrances et à rendre les décisions aisées lorsque les circonstances sont si douloureuses. Ce n'est d'ailleurs pas là son but. Puisse-t-il seulement poser des jalons et balises claires permettant à chaque partie prenante — professionnels et parents — de prendre et d'assumer au mieux ses choix et ses responsabilités dans le respect de l'intérêt de l'enfant.