Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique

La naissance handicapée : un préjudice indemnisable ?

Depuis quelques années, on assiste à une multiplication d'actions judiciaires tendant à obtenir réparation du préjudice causé par la naissance d'un enfant handicapé.

Qui ne se souvient de l'arrêt de la Cour de cassation française du 17 novembre 2000 dans « l'affaire Perruche » ? Jamais une décision de justice n'avait défrayé autant la chronique, soulevé autant de passions, suscité autant de commentaires et divisé autant les juristes.

Dans la grande presse, cet arrêt a souvent été présenté comme « une première », alors qu'il est loin d'être isolé. Mais avant de donner un aperçu de la jurisprudence en la matière, il importe de distinguer deux hypothèses.

Deux hypothèses : wrongful birth et wrongful life

Première hypothèse : "l'enfant préjudiciable"

De longue date, les tribunaux sont saisis d'*actions en réparation dirigées* contre des médecins *par des parents* qui estiment avoir subi un préjudice du fait de la naissance d'un enfant non désiré. C'est ce que les anglo-saxons appellent les actions de *wrongful birth*.

Ainsi en est-il en cas d'échecs d'interruptions volontaires de grossesse imputables à une faute médicale. La jurisprudence opère généralement une distinction :

- si l'enfant naît normalement constitué, aucune réparation n'est due aux parents, faute de préjudice à faire valoir. On considère, en effet, qu'une naissance est un « heureux événement ».
- si, au contraire, ils mettent au monde un enfant handicapé, réparation leur est due car pareille naissance entraîne pour eux un dommage particulier, qui vient s'ajouter « aux charges normales de la maternité ».

Dans la logique de la dépénalisation partielle de l'avortement – *dont le bien-fondé ne sera pas abordé ici* –, on peut admettre que les parents obtiennent réparation de leur préjudice résultant de l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés d'exercer un choix en faveur de l'I.V.G., à cause d'une erreur de diagnostic (pourvu qu'elle fût fautive) et, partant, d'une information incorrecte sur la « normalité » de l'enfant en gestation.

Seconde hypothèse : “la vie préjudiciable”

Autre chose est l’action intentée par les parents, *au nom de leur enfant*, en réparation du préjudice subi à titre personnel par lui.

Ainsi en est-il en cas d’erreur de diagnostic imputable à une faute médicale, qui a eu pour effet d’induire en erreur les parents sur la « normalité » de l’enfant à naître, les privant ainsi de la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse.

Dans le cadre de cette action – dite de *wrongful life* en droit anglo-saxon –, c’est l’enfant, représenté par ses parents, qui soutient que sa vie, diminuée par le handicap congénital dont il est affecté, constitue pour lui un préjudice.

Autrement dit, l’enfant fait valoir qu’il subit un préjudice du fait d’être né, et demande réparation aux médecins qui, par leur faute, l’ont privé du « bénéfice » de l’interruption volontaire de grossesse. Cela revient à dire qu’il eut préféré ne pas naître plutôt que vivre une existence marquée par le handicap qui est le sien.

On peut penser qu’en faisant droit à pareille demande, la Cour de cassation française a admis, implicitement mais nécessairement, que certaines vies sont sans valeur, ne valent pas la peine d’être vécues. C’est en tout cas ainsi que l’arrêt *Perruche* a été interprété, à tort ou à raison, par une majorité des juristes et nombre de citoyens.

Seule cette action du second type retient l’attention dans le cadre de ce dossier.

Tour d’horizon de la jurisprudence

États-Unis

C’est aux États-Unis que les premières actions de *wrongful life* ont vu le jour. Certaines sources mentionnent un arrêt prononcé en 1900 déjà par la Cour de l’Illinois (*Allaire v. St. Luke’s Hospital),* mais ce n’est qu’en 1963 qu’apparaît l’expression *wrongful life*.

Dans les divers États américains, la situation est variable. Certaines juridictions ont accueilli les actions introduites au nom des enfants, d’autres les ont rejetées. Dans les années 80, les actions de *wrongful life* ont été condamnées par un arrêt de principe de la Cour suprême du New Jersey. La Cour suprême de Californie, puis celle de Washington, lui ont emboîté le pas. Dans d’autres États, tels le Sud-Dakota et le Minnesota, c’est la loi qui prohibe les actions de *wrongful life.*

Divers pays

En Grande-Bretagne, une loi – le *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, 1976* – verrouille pratiquement l’action de *wrongful life.* Avant l’entrée en vigueur de cette loi, un arrêt de principe avait débouté un enfant qui réclamait réparation pour le préjudice résultant de son handicap congénital (*Mackay v. Essex Area Health Autority*). Dans d’autres pays, tels les Pays-Bas, l’Allemagne ou Israël, l’action introduite par l’enfant en réparation du préjudice lié à une malformation congénitale est généralement rejetée.

France

Traditionnellement, la jurisprudence refusait à l'enfant atteint d'une malformation congénitale toute forme de réparation destinée à compenser le préjudice résultant pour lui du fait d'être né et de devoir vivre avec son handicap (cf., p. ex., un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 26 janvier 1995).

L'affaire *Perruche* marque un tournant dans l'approche judiciaire de l'action de vie préjudiciable (*wrongful life*). Les faits sont les suivants : une femme enceinte présente les symptômes de la rubéole et informe son médecin de sa résolution d'avorter s'il s'avère qu'elle est atteinte de cette maladie. Se croyant immunisée, à tort, sur foi des indications fournies par le médecin, elle met au monde un enfant atteint de troubles neurologiques et sensoriels particulièrement graves. Les parents, agissant en leur nom propre *et* au nom de leur enfant, intentent une action en dommages et intérêts contre le médecin et le laboratoire, en faisant valoir que leur erreur d'analyse a privé la mère de la possibilité de recourir à l'I.V.G.

Les parents obtiennent réparation de leur préjudice personnel. Par contre, l'action introduite au nom de l'enfant, en réparation de son préjudice propre, est rejetée par un arrêt du 17 décembre 1993 de la Cour d'appel de Paris : *« les très graves séquelles dont l'enfant demeure atteint n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même le manquement du praticien à ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise in utero sa mère ».*

Cet arrêt est cassé le 26 mars 1996. La Cour de renvoi résiste, estimant *« qu'il ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère ou disparaître à la suite d'une I.V.G. dont la décision n'appartient qu'à ses parents (...) qu'il s'ensuit que la seule conséquence en lien causal avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant »* (Cour d'appel d'Orléans, 5 février 1999).

Saisie d'un nouveau pourvoi, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, rend le 17 novembre 2000 un nouvel arrêt, de principe, qui tranche la question en des termes lapidaires : *« dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P. avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».*

Cet arrêt soulève une vague de protestations dans la société civile et divise la communauté des juristes. En réaction, une loi dite « anti-arrêt Perruche » est promulguée le 4 mars 2002.

Belgique

En dépit d'une doctrine juridique largement défavorable à l'idée que l'accession à la vie puisse être vue comme un préjudice, plusieurs décisions de justice se montrent accueillantes à l'action de vie préjudiciable.

Parmi celles-ci, on relève le jugement du Tribunal de première instance de Mons du 6 octobre 1993 (enfant atteint de holoprosencéphalographie) et celui du tribunal de première instance de Bruxelles du 21 avril 2004 (enfant trisomique).

Analyse juridique

La mise en cause de la responsabilité civile des médecins suppose la réunion de trois conditions : une faute, un dommage et un rapport de causalité entre les deux. La charge de la preuve pèse sur le demandeur en justice : il lui revient d'établir que le médecin a commis une *faute* en *lien causal* avec le *préjudice* invoqué.

Examinons, tour à tour, chacun de ces éléments constitutifs de la responsabilité.

(a) Une faute médicale

Les obligations du médecin sont en principe des obligations dites « de moyens ». Cela signifie qu'il n'est pas tenu de garantir un résultat (la guérison inconditionnelle), mais s'engage à mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour restaurer la santé du patient.

Toute erreur médicale – liée au diagnostic, à l'information délivrée, au choix ou à l'exécution du traitement ou encore au suivi post-opératoire – n'est pas forcément fautive et n'entraîne donc pas nécessairement la responsabilité du médecin.

En cas de contestation, il s'agit d'évaluer si le médecin s'est comporté comme un bon médecin, normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de fait. En d'autres termes, on se demandera si le médecin mis en cause a agi, oui ou non, conformément aux données de la science médicale et aux règles de l'art.

Il appartient à la victime de démontrer que l'erreur de diagnostic, à l'origine d'une information incorrecte sur la « normalité » du fœtus, est imputable à une négligence ou à une légèreté – soit à une faute – du médecin.

Cette appréciation dépend naturellement des circonstances de chaque cas d'espèce.

(b) Un lien de causalité entre la faute et le dommage

Qu'en est-il de l'existence d'un rapport de causalité entre la faute et le dommage ? L'erreur de diagnostic a-t-elle causé le préjudice de l'enfant né handicapé ? En cas de malformation congénitale ou de maladie contractée *in utero*, il est incontestable que les éventuelles fautes du laboratoire et des médecins sont postérieures au handicap dont l'enfant est affecté. Elles ne sauraient donc en être la cause chaque fois que le préjudice de l'enfant résulte d'une anomalie acquise dès la conception (ou *in utero*), et sur laquelle la médecine n'a aucun pouvoir en l'état actuel des connaissances.

Les choses ne sont pourtant pas aussi simples. La causalité est une question particulièrement complexe et

il existe, en droit, plusieurs théories relatives à son appréciation.

Le raisonnement qui vient d'être proposé semble inspiré de la théorie dite « de la causalité efficiente ». Parmi les divers éléments ayant contribué à la survenance d'un dommage, celle-ci considère que seuls certains produisent, par leur action propre, l'effet dommageable, tandis que d'autres ne sont pas regardés comme des causes *proprio sensu*. Cette théorie invite, en définitive, à retenir comme seule cause du dommage celle qui a le plus puissamment contribué à sa réalisation et à écarter les simples *conditions* ou *occasions* du dommage. Sans influence positive sur la production de l'effet, ces dernières se bornent à lever un obstacle, permettant ainsi à la cause de déployer ses effets. Souvent, même si une malformation fœtale est diagnostiquée, la médecine est de toute façon impuissante à y remédier. Par conséquent, suivant ce schéma de raisonnement, l'anomalie congénitale (ou la maladie contractée *in utero*) est la cause efficiente du préjudice, tandis que les fautes médicales, en tant qu'elles privent la mère de la possibilité d'un choix éclairé en faveur de l'I.V.G., constituent tout au plus une condition, une circonstance, ayant favorisé ou libéré le jeu de la véritable cause du dommage.

Toutefois, cette théorie de la causalité efficiente n'est pas à l'honneur en notre droit. Les décisions de justice qui en font application sont extrêmement rares.

Or, l'analyse est différente si l'on apprécie l'existence du lien causal à l'aune de la théorie de « l'équivalence des conditions », *qui a la faveur de notre Cour de cassation* et est généralement appliquée par nos cours et tribunaux.

L'erreur de diagnostic entretient cette fois un rapport de causalité avec l'état de diminution mentale dans lequel se trouve l'enfant. En effet, le test de la condition *sine qua non* conduit à tenir que, sans les fautes médicales, les parents, dûment informés, auraient procédé à une I.V.G. de sorte que l'enfant ne serait pas né et, partant, n'aurait pas eu à souffrir le handicap qui est le sien. *Remarquons qu'on est obligé de considérer que c'est le fait d'accéder à la vie qui constitue le préjudice dont l'enfant, par la voix de ses parents, réclame réparation.*

Encore peut-on soutenir, en droit, qu'une fois admis le rapport de causalité entre les fautes médicales et la naissance, les responsables sont tenus d'indemniser toutes les conséquences dommageables de leur faute. On en conclura que le préjudice s'étend dès lors à la vie handicapée elle-même, et inclut les éventuels frais supplémentaires et souffrances morales qui sont censés accompagner celle-ci.

Cette solution découle, sans grand artifice, d'une application classique des principes relatifs au lien de causalité et à l'évaluation de l'étendue du préjudice. Pourvu toutefois que le préjudice invoqué puisse être considéré comme un dommage réparable, ce qui sera examiné plus loin.

D'aucuns pourraient encore opposer au raisonnement tenu jusqu'ici l'absence de *certitude causale*, dans la mesure où il n'est jamais certain que les parents auraient fait le choix d'interrompre la grossesse. En dépit des intentions exprimées par les parents de recourir à l'I.V.G. en cas de diagnostic positif, ceux-ci peuvent toujours se raviser et décider, une fois mis en

situation, de mener la grossesse à terme. L'objection n'est toutefois pas décisive dans la mesure où la doctrine juridique considère que la certitude du lien causal ne doit pas être absolue. Il est ici question, comme en toutes matières, d'une *certitude judiciaire* : il faut, mais il suffit, que l'existence du lien causal présente un degré élevé de vraisemblance, considéré comme satisfaisant par le juge du fond. Dès l'instant où l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage est tenue pour suffisamment établie, le responsable est tenu de réparer l'intégralité du préjudice résultant de sa faute.

Le jugement sur la causalité est souvent une affaire d'opportunité plus que de science. Il n'est pas rare que les juges tranchent « par sentiment » (P. ESMEIN) : s'ils veulent indemniser, ils découvriront sans peine un rapport de causalité. Leur décision pourra être contestable, mais néanmoins acceptable chaque fois que le fait générateur n'est pas totalement étranger au préjudice (en ce sens, AYNÈS).

Cependant, le débat sur la causalité ne saurait occulter la vraie question au cœur des actions de vie préjudiciable : y a-t-il *dommage réparable* ?

(c) Le dommage constitué par le fait d'être né handicapé

Les éléments du dommage

La notion de dommage comporte deux éléments : un élément de fait – le préjudice – et un élément de droit – la lésion d'un droit. Le préjudice, seul, ne suffit pas. *Sans lésion d'un droit subjectif, il peut y avoir préjudice, mais non dommage réparable.*

Examinons, successivement, ces deux éléments.

La naissance avec un handicap : un préjudice ?

L'enfant affecté d'une maladie congénitale incurable peut-il faire état d'un préjudice ?

En d'autres termes, subit-il une perte, une atteinte effective dans sa personne, ses biens ou ses intérêts ? L'hésitation est permise. Perd-il quelque chose d'acquis ou qui lui soit dû ? Où l'on voit déjà le problème car pour perdre, il faut *avoir* ou, au moins, *être* de ce monde.

Mais il y a plus. La preuve de l'existence d'un préjudice incombe à celui qui l'invoque. Dans l'action de *wrongful life*, ce qui est gênant, c'est que le préjudice lié au déficit de naissance de l'enfant est invoqué, non par l'intéressé lui-même, dont on peut douter qu'il soit en mesure d'articuler pareille plainte, mais par ses représentants légaux, à la faveur d'une fiction juridique. À cet égard, certains auteurs et juges considèrent qu'il n'appartient pas à un tribunal, ni *a fortiori* à un expert, de fixer des critères objectifs distinguant la vie acceptable de celle qui ne l'est pas, seul l'enfant étant habilité à porter un jugement sur la vie qui est la sienne.

On n'est pas obligé d'adhérer à cette analyse. D'une part, on ne saurait s'abriter derrière la fiction de la représentation pour faire accroire que c'est bien l'enfant qui décide, alors qu'en réalité – tant en stricte analyse juridique qu'en fait –, ce sont ses parents qui décident pour lui, à sa place. D'autre part, le juge doit apprécier, fût-ce de façon marginale, si la preuve de l'existence du préjudice est effectivement rapportée. Il est admis qu'en cas de doute sur l'existence du dommage, le juge ne peut en ordonner la réparation. Pour reconnaître l'existence d'un préjudice dans le chef de l'enfant, *on n'échappe donc pas à la nécessité d'un jugement porté sur la qualité de vie d'autrui.*

Est-ce vraiment gênant ? D'aucuns font valoir qu'en matière d'accidents entraînant des dommages corporels, personne ne conteste que, suivant une jurisprudence bien établie, des handicaps de toute nature sont regardés comme des préjudices indemnisables. Dans ces hypothèses, effectivement, aucune protestation ne s'élève pour dénoncer une atteinte portée à la dignité du handicapé. Néanmoins, force est d'admettre que l'existence du préjudice s'apprécie alors par rapport à un état antérieur : une personne était saine et, suite à un accident, elle se retrouve en chaise roulante ou privée d'un bras ou encore d'un œil… Il serait faux et indécent de nier qu'elle a souffert un préjudice. On conviendra que l'appréciation est plus délicate s'agissant d'une maladie congénitale, chaque fois que l'erreur du diagnostic prénatal n'a nullement provoqué ou aggravé le handicap de l'enfant, qui ne pouvait que naître handicapé ou ne pas naître, mais en aucun cas naître en bonne santé.

Or, on considère traditionnellement qu'il y a préjudice lorsque le fait générateur de la responsabilité place un tiers dans une situation pire que celle dans laquelle il se trouvait avant le fait (et, de surcroît, qu'il avait droit à ce que sa situation ne fût pas empirée). Il est de jurisprudence constante que la réparation du dommage consiste à replacer la victime dans la situation qui était la sienne avant la survenance du fait dommageable, ce qui est ici strictement inconcevable !

Mais, enfin, il n'est pas interdit d'être novateur. Il a été écrit, à juste titre, que la Cour de cassation française, en son arrêt du 17 novembre 2000, avait admis, *implicitement mais certainement*, que pour un enfant handicapé, la naissance peut être en soi un préjudice. Cette appréciation revient à consacrer une conception nouvelle et extensive de cette notion. On déplore d'ailleurs qu'elle ne s'en soit guère expliquée, préférant se réfugier derrière un attendu aussi laconique que sibyllin donnant à penser que tout se jouait sur le seul terrain de la causalité. Il s'est néanmoins trouvé des auteurs pour approuver la Cour de cassation d'avoir ainsi « [consacré] un nouveau type de dommage, qui ne réunit pas les caractéristiques classiques du dommage réparable »[1], en procédant à « un dépassement de la notion classique du préjudice limité à une simple perte par rapport à un état antérieur »[2]. Soit.

Cela étant, si l'on peut penser qu'il est indigne de juger, à la place de l'intéressé, que sa vie de handicapé

[1] J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *D.*, 2001, p. 491.

[2] P. JOURDAIN, note sous Cass. fr., 17 novembre 2000, *D.*, 2001, p. 337, obs. in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 149.

constitue un préjudice, on peut tout aussi bien estimer, à l'inverse, que le refus de prise en considération d'un préjudice reviendrait à nier la souffrance de l'enfant. On peut comprendre que pareille négation puisse apparaître contraire à la dignité humaine (même si je pense, pour ma part, que le préjudice, en sa composante morale, tient au vécu subjectif des parents plus qu'à celui de l'enfant lui-même).

Admettons, *volens nolens*, que préjudice il y a, tout en étant conscient, d'une part, que cette conclusion ne peut faire l'économie d'un double jugement porté sur la vie d'un autre – et celui des parents, et celui du juge –, d'autre part, qu'elle est acquise au prix d'une conception inédite de la notion de préjudice.

La vie préjudiciable : un dommage réparable ?

Encore faut-il que ce préjudice ouvre un droit à réparation. C'est ici que le bât blesse.

En effet, un dommage n'est réparable que s'il consiste en une atteinte portée à un droit subjectif ou, suivant l'état actuel de notre droit, à un *intérêt stable et légitime*. Ce point a été négligé par maints commentateurs des décisions de justice rendues dans le cadre d'actions de *wrongful life*. Quelques auteurs ont néanmoins bien perçu que tel était le véritable nœud de tout le débat relatif à l'admission des actions de vie préjudiciable.

Un auteur croit pouvoir considérer que le préjudice de l'enfant consiste dans l'atteinte à un droit qui est pour lui le prolongement ou, plus exactement, un élément du droit de la femme, dont il faisait indissociablement partie au stade de sa conception, d'interrompre sa grossesse dans les conditions déterminées par la loi (AUBERT).

Autrement dit, la législation sur l'interruption volontaire de grossesse conférerait, implicitement, à l'enfant à naître un droit à être avorté, de manière à ne pas être placé dans la situation d'avoir à vivre avec un handicap très grave et incurable. Tel serait précisément le droit subjectif lésé, dont l'enfant pourrait se prévaloir, une fois né, afin d'obtenir la réparation de son dommage (de toute évidence, il ne peut réclamer réparation du préjudice qui résulterait de la lésion fautive de son « droit » de naître sans handicap).

Une personne peut-elle réclamer le droit de ne pas naître ?

J'en doute. *La vie est de l'ordre du don.* Elle échappe par nature à l'emprise des volontés. Elle est reçue, sans que personne n'ait le pouvoir de l'exiger, ni de la nier originairement (en ce sens, AYNÈS). L'admission d'un tel droit suppose que la qualité de sujet de droit soit reconnue à l'enfant à naître. On n'imagine pas un droit subjectif… sans sujet, sans titulaire dudit droit. Afin de rencontrer cette objection, d'aucuns appellent à la rescousse le principe *infans conceptus pro nato habetur*, qui permet de faire acquérir des droits à l'enfant vivant et né viable dès sa conception. Cette réponse est fragile. Elle méconnaît le contexte et la nature des droits ainsi reconnus à l'enfant conçu. Ledit principe se déduit d'une série de dispositions qui, toutes, concernent exclusivement des droits patrimoniaux. En tout cas, on ne saurait, sans artifice, en tirer argument en faveur du droit de ne pas naître.

Au demeurant, il est piquant de constater qu'on dénie au *nasciturus* le droit à la vie, mais qu'on s'empresse de lui reconnaître celui de ne pas naître.

En d'autres termes, on ne lui reconnaît une personnalité juridique que pour justifier sa suppression ou, à défaut, la revendication d'un droit à la réparation de son existence (cf. MÉMETEAU). Il est à tout le moins paradoxal, sinon contradictoire, que la qualité de sujet de droit soit reconnue à l'enfant conçu dans le seul but de faire admettre qu'il avait le droit de ne pas exister… donc qu'il n'aurait pas dû avoir le droit d'ester en justice (cf. HERMITTE).

En substance, l'octroi d'une indemnisation à l'enfant passe par la reconnaissance d'un nouveau droit de la personnalité. Encore faut-il que ce nouveau droit subjectif, de création jurisprudentielle, soit juridiquement tenable. Or, le droit de « bénéficier » d'une I.V.G. ne saurait lui être reconnu, sans que soit fondamentalement remis en cause le caractère discrétionnaire de ce droit – ou de cette liberté[3] – dans le chef de la mère. Qui aurait, en effet, le devoir de respecter un tel droit (ou un tel intérêt, supposé légitime) ?

Seule la mère peut décider si l'enfant doit, oui ou non, accéder à la vie. À ce jour, tout le monde s'accorde, en effet, pour reconnaître que le recours à l'I.V.G. est, et doit rester, une prérogative purement discrétionnaire de la femme de sorte qu'elle ne saurait être contrainte dans un sens ou dans un autre. Rien n'y fait : en admettant que l'enfant ait un droit de regard sur sa naissance, on accrédite l'idée que la demande d'une I.V.G. n'est plus le fruit d'une décision personnelle de la mère, mais d'une décision partagée entre celle-ci et l'enfant (en ce sens, HERMITTE et GÉNICOT).

De plus, sauf à ne pas prendre au sérieux ce nouveau droit reconnu au *nasciturus*, la cohérence impliquerait que ce dernier puisse rechercher la responsabilité de ses parents pour avoir lésé son droit, en ayant refusé de procéder à des tests de dépistage ou en ayant décidé de poursuivre une grossesse nonobstant un verdict alarmant.

Où l'on voit qu'il n'est pas si absurde de craindre pareille évolution sous prétexte qu'il existe aujourd'hui un consensus pour estimer que l'I.V.G. ressortit à une liberté discrétionnaire de la mère en manière telle que le choix de recourir à l'I.V.G. ne saurait s'analyser en une faute. Aujourd'hui, peut-être – au moins en droit car, dans les faits, on n'ignore pas l'existence de possibles pressions sociales –, mais demain ?

Qui peut affirmer qu'il ne se trouvera pas des juges pour analyser le choix de mettre au monde un enfant handicapé en un abus de la liberté de l'I.V.G. ? De quel droit, dira-t-on, une femme se permet-elle d'imposer une vie malheureuse à un enfant, portant ainsi atteinte à son droit de « bénéficier » d'une I.V.G. ? Conjecture absurde ? Pas si sûr.

On reconnaît aujourd'hui qu'il n'existe pratiquement plus de droit « absolu » ou « discrétionnaire », dont le titulaire pourrait faire n'importe quel usage sans avoir aucun compte à rendre. À telle enseigne que, désormais, un abus de droit est pratiquement possible en toutes matières. Qui peut affirmer que ce dernier bastion de droit discrétionnaire ne cèdera jamais ?

[3] Je n'entre pas ici dans la discussion sur le fait de savoir si la législation sur l'I.V.G. crée un droit subjectif ou une liberté, résultant d'une simple *tolérance*, au profit de la femme.

Qui peut affirmer que la référence à la maxime de LOYSEL « Qui peut et n'empesche, pesche » (*Institutes coutumières*, n° 792), que d'aucuns brandissent pour convaincre que les fautes médicales sont causales, ne jouera jamais contre la mère ?

Qui peut affirmer que des esprits toujours plus nombreux ne seront pas acquis, demain, aux considérations de l'ex-Sénateur Henri CAILLAVET, qui écrit: « L'enfant handicapé, parce qu'il naît avec un handicap qu'il n'accepte pas, a par conséquent la faculté d'ester en justice contre ses ascendants. Son argumentation sera simple : *'Je n'ai pas demandé à naître et surtout à naître handicapé. Vous êtes responsables de mon handicap par votre choix. Vous êtes débiteurs envers moi à tous les plans et notamment matériel'*. Personnellement, je considère (…) que '*permettre à un enfant handicapé de venir au monde est une faute parentale et peut-être même le témoignage d'un égoïsme démesuré*' »[4].

En réalité, personne ne peut dire de quoi l'avenir sera fait et écarter d'un revers de la main les craintes exprimées par une doctrine imposante et auxquelles certaines décisions donnent déjà corps. On songe au jugement du Tribunal de grande instance de Reims du 10 octobre 2005, qui accorde à deux enfants, de 7 et 11 ans, une indemnité substantielle pour le préjudice subi à la suite de la naissance de leur sœur trisomique.

La logique perverse de l'action de *wrongful life* induit une autre conséquence inquiétante. La pression des actions en responsabilité aura d'inévitables répercussions sur les pratiques médicales. Trop exposés au risque de responsabilité, les médecins – gynécologues, laboratoires d'analyses , échographistes… – seront enclins à observer scrupuleusement un principe de précaution et s'estimeront en devoir, *dans leur intérêt*, de signaler tous les soupçons et éventualités de risques d'anomalie. Le prix à payer sera l'angoisse des parents, voire un recours inconsidéré à l'I.V.G. (dans le cadre du diagnostic prénatal) et une sélection extrêmement rigoureuse (dans le cadre de la Fivete).

Il est admis, aujourd'hui, que le dommage résulte de la lésion d'un simple intérêt, pourvu qu'il soit légitime. Force est de reconnaître que cette nuance ne change rien à l'analyse *juridique* conduite jusqu'ici. Au demeurant, comme l'écrit un éminent civiliste belge, « la loi ne définit pas ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas. L'appréciation du caractère légitime d'un intérêt se fait donc par rapport à des critères extrajuridiques qui sont essentiellement d'ordre moral » (FAGNART). Il n'y a donc pas lieu de s'offusquer que ce genre de décisions suscite des considérations de nature philosophique. Contrairement à ce que l'on a parfois écrit, il n'y a pas confusion des genres : que cela plaise ou non, l'analyse juridique commande, ici, de s'avancer sur le terrain éthique et sociologique. Et il est permis d'estimer, à bon droit, que l'intérêt invoqué par l'enfant est « socialement pernicieux » et « contraire à la dignité humaine ».

[4] Opinion exprimée par Henri CAILLAVET et jointe à l'Avis n° 68 du Comité Consultatif National d'Éthique (France) sur le thème « Handicaps congénitaux et préjudice », www.ccne-ethique.fr. Cet auteur a bien vu l'implacable dialectique dans laquelle on s'engage : 1° le droit de l'enfant à demander réparation se fonde sur le droit de la femme à recourir à l'I.V.G ; 2° ce droit à ne pas naître handicapé, il va le faire peser sur sa mère, qui sera moralement tenue de procéder à son élimination.

Dans ce genre d'affaires, on ne saurait s'abriter derrière une analyse de pure technique juridique, en feignant d'ignorer les importantes *implications anthropologiques* et l'*impact social* des décisions rendues.

Le préjudice des parents : un préjudice par ricochet ?

Dans les débats entourant, en France, la célèbre affaire *Perruche*, un argument fort a été avancé : le préjudice des parents étant un préjudice « par ricochet », on comprendrait mal qu'il soit indemnisé, tandis que celui de l'enfant, victime directe, ne le serait pas (VINEY). L'argument est un trompe-l'œil : on n'est pas obligé d'estimer les parents victimes par ricochet.

Les parents ne peuvent évidemment pas se plaindre du handicap de leur enfant, qui procède exclusivement de son patrimoine génétique ou d'une maladie contractée *in utero* et est étranger aux fautes des médecins. En empêchant la mère de recourir à l'I.V.G., l'attitude du médecin est plus exactement la cause de l'accession de l'enfant à la vie, lequel se trouve être atteint d'un handicap. Ainsi, le seul préjudice des parents résulte de l'atteinte portée à la liberté de la mère d'interrompre sa grossesse. C'est parce qu'elle a été privée, en raison des éventuelles fautes médicales, du droit de décider si oui ou non, l'enfant devait naître, qu'une indemnisation lui est due.

En d'autres termes, les parents invoquent donc un préjudice 'direct', même s'il n'est pas incongru de considérer, à l'heure de procéder à son évaluation *in concreto*, qu'il s'étend à toutes les conséquences dommageables des fautes commises, telles celles liées à la vie de l'enfant (charges financières accrues…). Mais c'est là une conséquence de l'atteinte portée, au droit propre – qui plus est éminemment personnel, même discrétionnaire – de la mère, et non à celui de l'enfant.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans la logique de la dépénalisation partielle de l'avortement, on peut admettre que les parents obtiennent réparation de leur préjudice résultant de l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés d'exercer un choix en faveur de l'I.V.G., à cause d'une erreur – fautive – de diagnostic et, partant, d'une information incorrecte sur la « normalité » de leur enfant à naître.

Quant à l'enfant atteint d'un handicap congénital ou d'une maladie contractée *in utero*, peut-il pareillement invoquer un dommage réparable ? On peut en douter.

Accueillir l'action de l'enfant suppose qu'il puisse justifier de la lésion d'un droit subjectif qui, en l'occurrence, ne peut être que celui de ne pas naître, c'est-à-dire de 'bénéficier' d'une I.V.G.

La reconnaissance de pareil droit conduit à l'aporie juridique, s'accorde mal avec le caractère discrétionnaire de la liberté de l'I.V.G. et ouvre des perspectives humainement et

socialement inquiétantes. En réalité, la vie est un don ; elle se reçoit et échappe dès lors aux prérogatives de l'individu. Celui-ci ne s'aurait s'en abstraire pour la répudier… à partir d'un droit qui la suppose.

Qui peut nier que les personnes handicapées méritent une aide susceptible d'atténuer leur souffrance ? Néanmoins, comme beaucoup d'autres auteurs, je pense que ces situations dramatiques ne ressortissent pas au droit de la responsabilité civile, mais à un mécanisme de solidarité. L'enfant n'est pas en position de victime, dont il s'agit d'indemniser le dommage au titre de la responsabilité civile, mais en situation de personne handicapée dont l'existence doit être prise en charge par la collectivité.

Commentant le dernier arrêt de cassation rendu dans l'affaire *Perruche*, le professeur F. RIGAUX a écrit : « Les auteurs qui paraissent peu favorables à la décision de l'arrêt ou qui émettent une opinion mitigée reconnaissent que la société a le devoir de soulager par une aide appropriée les souffrances des handicapés. La charité plutôt que la justice. Mais la dignité du handicapé est-elle mieux respectée par ceux qui le transforment en assisté social que par ceux qui lui reconnaissent un droit de créance contre les professionnels de la santé publique n'ayant pas su prévenir sa naissance dans les conditions où celle-ci aurait dû être prévisible ? ».

Dans l'analyse que j'ai proposée, la dignité du handicapé paraît effectivement mieux respectée pour divers motifs d'ordre à la fois socio-juridique et symbolique. D'un côté, on veut lui reconnaître une créance d'indemnité contre les professionnels de la santé, non sans suggérer que sa naissance est le fruit d'une erreur et de l'impossibilité dans laquelle se sont trouvés ses parents de procéder à son élimination. De l'autre, on est en présence d'une société solidaire, qui se révèle capable d'accueillir les plus fragiles d'entre les siens, en l'occurrence les personnes diminuées physiquement ou intellectuellement, et de leur procurer une aide appropriée sous la forme d'un droit de créance contre l'État. Cette solution m'apparaît plus digne et plus respectueuse des handicapés.

En outre, elle garantit aux médecins, échographistes, gynécologues… des conditions de travail plus sereines, à l'abri du spectre d'actions intempestives en responsabilité civile. Ensuite, elle évite que, par un excès de précaution, les futurs parents soient inquiétés inutilement et subissent une pression injustifiée en faveur du recours à l'I.V.G. Enfin, elle est mieux à même d'assurer la paix des familles, dont on n'a vu qu'elle ne manquerait pas d'être ébranlée par des actions dirigées contre les parents, au nom des handicapés ou de leur fratrie.

« La charité plutôt que la justice », note malicieusement l'auteur cité. Plus précisément, la *justice distributive* – qui concerne les rapports entre la société et les individus – plutôt que la *justice commutative* (ou réparatrice) – qui concerne les rapports intersubjectifs et dont relève la responsabilité civile. C'est donc bien de justice que je parle, qui plus est, d'une forme éminente de la justice qui a partie liée à la solidarité. Laquelle est l'honneur d'une société.

Etienne MONTERO
Professeur à la Faculté de droit de Namur

Repères bibliographiques

Parmi une littérature abondante sur le sujet, on épingle les études suivantes :

G. GÉNICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 79-98.

L. AYNÈS, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.*, 2001, pp. 492-496.

G. VINEY, « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la Justice dans l'opinion », *J.C.P.*, 2001, I 287, pp. 65-66.

J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *D.*, 2001, pp. 489-491.

J.-L. FAGNART, « To be or not to be ? » *Journ. proc.*, 2000, n° 404, pp. 19-24.

G. MÉMETEAU, « L'action de vie dommageable », *J.C.P.*, 2000, I 279, pp. 2275-2280.

M.-A. HERMITTE, « Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés », *Gaz. Pal.*, 24-25 oct. 1997, pp. 75 et s.