

Faut-il couper les ailes à l'arrêt "Perruche"?

Axel Gosseries*

Introduction

1. L'arrêt dit "Perruche" rendu le 17 novembre 2000 par la Cour de cassation française¹ ainsi que l'arrêt dit "Lionel" du 28 novembre 2001² par lequel la haute juridiction a confirmé sa jurisprudence ont suscité des commentaires extrêmement nombreux, tant en France qu'à l'étranger³. Le présent texte sera donc délibérément bref. Nous proposerons une réponse à une double question. D'une part, en tant qu'elle considère qu'un handicap de naissance peut constituer un dommage à l'enfant qui en est victime, faut-il rejeter cette jurisprudence française? Notre réponse de principe sera affirmative, et ce tant dans la perspective du droit positif français et belge, qu'à partir d'une conception éthique que nous préciserons. En cela, nous rejetons la présentation du débat entre tenants d'une interprétation stricte du droit censés se ranger à la position de la Cour de cassation, et critiques de l'arrêt Perruche supposés le faire à partir d'une perspective éthique. D'autre part, convient-il pour le législateur belge d'intervenir afin d'éviter un arrêt "Perruche" belge? Nous répondrons ici aussi par l'affirmative en précisant de quelle manière.

Qu'est-ce qu'une affaire de type "Perruche"?

2. Afin de circonscrire le type de situations dont nous traiterons ici, il importe d'identifier les caractéristiques qui nous mettent en présence d'une affaire de type "Perruche", dite de "vie préjudiciable" (*wrongful life*). Elles sont au nombre de quatre:

- Un enfant est victime d'un *handicap* dès sa naissance. Ceci exclut les hypothèses où les parents invoquent comme préjudice propre le simple fait de donner naissance à un enfant non désiré, même dénué de tout handicap. Dans ces cas, les parents reprochent à un médecin soit une opération de stérilisation mal effectuée, soit un avortement qui aurait échoué.⁴
- Le handicap de l'enfant à la naissance résulte au premier chef d'un *fait de la nature*. Il peut s'agir d'un problème présent dès la conception (ex: trisomie) ou apparu au cours de la grossesse (ex: attaque virale). A

* Chargé de recherches du FNRS, chargé d'enseignement à l'UCL et chargé de cours invité aux FUSL. Adresse courriel: gosseries@etes.ucl.ac.be. La présente contribution constitue une version remaniée d'une communication présentée le 22 mars 2002 à la maison des parlementaires (Bruxelles) dans le cadre d'une matinée de réflexion intitulée "Quelles solutions à la problématique "Perruche"?". Elle se situe dans le fil d'un court texte publié antérieurement (Gosseries, 2002).

¹ Arrêt n° 457, Cass. Fr., 17 nov. 2000, *Bull.*, Ass plén., n° 9, p. 15

² Arrêt n° 486, Cass. Fr., 28 novembre 2001, disponible sur: www.courdecassation.fr

³ Pour une étude doctrinale récente dans la perspective du droit belge: Genicot (2002). Les lecteurs intéressés par le problème philosophique sous-jacent dit de "non-identité" et par ses conséquences sur la possibilité d'utiliser un concept de dommage pourront consulter en particulier les travaux de Parfit (1984: chap 16), de Feinberg (1986) et de Roberts (1998)

⁴ En droit américain, ce type de cas est qualifié de "wrongful conception" ou "wrongful pregnancy". Voy. Collins (1984), Genicot (2002: n° 8s.)

tout le moins, dès que le handicap résulte d'un fait de l'homme intervenu après la conception, les difficultés que posent ce type d'affaire au droit de la responsabilité seront en partie levées ou déplacées. C'est le cas d'une amniocentèse qui engendrerait un dommage au fœtus (ex: perte d'un œil), d'une prise de médicament à effets tératogènes (ou de drogue aux effets divers) au cours de la grossesse ou d'un accident de voiture qui endommagerait tant une mère présente dans le véhicule embouti que l'enfant qu'elle porte (ex: traumatisme crânien).

- Les parents, s'ils avaient eu connaissance du handicap auraient demandé à ce que soit pratiquée une *interruption de grossesse*. En outre, ils se trouvaient dans les *conditions légales* pour ce faire. La Cour de cassation française a ainsi eu à connaître d'affaires où la demande des parents ne put être accueillie en raison du fait qu'ils ne se trouvaient de toute façon plus dans les conditions légales d'un avortement.⁵ Ceci explique aussi pourquoi, mis à part le cas d'une faute de diagnostic ou d'information anté-conceptionnels (ou d'actes anté-conceptionnels en général), une condition de possibilité d'un tel type d'action est la légalisation ou la dépénalisation, fut-elle partielle, de l'avortement.
- Un tiers (ex: un échographiste et/ou un laboratoire d'analyse) a commis une *faute de diagnostic ou d'information* qui a empêché les parents d'exercer effectivement la prérogative – peu importe à cet égard qu'on la considère comme une liberté ou un droit -⁶ qui leur est reconnue par la loi de recourir à une interruption de grossesse. Ici, la faute a trait à une action qui affecte uniquement le choix des parents de concevoir ou non un enfant (dans le cas d'un diagnostic anté-conceptionnel) ou de garder ou non un fœtus (dans le cas d'un diagnostic prénatal). Ceci exclut comme nous l'avons mentionné plus haut les cas où la faute consisterait en une action ayant un effet direct sur l'état physique de l'enfant (accident de voiture, amniocentèse défectueuse,...).

3. Ayant à l'esprit ces quatre caractéristiques, rappelons une partie des attendus des arrêts "Perruche" et "Lionel", le premier ayant trait à une atteinte *in utero* par la rubéole, le second à un cas de trisomie dont le médecin avait omis d'informer les parents.

Arrêt Nicolas Perruche – Cass. Fr. , 17 Novembre 2000 (rubéole):

"Attendu [...] que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X. 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"

Arrêt Lionel X. – Cass. Fr., 28 nov. 2001 (trisomie):

⁵ Voy. Genicot (2002: n° 15)

⁶ Voy. Genicot (2002: 36)

"Attendu que l'arrêt relève que le médecin n'avait pas communiqué à la patiente les résultats d'un dosage de bêta HCG qu'il lui avait proposé à seize semaines d'aménorrhée, alors que ces résultats, corroborés par des examens échographiques révélant la discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court, étaient alarmants et justifiaient une consultation spécialisée en génétique et en échographie; qu'en l'état de ces constatations, et dès lors qu'il n'avait pas été contesté par M. Y [le médecin gynécologue] que les conditions médicales d'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique auraient été réunies, la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X... la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse, était en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap."

Les éléments qui font la particularité de ces deux décisions sont les suivants. Dans les deux cas, ni la faute, ni le handicap, ni la possibilité pour la mère de recourir à un avortement dans le respect de la loi ne sont niés. En outre, - et ceci constitue le cœur du problème à notre sens - le *handicap* de l'enfant n'est pas seulement reconnu comme constituant un dommage aux parents, mais aussi à *l'enfant lui-même* ("... le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap... "). Enfin, la faute de diagnostic ou d'information est reconnue comme étant en relation de causalité avec le dommage à l'enfant, au sens du droit de la responsabilité.

Qu'implique l'égalité sollicitude en termes de moyens?

4. Il nous semble que la Cour de cassation a initié ainsi une jurisprudence qui est inadéquate tant au regard du droit positif qu'au plan philosophique. Afin de comprendre la portée exacte de la critique, il importe d'articuler cette décision par rapport à l'objectif le plus plausible qu'elle pourrait poursuivre. Les magistrats qui ont été amenés à se prononcer dans l'affaire Perruche ont indéniablement été touchés par la détresse manifestée par les parents de Nicolas Perruche, incapables d'assurer financièrement une vie digne à leur enfant, en particulier après leur mort. Du point de vue d'une théorie éthique, l'objectif auquel devrait répondre toute solution à un problème de type "Perruche" peut – me semble-t-il – être caractérisé comme suit. Chaque personne a droit à une *égale sollicitude*, c'est-à-dire qu'elle doit être reconnue par la société dans laquelle elle vit comme égale à toute autre personne, à un niveau fondamental.⁷ Cette notion d'égalité sollicitude implique à mon sens que toute personne victime d'un handicap dont elle ne saurait être tenue pour responsable (ce qui est le cas de Nicolas et de Lionel) est en droit d'obtenir de la part de la société une compensation – notamment financière - telle qu'elle ne soit pas désavantagée par rapport aux autres membres de la société. Il ne s'agit pas ici de nier la difficulté qu'il peut y avoir en pratique à déterminer si une personne n'a contribué en rien au handicap dont elle est victime (ex: le cas d'un fumeur victime d'un cancer ou d'un fou de moto victime d'un accident), ou à déterminer la mesure du désavantage subi par la personne handicapée.⁸ Il n'en reste pas moins que toute solution ne peut en être une que si elle répond à la détresse des personnes handicapées et de leurs proches en des termes qui ne fassent pas peser sur elles le poids de circonstances qu'elles n'auraient en rien choisies.

⁷ Voy. Dworkin (2000)

5. Ni Nicolas, ni Lionel ne sont responsables du handicap dont ils souffrent. En théorie, celui-ci pourrait donc être imputé soit à la faute d'un tiers ("fait de l'homme") ou à la faute de personne ("fait de la nature"). Dans les deux cas concrets que nous examinons, quelles sont alors les voies empruntables pour répondre à l'objectif précité? Elles sont au nombre de trois, les deux premières relevant du droit de la responsabilité pour faute, la troisième relevant de la solidarité. Examinons-les brièvement.

La première voie possible est celle qui consiste à considérer que le handicap de l'enfant constitue *pour cet enfant* un dommage (ce que l'on désigne généralement par l'expression canonique de *vie préjudiciable* ou *wrongful life*). C'est la voie empruntée par la jurisprudence Perruche. Elle suscite deux difficultés importantes. D'abord, s'il s'agissait là de la seule voie disponible pour répondre à la détresse de tels enfants, cela signifierait que dans tous les cas où une faute ne saurait être démontrée, ces derniers se retrouveraient sans recours. Ceci indique que cette voie pourrait tout au plus compléter une solution principale qu'elle ne saurait constituer. Je dis "pourrait" parce qu'en réalité, même dans les cas où il y a eu faute, cette solution apparaît conceptuellement inadéquate – ce qui en constitue la deuxième difficulté – , comme nous nous attacherons à le montrer dans la section suivante.

La deuxième voie consiste à considérer que le handicap de l'enfant constitue un dommage à ses parents (*naissance préjudiciable* ou *wrongful birth*). Ici encore, la solution est insuffisante puisqu'elle ne permet pas de répondre à tous les cas où il n'y a pas faute.⁹ Par contre, la difficulté conceptuelle rencontrée dans le cas de la reconnaissance d'un dommage à l'enfant n'est pas présente dans ce cas. Le dommage aux parents se sub-divise d'une part en *dommage moral* dans la mesure où la faute du médecin a empêché les parents d'exercer effectivement leur prérogative de recourir à un avortement. D'autre part, il y a un *dommage matériel* consistant dans les frais accrus par rapport à ceux nécessaires pour un enfant "normal" et liés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dont les parents sont tenus. La préoccupation majeure de la Cour de cassation dans le cas de Nicolas et de Lionel était que leurs parents soient en mesure d'assurer leur prise en charge financière. Pourtant, ce n'est pas via la notion de dommage à l'enfant, mais bien à travers celle de dommage aux parents que le Conseil d'Etat français a jugé dans une affaire analogue qu'il convenait de répondre à cette préoccupation¹⁰. Si l'on estime que les allocations familiales telles qu'elles existent en France ne permettent pas de faire face aux besoins d'enfants tels que Nicolas ou Lionel, il reste néanmoins préférable d'y répondre par une interprétation extensive de la notion de dommage aux parents (incluant le cas échéant des mensualités postérieures à la mort des parents au bénéfice de l'enfant auxquelles tout parent diligent aurait tenté de pourvoir) plutôt que par une indemnisation de l'enfant en son nom propre.¹¹ La saisine de la Cour de cassation dans les deux affaires commentées ne l'empêchait pas semble-t-il d'emprunter cette voie.

⁸ Voy. Dworkin (2000: chap. 2)

⁹ Sur d'autres limites de cette voie: Peters (1992: 415s.)

¹⁰ *Centre hospitalier régional de Nice c./époux Quarez*, CE (fr.), 14 février 1997, J. C. P. 1997, II, 22828 (note Moreau) (rente mensuelle de 5000 FF à verser aux parents pendant toute la durée de vie de leur fils).

¹¹ En ce sens: Genicot (2002: 85)

Il existe cependant une troisième voie et l'on ne saurait trop y insister. Cette voie, c'est celle de la solidarité. Pour prendre une analogie, répondre à des cas tels que ceux de Nicolas Perruche uniquement à travers la responsabilité pour faute, c'est un peu comme tenter d'indemniser les victimes d'un séisme uniquement sur base des dommages éventuels causés par des secouristes fautifs. Il est évident qu'il n'y aura pas de solution satisfaisante à ce genre de cas sans une solidarité qui permette de compenser valablement les désavantages liés à un handicap de naissance, et ce quel que soit le concours de causalités ayant conduit à ce handicap. Que l'organisme fournissant les allocations pour handicap se retourne éventuellement contre des médecins fautifs dans certains cas n'est bien sûr pas à exclure. Comme tout professionnel, le médecin a des obligations dont la violation, si elle donne lieu à dommage, appelle réparation. En un sens, que le handicap d'un enfant soit le résultat d'un fait naturel, d'une faute médicale présumée ou d'une faute médicale avérée, qu'elle soit inexcusable ou non, ne devrait en rien affecter *le montant* de l'indemnisation dont il bénéficiera.

Pourquoi la jurisprudence "Perruche" est-elle inadéquate?

6. Dans les cas de type Perruche, il y a peut y avoir différentes raisons de contester l'application de la responsabilité pour faute conduisant à la réparation d'un dommage à l'enfant. L'on peut s'interroger en fait sur la réalité d'une faute. L'existence d'un lien de causalité qui soit suffisamment direct pour satisfaire aux conditions de l'article 1382 C. civ. peut être mise en doute. L'on peut aussi douter de la possibilité d'évaluer l'ampleur du dommage à l'enfant et de la réparabilité de ce dommage. Enfin, l'on peut mettre en cause la possibilité même d'un dommage à l'enfant dans ce type de cas. C'est cette dernière position que nous développerons ici. Nous ne contesterons en rien le fait que Lionel et Nicolas souffrent d'un handicap. Par contre, nous défendrons l'idée selon laquelle il est incorrect d'affirmer que ce handicap est constitutif d'un *dommage* ¹².

7. La difficulté ne réside donc pas tant selon nous au niveau de la causalité qu'à celui du dommage (que nous prenons ici comme équivalent de "préjudice")¹³. Imaginons un accident de la route. Pour que la victime soit préjudiciée, sa situation après l'accident doit être *pire* que celle qui *aurait été la sienne* en l'absence d'un tel accident. L'état *antérieur* n'est significatif que s'il nous permet de prédire quel aurait été l'état *contrefactuel* de la personne, qui constitue le véritable élément de la comparaison. De même, pour que Nicolas ou Lionel aient subi un dommage, il faut se demander si leur situation actuelle est pire que celle qui *aurait été la leur* si l'erreur médicale n'avait pas été commise. Deux hypothèses sont envisageables.

Soit les parents auraient décidé de garder l'enfant même s'ils avaient su qu'il était victime du handicap. Dans ce cas, l'erreur du médecin ne change rien à la situation de l'enfant. Soit les parents auraient décidé de faire procéder à un avortement s'ils avaient eu connaissance du handicap de leur enfant, et dans ce cas, Lionel ou Nicolas ne seraient pas nés. L'erreur médicale est donc ici une condition nécessaire à l'existence de cet enfant.

¹² En ce sens, voy. par exemple: Aynès (2001)

¹³ Voy. aussi Genicot (2002: n° 28)

Dès lors, contrairement au cas de l'accident de la route, il nous est impossible de comparer deux états de la *même* personne. En effet, nous devons comparer par exemple l'état de trisomie de Lionel, non pas avec un état non trisomique qui aurait pu être le *sien* - puisque ce n'était pas possible - , mais avec sa non-existence. Or, la non-existence ne saurait être l' *état* d'une personne. Le problème n'est donc pas simplement d'ordre *métaphysico-épistémologique*, à savoir que l'on serait incapable d'évaluer ce que vaut pour une personne sa propre non-existence. Dans l'optique présente, la question de la valeur de la non-existence n'a de sens que si elle est posée à un vivant, ce qui ne présente pas de difficulté épistémologique particulière. Ce qui est donc plutôt en cause ici, c'est l'applicabilité d'un concept standard de dommage. Pour pouvoir s'écarter de ce concept standard, il nous faut des arguments solides.

L'argument développé ici repose ainsi sur le postulat selon lequel en principe il ne saurait y avoir dommage si la comparaison de deux états d'une *même* personne ne peut être effectuée. Et en ce sens, une comparaison soit avec un enfant alternatif que l'on aurait pu avoir en lieu et place du premier, soit avec l'absence de personne ne semble pas pertinente pour déterminer s'il y a dommage à l'enfant.

L'argument postule également que les morts n'existent pas. S'ils existent, alors il pourrait y avoir un sens à comparer l'état actuel handicapé d'une personne avec son état contrefactuel en tant que *personne morte*. Le concept standard de dommage pourrait alors être utilisé (comparaison entre deux états d'une même personne). Certes, l'on peut admettre que dans des sociétés multiculturelles comme la nôtre coexistent différentes conceptions relatives au statut des morts. Et cela suscite d'ailleurs des questions du plus grand intérêt¹⁴. Mais il faudrait en tout cas aussi être en mesure de défendre l'idée selon laquelle le fœtus dont on a autorisé l'avortement était déjà une personne, ce qui semble bien plus problématique. En général, ce n'est qu'en considérant que le fœtus jusqu'à un certain âge n'est *pas* une personne que l'on parvient à justifier l'acceptabilité morale (et juridique) d'un avortement. Ainsi, à tout le moins dans le type de cas que nous examinons ici, une comparaison avec un état alternatif *en tant que personne décédée* semble compromise. Car accepter une comparaison avec l'état contrefactuel d'un être qui jamais ne fut une personne, c'est comme le comparer avec celui d'un être qui n'aurait jamais existé. Ne doit-on dès lors pas conclure qu'il est dénué de sens d'utiliser un concept de préjudice dans une situation où l'absence d'erreur médicale aurait été synonyme de non-existence de l'enfant prétendument préjudicié? A cette question, il faut répondre "non et oui".

8. Il existe en effet des hypothèses où un concept de dommage (ou de préjudice) *doit* malgré tout pouvoir être utilisé. Il s'agit des cas où la vie du nouveau-né se situe irréversiblement en dessous d'un *seuil de dignité*, par exemple si elle n'est faite que d'atroces souffrances.¹⁵ Dans ces cas, il y a un certain sens à affirmer que la vie de cet enfant est non pas tant *pire* que de ne pas exister, mais simplement indigne de son titulaire. L'établissement d'un préjudice nécessitera ici, non pas une comparaison entre deux états de l'enfant, mais entre l'état actuel de

¹⁴ Voy. par ex. Mulgan (1999)

¹⁵ Pensons par ex. à des enfants souffrant de la maladie de Tay-Sachs. Voy. Shepherd (1995: 784, note 119)

l'enfant et un seuil minimal de dignité¹⁶. Une fois en dessous de ce seuil, l'action consistant à le concevoir et/ou (laisser) mettre au monde, causera effectivement dommage à l'enfant, même si l'absence d'un tel dommage aurait aussi signifié l'absence d'existence de cet enfant. Ceci nécessite certes une avancée dans l'interprétation de la notion de dommage, au delà du concept standard défini plus haut. Ceci implique aussi, soulignons-le, que des parents pleinement informés que leur enfant n'échappera pas à une telle vie "indigne" pourraient avoir l'obligation morale, voire légale, de pratiquer un avortement. Une telle avancée, effectuée avec prudence, est cependant à la fois concevable et souhaitable. Soulignons également que si le dommage de l'enfant consiste à se trouver irrémédiablement en dessous d'un seuil de dignité, la seule façon de réparer ce dommage est d'envisager l'euthanasie. Point d'autre mode de réparation ne semble possible, vu la nature du dommage ainsi défini.

Cette notion de dignité est nécessairement destinée à rester vague et en cela elle n'est pas dénuée de difficultés¹⁷. Ceci n'est d'ailleurs pas propre à ce type de notion. Le droit est construit autour de concepts qui ne se précisent qu'à travers leur application. Qu'un principe général du droit ou une disposition constitutionnelle soient relativement vagues n'implique en rien qu'il faille renoncer à les utiliser. Il y aura des cas – limités à notre sens – que l'on considérera comme appartenant au domaine d'une vie "indigne". Et il y aura d'autres cas plus difficiles à situer. Mais les demandes d'euthanasie illustrent à souhait que l'idée d'une vie dont les conditions sont devenues incompatibles avec un sens et une dignité quelconque pour son titulaire peut être acceptable.

Parmi les significations possibles de la "dignité" mentionnons en deux. D'une part, la notion de *dignité humaine* peut viser à contraindre la marge de manœuvre des individus au nom d'une certaine idée d'une manière humaine de se comporter, ce qui a pu par exemple conduire à l'interdiction de lancers de nains¹⁸. Une certaine conception de la dignité humaine pourrait même considérer comme indigne, le fait de vouloir cesser – de façon radicale cette fois – d'être humain, que ce soit par le suicide (assisté ou non) ou en formulant le vœu de ne jamais avoir existé. En un certain sens, la reconnaissance d'un droit d'exit serait incompatible avec une certaine vision de la "nature" humaine – ce dont on peut douter¹⁹. D'autre part, le sens dans lequel nous utilisons la notion ici est assez différent – quoique lié – puisque nous ne visons pas des cas où le comportement d'un individu serait indigne de celui qui est attendu des membres de l'espèce humaine. Ce que nous visons, c'est le cas de conditions physiques et psychiques d'existence qui sont indignes de la personne qui doit les subir. Il ne s'agit donc pas de comportement indigne mais de conditions de vie indignes, et ce même en l'absence de tout comportement fautif

¹⁶ Compar.: de Béchillon *et al.* (2000: 18) (critiquant le recours à une notion de "conditions d'existence inhumaines" en raison d'une part de la difficulté d'identifier un seuil pertinent et d'autre part du problème de représentation dans le cas où l'enfant est incapable de se prononcer lui-même)

¹⁷ Pour une étude récente: Martens (2000)

¹⁸ Leleu (2002: n° 5). Qu'il s'agisse d'activités de lancer de nains ou de prostitution, des individus parfaitement consentants qui s'y engageraient peuvent générer pour leurs pairs des externalités en termes d'image susceptibles éventuellement de causer dommage à la dignité des personnes qui ne seraient pas prêtes à adopter ce type de comportement.

¹⁹ Sur cette conception: Genicot (2002: n° 34). Pour un cas récent: Langellier (2002).

qui en serait à l'origine. Nous visons donc le cas d'une vie indigne de son titulaire, plutôt que celui d'une personne dont le comportement serait indigne des membres de son groupe.

En outre, il faut insister sur le fait que cette notion de seuil de dignité ne saurait être prise comme synonyme d'un seuil de *normalité*²⁰. D'aucuns ont suggéré de faire évoluer le concept de dommage à *l'enfant* en ce sens.²¹ Ce serait là une évolution extrêmement problématique. Pour faire court, le seuil de dignité renvoie à l'idée d'une vie "mauvaise" en termes absolus alors que le seuil de normalité ne fait que renvoyer à l'idée d'une vie qui soit "moins aboutie" que la normale²². Certes, nous ne contestons pas la pertinence d'une référence à une notion d'enfant "normal" afin d'évaluer l'existence et l'ampleur du dommage aux *parents*. Ce que nous contestons, c'est la pertinence d'un éloignement par rapport au concept standard de dommage, au delà des cas limités de "vie indigne". La référence à un enfant "normal" pour évaluer le dommage *aux parents* n'est qu'une référence à une probabilité, à un "enfant statistique". La référence à un enfant "normal" pour évaluer le dommage à *l'enfant* est par contre une référence à ce qu'il aurait *dû* être (même si l'on sait qu'il n'aurait jamais *pu* l'être). L'idée de normalité a donc une portée assez différente dans les deux cas. Or dans le second cas, il faut rejeter une telle notion car elle présuppose que laisser naître une personne dont la vie aurait pu être parfaitement heureuse et accomplie pourrait lui être dommageable, par le simple fait que les personnes présentes avant elle, ou les idées qu'elles se sont faites de la normalité, sont telles qu'elle se trouve légèrement en dessous de ce seuil.

9. La trisomie de Lionel ne rend clairement pas sa vie indigne d'être vécue. De même, les parents de Nicolas Perruche ne posaient en rien une telle affirmation. Or, une fois acceptée l'idée qu'une personne ne peut être préjudiciée si sa vie n'est ni *pire* que celle qu'elle aurait pu avoir, ni incompatible avec sa dignité, Lionel ou Nicolas ne peuvent être considérés comme préjudiciés. Ceci ne signifie pas que leurs parents ne puissent l'être, ni – élément essentiel – que Lionel ou Nicolas ne puissent voir leur *handicap* pleinement reconnu. C'est là l'élément troublant de ce type de cas. Certes, il y a *handicap* puisque l'enfant a été privé par le sort de certaines capacités. Certes, il y a aussi eu *faute* du médecin. Mais puisque *cet* enfant n'aurait pas pu naître sans être affecté de ce handicap, ce dernier ne saurait constituer un *dommage*. Conséquence pratique: la solution aux difficultés de Lionel et de Nicolas ne saurait être recherchée du côté de la reconnaissance d'un dommage propre.

10. La position défendue ici est donc *mixte* puisqu'elle associe à un rejet de principe de la possibilité d'utiliser un concept standard de dommage dans les cas examinés, la possibilité de développer un concept non-standard de dommage dans les cas limités où la vie de l'enfant présenterait des caractéristiques telles qu'elle se trouve nécessairement et irréversiblement en dessous d'un seuil de dignité. Cette prise de position prend pleinement

²⁰ Si l'on voulait formuler notre position en termes de droits subjectif, il ne s'agirait ni d'un droit (du *fructus*) à ne pas *naître* handicapé, ni d'un droit (de l'enfant) à ne pas être né *handicapé*, mais d'un droit (de l'enfant) à ne pas *être né* dans des conditions que l'on savait ou devait savoir *irréremédiablement incompatibles avec la dignité humaine*.

²¹ Leleu (2002: n° 18)

²² Sur l'idée de normalité: Cangilhem (1966/1991)

son sens lorsqu'on la compare avec une série d'arguments qu'elle n'implique en rien, voire avec lesquels elle serait incompatible.

Ainsi, la thèse défendue ici ne présuppose en rien l'idée selon laquelle l'évaluation d'une vie humaine n'appartiendrait nécessairement et dans tous les cas qu'à la personne concernée. Il est clair qu'en général la personne concernée est la mieux placée pour évaluer sa propre existence. Pourtant, d'une part la confiance dans les décisions radicales de la personne principalement concernée n'est pas toujours totale, comme l'indique la manière dont la société encadre l'exercice d'un éventuel "droit à mourir". C'est ainsi que l'on tentera souvent de dissuader un candidat au suicide. D'autre part, dans les cas où la personne concernée n'est pas en mesure de s'exprimer, l'on accepte parfaitement que des décisions soient prises en vue de ce qu'on estime être le mieux pour elle.²³

La position adoptée ici ne présuppose pas non plus que l'on doive considérer qu' "il y a contradiction intrinsèque dans le fait de permettre l'allégation d'un préjudice consistant dans le fait d'avoir accédé à la vie [et qu'il serait] impossible d'admettre qu'une personne utilise sa qualité de *sujet de droit* pour réclamer judiciairement le droit de ne pas avoir accédé à ce statut".²⁴ Demander en justice la reconnaissance d'un droit à mourir n'a rien de contradictoire. Dans ce cas, le demandeur utilise son statut de sujet de droit pour demander à ce que soit commise une action qui mettra fin automatiquement à son statut comme sujet de droit (sauf à postuler que nos systèmes juridiques reconnaissent aux morts, comme tels, des droits subjectifs).

L'on recourt également souvent à l'argument selon lequel il serait dégradant pour les handicapés dans leur ensemble de voir reconnaître leur handicap comme constitutif d'un dommage. En un certain sens, c'est un argument qui devrait alors aussi s'appliquer à la reconnaissance du statut d'handicapé lui-même (et à l'octroi d'allocations auxquelles il donne droit), ce qui en indique les limites²⁵. Mais en un autre sens, si l'on considère que le concept de dommage ne peut être utilisé dans le type d'hypothèses dont nous traitons que dans le cas où la vie de l'enfant présente des conditions incompatibles avec une dignité minimale, alors l'usage d'une telle notion de dommage signifiera par définition que la vie des personnes concernées est extrêmement dégradée. Mais si elle l'est effectivement, le nier n'améliorerait en rien la situation des personnes concernées. Force est de reconnaître cependant que cela n'est pas dans ce sens que la Cour de cassation française a utilisé la notion de dommage.

Soulignons en outre que l'argument développé ici est incompatible avec l'idée de "valeur sacrée de toute vie" puisque l'on accepte qu'il y a des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues et que par respect pour les principaux intéressés, il peut devoir y être mis fin. De même, notre argument est visiblement incompatible avec

²³ Voy. Genicot (2002: n° 31)

²⁴ Genicot (2002: n° 32); Fagnart (2002)

²⁵ En ce sens: Teff (1985: 438)

un rejet de la légitimité de tout avortement, puisque nous considérons que dans certains cas – certes limités – , il pourrait même être du *devoir* des parents envers le fœtus et/ou leur futur enfant de faire pratiquer un avortement. Notons cependant qu'un avortement pour un tel motif – incompatibilité irréversible avec une dignité minimale – serait certes incompatible avec l'idée du caractère sacré de toute vie, mais ne serait par contre pas incompatible avec le fait de considérer un fœtus comme une personne. En effet, dans l'hypothèse énoncée où l'on peut s'attendre selon toute vraisemblance à ce que l'enfant à naître se trouve irréversiblement dans un état incompatible avec l'atteinte d'un seuil de dignité, l'on peut mettre fin à la vie du fœtus au nom même du respect de sa dignité future, ce qui peut tout à fait se concevoir pour quelqu'un considérant les fœtus comme des personnes.

Enfin, l'argument selon lequel accepter une action d'un enfant contre un médecin reviendrait aussi à devoir l'accepter dans certains cas contre ses propres parents ne me semble pas non plus décisif. La question est délicate.²⁶ A cet égard, l'on cite souvent le cas stupéfiant où un enfant agissant contre sa mère parce qu'il avait les dents décolorées en raison d'une prise négligente par cette dernière de tétracycline pendant la grossesse. La juridiction du Michigan avait accueilli favorablement le recours de l'enfant.²⁷ Si l'on s'éloigne de ce cas, il nous faut constater que les relations familiales sont contraintes par toute une série d'obligations juridiques qui autorisent en cas de violation un enfant à agir contre ses parents. C'est le cas par exemple lorsque des violences sexuelles ont lieu au sein d'une famille. Certes de telles actions sont extrêmement destructrices de la cellule familiale. Mais les interdire serait tout aussi inacceptable du point de vue des droits fondamentaux des victimes de violence familiale. La même chose doit éventuellement pouvoir valoir pour de graves négligences, telle la prise de drogue dure au cours de la grossesse sans tentative de sevrage. Soulignons néanmoins qu'une fois le concept de dommage limité aux cas où la vie de la personne se trouve en dessous d'un seuil de dignité, les risques d'éclatement des familles resteraient singulièrement limités dans les affaires de type Perruche.

Le législateur belge doit-il légiférer?

11. Nous pensons avoir montré pourquoi une interprétation standard de la notion de dommage telle qu'elle est inscrite dans l'art 1382 C. civ. n'autorise pas de conclure à la possibilité d'un dommage à l'enfant dans des cas comme ceux de Lionel et de Nicolas. Certes, la jurisprudence développée par la Cour de cassation française illustre l'existence d'un risque d'interprétation inadéquate de 1382 C. civ. Il faut cependant souligner qu'en France, le Conseil d'Etat ne suit pas la même jurisprudence et que les juridictions de fond²⁸ semblent manifester de fortes réticences par rapport à la position de la Cour de cassation. Insistons aussi sur le fait que dans l'ordre

²⁶ Pour une analyse intéressante en droit américain: Shepherd (1995: en particulier 793s. – défense d'une notion de droit à l'attachement)

²⁷ *Voy. Grodin v. Grodin*, 301 N.W. 2d 869 (Mich. Ct. App. 1980).

²⁸ En Belgique, nous ne connaissons qu'une décision de fond: Trib. Mons, 6 octobre 1993 (non publiée), mentionnée in Dalcq (1996: n° 22 s.)

juridique où furent introduites à partir des années soixante²⁹ des actions de type *wrongful life* – à savoir les Etats-Unis -, une large majorité d'Etats refuse d'accueillir favorablement les actions de ce type.³⁰ Enfin, la situation des allocations familiales majorées pour handicapés et celle des allocations handicapés en Belgique est bien différente de celle que l'on connaît en France. Il importe donc de relativiser fortement le risque d'un arrêt "Perruche" de la part de la Cour de cassation belge.

Si néanmoins le législateur entendait réduire plus encore le risque d'une telle décision de cassation dans notre pays³¹, il pourrait amender l'article 1382 C. civ. en y introduisant par exemple l'une des deux phrases suivantes. Soit, il s'agirait d'introduire la phrase "un handicap congénital n'est pas constitutif de dommage pour son titulaire". Une telle phrase est plus satisfaisante que celle qui préciserait qu' "il n'y a pas de préjudice du seul fait de sa naissance".³² Cette dernière phrase est ambiguë puisqu'elle pourrait laisser ouverte la possibilité de reconnaître comme préjudice une naissance *handicapée*, ce que nous avons montré être problématique dans le cas d'un handicap congénital. Un amendement plus ambitieux de l'article 1382 C. civ. consisterait dans la phrase suivante: "Un handicap congénital n'est constitutif de dommage pour son titulaire que s'il rend la vie de ce dernier irréversiblement incompatible avec la dignité humaine". Il ne fait pas de doute cependant qu'une telle proposition donnerait lieu à des débats plus importants.³³

12. Que la Cour de cassation belge s'engage ou non dans la même voie que celle empruntée par la cassation française, il nous apparaît que de toute façon le législateur devrait entamer un second travail, celui consistant à évaluer si oui ou non, les personnes handicapées en raison de circonstances dont elle ne sont pas responsables, bénéficient d'une compensation sociale adéquate pour les désavantages liés à leur situation. Ceci pose la question de la mise en place d'un fonds d'indemnisation des victimes d'erreurs médicales et de son articulation avec le système d'allocations pour handicapés. La mise en place d'une responsabilité sans faute peut se justifier pour diverses raisons, qu'elles soient liées à des difficultés spécifiques d'administration de la preuve – prouver qu'un médecin a omis de fournir une information peut s'avérer particulièrement difficile -, aux lenteurs du système

²⁹ Voy. par ex. *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689 (1967); *Park v. Chessin*, 60 AD 2d 80, 400 NYS 2d 110 (NY App Div 1977); *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 165 Cal. Rptr. 477. Pour un aperçu des différentes affaires: Kohnen & Zoellner (1986)

³⁰ Voy. *Anon.* (1987: p. 2018, note 4), Williams (1991: 63, note 42)

³¹ Sur la nouvelle législation française consécutive à l'arrêt Lionel, voy. la loi du 5 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité des systèmes de santé.

³² Proposition de loi insérant un article 1383bis dans le Code civil précisant qu'il n'y a pas de préjudice du seul fait de sa naissance (Proposition Bacquelaine), *Ch. Rep.*, 17 janvier 2002, Doc 50 1596/001, 2001-2002, p. 7, art. 2.

³³ Voy. aussi Proposition de loi modifiant l'article 1382 du Code civil en vue d'y introduire l'irrecevabilité de la demande d'indemnisation du fait de sa naissance (Proposition Destexhe et consorts), Sén., 16 janvier 2002, Doc. 2-1013/1, p. 4 (Art. 2: "L'article 1382 du Code civil est complété [par] l'alinéa suivant: "nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance. Lorsqu'un handicap est la conséquence directe d'une faute, il est ouvert droit à réparation conformément à l'alinéa 1^{er}"". Cette proposition a le mérite d'être un peu plus explicite que la proposition Bacquelaine. L'expression "handicap congénital" semble cependant plus appropriée que le mot "naissance" si, comme le soulignent les auteurs de la proposition dans leur commentaire de l'article proposé (p. 3), "il est important de bien distinguer le handicap "naturel" et le handicap suite à une faute d'un tiers". Notons également que l'article tel qu'il est formulé n'empêche pas en principe l'enfant de se retourner contre ses parents, contrairement à ce qui est affirmé à la fin du commentaire de l'article proposé (p. 3: "l'enfant ne pourra se retourner contre ses parents").

judiciaire, à l'acceptation d'une notion d'aléa pour certaines activités à risque ou à des préoccupations de justice entre les victimes. Nous n'avons en rien exclu jusqu'ici que des parents puissent recourir en leur nom contre un médecin en raison des frais accrus liés au handicap de leur enfant. Il nous semble cependant qu'il n'y aurait aucune justification à ce qu'une fois le handicap reconnu comme étant le résultat d'une erreur médicale, l'indemnisation par ce fonds puisse être barémisée de manière telle qu'à handicap égal, l'indemnité du fonds soit plus ou moins élevée que l'allocation handicapé reçue par des personnes dont le handicap ne résulterait pas d'une erreur médicale. De même, il n'y aurait aucune raison non plus à ce que la personne qui parviendrait à prouver la faute médicale (disons "inexcusable") obtienne devant les tribunaux des indemnités bien plus élevées que celles qu'elle pourrait obtenir de la part du fonds d'indemnisation basé sur la responsabilité sans faute. Pourtant, l'on peut s'attendre à un écart important entre les indemnités barémisées dans le cadre d'un fonds et les indemnités qu'une personne pourrait obtenir auprès des tribunaux. Une tâche clef consiste dès lors à articuler les différents modes d'indemnisation (allocations handicapés, fonds d'indemnisation des erreurs médicales, recours au droit commun de la responsabilité pour faute) de manière telle que la cause du handicap (nature, erreur médicale, faute inexcusable,...) n'affecte pas le montant de l'indemnité – sauf bien sûr dans le cas d'un handicap dont la victime serait elle-même responsable. Il en va d'une conception de l'égale sollicitude, telle qu'énoncée plus haut. Cela pourrait impliquer que l'existence d'un tel fonds doive aller de pair avec une interdiction pour les personnes susceptibles d'en bénéficier de recourir encore au droit commun de la responsabilité, même en cas de faute dite "inexcusable".

L'on ne saurait non plus trop insister sur le fait que les indemnités et les allocations ne sont pas l'unique chose qui importe. L'existence d'ateliers protégés, d'écoles spéciales ou d'associations mixtes qui mettent ensemble personnes handicapées et non-handicapées est essentielle. Tout aussi crucial est le nécessaire travail sur l'image du handicapé dans nos sociétés. Il est choquant de constater que lorsque l'on croise en rue le chat de son voisin, l'on se préoccupe rarement de déterminer ce qui lui manque pour avoir les qualités d'un être humain. Par contre, face à une personne handicapée, c'est le plus souvent à ce qui lui manque pour être une personne non-handicapée que l'on pense en premier lieu.

Conclusion

Nous avons développé l'idée selon laquelle le recours à un concept standard de dommage ne permettait pas dans les deux affaires concernées de conclure à l'application du droit de la responsabilité civile. Certes, nous avons souligné qu'il conviendrait s'écarter de ce concept standard dans la circonstance d'une vie indigne. Mais à aucun moment, ni dans le cas de Nicolas (syndrome de Gregg suite à une infection par la rubéole), ni dans le cas de Lionel (trisomie), il n'a été prétendu que leurs vies se situaient en dessous d'un tel seuil de dignité, ce qui fait que le concept de dommage, même ainsi étendu, y est inapplicable.

Nous avons montré que les raisons de ne pas étendre plus avant le domaine d'application du concept de dommage plus avant sont doubles. D'une part il s'agit de raisons d'architecture générale (qui renvoient au problème de la causalité): pourquoi vouloir accomplir par le droit de la responsabilité ce qui peut l'être par la solidarité nationale? D'autre part, une fois que l'on tente de développer des notions alternatives de dommage au delà de l'avancée limitée proposée (vie indigne), l'on est contraint de s'engager dans une comparaison soit avec un seuil de normalité, soit (ce qui reviendra souvent au même) avec la situation d'un enfant alternatif que l'on aurait eu. Si une telle comparaison a du sens lorsqu'il s'agit de calculer le dommage aux parents, elle conduit aux difficultés que nous avons indiqué lorsqu'il s'agit de l'utiliser pour évaluer s'il y a eu dommage à l'enfant.

Plutôt que d'étendre le concept de dommage, il conviendrait de veiller à développer un régime intégré d'indemnisation des handicaps qui fonctionne de manière telle que d'une part il réponde effectivement aux difficultés des personnes concernées et que d'autre part les causes de handicap – sauf l'hypothèse d'une faute de la victime elle-même - n'affectent en rien le montant des indemnisations.

Références

- Anon.** , 1987. "Wrongful Birth Actions: The Case against Legislative Curtailment", 100 *Harvard L. R.* : 2017-2034
- Aynès, L.**, 2001. "Malheur et préjudice", *Le Monde*, 31 janvier 2001: 16
- Cangilhem, G.** , 1966/1991. *Le normal et le pathologique*, Paris: PUF (Quadrige)
- Collins, E.**, 1984. "An Overview And Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, And Wrongful Birth: Time For A New Framework", 22 *J. Fam. L.* : 677-711
- Dalq, R.** , 1996. "Problèmes actuels en matière de causalité", *RGAR* , vol. 69(7): 12656 (1-8)
- De Béchillon, D., O. Cayla et Y. Thomas**, 2000. "L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire", *Le Monde* , 21 déc. 2000: 18
- Dworkin, R.**, 2000. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass.)/ London: Harvard University Press, 511p.
- Fagnart, J.-L.**, 2000. "To be or not to be", *Journ. Proc.* , n° 404: 22
- Feinberg, J.** , 1986. "Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming", *Social Philosophy and Policy* , vol. 4(1): 145-178.
- Genicot, G.**, 2002. "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *RGDC* 2: 79-98
- Gosseries, A.**, 2002. "La trisomie, handicap et préjudice?", *Le Vif/L'Express*, 18 jan.: 23
- Kohnen, D. & R. Zoellner**, 1986. "Wrongful life: existence v. nonexistence – is life always preferable?", 36 *FICC Quarterly*: 211-246
- Langellier, J.-P.**, 2002. "La Haute Cour britannique accorde à Mlle B. le "droit de mourir", *Le Monde*, 24-25 mars: 3
- Leleu, Y.-H.**, 2002. "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence "Perruche", *RGAR* , 13466: 1-5
- Martens, P.**, 2000. "Encore la dignité humaine: réflexions d'un juge sur la promotion par le juge d'une norme suspecte", in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire (Mélanges Lambert)* , Bruxelles: Bruylant.
- Mulgan, T.** , 1999. "The Place of the Dead in Liberal Political Philosophy", 7 *J. Pol. Philos.* 1: 52-70
- Parfit, D.** , 1984. *Reasons and Persons*, Oxford: Clarendon Press, 543p.
- Peters, Ph.** , 1992. "Rethinking wrongful life: bridging the boundary between tort and family law", 67 *Tulane L. R.* : 397-454
- Roberts, M.** , 1998. *Child versus Childmaker. Future Persons and Present Duties in Ethics and the Law* , Lanham: Rowman and Littlefield, 235p.
- Shepperd, L.** , 1995. "Protecting Parent's Freedom to Have Children with Genetic Differences", *Univ. Illinois L. R.* 4: 761-812.
- Teff, H.** , 1985. "The Action for "Wrongful Life" in England and The United States", 34 *ICLQ* : 423-441.
- Williams, T.**, 1991. "Wrongful Life": When Birth is an Injury", 18 *Southern Univ. L. R.* 1: 57-67