

Synthèse

Naissances handicapées et responsabilité. Recherche sur l'impact de l'arrêt « Perruche » sur la jurisprudence et sur les pratiques en matière d'assurance médicale

Catherine LABRUSSE-RIOU
Professeur de droit privé à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne
Responsable scientifique du projet

Guillaume CANSELIER
Ancien A.T.E.R. de droit privé à l'université de Paris I, Doctorant

Isabelle RONDOT
Doctorante

Hafida ACHMAOUI
Doctorante

Alain RAVELET
Ancien A.T.E.R. de droit public à l'université de Paris XII, Doctorant

Université de Paris I Panthéon-Sorbonne
Centre de recherche sur le droit des sciences et des techniques
(UMR Droit et régulation des activités économiques et sociales)

Septembre 2005



PLAN SOMMAIRE DU RAPPORT

INTRODUCTION : L’AFFAIRE « PERRUCHE »

A. CONTEXTE ET POSITION DU PROBLÈME

B. LES DÉCISIONS RENDUES DANS L’AFFAIRE PERRUCHE (COUR DE CASSATION) ET DANS L’AFFAIRE QUAREZ (CONSEIL D’ETAT)

I. L’IMPACT MÉDIATIQUE DE L’AFFAIRE « PERRUCHE »

A. LES RÉACTIONS DES ASSOCIATIONS DE PERSONNES HANDICAPÉES ET DE PARENTS D’ENFANTS NÉS HANDICAPÉS

B. LE DÉBAT PUBLIC DANS LA PRESSE

C. LE DÉBAT DANS LES PUBLICATIONS JURIDIQUES

II. L’IMPACT DE LA JURISPRUDENCE « PERRUCHE » SUR LE LÉGISLATEUR ET SUR LES TRIBUNAUX

A. L’ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE AVANT L’ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 4 MARS 2002 (ARTICLE 1)

B. LA LOI DU 4 MARS 2002 ET LE CONTENTIEUX POSTÉRIEUR À SON ENTRÉE EN VIGUEUR

C. LA MISE EN CAUSE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ ET DE LA CONVENTIONNALITÉ DE L’ARTICLE PREMIER

III. L’IMPACT DE LA RÉPARATION DU HANDICAP DE NAISSANCE SUR L’ASSURANCE MÉDICALE ET SUR LES MÉCANISMES DE SOLIDARITÉ NATIONALE

A. L’INTERVENTION DES CAISSES D’ASSURANCE MALADIE DANS LES PROCÉDURES RELATIVES À LA NAISSANCE D’ENFANTS HANDICAPÉS

B. L’IMPACT DE L’ARRÊT « PERRUCHE » SUR LES PRATIQUES EN MATIÈRE D’ASSURANCE

C. L’IMPACT DE L’ARRÊT « PERRUCHE » SUR LA PRISE EN CHARGE DU HANDICAP : LA RÉFORME DE LA LOI D’ORIENTATION EN FAVEUR DES PERSONNES HANDICAPÉES DU 30 JUIN 1975

IV. SYNTHÈSE

ANNEXES

BIBLIOGRAPHIE

NOTE SUR LES TECHNIQUES DE DIAGNOSTIC PRÉNATAL

CONCLUSIONS DU RAPPORT DE L’IGF ET DE L’IGASS

Le présent travail a été initié dans le cadre d'un appel d'offres publié en 2001 par la Mission de recherche Droit et Justice sur le thème général « L'impact des décisions de justice ». Cette recherche, accomplie à l'Université de Paris I, a bénéficié des ressources et moyens matériels du Centre de recherche sur le droit des sciences et des techniques et du Centre de recherche de droit privé l'un et l'autre centres étant membres de l'UMR Droit et régulation des activités économiques et sociales, CNRS 8056.

En 2001, l'intensité du débat suscité par le désormais célèbre « arrêt Perruche », rendu le 17 novembre 2000 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, révélait l'importance d'une décision dans le champ social, politique, médiatique, mais aussi la complexité des questions posées par un tel cas sur les plans juridique, éthique, économique, philosophique. Plusieurs fois confirmée en 2001, cette décision reconnaissait le droit de l'enfant, né gravement handicapé en raison d'une erreur fautive de diagnostic prénatal ayant privé la mère de la faculté de décider d'une interruption de grossesse, d'engager la responsabilité des médecins en vue d'obtenir réparation de « son » handicap, sans préjudice du droit des parents d'obtenir réparation de leurs propres préjudices matériels et moraux.

Il est alors apparu opportun d'engager une recherche approfondie sur l'impact, inhabituel pour une affaire civile, d'un arrêt qui, au-delà du cas particulier, posait sur tous les plans des questions de principe et mettait en cause le sort des personnes handicapées et la fonction comme les pouvoirs des médecins dans l'usage des techniques de diagnostic prénatal.

Il apparaissait dans un premier temps intéressant d'analyser la jurisprudence des tribunaux et des cours d'appel avant et après l'arrêt du 17 novembre 2000 et ceux qui l'ont suivi. Ce travail devait compléter la recherche entreprise par une équipe de sociologues (Mmes D. Moysse et N. Diederich) concernant l'impact de cette jurisprudence auprès des médecins afin d'examiner si possible de concert la réception des arrêts de la Cour de cassation dans les milieux judiciaires et médicaux et de tenter de comprendre leurs distances dans la compréhension et les effets concrets des décisions de justice.

L'introduction, dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, d'un article premier visant à briser la jurisprudence de la Cour de cassation aurait pu rendre une telle recherche presque sans objet s'il s'était agi d'examiner seulement l'accueil fait à la jurisprudence de la Cour de cassation par les milieux judiciaires ; cependant, il est apparu opportun d'étendre l'étude aux pratiques en matière d'assurance, puisque il était clair que la loi nouvelle semblait en partie dictée par les réactions des compagnies d'assurance à la jurisprudence. Ainsi la dimension économique jusqu'alors occultée devenait visible et

mérait d'être analysée. Cette extension ne justifiait pas à elle seule l'intérêt de la poursuite des travaux. En effet, la loi nouvelle devait poser de nouvelles questions tant aux tribunaux qu'aux personnes handicapées de naissance et relancer le débat qu'elle voulait clore. Le présent travail s'attache en conséquence à reprendre l'ensemble des problèmes posés par le contentieux de la naissance handicapée en se limitant à l'impact des décisions de justice ; celui-ci révèle des effets en chaîne, souvent contradictoires et fort complexes qui appellent, chacun, une analyse particulière avant de pouvoir tenter d'en démêler les imbrications. L'affaire « Perruche » et ses suites cristallisent de nombreuses questions qui traversent toutes le droit et le champ social et amènent à réfléchir à des manières éventuellement différentes de les traiter afin d'éviter les chemins d'impasse sur lesquels on semble encore buter.

Le présent travail, dont on présente ici un rapide résumé accompagné de la publication de la synthèse finale, a été mené sur un peu plus de deux années. Il fallait attendre que soient rendues des décisions dans des affaires en cours, sans pour autant différer la remise du rapport aux décisions des Cours de justice saisies de la conventionalité de la loi du 4 mars 2002 (article 1).

Il est apparu inopportun de traiter de l'impact de l'arrêt « Perruche » de manière chronologique, ce qui aurait fait apparaître l'écho médiatique d'abord, puis l'écho auprès du Parlement ensuite à l'occasion du vote de la loi, lui-même largement déclenché par les réactions des compagnies d'assurance, puis enfin les difficultés d'application et d'interprétation d'une loi qui suscite aujourd'hui la contestation de sa conformité à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette contestation dont on ignore à ce jour quelle sera l'issue peut être considérée comme un impact indirect de la jurisprudence civile. Cette vision chronologique n'est pas principale car elle ne permettait pas d'inclure l'étude des pratiques en matière d'assurance; elle s'inscrit en revanche à l'intérieur des trois parties du plan retenu qui consiste à distinguer trois cibles, si l'on peut dire, de l'impact de l'arrêt « Perruche » ; malgré l'imbrication des problèmes posés par le cas et tous les autres cas semblables, ces trois domaines d'influence directe ou indirecte de la décision, - l'opinion publique, les pouvoirs publics (Parlement et juridictions), les assurances et les organismes sociaux - pouvaient être distingués.

Résumé du rapport

Une première manifestation de la résonance de la jurisprudence était constituée par l'opinion publique et l'opinion des juristes. Après une introduction destinée à poser le problème et à exposer les décisions juridictionnelles rendues dans l'affaire « Perruche » qui a fait l'objet de très nombreuses instances et dans l'affaire « Quarez » tranchée par le Conseil d'Etat, l'étude de l'impact médiatique fait l'objet d'une première partie. Le travail a consisté dans la collecte et l'analyse d'un très grand nombre de publications dans la presse grand public (journaux quotidiens, hebdomadaires, revues générales) où s'exprimèrent les principaux intéressés qu'étaient les personnes handicapées et leurs représentants d'une part et les médecins ou leurs représentants d'autre part, ainsi qu'un grand nombre de personnalités du monde universitaire de toutes disciplines, des milieux politique ou scientifique, et bien sûr des journalistes. A cette étude de presse s'est ajoutée celle des prises de positions publiques des associations de personnes handicapées ou de leurs représentants dont les réactions ont été particulièrement vives et nombreuses mais aussi révélatrices des difficultés concrètes de la question ; en effet, si l'arrêt Perruche a suscité des prises de position en grande majorité hostiles en raison principalement de l'image négative que cette décision renvoyait des enfants handicapés, ces mêmes groupements se sont également insurgés contre les conséquences de la loi du 4 mars 2002 dont l'application avait pour conséquence de réduire considérablement les indemnités dues par les médecins fautifs.

Ces difficultés ont alimenté une controverse juridique de grande ampleur, ce qui justifia l'étude approfondie des publications juridiques, très nombreuses, dont l'intérêt est de montrer les modes d'expression et le contenu d'une controverse interne à la communauté des juristes universitaires d'une réelle et peu habituelle intensité. La bibliographie générale figurant en annexe atteste l'intérêt que la « doctrine » a porté à la question. Cette affaire déclencha en effet un flot d'articles et de commentaires, dont l'intérêt dépasse la seule discussion des conditions de la responsabilité civile pour atteindre les liens que la responsabilité entretient avec le droit des personnes ou avec le droit social ; puis elle s'est étendue de manière parfois polémique aux questions de théorie générale du droit, faisant apparaître des divergences importantes sur la conception même du droit, de ses sources, de sa fonction ou de ses limites. Si le débat a conduit à figer des positions a priori de manière peu féconde, il a eu le mérite de relancer opportunément des discussions qu'une conception trop technique de la matière juridique a tendance à étouffer. De l'ensemble de la première partie du rapport, il résulte que

l'arrêt Perruche a eu un effet de stimulation à maints égards fort positif d'un débat public de grande qualité.

L'impact qu'il convenait de privilégier concernait les institutions juridictionnelles et plus largement les pouvoirs publics. La deuxième partie de l'étude est donc consacrée à la jurisprudence et à la loi du 4 mars 2002, dont l'article 1° vise à paralyser l'action de l'enfant, à limiter la réparation du préjudice des parents et à renvoyer à la solidarité nationale la prise en charge de la compensation des charges matérielles résultant du handicap. L'intervention de cette loi modifia la manière de conduire la recherche ; celle-ci ne pouvait plus être menée par voie d'enquête auprès des milieux judiciaires car ils ne pouvaient plus s'aligner sur la position de la Cour de cassation ou s'y opposer, mais devaient appliquer la loi. Le parti a été pris, l'état de la jurisprudence avant la loi étant présenté en premier lieu, de procéder à une analyse approfondie des travaux préparatoires de la loi ainsi que des décisions de justice prononcées après son entrée en vigueur. Pour techniques qu'elles soient, les données recueillies sont fort instructives des difficultés du problème posé à la société toute entière par le remaniement législatif du droit de la responsabilité civile et administrative applicable à la naissance et au handicap. La collecte des décisions s'est faite par les moyens usuels d'accès aux décisions de justice (revues spécialisées) et grâce aux banques de données juridiques. Une centaine de décisions de justice ont été analysées, dont une soixantaine sont antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, et une quarantaine sont postérieures à l'entrée en vigueur de la loi.. Des tableaux de la jurisprudence judiciaire et administrative des années 1980 à l'année 2002 font apparaître l'état du contentieux devant les juridictions du fond et devant les juridictions supérieures, les divergences de jurisprudence tant entre les premières et les secondes qu'entre les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Sont ensuite présentés et analysés l'élaboration de l'article 1° de la loi du 4 mars 2002, le contentieux de son application et de son interprétation dans les deux ordres juridictionnels (application de la loi dans le temps, domaine d'application des différents alinéas de l'article 1°, interprétation de la notion de « faute caractérisée » et de l'étendue du préjudice réparable des parents compte tenu de l'exclusion de la réparation du préjudice matériel imputé par la loi à la solidarité nationale) et enfin les problèmes posés par la mise en cause en doctrine de la constitutionnalité de l'article 1° et déjà en jurisprudence comme en doctrine de sa conformité à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dont la Cour européenne est saisie.

La troisième cible concernait les aspects économiques et sociaux de l'indemnisation du

handicap de naissance auxquels est consacrée la troisième partie du rapport. Trois questions distinctes en permettaient une analyse partielle. Dans la foulée de l'étude des décisions de justice, il convenait de rechercher quelle était l'attitude des caisses primaires d'assurance-maladie dans les procès compte tenu du recours subrogatoire qu'elles peuvent exercer. La question était décisive au regard de l'impact de la jurisprudence de la Cour de cassation par comparaison avec celle du Conseil d'Etat avant la loi. En effet, il est apparu que dans un contexte général déjà très tendu en raison des développements nouveaux de la responsabilité médicale, le recours subrogatoire des organismes de sécurité sociale (susceptible d'être imputé sur la réparation des dommages corporels de l'enfant en cas d'action exercée par ce dernier alors qu'il ne l'était pas en cas d'action visant à la réparation du préjudice des parents), constitua l'élément déclencheur de la réaction des compagnies d'assurance des médecins ; celle-ci se sont pour beaucoup soit retirées du marché de l'assurance médicale pour les professions spécialisées à haut risque soit ont augmenté les primes d'une manière qui apparut insupportable à nombre de médecins échographistes ou spécialistes de gynécologie-obstétrique. L'étude de l'attitude des compagnies d'assurance constitua le deuxième volet de cette troisième partie. De grandes difficultés d'accès à la connaissance de ce secteur et de ses pratiques limitent les résultats des investigations. A ces difficultés, l'Inspection générale des Finances et l'Inspection générale des affaires sanitaires et sociales, se sont également heurtées comme en témoigne les conclusions de leur rapport publiées en annexe. Cependant des informations précieuses ont été fournies par la Fédération française des sociétés d'assurance. Enfin le volet social était constitué par la réforme de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées du 30 juin 1975, laquelle n'est intervenue que le 11 février 2005 par une loi n° 2005-102 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ». Instituant un droit à la compensation du handicap, cette loi répond à la préoccupation principale des intéressés et met en œuvre la disposition de la loi du 4 mars 2002 qui impute exclusivement à la solidarité nationale la compensation de la charge matérielle d'entretien d'enfants nés handicapés, laquelle échappe à la réparation par le droit de la responsabilité ; elle fonde un droit autonome qui n'est pas mis en rapport avec la responsabilité civile ou administrative, les recours subrogatoires n'étant pas envisagés.

C'est ainsi qu'après avoir présenté les attitudes procédurales très variables des caisses de sécurité sociale dans le contentieux de la naissance d'enfants handicapés, le rapport traite des pratiques en matière d'assurance médicale et des difficultés de ce marché mais s'interroge aussi sur les effets de la crise de l'assurance de responsabilité civile médicale sur la prévention des risques médicaux au regard notamment des contrats de pratiques

professionnelles. Enfin le rapport expose le renouvellement des modes de prise en charge du handicap au titre de la solidarité nationale par la Loi du 11 février 2005 ; phase ultime de l'impact de l'arrêt Perruche rendue nécessaire par les dispositions de la loi du 4 mars 2002, cette loi établit un droit à compensation du handicap sans distinction entre les causes de ce dernier et sans lien entre le droit social et le droit civil comme c'est le cas des prestations d'assurance maladie.

De façon générale et pour chacune des trois parties, le rapport s'efforce de traiter le sujet du point de vue principal de l'impact des décisions de justice ; mais il est clair que l'on ne pouvait pas exclure l'examen des questions juridiques de fond. Celles-ci sont cependant présentées au moyen des opinions des différents auteurs dont le rapport met ainsi en exergue les différences et les divergences d'analyse.

Une synthèse finale, plus engagée, s'efforce de tirer les leçons d'une affaire révélatrice des difficultés auxquelles la Justice est confrontée dans le traitement juridique d'un problème dit de société dont nul ne peut négliger l'importance pour l'ensemble du corps social et pour chaque individu en particulier. Ces conclusions et réflexions sont publiées ci-dessous.

Synthèse

Quelles leçons tirer de l'analyse d'une affaire dont le règlement aurait pu rester celui d'une décision particulière dotée de l'autorité relative de la chose jugée, et dont les solutions auraient pu évoluer de manière prétorienne dans les affaires ultérieures ? Que penser du processus médiatique, législatif puis à nouveau juridictionnel que la jurisprudence Perruche a enclenché ?

« Beaucoup de bruit pour rien », ou pour pas grand-chose ; « psychodrame » diront les uns.

« *Bad cases make bad law* » diront les autres, en se remémorant le dicton de *Common Law* ; en tous cas, à problèmes mal posés, mauvaises réponses, penseront beaucoup. C'est à voir !

Le fait est que l'issue de cette affaire en droit positif n'est pas des plus heureuses, car la loi, à supposer même qu'elle sorte indemne du contrôle de conventionnalité, pose autant de problèmes qu'elle prétend en résoudre. L'intervention du législateur en 2002 pour mettre un terme au débat ne l'a pas débarrassé de sa confusion car l'ambiguïté, pour ne pas dire l'injustice des solutions retenues limitant considérablement la responsabilité du corps médical dans les activités de diagnostic prénatal, demeure. De plus, l'avantage acquis par ce dernier sur le terrain de la responsabilité se trouve neutralisé et absorbé par les problèmes de couverture des activités médicales par l'assurance privée, pour certaines spécialités médicales du moins, problèmes que des réponses provisoires laissent entiers. Si on ne trouve rien à redire de l'alinéa 1 de l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 paralysant l'action de l'enfant, on doit reconnaître que la réduction de la réparation du préjudice des parents à leur préjudice moral renvoie à l'enfant une image de sa propre existence qui n'est pas spécialement honorable ; mais tout dépend de la manière dont ce préjudice est apprécié et qualifié par les tribunaux. Sur le plan de la signification éthique des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, on ne peut pas dire que la loi ait amélioré la qualité du regard porté sur les personnes nées handicapées. De plus l'articulation des nouvelles mesures de droit social avec une possible réparation du préjudice matériel n'est plus recherchée. L'impact de cette jurisprudence est à l'évidence considérable mais les résultats du processus qu'elle a entraîné n'apparaissent pleinement positifs pour personne.

On ne saurait cependant se limiter à des conclusions aussi sceptiques.

L'arrêt « Perruche », a provoqué une sorte de détonation dont les effets en chaîne ont permis la prise de conscience de l'ambivalence des techniques de diagnostic prénatal, des dimensions plus générales d'un cas symptomatique de problèmes préexistants sur divers plans, juridique,

éthique, politique, social, de l'interaction de tous ces aspects et de la difficulté de les traiter de manière à peu près cohérente. Cette prise de conscience a globalement été enrichie par le débat que cet arrêt a suscité malgré les blocages qui s'y sont manifestés. Cela conduit à ne pas considérer cette décision de justice comme un épiphénomène sans lendemain, comme un chapitre momentanément clos de l'impact d'une décision de justice.

La réflexion doit se poursuivre sur les questions générales posées par le cas « Perruche » afin d'en tirer peut-être la suggestion de solutions juridiques renouvelées, voire d'un changement dans les pratiques médicales, sociales ou judiciaires, si ce n'est d'une révision de la loi.

Les procès concernant la responsabilité médicale en matière de diagnostic prénatal s'inscrivent dans un contexte plus général dont ils révèlent la logique mais aussi le malaise donc l'opportunité d'en réexaminer les points sensibles en vue d'en renouveler éventuellement le traitement juridique. On les évoquera en premier lieu (A).

Ils posent aussi des questions qui leur sont propres et pour lesquelles on aurait pu penser à d'autres motivations des décisions que celle qui repose sur l'empêchement d'interrompre la grossesse, ce qui aurait peut-être pu éviter la controverse et le blocage idéologique qui s'en sont suivis (B).

Comme ces procès soulèvent à nouveau la question des rapports qui, qu'on le veuille ou non, relie et distingue la morale et le droit, question qui divise depuis longtemps la pensée juridique occidentale et qui suscite de franches oppositions, on évoquera pour terminer les ouvertures que peut fournir à l'action juridique, dans un débat profondément renouvelé par les sciences de la vie et les biotechnologies, la considération de la signification et de la portée symbolique du langage employé par les motifs des décisions de justice et plus généralement par les textes juridiques (C).

A. L'arrêt « Perruche », révélateur de malaises plus généraux

On se limitera à évoquer deux domaines dont cet arrêt révélait les liens nécessaires : le développement des technologies de contrôle de la « qualité » biologique ou physique des enfants à naître voire de leur « destin », qui concerne l'offre et la pratique médicale d'une part, le droit de la responsabilité, ses principes, notions ou concepts d'autre part. L'un et l'autre connaissent ce que l'on nomme des « dérives » dont l'arrêt Perruche a permis de prendre conscience et qui appellent de la part du corps médical, des tribunaux et du législateur, une réflexion sur les moyens de les contenir.

Le rapport de recherche portant sur l'impact de l'arrêt Perruche sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens¹ révèle l'ébranlement d'une profession conduite à s'interroger sur le sens de sa pratique face à ce qu'il faut bien appeler un marché biomédical de l'échographie principalement, mais aussi des diagnostics génétiques ; ces techniques sont de nature à amplifier la crainte de l'anormalité des enfants conçus alors qu'elles sont affectées d'incertitudes tout en laissant croire à des patients crédules en la vérité de leurs résultats. Si le diagnostic génétique est assez rigoureusement réglementé, ce n'est pas le cas de l'échographie fœtale qui a les faveurs du public au point que se créent des entreprises commerciales d'échographie non médicales². L'utilité proprement médicale de ces examens apparaît mince, d'une part parce que la très grande majorité des enfants sont normaux et d'autre part parce que dans l'hypothèse d'une pathologie grave il est rare que le diagnostic permette de la traiter, si bien que l'interruption de grossesse est la réponse la plus souvent proposée à la mère ; de plus, l'incertitude qui affecte certains diagnostics ne révélant qu'un pourcentage de risques, conduit presque inévitablement à l'avortement de fœtus non atteints. Certes la loi contient la pratique de l'IMG par des critères de légalité en définitive raisonnables mais elle ne se donne pas les moyens d'en contrôler le respect ; tout repose sur la déontologie des experts et des médecins, elle-même rarement sanctionnée dans ces hypothèses au cas où elle serait manifestement transgressée. Le rempart contre « la dérive eugénique » est faible. L'arrêt Perruche a été critiqué non en raison d'une intention eugénique certes, mais en raison de ses effets eugéniques probables liés tant à l'évaluation de la vie handicapée par rapport à la mort prénatale qu'à l'intérêt des médecins à pratiquer des avortements de précaution ; ce risque ne semble pas s'être réalisé ; on pouvait même admettre avec la Cour de cassation que la réparation du handicap de l'enfant par la reconnaissance de son droit propre à la solliciter, était une manière de restaurer sa dignité en lui garantissant des moyens d'existence décente ; il reste à se demander si dans une telle conception, la notion de dignité n'est pas en réalité invoquée pour se substituer à celle de qualité de vie ; certains y verront une subversion de la dignité Mais il aurait été possible d'y parvenir par d'autres motivations sans supposer que l'avortement eût été préférable pour lui. De plus, la responsabilité et l'exigence d'une faute raisonnablement appréciée, constituaient un moyen nécessaire de sanctionner l'exercice défectueux d'un tel pouvoir de contrôle de l'espèce humaine ; moyen ambigu cependant car il sanctionne la défaillance médicale dans des actes dont l'effet eugénique, considéré sur les

1 D. Moyse, N. Diederich, op.cit.

2 L'académie nationale de médecine a dénoncé ce phénomène dans un rapport, BANM, 2004, 188, n° 7.

grands nombres, n'est pas exclu³. La question de l'eugénisme reste donc posée dans un monde qui survalorise la conformité des personnes à des critères sociaux d'efficacité et de conformité à des modèles. Le procès a donc mis au jour l'insuffisante précision de la loi sur la définition des « pratiques eugéniques » et surtout sur la distinction des pratiques eugéniques licites et des pratiques illicites qui, jointes à l'ineffectivité des sanctions prévues, devraient être corrigées si l'on veut bien considérer que l'eugénisme condamnable n'est pas seulement le fait de régimes totalitaires⁴. Sur cette question sérieuse, le débat s'est paralysé, l'eugénisme paraissant une question tabou, brandie pour ou contre sans examen lucide de ses données. De même, la liberté de la décision de la mère ne connaît guère d'autre protection que celle qui résulte de l'obligation d'information dont le renforcement doit certes être salué, mais qui implique une confiance quasi absolue dans les dires médicaux et dans la science. Il est frappant de constater que c'est au moment même où la génétique se révèle plus modeste et moins triomphaliste que l'on généralise l'accès aux diagnostics sans pour autant favoriser la recherche biomédicale sur les traitements ; cela a été dénoncé lors de la généralisation des tests de la trisomie 21. Enfin, le traitement purement social du handicap comporte des coûts élevés que la solidarité nationale ne peut assumer dans leur totalité désirable, si bien que l'eugénisme social est également à craindre dans une société où les prélèvements obligatoires connaissent aussi des limites.

Les procès doivent être mis en perspective au regard des implications que leurs solutions auront dans d'autres pratiques biomédicales concernant la procréation humaine. Qu'il s'agisse de procréation médicalement assistée, de diagnostic préimplantatoire ou de diagnostics génétiques d'embryons conçus en vue de faire naître un enfant destiné à fournir des tissus compatibles pour la greffe d'un autre enfant (ce que l'on a nommé « le bébé médicament »), il faut s'attendre à ce que des procès en responsabilité contre les médecins, voire contre les parents, surviennent un jour ou l'autre. La jurisprudence Perruche avait au moins le mérite de révéler la profonde ambivalence des technologies biomédicales elles-mêmes dont les finalités respectables occultent l'inhumanité des moyens. D'un côté ces pouvoirs ne doivent pas s'exercer sans sanction des fautes ; mais d'un autre côté celle-ci, par le jeu de la responsabilité civile notamment, consacre le fait que l'enfant ou l'embryon humain peuvent y être réduits à des produits défectueux. Mieux que la bioéthique, le droit dirait la vérité sur des pratiques en

3 Il reste cependant que la responsabilité médicale incite les juges à exiger toujours plus de diagnostics ou toujours plus d'informations alors même que l'intérêt social et l'intérêt de la personne n'y trouvent pas nécessairement leur compte. Le besoin de réparation conduit à forcer les autres conditions.

4 J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral*, Gallimard, 2001 ; M. Fabre-Magnan, Ph. Moullier (dir.), *La génétique, science humaine*, (spécialement l'article de M. Fabre-Magnan, *De la sélection à l'eugénisme*, p.188), Belin, 2004.

révélant, par sa logique même et par les qualifications qui en résultent, la violence, fût-elle purement symbolique, des moyens utilisés. Il n'est pas sûr qu'en paralysant le droit et l'action en justice ou en réduisant les préjudices réparables des parents d'un enfant gravement handicapé, le législateur, comme il le pouvait, ait anticipé l'application de la loi à d'autres hypothèses que celles qui l'avaient motivée, notamment aux naissances consécutives aux techniques d'assistance médicale à la procréation et de diagnostics préimplantatoires.

De son côté le droit de la responsabilité est lui-même de plus en plus souvent conduit à intégrer de nouveaux types de dommages résultant des technologies et à apprécier les risques technologiques qui, en l'état de la science, ont été pris de manière jugée ensuite fautive. Or les concepts utilisés à cette fin sont inévitablement bousculés, ce qui est normal. Ce qui l'est moins c'est de les utiliser d'une manière qui leur fait perdre leurs contours et leur sens. Il en est ainsi de la causalité et plus encore de la définition du dommage réparable. Or dans les affaires qui nous occupent, la question centrale était celle du dommage plus que de la causalité ; pour ne pas affronter le premier qui suppose des choix de nature éthique, politique ou économique, les tribunaux se basent souvent sur la seconde. On peut souhaiter que ce déplacement n'ait plus lieu et que les tribunaux s'interrogent à nouveau sur les limites du dommage réparable selon le droit. Par ailleurs, la question de l'assiette du recours récursoire des caisses d'assurance maladie sur l'indemnisation au titre du dommage corporel est toujours pendante ; sa complexité défie les meilleurs spécialistes et elle mérite d'être révisée dans le sens d'une plus grande clarification des liens et des différences entre les deux systèmes de prise en charge de ces dommages. L'impact de ces recours sur l'attitude des sociétés d'assurance a été démontré, ce qui suffit à justifier le réexamen d'une question qui déborde le cadre de ce rapport mais qui sollicite le rapprochement des spécialistes du droit civil et ceux du droit social afin d'aboutir à un système plus cohérent.

B. Pouvait-on éviter la motivation des décisions par référence à l'interruption volontaire de grossesse ?

Le débat qui a suivi l'affaire Perruche a fait renaître les crispations et le blocage des opinions sur l'interruption de grossesse. A tort, car les opinions critiques de la décision n'impliquaient pas de remettre en question la légalité et la pratique conforme à la loi de l'IVG ni de l'IMG. Mais le fait social est là. Comme on l'a montré, la sensibilité des opinions à l'avortement est extrême, ce qui suffit à démontrer que la question n'est évidemment pas neutre et que les oppositions sont toutes prêtes à ressurgir à la moindre occasion. Il semblait

pourtant, comme le Conseil d'Etat l'avait jugé, que l'interruption de grossesse ne concernant que la mère, elle ne pouvait pas être invoquée par l'enfant lui-même et moins encore par les parents agissant au nom de l'enfant qu'ils représentent, ce qui les amène à lui faire dire en justice qu'il aurait pu (dû ?) ne pas naître ; le pouvoir de représentation sur un tel objet n'est pas soutenable et il n'est pas non plus soutenable que le moyen étant purement technique il n'aurait pas d'autre sens que fonctionnel. Inversement, la logique de la liberté de l'interruption de grossesse est de déployer ses effets au-delà de l'acte lui-même et c'est ce que le Conseil d'Etat admet pour les parents du moins. Or on peut considérer que la maltraitance symbolique de l'être humain handicapé est la même que l'action soit intentée par l'enfant lui-même ou par ses parents⁵.

La question est alors de se demander si d'autres motivations n'auraient pas pu être invoquées au soutien d'une demande d'indemnisation des conséquences de la faute médicale. Le Doyen Jean Carbonnier avait suggéré une issue dont on déplore qu'elle n'ait pas inspiré la Cour de cassation dans les arrêts postérieurs à l'arrêt Perruche ou le législateur lorsqu'il a entrepris d'intervenir. Ne pouvait-on pas juger que la faute ayant trahi la confiance des parents et créé la croyance dans la naissance d'un enfant normal, la venue au monde d'un enfant gravement handicapé crée pour les parents une obligation d'entretien (article 203 code civil) et une obligation de préparer son avenir (article 213 code civil) autrement plus lourde que ce que la loi attend normalement d'eux ; cette charge excessive en ce qu'elle dépasse la mesure de l'obligation légale constitue le véritable préjudice des parents et comme il s'agit d'une créance de l'enfant au regard du droit de la famille, c'est à l'enfant lui-même que cette indemnisation est due, et cela pour toute son existence si l'on se fonde sur l'article 213 code civil ? Point n'est besoin de rechercher si la mère aurait ou n'aurait pas interrompu sa grossesse ; seule compte la gravité du handicap en ce qu'elle entraîne un devoir exorbitant d'entretien ; en revanche, le préjudice moral des parents n'a pas à être réparé pour la raison simple qu'un tel préjudice est offensant pour l'enfant, ce que n'est pas le préjudice matériel lié au seul handicap. On rétorquera que le lien de causalité est lâche ; mais l'est-il plus que dans maintes autres hypothèses où les tribunaux reconnaissent une causalité dans les conséquences d'une faute d'information ?

Cette motivation reposait sur la mise en relation du droit de la responsabilité civile et du droit de la famille et impliquait de se demander quelles sont les limites et les finalités des

⁵ Seule ou presque G. Viney avait relevé ce point essentiel en montrant que les deux actions des parents et de l'enfant devaient être soit être rejetées soit être admises, Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion publique, *J.C.P.*, 2001, I, 286.

obligations légales, le seuil où la solidarité familiale pendant la vie d'une personne handicapée justifie la réparation à la charge de ceux qui ont entraîné un excès de charges.

Un tel raisonnement permet d'éviter d'avoir à se poser la question, impossible et illégitime pour le droit, de savoir si l'enfant a intérêt à naître ou à ne pas naître, ou si les parents ont un intérêt juridiquement protégé à ce qu'il ne naisse pas. De telles questions peuvent se poser en conscience, ce sont des questions tragiques auxquelles certains doivent répondre sans qu'il y ait de bonnes réponses. Ce ne sont pas des questions auxquelles le droit doit répondre sauf à entrer dans un univers métaphysique qui n'est pas de son ressort et à y répondre comme en l'espèce par l'hypothèse que le néant est préférable à la vie.

Comme on le voit, le « scandale » de l'arrêt Perruche tient dans quelques mots, dans des motifs dont la logique du droit de la responsabilité tel que la Cour de cassation l'a interprété, méritait d'être détournée au bénéfice d'une autre logique permettant de faire valoir implicitement une autre vision de l'homme en évitant d'avoir à dire par la voix d'une juridiction que certaines vies humaines sont des préjudices⁶. La vie pas plus que la mort ne sont en droit des préjudices car ce sont des questions métajuridiques : en croyant les écarter la Cour de cassation était au contraire entrée dans un processus faisant de la vie un objet du droit, et un objet de droits pour le sujet lui-même. Reconnaître l'impasse ainsi créée, c'était inciter à rechercher d'autres voies pour tenir ensemble la nécessaire responsabilité qui accompagne tout pouvoir et la dignité humaine, de tenir ensemble le sens et l'efficacité. Question de mots seulement ? L'affaire Perruche ne serait que cela ! Pour certains c'est beaucoup, même si au-delà des mots le problème humain demeure.

C. Pour clore cette étude, on peut s'interroger sur **l'aptitude du droit à trancher des questions qui le dépassent** sur le plan économique des coûts, d'une part, et sur le plan métaphysique du sens que les solutions de droit recèlent ou véhiculent, d'autre part. Ces questions ne sont pas extérieures aux procès, elles sont inscrites dans la réalité et sont par conséquent présentes dans les causes soumises aux tribunaux, même si à l'évidence elles dépassent leur compétence. Mais c'est à leur lumière que le droit peut se construire et rechercher des solutions justes. Dans une certaine mesure ces deux questions, économique et éthique, étaient liées si bien que selon la solution retenue une harmonie pouvait se faire ou se

⁶ La manière dont les juges du fond motivent et qualifient le préjudice moral des parents dans ces affaires peut être également, selon les mots employés, tantôt offensante pour l'enfant (par exemple « le préjudice de la mère consistant dans la vision quotidienne d'un enfant handicapé » tantôt pleinement acceptable (par exemple « le fait de n'avoir pas pu se préparer à la naissance d'un enfant handicapé ») quand bien même les faits retenus correspondent à des réalités non contestables.

révéler impossible. Il en va de même de toutes les questions qui divisent l'opinion à propos de la biomédecine et de la bioéthique dans lesquelles le rapport des fins et des moyens est si tendu. Face aux pressions contraires dont le législateur est l'objet, le règlement n'est pas aisé et le résultat compte autant que les mots pour le dire dès lors que la règle de droit s'énonce comme telle.

Il reste seulement deux choses importantes, au terme de cette analyse, qui intéressent le droit de manière fondamentale et son évolution dans la mise en œuvre des technologies de la reproduction humaine.

D'une part il n'est pas sûr du tout que nous puissions conserver notre système de santé en l'étendant à toutes les techniques procréatives ou de gestion sélective des naissances. Le rapport coût/efficacité n'est pas favorable à une prise en charge sociale illimitée et comme certains pays l'ont fait on peut imaginer qu'un jour viendra peut-être où l'on cessera de rembourser le coût des diagnostics et d'assumer la charge des personnes handicapées, ces frais étant alors repris par un secteur privé marchand si tant est que le marché soit assez lucratif donc assez étendu. La question pourrait bien être réglée sur des bases purement économiques dont les méthodes supposent que les êtres humains ne sont dans cette optique que des chiffres, des abstractions nécessaires à leur gestion selon les lois économiques dominantes. Le sens de la vie humaine dont le droit rendrait compte serait-il encore humain ? On peut en douter. Mais l'affaire Perruche nous rappelle qu'on ne peut pas l'ignorer et que le législateur n'a pas introduit dans le code civil le principe du respect inconditionnel de la dignité humaine pour le laisser sans application. Ce principe n'a pas que des applications directes ; il peut innover le droit sans s'afficher, il suffit que dans le maniement des techniques juridiques il soit pris en considération par les juristes pour que ces techniques en rendent compte sans avoir nécessairement à s'appesantir sur lui.

On voit sans peine que les techniques de procréation et de contrôle de la qualité des enfants n'affectent pas seulement l'avoir à travers les coûts directs ou indirects. Elles affectent l'être donc posent des questions métaphysiques qu'il est vain d'ignorer. L'affaire Perruche révèle bien que pour les avoir occultées ou refoulées, elles peuvent faire des retours violents. Or si le droit laïque et profane ne prend pas en compte cette dimension métaphysique du sens de la vie et qu'il s'en empare quand même en conférant aux juges le pouvoir de décider des critères d'une vie digne d'être vécue, il risque fort de fabriquer une société plus violente qu'elle ne l'est naturellement. De plus et enfin un droit privé de références autres que celle de l'efficacité ou de la conformité à l'état des mœurs (lesquelles au demeurant ?) risque de se

priver des moyens de médiation et de décisions entre les positions et intérêts antagonistes des uns et des autres, ce qui n'est certainement pas l'intérêt des sociétés démocratiques. C'est pourquoi les gouvernants, législateur et juges, seraient bien inspirés d'être attentifs aux enjeux politiques et anthropologiques de l'éthique et réciproquement, les médecins en l'espèce comme tout citoyen, sont invités à comprendre les enjeux éthiques et anthropologiques des techniques juridiques. L'impact implicite mais important de l'arrêt Perruche est en définitive de ressusciter un débat nécessaire dont l'issue est toujours plus ou moins incertaine et d'avoir fait réfléchir aux limites du droit lui-même face à des malheurs qui appellent d'autres types de réponses que celles, nécessaires, que le droit peut fournir.