Recueil Dalloz 1999 p. 445

La recevabilité de l'action civile de l'enfant victime par ricochet du crime de viol commis sur sa mère

Dorothée Bourgault-Coudevylle

1 - Une jeune fille est victime de viols commis par son père pendant sa minorité. De ces relations incestueuses naît un enfant. Constituée partie civile en son nom personnel devant la cour d'assises chargée de juger son père pour les crimes commis, la victime demande en outre réparation au nom de son enfant. La cour d'assises déclare irrecevable cette seconde constitution de partie civile au motif que l'enfant « n'est pas la victime du crime de viol commis sur la personne de sa mère et qu'elle ne subit aucun préjudice découlant de cette infraction ». Pour casser l'arrêt ainsi rendu, la Chambre criminelle se fonde sur les art. 2 et 3 c. pr. pén. et sur le principe selon lequel « les proches de la victime d'une infraction sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et qui découle des faits objets de la poursuite ». La Chambre criminelle en conclut que la cour d'assises a méconnu les textes et le principe ainsi visés en ne reconnaissant qu'à la seule personne ayant subi un viol le droit d'exercer l'action civile contre l'auteur des faits.

2 - D'un point de vue procédural, l'arrêt rendu n'apparaît pas sans précédent. Il ne fait désormais plus aucun doute, en effet, que les proches de la victime immédiate d'une infraction ont la possibilité d'agir devant la juridiction répressive afin d'obtenir réparation du préjudice dont ils ont personnellement souffert. C'est pourquoi, on ne saurait sérieusement contester la solution énoncée en ce qui concerne la recevabilité de l'action civile formée au nom de l'enfant en sa qualité de victime par ricochet, et ce, même si cet enfant n'était pas encore véritablement conçu au jour de l'infraction. L'arrêt rendu n'en constitue pas moins une manifestation particulièrement intéressante de la faveur nouvelle dont fait preuve la Chambre criminelle à l'égard de l'action civile des victimes par ricochet (I). Mais c'est à l'évidence en ce qui concerne l'existence même du dommage personnellement et directement causé à l'enfant par l'infraction que la décision suscite le plus d'interrogations. Certes, la Cour de cassation, seulement saisie de la question de la recevabilité de l'action civile, ne se prononce pas directement sur l'existence même du dommage ; elle n'exclut pas cependant que l'enfant puisse demander, et donc obtenir, réparation à son auteur du viol commis sur sa mère, à l'origine de sa propre naissance (II).

I - La recevabilité de l'action civile de l'enfant, victime par ricochet de l'infraction de viol

3 - La décision commentée s'inscrit tout à fait dans le cadre de la jurisprudence récente qui tend à élargir notablement le domaine de l'action civile exercée devant les juridictions répressives. Elle vient confirmer, en premier lieu, la généralisation de la recevabilité de l'action civile des victimes médiates pour toutes les infractions (A). Elle va cependant au-delà dans la mesure où elle n'hésite pas à appliquer à un enfant qui n'était pas même conçu au jour des faits, objet de la poursuite, la qualité de victime par ricochet (B).

A - La généralisation de la recevabilité de l'action civile des victimes par ricochet

4 - Pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile présentée au nom de l'enfant, la cour d'assises se fondait sur le fait que cette enfant « n'était pas la victime du crime de viol commis sur la personne de sa mère ». Cette formule n'est pas sans rappeler une jurisprudence, aujourd'hui en grande partie révolue, qui déniait aux proches de la victime initiale d'une infraction la possibilité de porter devant la juridiction répressive l'action civile en réparation de leur dommage par ricochet(1) ; la raison invoquée étant que les proches n'étaient pas les personnes que la loi pénale entendait protéger en réprimant un tel comportement. Ce qui était une autre manière de dire qu'elles ne subissaient pas un

dommage directement causé par l'infraction. La Chambre criminelle voyait dans cette exigence un moyen de limiter le nombre des victimes susceptibles de demander réparation devant la juridiction répressive du dommage personnellement subi du fait d'une infraction(2). Les victimes médiates n'avaient d'autre possibilité que de porter leur action devant la juridiction civile.

5 - Cette jurisprudence apparaissait d'autant moins justifiable qu'il suffisait que la victime initiale soit décédée pour que les victimes médiates soient alors considérées comme des victimes directes de l'infraction, admises comme telles à se constituer partie civile devant la juridiction pénale(3). Malgré les critiques formulées, la Cour de cassation n'en avait pas moins confirmé sa position dans un arrêt rendu en assemblée plénière, le 12 janv. 1979(4).

6 - Par deux décisions postérieures, des 9 février et 21 mars 1989(5), la Chambre criminelle allait finalement rompre avec cette jurisprudence et poser pour principe, en se fondant sur les art. 2 et 3 c. pr. pén., que « les proches de la victime d'une infraction de blessures involontaires sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et découlant directement des faits, objets de la poursuite ». L'on sait aujourd'hui qu'il ne s'agissait que d'une première étape dans l'extension du domaine de l'action civile des victimes par ricochet. Après avoir admis la recevabilité de l'action des proches de la victime d'une infraction de coups et violences volontaires, le 23 mai 1991(6), elle finissait pas poser dans un arrêt rendu le 11 juill. 1994(7) dans une formule générale que « les proches de la victime *d'une infraction* sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et qui découle des faits, objets de la poursuite ».

7 - L'arrêt du 4 févr. 1998 en visant à son tour « les proches de la victime *d'une infraction* », bien qu'il n'apporte sur ce point rien de plus que l'arrêt de 1994, confirme cependant l'extension actuelle du domaine de l'action civile des victimes par ricochet. Il ne fait plus aucun doute que l'action est désormais ouverte aux proches quelle que soit l'infraction en cause du moment qu'ils sont en mesure d'apporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert du fait de cette infraction. La généralisation de la recevabilité de l'action civile des proches, en ce qu'elle dénote une interprétation plus libérale de la notion de « préjudice personnel et direct »(8) par la Chambre criminelle, tend à diminuer le particularisme de l'action civile exercée devant la juridiction répressive. Elle devrait de ce fait contribuer à rapprocher l'action civile exercée devant les juridictions répressives et l'action civile exercée devant la juridiction civile.

8 - Si l'on s'en tient, en effet, à la définition légale du viol, qui consiste en « un acte de pénétration sexuelle », il est clair que l'enfant ne peut en aucun cas être regardé comme une victime directe de cette infraction, de même qu'elle n'est assurément pas la personne protégée pénalement par l'infraction. Ce seul fait aurait conduit il y a peu à l'irrecevabilité de l'action civile formée au nom de l'enfant. Or, c'est tout le contraire qui se produit dans cette affaire puisque la Cour de cassation reproche précisément à la cour d'assises d'avoir reconnu « à la seule personne ayant subi le viol le droit d'exercer l'action civile contre l'auteur des faits ». La Chambre criminelle admet ainsi la possibilité pour une victime médiate de se prévaloir d'un dommage personnel, directement causé par l'infraction alors même que ce dommage n'est pas celui contre lequel la loi pénale entend protéger le demandeur(9). L'appréciation ainsi faite par le juge pénal de la notion de « dommage personnel et direct » devrait contribuer à élargir notablement le domaine de l'action civile des proches de la victime initiale exercée devant la juridiction répressive.

B - La qualité de victime par ricochet appliquée à un enfant non conçu au jour de l'infraction

9 - Cette tendance se manifeste également du point de vue des victimes médiates admises à se constituer partie civile. Pendant une assez longue période, les juridictions tant civiles que criminelles ont eu à coeur de limiter le cercle des personnes habilitées à demander réparation d'un dommage par ricochet(10). Mais la jurisprudence se montre actuellement beaucoup plus libérale. C'est ainsi que le conjoint, les enfants, les ascendants, descendants, frères et soeurs et même les parents de fait(11), dès lors qu'ils sont en mesure d'apporter la preuve d'un

préjudice personnel, sont autorisés à agir contre le responsable du dommage initial. L'enfant, avec le conjoint, occupe dans la liste des proches une place de choix.

10 - La situation présente n'est cependant pas banale dans la mesure où la victime admise à se constituer partie civile est une personne qui n'existait pas au jour des faits de viol. Il convient dès lors de s'interroger sur la possibilité d'appliquer à cet enfant la qualité de victime par ricochet.

11- L'enfant même simplement conçu peut subir un dommage *in utero* et en demander réparation alors même qu'il n'était pas encore né au jour du dommage. Même si le principe est que la personnalité juridique s'acquiert à la naissance, il est possible à un enfant né vivant et viable de faire remonter le début de sa personnalité juridique à la date de sa conception, s'il y trouve avantage(12). Ceci résulte, comme chacun sait, de la maxime *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* : l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Au nombre des droits qu'il est susceptible d'acquérir de la sorte figure à n'en pas douter le droit d'agir en justice pour obtenir réparation d'un dommage subi pendant la période anténatale. La jurisprudence l'admet sans difficulté aussi bien dans des hypothèses où l'enfant conçu est la victime immédiate du dommage survenu *in utero*(13) ou encore dans des cas où il n'est qu'une victime médiate. La Chambre civile a ainsi accordé un droit à rente au profit d'un enfant simplement conçu au moment de l'accident de travail qui a entraîné la mort de son père(14). La Chambre criminelle, de son côté, n'a fait aucune difficulté pour admettre la recevabilité de l'action civile exercée par l'enfant et a admis la réparation du dommage subi par un enfant né plus de 300 jours après la date de l'accident mortel dont a été victime son auteur présumé(15).

12 - La difficulté dans l'affaire étudiée est que l'enfant n'était pas encore à proprement parler conçu au jour des faits de viol. Il peut dès lors sembler difficile d'admettre qu'il puisse être une victime, même par ricochet, de cette infraction.

13 - Pour autant, même si l'enfant n'existait pas au jour des faits, il est néanmoins établi que c'est au cours du viol qu'il a été conçu ; l'infraction marque par conséquent le jour de sa conception. C'est pourquoi il ne paraît pas impossible d'appliquer la maxime *infans conceptus* afin de reconnaître à l'enfant la qualité de victime de l'infraction de viol puisque cette maxime permet de faire débuter la personnalité juridique d'un enfant né vivant et viable au jour même de sa conception(16). D'autant qu'il n'y a pas d'impossibilité à admettre que cet enfant puisse avoir personnellement souffert de l'infraction dans la mesure où il suffit que le préjudice soit actuel et certain au jour de la constitution de partie civile. La solution ainsi énoncée n'en est pas moins audacieuse(17) dans la mesure où elle conduit à faire débuter la personnalité juridique de l'enfant au moment même où s'est produit le rapport sexuel fécondant, donc à un moment où l'embryon n'était pas même formé. Elle paraît accréditer de surcroît la thèse de la fiction de la personnalité juridique de l'enfant conçu, au détriment de la thèse adverse parfois avancée qui est celle de la réalité(18).

14 - Encore faut-il cependant pour que la victime par ricochet soit recevable en son action civile qu'elle puisse rapporter la preuve que l'infraction lui a causé directement un dommage personnel. C'est sur ce dernier point que l'arrêt suscite le plus d'interrogations.

II - L'existence d'un dommage personnel, directement causé à l'enfant par l'infraction

15 - La recevabilité de l'action civile des proches de la victime initiale suppose que ceux-ci puissent apporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert du fait de cette infraction. C'est là une autre particularité de l'action civile exercée devant la juridiction répressive : l'existence d'un dommage personnel, directement causé par l'infraction est une condition de la recevabilité de l'action civile devant la juridiction répressive avant d'être une condition de son bien-fondé. Bien que la Chambre criminelle ne se prononce pas directement sur la question de l'existence du dommage subi par l'enfant, elle n'exclut pas, en cassant l'arrêt de la cour d'assises, que l'enfant puisse demander réparation à son auteur (B) du viol commis sur sa mère, à l'origine de sa propre naissance (A).

A - Le dommage : le fait d'avoir été conçu à la suite d'un viol
16 - Dans la mesure où l'action civile suppose pour être recevable que la victime médiate puisse apporter « la preuve d'un dommage dont elle a personnellement souffert du fait de l'infraction », il est nécessaire de tenter de cerner ce dommage.

17 - Le pourvoi, dans l'affaire commentée, faisait valoir que « l'enfant au courant de sa filiation en avait subi un préjudice psychologique grave et avait une personnalité extrêmement fragile nécessitant un suivi médico-psychologique constant ». Nul n'osera minimiser l'impact que peut avoir sur l'enfant le fait de savoir qu'il est issu du viol commis sur sa mère. Si l'on tente d'analyser son état psychologique par rapport à ce qu'il aurait pu être s'il avait été conçu dans d'autres circonstances, on peut difficilement prétendre qu'il ne subit aucun dommage. Qu'il soit cependant permis de douter que le dommage causé directement à l'enfant par l'infraction réside bien dans les troubles psychologiques dont il demeure atteint. Sans la faute commise par l'auteur de l'infraction, il n'aurait pas été conçu et ne serait tout simplement pas né. La seule alternative qui s'offrait à lui était soit de naître dans ces circonstances - avec tout ce que cela peut comporter de difficultés psychologiques -, soit de ne pas naître. Si donc l'on admet un droit à réparation, c'est ni plus ni moins le fait même pour l'enfant d'avoir été conçu à la suite du viol que l'on va indemniser. De fait, la faute commise par l'auteur de l'infraction est à l'origine de la conception de l'enfant(19). Les troubles psychologiques dont il souffre ne sont qu'une des conséquences du fait d'avoir été conçu dans ces circonstances.

18 - Dans un domaine voisin, mais qui n'en est pas moins proche par certains aspects de l'affaire étudiée, la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur l'existence d'un dommage lié à la naissance d'un enfant. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont, à cette occasion, posé pour principe que « l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut à elle seule constituer pour sa mère un préjudice indemnisable »(20). L'idée qui sous-tend cette jurisprudence est que la mère n'a pas d'intérêt légitime à demander réparation pour la naissance de son enfant même si celle-ci intervient alors qu'elle a tout tenté pour l'éviter, soit en ayant recours à une interruption volontaire de grossesse ou même à une stérilisation(21). Si le fait de donner la vie ne peut constituer un préjudice juridiquement réparable, il doit en être de même *a fortiori* dans le fait de la recevoir ; c'est-à-dire si l'on se place du point de vue de l'enfant et non plus de celui de ses parents. Il paraît en effet pour le moins contestable d'admettre qu'une personne puisse demander réparation de sa propre naissance.

19 - Certes, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat dans les arrêts précités, avaient néanmoins réservé l'hypothèse « d'un dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité »(22). Depuis lors, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que le handicap de l'enfant devait être regardé comme l'une de ces circonstances particulières ouvrant un droit à réparation pour les parents(23). Par ailleurs, la Cour d'appel de Riom, dans un arrêt du 6 juill. 1989(24), tout en refusant d'indemniser la naissance d'un enfant, réservait l'hypothèse dans laquelle l'enfant aurait été conçu à la suite d'un viol. Bien que la Cour de cassation n'ait jamais été directement saisie à notre connaissance d'une telle demande, il ne semble pas impossible d'admettre que la mère puisse avoir un intérêt légitime à demander réparation dans de telles circonstances ; la naissance d'un enfant à la suite d'un viol ou d'un inceste peut indéniablement être regardée comme la cause d'une souffrance morale certaine(25). Ce n'est pas la naissance de l'enfant proprement dite qui constitue alors le dommage, mais une souffrance spécifique infligée à la mère à l'occasion de cette naissance(26).

20 - La question se pose nécessairement de façon différente s'agissant du préjudice subi par l'enfant lui-même dans la mesure notamment où la seule alternative pour l'enfant était d'être conçu et de naître dans ces circonstances ou de ne pas naître. Si l'on admet être en présence d'un dommage juridiquement réparable, c'est donc que l'on considère que dans certaines circonstances l'enfant pourrait avoir un intérêt légitime à ne pas naître(27).

21 - La Cour de cassation, le 26 mars 1996(28), semble être entrée dans cette voie puisqu'elle n'a pas hésité à indemniser le dommage subi par un enfant handicapé. L'enfant

était né atteint de la même maladie hérédo-dégénérative que son père. Le médecin fut condamné à indemniser le préjudice des parents ainsi que le préjudice subi par l'enfant lui-même au motif que « la faute du médecin (erreur commise lors du conseil génétique) était en relation directe de causalité avec la conception d'un enfant atteint d'une maladie héréditaire ». Bien que la Cour de cassation, à aucun moment, n'ait défini précisément la nature exacte du préjudice dont le médecin était tenu responsable, il y a tout lieu de penser qu'au-delà du handicap, c'est le fait même pour l'enfant d'être en vie qui est constitutif du dommage. La faute du médecin n'est pas en effet la cause du handicap dont souffre l'enfant, qui est inhérent à son patrimoine génétique(29). La faute est en relation avec la décision du couple de concevoir un enfant. C'est donc bien le fait pour l'enfant d'avoir été conçu qui est ici indemnisé(30).

22 - On pourrait songer à appliquer ce raisonnement dans notre affaire dans la mesure où la faute du délinquant, de surcroît constitutive d'une infraction qualifiée crime, est sans conteste à l'origine de la conception de l'enfant. Il est clair en effet que, sans les faits d'inceste, l'enfant n'aurait pas été conçu et n'aurait pas à souffrir de sa situation. Pour autant, il n'est pas du tout certain que la Cour de cassation s'aventure dans cette voie. Notamment parce que le coût financier de la prise en charge d'un enfant handicapé, qui peut expliquer en partie la jurisprudence de ces dernières années, n'est pas présent en l'espèce. La décision commentée permet cependant de mesurer d'ores et déjà les implications possibles des arrêts de 1996. Si la Cour de cassation devait étendre sa solution, le risque est que l'on ne soit amené à disserter un jour de la qualité de la vie d'un enfant handicapé par rapport à celle d'un enfant issu d'un viol.

23 - Une différence essentielle existe néanmoins entre ces diverses affaires. Dans toutes les espèces citées, l'action était dirigée contre un tiers, le médecin. Alors que dans l'affaire étudiée, l'enfant réclame réparation de son dommage à son géniteur.

B - L'auteur du dommage : le père incestueux

24 - C'est là une différence essentielle avec la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation dans ses arrêts du 26 mars 1996 : l'enfant ne met pas en cause le médecin dont la faute (erreur de diagnostic) n'a pas permis à ses parents de prendre la décision de ne pas le concevoir ou d'interrompre la grossesse. L'enfant, dans l'affaire étudiée, se constitue partie civile afin de demander réparation à la personne qui est à l'origine de sa conception. Si l'on devait accepter qu'un enfant puisse reprocher à ses géniteurs de l'avoir conçu, cela reviendrait à admettre ni plus ni moins que le fait de donner la vie puisse dans certaines circonstances être considéré comme une faute.

25 - Certes, c'est par la faute de cet homme que la conception de l'enfant a pu se réaliser. S'il ne s'était pas rendu coupable de viols sur sa fille, l'enfant ne serait pas né. Il est dès lors tentant de considérer qu'il a commis une faute en concevant cette enfant dont il doit réparation. S'il ne nous semble pas inconcevable d'indemniser la mère, victime du viol incestueux, pour la souffrance morale que lui cause la naissance de l'enfant(31), il nous paraît, en revanche, impensable que des enfants puissent agir en justice contre leurs parents afin de leur reprocher de leur avoir donné la vie, même dans les circonstances dramatiques de l'affaire étudiée.

26 - Même les juridictions américaines, pourtant assez promptes à admettre les recours en *wrongfull life* (vie préjudiciable), ne semblent pas avoir admis de telles actions lorsqu'elles étaient formées par un enfant contre ses parents. Ainsi, dans la première décision intervenue en la matière, l'action était formée par un enfant contre son père. L'enfant réclamait réparation parce qu'il était né enfant naturel et donc privé sur le plan économique d'un certain nombre de droits. Bien qu'il n'existât aucun doute quant au comportement fautif et préjudiciable du père, les juges ont néanmoins rejeté la demande en se fondant sur des considérations d'intérêt public(32). Il convient de signaler toutefois la condamnation, le 1er août 1991, d'une mère australienne sur l'action de sa fille née handicapée à la suite d'un accident de la route, l'enfant lui reprochant de ne pas avoir porté sa ceinture de sécurité(33).

27 - Est-ce à dire que l'enfant, dans l'espèce commentée, ne peut se prévaloir d'aucun préjudice personnel qui soit juridiquement réparable du fait qu'il a été conçu à la suite du viol commis sur sa mère ? La solution ne paraît guère équitable. C'est pouquoi la solution retenue par la Cour d'appel de Douai, le 2 juill. 1998(34), dans une espèce similaire consistant à indemniser l'impossibilité dans laquelle se trouve l'enfant d'établir sa filiation paternelle pourrait constituer une voie acceptable. Bien que l'impossibilité trouve son origine dans les circonstances de la conception, on peut en effet y voir un dommage particulier, distinct de la seule conception. Ce n'est plus alors cette dernière qui constitue le dommage mais une souffrance spécifique infligée à l'enfant du fait de sa conception.

Cette manière de voir n'échappe sans doute pas à toute critique, elle possède selon nous néanmoins un double avantage : respecter l'équité tout en évitant la dérive qui consisterait par des enfants à demander réparation à leurs parents du fait de leur avoir donné la vie.

Mots clés :
ACTION CIVILE * Recevabilité * Préjudice * Préjudice moral * Viol incestueux * Enfant

(1) Cass. crim., 26 nov. 1966, JCP 1967, II, n° 17970, note P. C. ; 6 mars 1969, Gaz. Pal. 1969, 1, p. 238 ; 15 févr. 1972, JCP 1972, IV, p. 75 ; 16 mars 1972 (1re espèce), D. 1972, Jur. p. 394, note J. Savatier ; 24 janv. 1979, D. 1979, IR p. 247.

(2) Sur les raisons d'une telle attitude : J. Vidal, Observations sur la nature juridique de l'action civile, Rev. science crim. 1963, p. 481, spéc. p. 505.

(3) Solution critiquée pour cette raison par R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, t. 2, Procédure pénale, 4e éd., 1979, n° 78.

(4) Cass. ass. plén., 12 janv. 1979, RTD civ. 1979, p. 141, note G. Durry ; JCP 1980, II, n° 19335, rapp. A. Ponsard, note M.-E. Cartier.

(5) Cass. crim., 9 févr. 1989, D. 1989, Jur. p. 614, note C. Bruneau ; Rev. science crim. 1989, p. 742, obs. G. Levasseur ; RTD civ. 1989, p. 563, obs. P. Jourdain ; 21 mars 1989, Bull. crim., n° 137. V. annonçant déjà ce revirement, Cass. crim., 19 juin 1985, Bull. crim., n° 236, à propos d'un enlèvement de mineur doublé d'une tentative d'assassinat.

(6) Bull. crim., n° 220.

(7) Cass. crim., 11 juill. 1994, Bull. crim., n° 269 ; JCP 1995, II, n° 22441, note F. Eudier ; D. 1994, IR p. 223. Dans cette affaire, la Chambre criminelle confirmait la décision de la Cour d'appel de Rennes ayant admis la demande d'indemnisation présentée par les grands-parents d'un enfant dont les parents étaient condamnés pour manque de direction nécessaire à enfant, compromettant gravement sa santé, sa sécurité ou sa moralité (art. 357-1-3° anc. c. pén.). V. aussi Cass. crim., 12 janv. 1994, Bull. crim., n° 16 ; D. 1994, IR p. 106 : les parents d'un enfant décédé dans une clinique justifient d'un préjudice direct du fait de la soustraction frauduleuse de certains éléments du dossier médical par le médecin.

(8) Sur le particularisme de l'interprétation donnée par les juridictions répressives des notions de dommage « direct » et « personnel » : G. Viney, Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 1995, 2e éd., n° 83, p. 141, et, pour une appréciation critique, n° 94, p. 172.

(9) A rapprocher de Cass. crim., 23 mai 1991, préc. cassant pour violation des art. 2 et 3 c. pr. pén. un arrêt qui avait déclaré irrecevable l'action en réparation d'un proche au motif que le trouble dépressif n'aurait été qu'indirectement causé par l'infraction.

(10) C'est d'ailleurs ce qui a conduit la jurisprudence pendant une assez longue période à subordonner le droit à réparation des victimes par ricochet à l'existence d'un « lien de droit »

entre elles-mêmes et la victime immédiate. Jurisprudence abandonnée par un arrêt de la Chambre mixte, 27 févr. 1970, D. 1970, Jur. p. 201, note R. Combaldieu ; Gaz. Pal. 1970, 1, p. 163 ; JCP 1970, II, n° 16305, note P. Parlange. V. sur ce point le Traité de droit civil de G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, 2e éd., LGDJ, 1995, n° 305 s., p. 129.

(11) Même l'action de la concubine ne pose plus de difficultés : dans le cas d'un concubinage adultérin, V. Cass. crim., 19 juin 1975, D. 1975, Jur. p. 679, note A. Tunc ; dans l'hypothèse d'un concubinage homosexuel V. TGI Belfort, 25 juill. 1995, JCP 1996, II, n° 22724, note C. Paulin.

(12) F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, Dalloz 1996, 6e éd., n° 20 s.

(13) CE, 27 sept. 1989, *Mme K...*, concl. M. Fornacciari, Gaz. Pal. 1990, 2, p. 421 ; D. 1991, Jur. p. 80, note M. Verpeaux ; D. 1990, Somm. p. 298, obs. P. Bon et P. Terneyre ; AJDA 1989, p. 776, note Honorat et Baptiste ; JCP 1989, IV, p. 368 ; CA Besançon, 18 oct. 1994, JCP 1995, IV, n° 570 ; Cass. crim., 9 janv. 1992, Dr. pén., juill. 1992, n° 172 ; Rev. science crim. 1993, p. 328, obs. G. Levasseur.

(14) 4 janv. 1935, D. 1935, 1, p. 5, note A. Rouast ; S. 1936, 1, p. 17, note Esmein ; Cass. ch. réun., 8 mars 1939, DC 1941, 1, p. 37, note L. Julliot de la Morandière ; S. 1941, 1, p. 25, note H. Battifol. V. aussi pour le calcul des enfants à charge dans une police d'assurance sur la vie : Cass. 1re civ., 10 déc. 1985, Bull. civ. I, n° 339 ; D. 1987, Jur. p. 449, note G. Paire ; Gaz. Pal. 1986, 2, Somm. p. 323, obs. Piedelièvre ; Defrénois 1986, I, p. 668.

(15) 23 oct. 1979, D. 1981, IR p. 157 ; RTD civ. 1981, p. 643, note M. Durry.

(16) La commission d'indemnisation des victimes d'infraction du Tribunal de grande instance de Lille, le 6 mai 1996 (D. 1997, Jur. p. 543, note X. Labbée) ainsi que la Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 2 juill. 1998 (*Juris-Data*, n° 045356), ont ainsi reconnu à l'enfant sans difficulté la qualité de victime de l'infraction du fait de sa conception à la suite du viol.

(17) En ce sens J.-P. Dintilhac, obs. sur Cass. crim., 4 févr. 1998, Rev. science crim. 1998, p. 579.

(18) V. not. sur ces différentes thèses : F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 23.

(19) A rapprocher de la décision de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions du TGI de Lille, du 6 mai 1996 (préc.). Pour déclarer recevable la requête présentée au nom de l'enfant, le tribunal énonce que « l'un des rapports sexuels imposé par D... à sa soeur est à l'origine de la conception de l'enfant, ainsi que le prouve l'expertise des empreintes génétiques. L'enfant, personne dès sa conception car né vivant et viable, a subi des dommages résultant d'atteinte à sa personne du fait même de cette conception dans la mesure où sa filiation paternelle ne pourra jamais être établie par application des art. 334-10 et 162 c. civ. ».

(20) CE, 2 juillet 1982, *Dlle R...*, Lebon, p. 266 ; RTD sanit. 1982, p. 623, note J.-M. de Forges ; RTD sanit. 1983, p. 95, concl. M. Pinault ; Gaz. Pal. 1983, 1, p. 193, note F. Moderne ; AJDA 1983, p. 206, obs. J. C. ; D. 1984, IR p. 21, obs. Moderne et Bon ; D. 1984, Jur. p. 425, note J.-B. d'Onorio ; Cass. 1re civ., 25 juin 1991, JCP 1992, II, n° 21784, note J.-F. Barbièri ; RTD civ. 1991, p. 753, note P. Jourdain ; Petites affiches, 27 mai 1992, p. 10, et Defrénois 1992, p. 45, note J. Massip ; Defrénois 1992, p. 41, note P. Murat ; D. 1991, Jur. p. 566, note P. le Tourneau ; D. 1993, Somm. p. 27, obs. J. Penneau ; Bull. inf. C. cass., 15 sept. 1991, p. 19, note Averseng.

(21) Pour des applications dans le domaine de la stérilisation : CAA Nancy, 30 sept. 1993, *Dame Legrand*, Gaz. Pal. 27-29 nov. 1994, Pan. p. 11 ; Médecine et Droit, mai/juin 1994, p. 62, obs. J.-H. Soutoul ; CAA Nancy, 30 avr. 1997, Petites affiches, 21 janv. 1998, p. 18, note

P. T. (conf. TA Strasbourg, 21 avr. 1994, Petites affiches, 21 oct. 1994, p. 22, note F. M. ; concl. M. Martinez, RD publ. 1994, p. 1837). Sur l'ensemble de la question, V. D. Bourgault-Coudevylle, Liberté individuelle, maternité et droit, thèse, Lille, 1999, p. 553 s., n° 1041, à paraître aux éditions L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques ».

(22) Cass. 1re civ., 25 juin 1991, préc. La formule du Conseil d'Etat, dans son arrêt du 2 juillet 1982 (préc.), était quelque peu différente : « des circonstances ou une situation particulières susceptibles d'être invoquées par l'intéressée ».

(23) CE, 27 sept. 1989, *Mme K...*, préc. La jurisprudence l'a même admis dans des cas où le handicap dont souffre l'enfant ne résultait pas d'une négligence du médecin (par exemple au cours d'une IVG comme dans l'espèce précédente) mais était inhérent à son patrimoine génétique : Cass. 1re civ., 26 mars 1996 (deux espèces), Bull. civ. I, n° 155 et 156 ; Resp. civ. et assur., juin 1996, n° 229 et 231 ; RTD civ. 1996, p. 625, note P. Jourdain ; RTD civ. 1996, p. 871, note J. Hauser ; JCP 1996, I, n° 3946, note P. Murat ; Petites affiches, 6 déc. 1996, p. 22, note Y. Dagorne-Labbe ; D. 1997, Jur. p. 35, note J. Roche-Dahan, et Somm. p. 323, obs. J. Penneau.

(24) D. 1990, Jur. p. 284, note P. le Tourneau ; D. 1991, Somm. p. 180, obs. J. Penneau ; JCP 1989, IV, p. 342. Ce qui n'était pas allégué en l'espèce.

(25) P. le Tourneau, note préc. p. 288, approuve cette possibilité puisqu'il écrit que « c'est à juste titre que l'arrêt de la Cour de Riom indique qu'un préjudice moral aurait pu être retenu si l'enfant avait été conçu à la suite d'un viol ». De même J. Massip (note sous Cass. 1re civ., 25 juin 1991, Defrénois 1992, p. 50) écrit également que l'exigence d'un « dommage particulier » pourrait être remplie dans le cas où l'enfant serait né à la suite d'un viol ou d'un inceste.

(26) G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, *op. cit.*, n° 249-2, p. 13.

(27) V. CA Bordeaux, 25 janv. 1995, rejetant la demande d'indemnisation présentée au nom d'un enfant handicapé au motif suivant : « si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques ».

(28) Arrêts préc.

(29) Comp. avec CE, 14 févr. 1997, D. 1997, IR p. 77 et Somm. p. 323, note J. Penneau ; Gaz. Pal. 25-26 avr. 1997, p. 6 ; Petites affiches, 28 mai 1997, n° 64, p. 23, note S. Alloiteau ; RTD sanit. 1998, p. 95, note F. Mallol ; Petites affiches, 9 juill. 1997, n° 82, p. 41, note Nguyen Van Tuong ; JCP 1997, II, n° 22828, note J. Moreau ; RD publ. 1997, p. 1139, note J.-M. Auby et p. 1147, note J. Waline : qui pour rejeter la demande d'indemnisation présentée au nom de l'enfant handicapé se fonde sur le fait « qu'il n'est pas établi (...) que l'infirmité dont souffre l'enfant et qui est inhérente à son patrimoine génétique, soit consécutive à l'amniocentèse ».

(30) Dans la seconde espèce, si la mère avait été informée de sa rubéole, elle aurait interrompu sa grossesse et l'enfant ne serait pas né. Le dommage de l'enfant réside dans le fait que ses parents n'ont pu interrompre la grossesse, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas été mis en mesure de l'empêcher de naître. En ce sens J. Hauser, note sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996, préc. p. 872 ; J. Roche Dahan, note préc., p. 39 ; A.-M. Luciani, La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, Petites affiches, 27 juin 1997, p. 20 ; *contra* P. Jourdain, note préc. p. 624 : le dommage indemnisé n'est pas le fait de naître mais le handicap dont l'enfant reste atteint.

(31) CA Pau, 27 juill. 1989, JCP 1990, IV, p. 61 : le père qui a imposé à sa fille des relations incestueuses, et la mère qui a toléré ces relations sont responsables sur le fondement de l'art. 1382 c. civ. du dommage moral subi par celle-ci dans la proportion des trois quarts pour le père et un quart pour la mère. On pourrait envisager d'indemniser de la même manière le

dommage moral lié à la naissance d'un enfant dans ces circonstances.

(32) *Zepeta vs Zepeta*, NE, 190, 2d cité par J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, Produire l'homme : de quel droit ?, PUF 1987, p. 86 ; J. Roche Dahan, art. préc. n° 9. V. égal. pour le refus d'une action en *wrongfull life* en droit québécois : *Cataford vs Moreau* (1978), CS 933, RTD civ. 1980, chron. de droit civil québécois, p. 458.

(33) Relaté par J. Hauser, RTD civ. 1991, p. 706.

(34) Arrêt préc.

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010