

Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage

Stéphanie Henneville-Vauchez, Professeur de droit public, université Paris XII-Créteil, Marie Curie Fellow, Institut universitaire européen (Florence)

En 1992, suite à une interruption de grossesse liée au risque de transmission aux jumeaux qu'elle portait de la myopathie de Duchenne, M^{me} L. est informée par un généticien que finalement, au regard de l'expérience du service en la matière et des données alors valables de la science, elle n'est pas conductrice de la maladie. Trois ans plus tard, ayant décidé d'avoir un nouvel enfant, M^{me} L. donne naissance à un petit garçon pourtant atteint de cette affection. Elle cherche alors à voir engagée la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris à raison du préjudice causé par ce qu'elle considère être une erreur de diagnostic. Sa requête ayant été rejetée en première instance (au motif, selon le tribunal administratif de Paris, qu'à supposer que l'avis médical donné en 1992 ait été fautif, il n'existe pas de lien de causalité entre ce dernier et la naissance de l'enfant malade), l'affaire a été jugée en octobre dernier par la cour administrative d'appel de Paris. Cette dernière confirme le rejet de la requête sur le double fondement suivant : l'absence de faute et l'absence de lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice. Ces deux fondements appellent commentaire, le premier en tant qu'il repose sur une conception bien peu contraignante de l'information génétique pré-conceptionnelle, et le second en tant qu'il accueille dans le raisonnement juridique présidant à la détermination de la causalité des éléments problématiques.

La faute dans la consultation génétique pré-conceptionnelle : mission impossible ?

Il importe ici de citer les termes exacts du courrier reçu en 1992 par la requérante ; le chef de service du laboratoire de biochimie génétique de l'hôpital Cochin y écrivait : « Actuellement, avec notre expérience, ce résultat [de l'étude génétique pratiquée sur les foetus avortés] nous permet de dire qu'ils n'étaient pas atteints de myopathie de Duchenne. Cela signifie donc que la mutation n'est pas sur le gène recombiné 162 et que vous n'êtes pas conductrice... Je pense que nous aurons bientôt d'autres moyens qui nous permettront de détecter et de localiser la mutation et de vérifier ainsi mon raisonnement ». Il faut prendre la mesure de l'impact qu'aura probablement causé une telle analyse sur la jeune femme qui vient d'interrompre une grossesse gémellaire sur le fondement d'un risque dont on lui apprend *ex post* qu'il ne se serait probablement pas réalisé. Il faut aussi prendre acte du fait que ledit courrier comporte, sans doute possible, l'affirmation « vous n'êtes pas conductrice » laquelle est énoncée sur le mode de la certitude grammaticalement attestée par l'emploi du présent de l'indicatif. Et pourtant, successivement en première instance et en appel, deux juridictions jugent qu'il ne saurait là y avoir de faute, dès lors que (comme l'indique la cour administrative d'appel de Paris dans l'arrêt ici commenté) : « Par sa teneur, cet avis [...] prenait en compte l'état des connaissances scientifiques interdisant à cette date l'énoncé de certitudes dans le domaine en cause [et] ne pouvait être considéré comme donnant des assurances catégoriques à M^{me} L. que ses grossesses futures ne comporteraient pas le risque de transmission de la maladie génétique de Duchenne ». C'est que, plutôt que de se concentrer sur l'affirmation « vous n'êtes pas conductrice », le juge insiste sur « le double tempérament tiré d'une part, de ce que ce résultat correspondait aux données de la science médicale en 1992, d'autre part, de ce que l'évolution prévisible desdites données médicales étaient susceptibles de vérifier le raisonnement alors émis ». Il semble toutefois qu'il y a ici matière à commentaire critique, en particulier au regard des autres solutions jurisprudentielles disponibles.

Certes, la jurisprudence en matière de responsabilité à raison du conseil génétique n'est (heureusement) pas très fournie. On dispose tout de même de quelques arrêts de référence, lesquels établissent au moins ce qui suit. Un examen génétique pré-conceptionnel peut être mal réalisé. C'est le cas notamment lorsque les prélèvements de tissus nécessaires aboutissent à la constitution d'échantillons trop peu abondants pour pouvoir valablement fonder une analyse. En ce cas, la commission d'une faute est avérée et le préjudice des parents peut être indemnisé (v., en ce sens, CE sect. 14 févr. 1997, *Quarez*, Lebon 44  ; AJDA 1997. 480, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; D. 1997. SC. 322  ; RFDA 1997. 382, note B. Mathieu  ; RDSS 1997. 255, obs. J.-S. Cayla  ; CAA Marseille 19 févr. 2004, *Monnier*, n° 99MA01790, JCP A 2005, n° 4, 1045, C. Cormier). Un examen génétique peut également être interprété de manière erronée. C'est le cas par exemple lorsque le généticien auquel un couple s'adresse pour évaluer le risque de transmission à une éventuelle progéniture de la maladie de Little dont l'homme a été diagnostiqué comme porteur par son médecin traitant donne une consultation favorable, alors même qu'en réalité le risque génétique en cause est lié à une maladie hérédo-dégénérative de Strumfell-Lorrain qui se révèle, elle, transmissible. Là encore, le juge estime qu'il y a commission d'une faute, de sorte qu'il y a lieu d'engager la responsabilité médicale (Civ. 1^{re}, 26 mars 1996, n° 94-13.145, D. 1997. 35, note J. Roche-Dahan et obs. J. Penneau  ; RDSS 1997. 268, obs. L. Dubouis ). Plus proche des faits de l'espèce ici commentée, il faut citer l'arrêt rendu en 2003 par la cour administrative d'appel de Paris (!) qui vise l'hypothèse où l'erreur n'est pas liée au conseil génétique en lui-même (sa réalisation ou son interprétation) mais à la manière dont il est délivré. En effet, il s'agissait dans cet arrêt de juger que : « En l'absence de certitudes scientifiques, le caractère catégorique des assurances données aux époux J. [...] a constitué une imprudence fautive de nature à engager la responsabilité de l'AP-HP » (CAA Paris 24 juin 2003, *AP-HP c/ M. et M^{me} J.*, AJDA 2003. 2049, note S. Hennette-Vauchez  ; D. 2004. Jur. 983, note A. Sériaux ).

Comment situer le présent arrêt dans ce panorama ? Ce n'est certes pas ici le conseil génétique, ni dans ses conditions de réalisation ni dans son interprétation, qui est en cause ; il semble bien plutôt (et l'arrêt ressemble en cela à celui jugé par la même juridiction voici cinq ans) que ce soit autour de la manière dont ses résultats ont été communiqués à la requérante que se cristallise le litige. Si les juges insistent dans notre affaire sur l'incertitude et les précautions qui entourent l'information génétique communiquée, on reste toutefois circonspect dans la mesure où l'intéressée est néanmoins informée de ce qu'elle n'est pas conductrice de la myopathie de Duchenne (c'est du moins ce que l'on peut lire dans les extraits du courrier qu'elle reçoit tels qu'ils sont cités dans l'arrêt). En cela, on peine à distinguer radicalement la présente affaire de celle de 2003, de sorte qu'on peut soutenir que l'arrêt commenté aurait moins contrasté avec la jurisprudence antérieure s'il avait retenu la faute qu'en ne la retenant pas.

A ceci près, naturellement, que le juge fait ici application de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, notamment en tant qu'elle pose comme condition à l'indemnisation du préjudice subi par les parents d'un enfant porteur d'un handicap, lorsque ce dernier n'a pas été décelé pendant la grossesse, la commission d'une faute caractérisée. Il faut d'ailleurs noter au passage que, ce faisant, la cour administrative d'appel de Paris revient sur le raisonnement par lequel elle avait précisément, en 2003, exclu l'applicabilité de ce texte aux fautes pré-conceptionnelles : elle jugeait en effet alors qu'il résulte « des dispositions [de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002] qu'elles s'appliquent à l'indemnisation des handicaps causés par les fautes médicales intervenues pendant la gestation de l'enfant qui en a été victime et qu'elles ne sont pas applicables aux fautes qui ont pour effet, comme c'est le cas en l'espèce, de ne pas permettre aux parents concernés d'éviter la conception d'un enfant handicapé ». Si un tel raisonnement était irréprochable du point de vue du texte législatif (qui, en effet, ne vise que l'hypothèse du handicap « non décelé pendant la grossesse » en raison d'une faute caractérisée), il est clair qu'il contredisait l'intention des auteurs du texte, de sorte que la position du juge ne pouvait être interprétée que comme un des éléments de la contestation du dispositif anti-Perruche en tant qu'elle visait à en minimiser les effets. Revirement sur ce point, donc : la loi anti-Perruche est désormais applicable aux fautes commises avant même la conception de l'enfant. Et, conséquemment, ces fautes doivent, pour ouvrir droit à indemnisation, être caractérisées.

Est-ce là qu'il faut trouver l'explication d'une position aussi stricte de la cour administrative d'appel dans la présente affaire, en tant qu'elle refuse de qualifier le conseil génétique en cause de fautif ? Nous ne sommes pas convaincue par cette hypothèse et ce, pour diverses raisons. En premier lieu, on rappellera le grand flou qui entoure (encore) la notion même de faute caractérisée, inconnue du droit de la santé jusqu'en 2002 et que le législateur s'est bien gardé de définir. On dispose bien d'exemples de décisions de justice qui permettent de poser quelques jalons. L'affaire *Maurice* nous apprend ainsi que l'inversion de résultats d'une analyse génétique entre deux patientes était constitutive d'une faute caractérisée (CE 19 févr. 2003, *Maurice*, Lebon 41 ; AJDA 2003. 854, note M. Deguerque ; D. 2004. SC. 530, obs. M. Douchy-Oudot ; RFDA 2003. 349, concl. D. Chauvaux). L'affaire *Monnier* nous révéla qu'une succession de négligences (prélèvement en quantité insuffisante, non-information sur la marge d'erreur ou sur la non-fiabilité de l'échantillon...) pouvait également constituer une telle faute (CAA Marseille 19 févr. 2004, préc.). Et d'autres exemples pourraient être listés ici, mais sans qu'il soit porté remède au fait même de l'absence de définition générale de ladite faute caractérisée. Et en second lieu, on estimera critiquable le mode de raisonnement déployé par la cour administrative d'appel de Paris pour écarter une telle qualification.

Dans la présente affaire en effet, le juge estime que : « L'interprétation ainsi donnée par le docteur Recan... bien que n'étant pas accompagnée d'une information explicite sur la marge d'erreur habituelle affectant en 1992 la fiabilité de son avis médical, ne saurait constituer une faute qui, par son intensité et son évidence, devrait être regardée comme caractérisée ». En d'autres termes, la faute caractérisée serait celle qui serait à la fois intense et évidente. Une telle proposition appelle quelques commentaires. Nous soulignerons ainsi, après d'autres (v. C. Cormier, préc.), qu'il s'agit là d'une conception assez nettement pénaliste de la faute caractérisée, dès lors que l'intensité et l'évidence comptent précisément parmi les critères retenus pour caractériser une telle qualification par la Cour de cassation (Crim. 4 juin 2002, n° 01-81.280). Par ailleurs, et au regard du cas d'espèce, on observera tout d'abord qu'il est peu convaincant de considérer que le critère de l'intensité ne serait ici pas rempli. Si l'on veut bien admettre que la décision de concevoir fait partie des décisions les plus graves (ce qui ne signifie pas qu'elle ne puisse être joyeuse !) qu'un individu peut être amené à prendre, on voit mal comment considérer que le fait d'annoncer à une jeune femme qu'elle n'est pas conductrice d'une maladie aussi grave que la myopathie de Duchenne sans - comme le reconnaît l'arrêt lui-même - accompagner cette annonce d'une « information explicite sur la marge d'erreur habituelle affectant [en 1992] la fiabilité de [l']avis médical » ne correspond pas à ce critère d'intensité. Et pour ce qui est de celui de l'évidence, il nous semble que nier en l'espèce de le considérer comme rempli conduit nécessairement à adopter une position de principe équivalent, peu ou prou, à rendre impossible l'engagement de la responsabilité médicale à raison d'un conseil génétique. D'abord parce que personne ne nie que le conseil génétique est en lui-même une activité éminemment difficile et donc potentiellement incertaine (et les travaux contemporains en épistémologie des sciences qui témoignent de la remise en cause, y compris dans le champ de la biologie, du concept même de gène⁽¹⁾ ne disent pas autre chose). Dès lors, exiger de la faute dans le conseil génétique qu'elle relève de l'« évidence » revient en fait à poser une condition impossible. Ensuite parce que à nouveau, ce ne sont pas tant dans la présente affaire les conditions ou l'interprétation du conseil génétique qui sont en cause que la manière dont ses résultats ont été communiqués à la requérante ; et qu'on peut bien arguer, eu égard précisément à la difficulté inhérente à l'activité de conseil génétique, qu'il relève de l'évidence qu'il convient toujours d'entourer des annonces relatives au fait d'être ou non porteur d'une maladie génétique de précautions dont il ne ressort pas des faits de l'espèce, tels qu'ils sont rappelés dans l'arrêt, qu'elles aient été prises.

On nous objectera peut-être que notre manière de voir participe d'une lecture par trop finaliste (emblématique, pourra-t-on encore ajouter, d'une lecture administrativiste des choses⁽²⁾) de la notion même de faute caractérisée. On passerait alors « à côté » du ralliement du juge administratif à une acception pénaliste de la notion. Une telle objection pourrait toutefois être repoussée en regard de la seconde partie du raisonnement employé par le juge - sur la question de la causalité -, dès lors que, précisément, ce dernier ne dément pas (bien au contraire) l'hypothèse d'une acception parfaitement finaliste de la faute caractérisée,

en ce qu'il repose tout entier sur une imbrication (voire une confusion) entre la faute et la causalité.

La causalité entre conseil génétique et conception : de l'ambiguïté de la place de la victime dans le raisonnement du juge

L'arrêt ici commenté fonde donc encore son dispositif sur l'absence de lien direct de causalité entre le fait générateur et le préjudice sur les deux éléments suivants : le couple requérant avait « expressément refusé tout diagnostic anténatal, examen fortement indiqué du fait des antécédents familiaux de l'intéressée alors... qu'il est certain que les progrès des connaissances en méthodes d'exploration génétique auraient permis en 1995 d'établir un diagnostic prénatal exact de la myopathie de Duchenne », d'une part, et « l'attitude de M^{me} L. », arc-boutée sur une « interprétation litigieuse des résultats d'examen pratiqués en 1989 » « dont la teneur était au demeurant mal appréciée par l'intéressée », d'autre part.

Ici encore, il importe avant tout de replacer le présent arrêt dans le contexte plus large de la jurisprudence relative à la responsabilité à raison du conseil génétique pré-conceptionnel. Or celui-ci établit, aussi clairement que faire se puisse eu égard à la minceur du corpus, que la causalité entre un conseil génétique favorable (et erronément favorable) et la décision que prend un couple de concevoir est tout à fait possible. La Cour de cassation en avait ainsi jugé en 1996, et ce, alors même que pas moins de cinq années séparaient, dans les faits de l'affaire dont elle était saisie, le conseil litigieux et la conception. Elle donnait ainsi raison à la cour d'appel qui avait établi que c'est bien un « conseil déterminant » du point de vue de leur projet conceptionnel que les requérants étaient venus chercher auprès du service de conseil génétique, de sorte que la conception était bien en relation directe avec ledit conseil. La cour administrative d'appel de Paris avait similairement considéré, dans l'affaire jugée en 2003, que, dès lors que les requérants n'avaient envisagé la grossesse génératrice à leur yeux du préjudice dont ils demandaient réparation « qu'après avoir demandé à plusieurs reprises et obtenu des assurances sur l'absence de risques d'une nouvelle naissance », « le lien de cause à effet entre la faute commise par les services médicaux et les préjudices subis par les requérants et leurs enfants paraît établi ». En d'autres termes, on ne saurait ici expliquer le refus de reconnaissance du lien de causalité entre les examens pratiqués en 1989 (mais seulement communiqués de la manière que l'on a dite à l'intéressée en 1992) et la grossesse de 1995 par le seul motif de l'écoulement d'un laps de temps de six années. Restent, donc, les deux autres éléments rappelés précédemment : le refus de diagnostic prénatal (DPN) par les requérants lors de cette nouvelle grossesse et leur interprétation litigieuse du conseil génétique dispensé en 1992.

Sur le premier point, on est frappé ici par le fait que le refus de M^{me} L. de se soumettre en 1995 à un diagnostic prénatal (après, rappelons-le, qu'on lui avait dit en 1992 qu'elle n'était « pas conductrice » de la maladie de Duchenne !) puisse être ainsi aussi négativement exploité par le juge. Il ne saurait bien entendu y avoir en matière de DPN d'obligation aux soins : si la dérivation eugéniste est déjà dénoncée par certains en l'état de la législation qui rend de tels diagnostics possibles, que penser de l'hypothèse où ils seraient obligatoires ? En outre, il faut bien garder à l'esprit le fait qui aura, selon toute vraisemblance, motivé le refus opposé par la requérante : c'est le conseil génétique qui lui a été donné en 1992 - celui-là même que la cour refuse ici de juger erroné. Ce point est capital parce qu'en effet, on n'est pas ici dans la configuration (que d'aucuns qualifieraient de consumériste, voire emblématique d'une conception anormale du sujet de droit) où une femme quelconque refuse un DPN et se retourne ensuite contre son médecin parce qu'elle n'a pas obtenu un enfant parfait. Bien au contraire, on a ici affaire à une femme ayant déjà subi une interruption thérapeutique de grossesse en raison d'un risque de transmission d'une gravissime maladie (finalement non avéré, ce qui n'aura certainement pas contribué à une gestion psychologique positive de ladite interruption), à qui l'on écrit qu'elle n'est pas conductrice, et qui décide de concevoir de nouveau - se raccrochant alors fermement à ce conseil génétique favorable pour tenter de vivre les choses le plus naturellement possible. Que ce soit *in abstracto* ou, *a fortiori* au regard des faits de la présente espèce, nous sommes assez enclins à penser qu'il était parfaitement possible de considérer ici que le conseil prodigué en 1992 a joué un rôle déterminant dans la décision des requérants de concevoir. De sorte que ce qui paraît avoir en

fait déterminé le raisonnement du juge ici, c'est bien l'absence de faute ; la causalité, elle, aurait très bien pu être admise dès lors que c'est bien parce qu'on lui a dit qu'elle n'était pas conductrice que M^{me} L. a conçu.

Sur le second point, nous restons, à nouveau, gênées par le raisonnement du juge. Ainsi, il semble déplorer l'« attitude » de la requérante, arc-boutée, semble-t-on comprendre, sur une « interprétation litigieuse » des résultats de son étude génétique. Mais là encore, comment en eût-il été autrement ? Comment exiger d'une requérante dans sa situation qu'elle ne s'accroche pas à cette information qui lui donnait l'espoir de ne pas mettre au monde un enfant malade ? Sans compter qu'ici encore (où l'on voit combien le raisonnement du juge distingue mal la question de la faute de celle de la causalité), c'est seulement parce qu'il a, en amont, jugé que le conseil génétique dispensé en 1992 n'était pas fautif et qu'il était correctement mesuré (même si, on le rappelle encore, il faisait l'économie de toute « information explicite sur la marge d'erreur habituelle ») qu'il peut qualifier l'interprétation de la requérante (qui, elle, se concentre sur l'affirmation [explicite] « cela signifie... que vous n'êtes pas conductrice ») de « litigieuse »...

C'est qu'en fait, la question qui se pose ici de manière sous-jacente à l'arrêt est la suivante. Peut-on considérer qu'en ne se prêtant pas à des examens contemporains de sa grossesse de manière à ce que toutes les décisions entourant cette dernière soient prises en vertu des données les plus actuelles de la science, la requérante qu'une généalogie familiale rendait « à risque génétique » a concouru à la réalisation du dommage qui s'est finalement réalisé, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre en être indemnisée ?

Consentement au DPN et concours à la réalisation du dommage

C'est classiquement, en droit de la responsabilité, que l'on considère que le fait pour une victime de concourir à la réalisation d'un dommage constitue une cause d'exonération, totale ou partielle selon les cas, de responsabilité. Il existe essentiellement deux manières pour la victime de se placer dans une telle situation de concours : soit par la commission d'une faute, soit par l'acceptation d'un risque (v., ainsi, CE 10 juill. 1996, *Meunier*, Lebon 289) : « Le préjudice résultant d'une situation à laquelle [...] la victime [...] s'était sciemment exposée ne lui ouvrait pas droit à réparation » ; et plus généralement, I. Mariani-Benigni, L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité, RDP 1997. 841).

On observera rapidement, quant à la seconde hypothèse, que considérer le présent arrêt comme signifiant en fait que M^{me} L. aurait accepté un risque en refusant de se soumettre au DPN singulariserait cet arrêt comme appliquant la notion dans un domaine fort éloigné de son terrain de prédilection dans la jurisprudence administrative qu'est, en responsabilité sans faute, le contentieux des dommages de travaux et ouvrages publics. Ce point n'est pour autant pas dirimant. Mais la part du contentieux administratif dans laquelle le juge se fonde réellement (comme ce serait ici le cas, par hypothèse) sur le comportement de la victime pour construire la notion de risque accepté révèle qu'il s'agit là en fait du recours par le juge à quelque chose comme le standard du « bon père de famille » (v. les analyses et références citées par I. Mariani-Benigni, préc., not. p. 862 et, en particulier, M. Fornacciari, Exonérations ou atténuations de responsabilité, Rép. resp. puiss. publ., Dalloz n° 88-157). Or cette hypothèse rejoint en fait une des dimensions de la réflexion au sujet de la faute de la victime, de sorte qu'on l'examine ci-dessous.

Quant à la première hypothèse, tout dépend en réalité de la conception retenue de la « faute » de la victime. Si l'on considère classiquement que la faute est un manquement à une obligation préexistante, il paraît difficile de considérer que M^{me} L. ait pu en commettre une. Comme on l'a dit, il n'y a pas, en général, ni dans le cas particulier du DPN, d'obligation aux soins (v., en particulier, sur ce point D. Thouvenin, Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations, RGDM, 2004, n° 13, p. 79). Il y a même, au contraire, des exigences renforcées de consentement du patient, qui prennent une forme écrite et génèrent une obligation d'information étendue de la part des médecins (v. not. art. R. 2131-2 C. santé publ.). Si l'on considère en revanche la faute comme devant être « appréciée *in abstracto*, par référence au comportement d'une personne normalement diligente

et soucieuse de veiller à sa sécurité (le fameux père de famille) » (A. Gorny, La faute de la victime en droit de la santé : où en est-on en 2008 ?, Gaz. Pal. 2 oct. 2008, p. 5), la réponse se fait moins aisément catégorique. Il paraît en effet sensé, selon une telle compréhension de la faute, de considérer que : par son habitude de tabagisme invétéré en dépit d'un risque médiatisé, le fumeur impénitent commet une « faute » de nature à rompre le lien de causalité entre la mise en circulation du produit et le dommage (Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n° 06-15.873, D. 2008. Jur. 50, note J. Revel ); par leur refus de l'intervention d'un obstétricien de sexe masculin au cours d'un accouchement difficile, un couple de requérants musulmans a commis une « faute » les rendant pleinement et seulement responsables de l'état de l'enfant (CAA Lyon 10 juin 2008, cité par A. Gorny, préc.) ; par son refus de subir une intervention chirurgicale urgente sur place et exigeant d'être transporté dans un autre établissement, le requérant qui se voit finalement amputé commet une « faute » libérant l'établissement hospitalier de toute responsabilité (CAA Lyon 28 déc. 2006, *Sieur M.*, n° 03LY01894)...

Mais les choses, même ainsi comprises, ne sont en réalité pas si simples - et le droit positif lui-même hésite. Il faut rappeler, en premier lieu, que, quand bien même elle avait un temps développé la notion de « refus fautif de soins » de la victime afin de l'appliquer aux cas dans lesquels cette dernière ne contribuait pas à l'atténuation de son préjudice (v., en particulier, Crim. 30 oct. 1974, JCP. 1975. II. 18038, note J. Mourgeon), la jurisprudence judiciaire ne l'avait utilisée que pour, le cas échéant, diminuer l'indemnisation due - et n'en avait jamais déduit, pour autant, une obligation de soins (sur ce point S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004, not. p. 161 et s.) - ; et, en second lieu, qu'elle a, depuis, faite volte-face sur cette question, jugeant de manière claire que : « Il résulte de l'article 16-3 du code civil que nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale » (Civ. 2^e, 19 mars 1997, RTD civ. 1997. 675, obs. P. Jourdain ) et que de manière générale le patient n'a « pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins » (Civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13.289). On peut mentionner en second lieu qu'un récent arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon (CAA Lyon 15 mai 2007, AJDA 2007. 1470, chron. E. Kolbert ) semble par ailleurs refuser de considérer que la faute ou le fait de la victime puisse avoir, en matière médicale, quelque rôle exonératoire que ce soit, puisque : « La responsabilité du service public hospitalier ne saurait être atténuée au motif qu'un acte médical dommageable a été sollicité par le malade lui-même ».

On soulignera, en dernier lieu, et pour revenir au plus près des circonstances précises de l'affaire ici commentée, qu'il paraît plus difficile encore en matière de diagnostic génétique prénatal (refusé) de faire application des notions de faute de la victime et/ou de risque accepté. D'abord parce que dans les quelques cas où les solutions de droit positif semblent se rapprocher de quelque chose comme une conception fautive du refus de soins, c'est toujours en regard de soins bénins (une transfusion sanguine) ou de conditions considérées comme devant généralement être acceptées (l'existence d'obstétriciens de sexe masculin). Or, nul ne songerait à considérer qu'en matière de médecine prédictive un tel standard de « la personne normalement diligente » puisse être défendu. Non seulement la question de la prédiction est une question complexe vis-à-vis de laquelle on doit considérer que chacun entretient un rapport particulier ; mais encore, dans le cas précis du DPN, il faut aussi compter avec les risques toujours inhérents à la réalisation du diagnostic qui s'accompagne généralement de prélèvements invasifs de la paroi utérine et donc de possibles morts fœtales.

Pour l'ensemble de ces raisons, le présent arrêt est surprenant en tant qu'il va assez nettement à l'encontre du discours bioéthique habituel qui insiste à l'envi sur les risques eugéniques que fait peser sur la société une conception prométhéenne de la science (qui prendrait, ici, la forme du mythe de l'enfant parfait) couplée à une tendance consumériste des patients (le « zéro défaut »). Or, ce que véhicule le présent arrêt c'est au contraire l'idée selon laquelle c'est le refus de la requérante de se prêter à un DPN, qui aurait vraisemblablement pu aboutir à une interruption thérapeutique de la grossesse, qui rompt le rapport de causalité entre un conseil génétique donné et le préjudice que lui cause la naissance d'un enfant gravement malade. On note toutefois - et il importerait de réfléchir plus avant sur ce point - qu'une telle conception potentiellement culpabilisatrice du non-recours à la science génétique n'en est pas ici à sa première manifestation - et ce en dépit, une fois encore, de la grossesse

des discours « bioéthiques » attachés - dans la forme au moins - à repousser tout eugénisme. C'est ainsi que peut notamment être lu le dispositif institué en 2004 de la procédure d'information génétique à caractère familial (v. art. L. 1131-1 C. santé publ.). Comme le démontre finement Sabine Boussard (La loi relative à la bioéthique dans le paysage juridique national, in S. Henneute-Vauchez dir., *Bioéthique, Biodroit, Biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006, Coll. Droit & Société, p. 71), non seulement la question d'une éventuelle responsabilité pénale de l'individu porteur d'une maladie génétique au cas où il refuserait d'en informer les membres de sa famille a été posée (!), mais encore celle de sa possible responsabilité civile n'est nullement écartée par le texte de loi. De sorte qu'il n'est pas exclu (pour reprendre un exemple cité lors des débats parlementaires par l'alors ministre de la santé Jean-François Mattéi) que la responsabilité d'une femme conductrice de myopathie qui aurait négligé d'en informer sa soeur puisse être recherchée, si cette dernière venait à donner naissance à un enfant atteint de la maladie. Où l'on voit combien est embarrassante la question, ainsi reformulée, de l'articulation entre génétique et volonté individuelle...

Mots clés :

RESPONSABILITE * Cause exonératoire de responsabilité * Fait de la victime * Conseil génétique * Dispositif anti-Perruche

(1) V. not. E. Keller, *The Century of the Gene*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 et M. Morange, *Déconstruction de la notion de gène*, in M. Fabre-Magnan, P. Moullier, dir., *La génétique, science humaine*, Belin, 2004, p. 104.

(2) V. par ex. les analyses de M. Sousse, *La notion de faute caractérisée*, RDP 2004. 1377 ; ou encore M. Deguerge, commentaire sous l'arrêt *Maurice*, préc., pour qui la faute caractérisée est aussi « une méthode d'identification et de preuve du fait générateur fautif du préjudice », autrement dit, une méthode proche de celles employées par le juge dans le domaine de la responsabilité sans faute.