RTD Civ.

RTD Civ. 2001 p. 103

L'enfant et les sortilèges... de l'autonomie de la volonté

Ass. plén. 17 nov. 2000 ; D. 2001.332, concl. J. Sainte-Rose, note D. Mazeaud, et 336, note P. Jourdain et les chroniques de J.-L. Aubert, de L. Aynès, d'Y. Saint-Jours, de P. Kayser et de B. Edelman ; cette revue, 2001, p. 77, obs. B. Markesinis, p. 226, obs. R. Libchaber, p. 149, obs. P. Jourdain et p. 547, obs. P. Jestaz ; JCP 2000.II.10438, rapp. conforme P. Sargos, concl. contraires J. Sainte-Rose, note F. Chabas, même numéro F. Terré, Le prix de la vie, chronique G. Mémeteau I.279, cassation de Orléans, 5 févr. 1999, RTD civ. 2000.80 et nos obs. rendu sur renvoi de Civ. 1re, 26 mars 1996, Bull. civ. I, n° 156, RTD civ. 1996.871 et nos obs. et 621 obs. Jourdain. V. encore, Ph. Delmas Saint-Hilaire, Le handicap prévu et le droit de ne pas naître, RJPF 2000-12.29 ; C. Labrusse et B. Mathieu, D. 2000, n° 14 ; D. Mazeaud, eod. loc. ; M. Gobert, Petites affiches, 2000, n° 245, p. 4)

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

On nous pardonnera de ne pas citer toutes les références qui accompagnent - et accompagneront - cet arrêt d'autant que le décalage de parution conduit à traiter inégalement, au prix de la course, des commentaires dont la valeur ajoutée n'est pas niable. Mais, de plus, qu'ajouter au rapport du conseiller et aux conclusions contraires de l'avocat général, dans une rubrique qui n'est pas de droit des obligations, à propos d'un arrêt qui vise les articles 1165 et 1382 ?

Mettons à part l'opinion récurrente à chaque fois que se pose ce type de problème selon laquelle (ritournelle connue) les juristes n'ont rien à y voir et n'ont qu'à laisser place aux éthiciens, pseudo-philosophes et autres penseurs, de préférence à entregent médiatique et politique, à laquelle il sera simplement répondu que la démocratie et l'état de droit dont on parle tant postulent une réponse juridique à ce qui est d'abord un contentieux, dans une procédure prévisible, selon des règles déterminées autrement qu'*ad hoc* et avec une portée également prévisible. La réponse à ces lassantes prétentions de travaux pratiques de sciences humaines sur les citoyens sera d'autant plus convaincante qu'en l'espèce la solution ne nous donne pas raison mais elle a au moins le mérite d'exister légalement.

Mettons également à part l'affirmation selon laquelle il s'agit d'un arrêt d'espèce, qu'il fallait à tout prix indemniser et qu'à l'avenir on verra bien (l'avenir est là avec d'autres affaires à la suite !). L'analyse pourrait s'autoriser de ce que la décision ne comporte aucun « chapeau » et que, sur la causalité pourtant très discutée, elle se borne à une allégation que n'étaye aucune démonstration. Mais l'équité n'est pas ce que croyait le juge Magnaud et le tribunal de Château-Thierry n'est pas l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (sur l'équité, C. Albiges, De l'équité en droit privé, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000), d'autant qu'à suivre cette piste on pourrait tout de même évoquer, dans ce qui paraît être alors plutôt du fait que du droit, l'autorité des cours d'appel de Paris, d'Orléans, de Bordeaux (réf. préc. et RTD civ. 1995.863). De plus si vraiment, comme certains tendent à l'accréditer, l'enfant non indemnisé se serait trouvé dans une situation matérielle désastreuse (ce qui reste tout de même à démontrer !), la solution n'est pas non plus la bonne (d'où la thèse d'un arrêt de provocation parfois évoquée) car elle conduit à créer deux catégories d'enfants, ceux dont le handicap échappait à toute prévisibilité et qui dépendront (selon les bonnes âmes) de la « charité » publique (toujours absente dans leur démonstration...) et ceux qui auront eu la « chance » de naître à la suite d'une mauvaise information et qui émargeront au « pactole » des compagnies d'assurance lequel sera d'ailleurs probablement absorbé... par le recours des caisses de sécurité sociale. Tout ceci n'est guère honorable parce qu'on veut distinguer entre des sujets qui ont un sort commun : *l'état* de handicapé sans causalité réellement prouvée.

Copyright 2013 - Dalloz - Tous droits réservés.

Alors, en dépassant les contorsions juridiques, les combinaisons douteuses de causalités empilées et d'articles sollicités, les précédents jurisprudentiels cités mais étrangers à la question, où en est-on simplement en restant dans une rubrique de droit des personnes ? Un enfant né handicapé à la suite d'une rubéole contractée par sa mère *in utero* et non diagnostiquée par les médecins obtient, sur l'action de ses parents, indemnisés par ailleurs de leur propre préjudice, réparation d'un préjudice (d'un dommage ?) qui résulte de sa *situation finale* de personne handicapée. La démonstration consiste à soutenir que si sa mère avait été informée, elle n'aurait pas fait naître cet enfant, que donc le handicap ne se serait pas produit faute de naissance et que finalement c'est bien la faute qui a produit son dommage (le mythe inversé de la tortue d'Achille !). On voit bien que l'accrochage d'origine c'est l'information correcte de la mère qui lui aurait permis d'exercer son droit au choix : faire naître ou ne pas faire naître (le « droit à l'IVG » comme certains l'évoquent, peut-être pour compromettre les adversaires de la solution, n'est pas en cause). On déduit alors que, privée de cette possibilité de choix, elle a subi un préjudice et que l'enfant subit un préjudice par ricochet de cette privation : tout *ceci suppose que l'intérêt de la mère et l'intérêt de l'enfant coïncident.* Qu'il soit dans l'intérêt de la mère (ou des parents) de ne pas faire naître un enfant susceptible d'être handicapé nul n'en discutera, juridiquement, mais qu'on en déduise que *conséquemment* l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui-là ou n'en est que le ricochet on en doutera sérieusement. Il n'existe pas de droit subjectif par ricochet et l'affirmation de base selon laquelle l'intérêt des parents et l'intérêt de l'enfant sont semblables et que la violation de l'un est une violation de l'autre n'est qu'une assertion commode ou l'art de faire parler un malheureux incapable mineur. Il y a quelque inconscience à indemniser la perte d'une « chance » en la personne de la mère et à utiliser le même concept pour l'enfant : qui a droit de dire, même l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qu'il a perdu une chance et que sa chance aurait été que sa mère fût avertie afin de ne pas le faire naître ? Et que penser, au plan du raisonnement, de la gestion par les parents de dommages-intérêts obtenus au nom de l'enfant alors qu'ils en ont obtenu eux-mêmes sur l'argument de n'avoir pas été avertis du risque... ce qui aurait permis d'empêcher sa naissance ? L'enfant est-il ici valablement représenté et n'est-on pas plus près de l'opposition d'intérêts dans les principes que de la communauté d'intérêt et du préjudice par ricochet ?

Il est donc plus simple, si l'on veut expliquer et réécrire l'arrêt, de dire clairement et courageusement, en se préoccupant seulement des parents, que nous en sommes arrivés, IVG, diagnostic pré-implantatoire et autres techniques de sélection, à un enfant quand je veux, avec qui je veux et dans l'état que je veux. Rien d'étonnant aujourd'hui à tout cela qui introduit tout simplement l'autonomie de la volonté, depuis déjà un moment dans le principe de la création humaine et maintenant dans sa qualité, ce qu'on fait peu à peu depuis plusieurs dizaines d'années tout en affirmant solennellement le contraire. Mais, par pitié, n'introduisons pas l'enfant ou « son » préjudice, qui n'est en réalité qu'un dommage (sur la différence historique, Le Tourneau et Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 1305) dans cette affaire où il n'est qu'un objet dissimulé par de pieux mensonges, qu'on fait parler plus qu'on ne protège !

Il n'y avait donc clairement de préjudice qu'à l'égard des parents et, ce qu'on paraît avoir oublié, celui-ci comprenait non seulement le souci d'avoir à assumer un enfant handicapé mais encore celui d'avoir à assurer son avenir puisqu'il existait, toute IVG mise à part. L'éventuel arrêt de rejet aurait pu rappeler cette donnée d'évidence d'une possibilité de ressaisir le juge à tout moment, le *quantum* de ce préjudice d'avenir étant d'ailleurs couramment apprécié à partir des rentes-survie proposées pour assurer l'avenir d'enfants handicapés et dont même le droit fiscal tient compte. L'avenir du handicapé est à écrire juridiquement tant en droit civil, notamment des libéralités et des successions, qu'en droit social ou en droit fiscal.

Il n'y a pas de droit de ne pas naître parce que personne ne peut parler au nom de celui qui en serait titulaire. Il y a désormais, par la grâce de l'arrêt, s'il a un avenir, un droit de faire naître comme on veut, ce qu'on veut et qui élimine tout hasard, toute contrainte et conduira naturellement à un choix *ad nutum* faute de limite soutenable. La réforme projetée de la loi bioéthique, laquelle avait déjà admis l'existence d'un enfant conventionnel, qui met le doigt dans l'engrenage incontrôlable de la procréation *post mortem* (sur la recommandation

Copyright 2013 - Dalloz - Tous droits réservés.

conjuguée du Conseil d'Etat et du Comité national d'éthique) est tout à fait en ce sens (un enfant orphelin de naissance, comme je le veux, en souvenir de mon conjoint !) et conduira dans un avenir proche à la conservation et à la sélection des gamètes par convenance. On le sentait venir depuis longtemps mais il restera à réintroduire l'enfant dans cette affaire autrement que comme tiers intéressé voire comme objet de l'acte juridique soumis aux articles 1126 et suivants du code civil et à se demander ce que l'Assemblée plénière, réduite aux fonctions de juge de paix, est allée faire dans cette galère. Sur le terrain du « fondamental », déjà très occupé, il ne faudra pas s'étonner que l'intérêt se dirige vers la rue Montpensier ou Strasbourg ni regretter qu'il faille une proposition de loi pour affirmer que la naissance n'est pas un préjudice : on eût aimé que ce fût dit par la Cour de cassation.

Mots clés :
RESPONSABILITE CIVILE * Réparation du préjudice * Préjudice réparable * Préjudice de naissance * Perruche

Copyright 2013 - Dalloz - Tous droits réservés.

Copyright 2013 - Dalloz - Tous droits réservés.