

L'enfant incestueux, enfant handicapé

Xavier Labbé

La commission d'indemnisation des victimes d'infractions du Tribunal de grande instance de Lille a rendu une décision le 3 juill. 1996 qui ne devrait laisser indifférents ni les auteurs soucieux de se préoccuper des droits de l'enfant, ni les auteurs inquiets des progrès de la médecine, et de leurs conséquences dans le droit de la filiation.

Une femme se fait violer par son frère. Un enfant vient au monde. Cet enfant ne peut à l'évidence voir sa filiation paternelle établie envers le violeur car il s'agit d'une filiation incestueuse. La mère agit devant la CIVI de Lille au nom de l'enfant qu'elle présente comme « victime d'une infraction ». La CIVI accorde à l'enfant une indemnité de 100 000 F, faisant application de l'art. 706-3 c. pr. pén. qui dispose que « toute personne ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non présentant le caractère d'une infraction peut obtenir la réparation intégrale du dommage qui résulte de l'atteinte à la personne ».

Ce sont moins les termes de cet article, appliqué au cas de l'espèce, que nous allons commenter, que l'esprit de la solution donnée au problème : parce qu'un individu a délibérément engendré un être qui sera nécessairement, du fait même de la loi, amputé à sa naissance d'une partie de ses « droits », cet individu sera susceptible de voir sa responsabilité engagée envers l'enfant à sa naissance. Et la collectivité sera éventuellement amenée à garantir l'indemnisation de l'enfant, comme dans la présente espèce.

Ce raisonnement ne prend-il pas un relief particulier dans notre système qui régleme la procréation médicalement assistée et qui donne désormais à l'homme un pouvoir sur la vie qui, jusqu'à présent, semblait être le privilège du Créateur ou de la Nature ? Ne prend-il pas un relief tout aussi particulier depuis que la Cour de cassation semble avoir admis que, dans certains cas, la non-existence vaut mieux que la vie, puisqu'en ayant été privée du « droit » d'avorter suite à une erreur de diagnostic une femme subit un préjudice du fait de la naissance d'un enfant handicapé (Cass. 1 civ., 26 mars 1996, *D.* 1997, *Jur.* p. 35, note Roche-Dahan qui estime « dangereuse » la jurisprudence de la Cour suprême) ?

La décision lilloise ne nous permet-elle pas de déduire que toute personne qui, délibérément, participe à la confection d'un enfant qui n'aura jamais la « vie normale » que tout sujet est en droit d'attendre peut être jugée responsable envers cet enfant à sa naissance ? Faut-il consacrer le « droit à la vie normale » avec toutes les incertitudes et surtout les dangers que suppose la notion (A) ? Et si oui, celui qui participe délibérément à la confection d'un être qui ne pourra bénéficier des prérogatives qu'offre normalement la vie à tout un chacun, sera-t-il responsable envers cet être ? (B)

A - Faut-il consacrer le « droit à la vie normale » ?

Qui serait créancier de ce droit, dans l'hypothèse où on le reconnaîtrait (1) ? Quel pourrait être son contenu (2) ? La présente décision comporte à ce niveau une double information.

1 - Le titulaire prétendu du « droit à la vie normale »

Qui serait titulaire de ce droit ? L'enfant dès la conception, ou l'enfant né vivant et viable ?

La décision à ce niveau ne paraît pas innover : au contraire, elle semble prendre appui sur une analyse classique de la maxime *infans conceptus*. Dans la mesure où le texte pénal ouvre l'action aux « personnes » victimes d'une infraction, le tribunal prend la peine de rappeler que

c'est bien parce que l'enfant est venu au monde vivant et viable qu'il peut faire remonter rétroactivement sa personnalité au jour présumé de sa conception. Le tribunal, qui rappelle que « la personnalité qui suppose la naissance, commence avec cette naissance », et qui nous dit que « l'enfant Sébastien (est une) personne dès sa conception car (il est) né vivant et viable », ne remet pas en cause l'idée que la maxime *infans conceptus* ne serait qu'une fiction établie en faveur de l'enfant venu au monde vivant et viable. Mais sans doute la décision aurait-elle pu être plus nettement motivée sur ce point. Quoi qu'il en soit, la thèse de la fiction est celle qui est habituellement enseignée. (Savigny, *Traité de droit romain*, t. 2, p. 11 ; Forget et Devois, *Contribution juridique à l'étude de l'acte médical anténatal*, thèse, Paris, 1989 ; Hauser, *Infans conceptus pro nato non habetur*, *RTD civ.* 1994, p. 831 ; Gridel, *Notion de droit fondamental*, Dalloz, p. 632 ; Malaurie et Aynès, *Cours de droit civil des personnes*, Cujas, 1992, n° 4 ; Labbé, La condition juridique du corps avant la naissance et après la mort, PU Lille, 1986). C'est la seule thèse qui, semble-t-il, peut être utilisée dans un système qui subordonne toujours la personnalité juridique aux conditions de vie et de viabilité (sur la thèse inverse dite de la réalité, Vigneau, *L'enfant à naître*, thèse, Toulouse, 1987 ; Mémeteau, Le prélèvement à fins thérapeutiques sur le fœtus *de lege ferenda*, *Gaz. Pal.* 1983, 2, *Doctr.* p. 322 ; La situation juridique de l'enfant conçu, *RTD civ.* 1990, p. 621. Pour un état des opinions émises sur la question, Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses*, LGDJ, n° 263. Sur la notion de viabilité, et sa critique, Salvage, La viabilité de l'enfant nouveau-né, *RTD civ.* 1976, p. 725 ; et plus récemment, Philippe, La viabilité de l'enfant nouveau-né, *D.* 1996, *Chron.* p. 29).

En application de cette analyse, il est communément admis qu'un enfant venu au monde vivant et viable peut hériter de son père décédé pendant la période de grossesse (art. 725 c. civ.), recevoir le bénéfice d'une donation effectuée pendant la période de grossesse (art. 906 c. civ.) et, plus généralement, recevoir tout avantage patrimonial (Cass. 1 civ., 10 déc. 1985, *D.* 1987, *Jur.* p. 449, note Paire ; *RTD civ.* 1987, p. 309, obs. Mestre). Et l'enfant, venu au monde vivant et viable, peut agir en justice contre toute personne qui lui aurait causé un dommage pendant la période de grossesse, dommage dont la révélation apparaît après la naissance. Le préjudice invoqué est généralement physique et résulte d'un handicap ou d'une malformation à la naissance. Une femme enceinte reçoit des coups et l'enfant vient au monde handicapé. L'enfant venu au monde pourra (pourquoi pas ?) engager une action contre l'auteur des coups, dans les conditions de droit commun, en invoquant l'adage *infans conceptus* (rapp. un enfant naît infirme parce que sa mère a contracté la rubéole pendant la grossesse : CE, 6 nov. 1968, *JCP* 1969, II, n° 16054. Un enfant vient au monde avec une seule jambe parce que le médecin, sollicité pour pratiquer l'IVG, n'extraît qu'une partie du fœtus et ne vérifie pas que l'enfant est bien mort. L'enfant est indemnisé de son handicap : CE, 27 sept. 1989, *AJDA* 1989, p. 808, obs. Honorat et Baptiste). Une femme enceinte entre dans un protocole de recherches expérimentales, et l'enfant vient au monde atteint d'une maladie. L'enfant pourra agir directement contre le promoteur et tous les intervenants dans les conditions définies par la loi Huriet.

Mais la conséquence de la thèse de la fiction prend aujourd'hui un relief tout particulier dans le droit de la procréation médicalement assistée : aussi longtemps que l'enfant n'est pas né vivant et viable, l'enfant ne serait pas un sujet de droits. Il ne serait donc pas créancier du « droit à la vie normale ». De fait, l'art. 311-4 c. civ. ferme l'action en justice à l'enfant « qui n'est pas né viable », ce qui semblerait signifier qu'aussi longtemps qu'il n'est pas né, on ne peut agir en son nom (on se demande d'ailleurs comment on pourrait rédiger valablement une assignation à la requête d'une « personne » n'ayant, par définition, aucun état civil...). Il semble difficile de parler d'un « droit à la vie » dont serait titulaire l'embryon congelé puisque celui-ci peut être légalement détruit au bout d'une période de cinq ans ou même avant si ses auteurs renoncent à leur projet parental. Il est de même difficile de parler d'un tel droit dont serait titulaire le fœtus dans le ventre de sa mère puisque celle-ci peut s'en débarrasser impunément dans les conditions posées par la législation de l'IVG (dans le même sens : Serge Regourd, Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort, *RD publ.* 1981, p. 403-469. Pour cet auteur, le « droit à la vie » serait en fait le « droit de donner la vie ». Rapp. Florentin, *op. cit.*, p. 122). Et ce constat n'est pas remis en cause par la loi du 21 juill. 1994 : les premiers commentateurs s'accordent à reconnaître que le législateur s'est bien gardé de donner une définition juridique de l'embryon ou du fœtus, se contentant de

reprenre le principe posé par la loi Veil et de « garantir le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » (en ce sens, Dominique Fenouillet, « Les travaux parlementaires consolident la fixation de la date d'apparition de la personnalité juridique au moment de la naissance », *in Dalloz, Les personnes, la famille*, p. 26 ; rappr. M. Mattei qui évoquait « l'impossible statut de l'embryon », *in Rapport au Premier ministre*, 1993). Tout le monde s'accorde à dire que l'embryon est digne de respect et qu'il doit être traité avec humanité. Mais à quel titre ce « respect » est-il dû ? Il est des choses protégées, hors commerce, qui sont respectables... Le drapeau français est éminemment respectable pour ce qu'il symbolise. Et pourtant un drapeau n'est qu'une chose et il ne viendrait pas à l'idée de le qualifier de personne. Respectabilité et personnalité ne sont pas des expressions synonymes et c'est d'ailleurs pourquoi l'on dit que le cadavre de l'homme est certainement une chose sacrée, éminemment respectable, mais qu'il ne viendrait pas à l'idée de le qualifier de « personne » au sens juridique du terme. N'est-on pas contraint aujourd'hui de dire que, si l'embryon est respectable, ce n'est pas en raison d'un droit subjectif au respect, dont il n'est pas titulaire aussi longtemps qu'il n'est pas né, mais en raison de considérations tenant à l'ordre public du moment ? L'atteinte au droit à la vie normale, érigé en droit subjectif, ne pourra s'apprécier qu'après la naissance. Mais par faveur législative envers l'enfant venu au monde vivant et viable, on pourra tenir compte de l'atteinte anténatale en application de l'adage *infans conceptus...*

Toute l'originalité de la décision tient dans le fait que le préjudice n'est pas causé pendant la période de grossesse, mais qu'il est constitué du fait même de la grossesse. Celui qui décide de confectionner un enfant, amputé dès la conception du « droit à la vie normale », serait susceptible de voir sa responsabilité engagée lorsque l'enfant paraît.

2 - Quel serait le contenu du « droit à la vie normale » ?

Cette notion de « vie normale » qui semble inévitablement (et malheureusement sans doute) se dégager de la loi et de la jurisprudence actuelle, suppose la référence (bien délicate, et sûrement dangereuse) à une norme, à un modèle. Elle pourrait revêtir un double aspect. Si, dès sa conception, l'enfant est affecté d'un « défaut de fabrication » tel qu'il sera amputé d'une partie de son état civil, on sera en présence d'un enfant « anormal » au sens étymologique du terme (c'est-à-dire « privé d'une partie de ses droits », ou encore « en dehors de la norme »). Cet enfant pourrait demander réparation du préjudice découlant de l'anormalité. L'anormalité s'apprécierait en raison de critères légaux liés à l'état des personnes comme le suggère la présente décision (*a*). Mais peut-on étendre le raisonnement en imaginant que le « vice de fabrication » ampute l'enfant dans son état physique ? Osera-t-on parler d'anormalité pour justifier de la réparation d'un tel préjudice ? Faudra-t-il (et sur quels critères ?) définir le normal et l'anormal, avec tous les dangers qu'implique une telle démarche (*b*) ? La présente affaire nous contraint à poser la question.

a) Le défaut originel amputant l'enfant d'une partie de son état civil

En l'espèce, on sait dès la conception que l'enfant sera à tout jamais amputé du droit d'établir sa filiation paternelle véritable car son géniteur est coupable d'inceste absolu. Nous avons emprunté le terme « amputation » à Jean-Pierre Branlard qui rappelle dans sa thèse que, « depuis longtemps, le droit s'emploie à cacher le fruit des relations sexuelles honteuses. La lutte contre l'impur place l'incestueux dans le néant. Il n'existe pas. A défaut d'éliminer physiquement l'enfant, la loi supprime juridiquement son état civil, ou plutôt l'ampute de moitié. Aucun registre ne portera la trace du scandale » (*Le sexe et l'état des personnes*, thèse, Paris, 1991, p. 263. Rappr. Cornu, *La famille unilinéaire, Mélanges Raynaud*, éd. Dalloz-Sirey, 1985, p. 153 : « la miséricorde de la loi consiste à donner sa chance au seul rameau parental qui puisse croître ». Pour une réaction contraire, A. Breton : « On ne gagne rien à dissimuler les plus tristes réalités. S'il existe un fait, si abominable qu'il soit, on ne le fait pas disparaître en le niant », *L'enfant incestueux*, p. 319 s.).

Le tribunal déclare que « l'impossibilité pour une personne physique d'établir sa filiation constitue un préjudice moral certain », et une véritable « atteinte à la personne ». Il s'agit pour l'enfant de l'impossibilité de connaître (ou plutôt d'établir officiellement) son origine

véritable. Le « droit à la filiation » est, pour le Tribunal de Lille, le droit qu'a l'enfant de pouvoir établir un lien de filiation par le sang envers son père et sa mère. Comprenons bien que l'enfant incestueux n'est pas condamné à vivre avec un seul parent. S'il ne peut avoir qu'un seul parent par le sang, il n'est pas privé de la possibilité d'avoir un autre parent envers qui il aurait une filiation dérivant, par exemple, de la volonté, ou de la possession d'état. En d'autres termes, la femme victime du viol peut se remettre en ménage avec un homme qui reconnaîtra l'enfant incestueux ou se comportera en père. On ne pourrait donc - sans porter atteinte au « droit à la filiation » de l'enfant - envisager la confection d'un enfant qui ne pourra jamais avoir une filiation par le sang bilinéaire. L'enfant « normal » est celui qui doit être apte à établir son lien de filiation par le sang envers ses deux auteurs. Que penser de cette analyse ?

Sans doute, la Convention de New York du 26 janv. 1990 institue-t-elle le « droit de l'enfant à connaître ses origines ». L'impossibilité pour lui d'établir ses origines constituerait donc un réel préjudice et la décision lilloise s'inscrirait dans la lignée de la convention internationale. Seulement, des dispositions internes semblent contredire ce point de vue : l'art. 341-1 c. civ. institue l'accouchement sous X... et interdit à l'enfant d'effectuer une action en recherche de maternité (Maurie, *La famille*, 1996, Cujas, p. 264). Mais surtout, la loi de 1994, instituant le principe d'anonymat dans la procréation médicalement assistée, rappelle que l'enfant ne pourra jamais voir son lien de filiation biologique établi envers « l'auteur du don » (art. 311-19 c. civ.). Dans la PMA, la loi prive délibérément l'enfant de sa parenté biologique... (rapprocher : Nicolas-Maguin, *L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines*, *D.* 1995, *Chron.* p. 75; Terré et Fenouillet, *La famille*, Dalloz, 1996, p. 828 s.). Tout ceci nous permet de poser de sérieuses interrogations sur la réalité du « droit à la filiation » tel que nous l'avons défini plus haut. Comment concilier tout ceci ? Puisque la loi interdit l'établissement de la filiation incestueuse (art. 334-10 c. civ.) comme elle interdit l'établissement du lien de filiation entre l'enfant issu d'une PMA et le « donneur »..., va-t-il falloir dire que l'enfant issu d'une PMA est amputé, dès sa conception et du fait même de la loi, du droit de connaître ses vrais parents, qu'il subit dès lors un préjudice... et que ce préjudice, causé par tous ceux qui ont concouru à la PMA et qui ont intentionnellement fait venir au monde un enfant qui ne connaîtra jamais ses origines, doit être réparé ?

Il est en tout cas acquis qu'en se plaçant du côté du « père biologique interdit », si le violeur incestueux peut être déclaré responsable envers l'enfant parce que celui-ci ne connaîtra jamais ses origines, le « donneur de gamètes » est, du fait de la loi, irresponsable : l'art. 311-19 c. civ. déclare « qu'aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ». Les commentateurs sont nets : « peu importe la nature du dommage invoqué, qu'il consiste en l'existence même de l'enfant, en la présence d'une maladie dont il serait atteint ou la charge matérielle ou morale de cet enfant » (Terré et Fenouillet, *op. cit.*, p. 829)... Que dire ? D'un côté comme de l'autre, le résultat est identique : l'enfant ne connaîtra jamais son père biologique pour des raisons tenant à la loi et subira donc (si l'on suit le Tribunal de Lille) un préjudice. Comment comprendre la différence de régime ? Bien sûr, l'inceste est un péché, le viol est un crime. Le violeur incestueux, criminel amoral, cause, par sa faute, le préjudice. Et les dommages et intérêts constitueraient le « prix de la honte », l'indemnisation d'une situation que la société, honteuse, refuse de reconnaître. Tandis qu'un « donneur de gamètes » développe son activité dans le cadre d'une loi qui le déclare irresponsable... Le « donneur » ne commet, de ce fait, pas de faute... même si le don trouve son origine dans un acte manuel que la morale réprovoque et qui est assez lointain de la notion de charité évoquée par le mot « don » (rapp. Branlard qui, à propos de l'insémination par sperme frais, constate que « le procédé répugne aux Français, peut-être en raison de l'odeur du péché et du vice qui imprègne toujours la masturbation dans notre culture », *op. cit.*, p. 374). Il resterait à caractériser « l'abus de droit » de donner sa semence pour établir la faute : la réponse est peut-être dans la loi... La loi interdit le professionnalisme et limite « à cinq les enfants issus du recours aux gamètes d'un même donneur » pour éviter le « risque de consanguinité »... (Terré et Fenouillet, p. 790). N'est-ce pas justement ce risque qui justifie la prohibition de l'inceste ? (J.-P. Branlard parle, à propos du don de gamètes, d'une possibilité « d'inceste sans sexualité », *op. cit.*, p. 268. Ce même auteur dénonce les risques de l'insémination artificielle : « ... un homme conçu par ce procédé, prenant pour femme celle

qu'il croit une étrangère, peut épouser sa soeur. Même si l'inceste n'est pas réel, son spectre risque d'occuper un jour ou l'autre la pensée de ceux nés d'une IAD », *op. cit.*, p. 210. Rapp. A.-M. de Vilaine, L'homme machine, la femme cobaye, les bébés éprouvettes et les enfants de la science..., *Génétique, procréation et droit*, éd. Actes Sud 1985, p. 555). C'est OEdipe qui, ignorant sa filiation paternelle et maternelle, tue son père Laïos et épouse sa mère. Lorsqu'il découvre son crime, il se crève les yeux et part sur les routes guidé par l'enfant incestueux Antigone... Quand on croit que ce que l'on fait est permis, alors que l'on agit en réalité dans l'interdit absolu..., on finit par perdre ses repères. Quand ce qui est encouragé par le législateur finit par rejoindre ce qui est fondamentalement prohibé..., on finit par douter.

On s'interrogera ensuite sur le caractère absolu de l'impossibilité pour l'enfant de l'inceste de créer un lien avec ses deux géniteurs. Sans doute le lien de filiation incestueuse ne peut-il être établi envers les deux auteurs car il révèle un scandale (Terré et Fenouillet, *La famille*, Dalloz, p. 559. Sur l'interdiction faite à l'officier d'état civil de mentionner en marge une reconnaissance faisant établir un caractère incestueux : circulaire du 17 juillet 1972, *JO* 20 juill., p. 7646, IGREC n° 12 et 304, réimpression 1988). Mais la prohibition n'est-elle pas relative et finalement hypocrite ?

Si l'enfant ne peut avoir qu'un parent par le sang, il n'est pas pour autant officiellement étranger de l'autre. L'enfant issu d'un inceste « père-fille » et qui est reconnu par sa mère n'est pas juridiquement un étranger pour celui qui ne peut être juridiquement le père. Si l'enfant ne peut avoir, officiellement, un père et une mère, n'a-t-il pas officiellement une mère et un grand-père ? On aurait pu imaginer que l'enfant incestueux fut écarté de la famille de son seul auteur : or cela n'est pas dit. L'enfant de l'inceste « père-fille » ne peut-il hériter de son père biologique, grand-père juridique ? La réciproque n'est-elle pas vraie ? Et ne peut-on imaginer qu'il effectue, contre celui qui est officiellement le père de sa mère, une demande d'aliments (sanction du lien de parenté) sur le fondement des art. 205 et 207 c. civ. dans l'hypothèse où la mère ne remplirait pas son obligation alimentaire ? (Maurie, *La famille*, p. 489). De même, l'enfant issu d'un inceste frère-soeur et qui est reconnu par sa mère (comme dans la présente hypothèse) a officiellement une mère et un oncle. On en arriverait dès lors à imaginer qu'en cas de décès de la mère violée par son parent, et de l'enfant..., le violeur puisse invoquer son lien de parenté... pour hériter du capital alloué par la CIVI !

Certains praticiens enfin ont pu imaginer donner une espèce de famille officielle à l'enfant incestueux en détournant le droit de l'adoption simple de ses finalités (Hauser, L'adoption à tout faire, *D.* 1987, *Chron.* p. 205 ; J.-P. Branlard, *op. cit.*, p. 270. Sur l'adoption simple d'un enfant par son grand-père maternel : CA Paris, 22 janv. 1985, *Edi-Data*, n° 20277 : « l'adoption présente un risque de trouble et de perturbation pour l'esprit de l'enfant » ; CA Bordeaux, 21 janv. 1988, *D.* 1988, *Jur.* p. 453, note Hauser : « l'adoption d'un enfant par ses grands-parents comporte des inconvénients certains... elle ne peut donc qu'être exceptionnelle et ne se justifie que lorsque des considérations inverses équilibrent ces arguments ». Rapp. CA Montpellier, 7 mai 1984, *Edi-Data*, n° 716). Enfin, et dans tous les cas, l'enfant incestueux peut agir en demande de subsides à l'encontre de son géniteur sur le fondement de l'art. 342 c. civ. (V. par exemple CA Paris, 15 janv. 1981, *Edi-Data*, n° 25271). Et le non-paiement volontaire de subsides peut constituer le délit d'abandon... de famille sur le terrain du droit pénal.

L'enfant incestueux subit sans aucun doute un préjudice moral du fait de l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'officialiser un lien de filiation par le sang bilinéaire. Mais il ne paraît pas pour autant totalement abandonné du législateur, ni exclu totalement du droit familial... Et d'ailleurs, le fait même de pouvoir révéler une situation incestueuse dans le cadre d'un jugement (comme le fait le Tribunal de Lille) n'est-il pas d'une certaine manière une façon de reconnaître l'existence de l'inceste et de mettre à bas les tabous ? Ne faut-il pas relativiser en conséquence ce préjudice moral prétendu ?

b) Le défaut originel amputant l'enfant dans son état physique

Mais le préjudice résultant de la conception peut aussi (et surtout) être physique. Un embryon mal décongelé est malgré tout implanté (sur les accidents liés à la décongélation, V. Roberto

Andorno, *op. cit.*, p. 180. Rappr. égal. avis du Comité national d'éthique du 30 mars 1994, ainsi que les déclarations du professeur Roubertoux : « la cryopréservation des embryons humains n'entraîne pas d'anomalies majeures... mais des... modifications qui ne sont pas hors norme. Il n'y a ni anomalies ni infériorités, mais des différences qui doivent être acceptées au même titre que des différences socio-économiques par exemple », *Le quotidien du médecin*, 19 janv. 1995). Une thérapie génique a été mal effectuée en période préimplantatoire. Et l'enfant vient au monde atteint d'une malformation ou d'une anomalie. En d'autres termes, suite à une intervention malheureuse en période préimplantatoire ou lors de l'implantation, l'enfant n'aura pas la « vie normale » que tout individu est en droit d'attendre. Pourquoi l'enfant, handicapé, dès avant l'implantation dans le ventre de sa mère, ne pourrait-il agir directement contre son « fabricant », c'est-à-dire contre le médecin qui a mal rempli son obligation en fournissant au couple demandeur un embryon défectueux ? Pourquoi ne pourrait-il invoquer l'adage *infans conceptus* ?

Nous sentons toute la différence entre l'enfant donné par la Nature, et celui qui est l'oeuvre de la Science. On ne peut imaginer un recours contre le Créateur ou contre la Nature qui n'ont pas donné aux parents l'enfant attendu. Mais on peut sérieusement envisager un recours contre le médecin lorsque celui-ci cherche à se substituer au créateur ou à la nature défaillants. N'est-ce pas un juste retour des choses ? (Rappr. Florentin, Le diagnostic préimplantatoire, *Le droit saisi par la biologie*, sous la dir. de Catherine Labrusse, LGDJ, 1996, n° 259. Cet auteur évoque l'action engagée contre le médecin « entrepreneur fabricant » par les parents « maîtres d'ouvrage » et rappelle que le médecin n'est jamais lié à son patient que par un simple contrat d'entreprise). Et de là à parler d'une garantie due par le médecin fournisseur au couple (de clients-consommateurs ?) il n'y a qu'un pas facile à franchir... (« il ne fait aucun doute que de nombreux litiges en responsabilité vont se développer en matière d'assistance médicale à la procréation dès lors que le législateur oblige l'équipe médicale à respecter les règles de sécurité sanitaire », Florentin, *op. cit.*, p. 121). L'assureur du médecin pratiquant l'assistance médicale à la procréation a-t-il bien conscience des risques qu'il couvre ? (rappr. Catherine Labrusse-Riou, L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne, *Rev. Droits*, n° 13, PUF, p. 25 s.).

Ceci suppose que l'on dégage le concept de « vie physique normale »... et que l'on accepte de souligner les différences que notre civilisation se vante d'effacer au nom de l'égalité de tous. Il n'existe plus de « monstres », comme l'avait si bien démontré Esbach au XIX siècle, dans une chronique célèbre dénonçant les errements du droit et de la science de l'Ancien Régime... (Esbach, Note sur les prétendus monstres, *Rev. crit. de législation* 1882, p. 167). Faut-il remettre en cause cette évidence ? Poser une norme, opération qui nécessite de poser un jugement de valeur, aboutit à déprécier ce qui, par référence à cette norme, doit être tenu pour anormal. L'individu normal est-il celui qui n'est pas trisomique, qui n'est pas atteint de la mucoviscidose, qui n'est pas atteint du sida... qui n'est pas trop petit, ou trop grand, et qui est licencié, docteur, ou agrégé ? A partir de quel moment est-on « normal » ? Prendra-t-on comme modèle l'individu moyen ou au contraire le surhomme ? En dessous (voire au-dessus) de quel seuil peut-on se dire victime de l'anormalité ? Retiendra-t-on un critère physique ou intellectuel ? On comprend que vouloir rechercher le critère social de la normalité, c'est entrer dans un jeu dangereux et finalement mortel pour l'Humanité (Florentin, Le diagnostic préimplantatoire, *op. cit.*, p. 143 s.). Mais ce jeu mortel n'est-il pas commencé ? L'admission par le législateur du diagnostic préimplantatoire n'est-elle pas la reconnaissance d'une politique étatique visant à contrôler la qualité des enfants à naître ? En tout cas, ces questions ne ressortent pas de la seule philosophie. S'il est vrai que la loi fait obligation au médecin d'éliminer les embryons « anormaux »... tous ceux qui contribuent, délibérément, à faire venir au monde un enfant qui ne pourra mener une existence « normale » ne seront-ils pas responsables envers l'enfant, qui devra supporter un handicap qu'il n'a pas demandé, et que l'on aurait dû éviter ? N'est-ce pas le revers de la médaille ?

B - La responsabilité découlant de la confection délibérée d'un enfant privé du « droit à la vie normale »

La confection d'un enfant qui sera privé d'une partie de ses droits à la naissance peut résulter d'un acte délibéré punissable pénalement (1). La maxime *infans conceptus* semble trouver

application en droit pénal, puisqu'on permettra à l'enfant venu au monde d'invoquer une infraction commise concomitamment à la conception, et même antérieurement à l'implantation. Mais la confection d'un enfant handicapé physiquement peut, elle aussi, résulter d'une opération voulue (2).

1 - La responsabilité découlant de la confection délibérée d'un enfant amputé de ses droits Cette responsabilité peut résulter de la commission d'une infraction pénale. La présente décision évoque le viol incestueux (a). On peut ajouter les infractions tirées du « droit pénal de la bioéthique » (b).

a) Le viol accompagné d'un inceste

Ce n'est pas le viol en lui-même qui interdit à l'enfant d'avoir un père par le sang. C'est l'inceste qui l'accompagne. Si l'inceste constitue pénalement une aggravation du viol (l'art. 222-24 réprime de vingt ans de réclusion le viol par ascendant), l'inceste à lui seul ne constitue pas une infraction. De telle sorte que l'on pourrait s'interroger sur la possibilité qu'aurait l'enfant d'engager la responsabilité de ses deux auteurs dans l'hypothèse d'un inceste consenti.

On aurait pu cependant faire une observation liée à la recevabilité de l'action devant la CIVI. Ce n'est pas l'enfant, au sens strict, qui a été victime du viol. C'est sa mère. L'enfant n'est que la conséquence du viol qui demeure au sens de la loi pénale « tout acte de pénétration sexuelle commis sur la personne d'autrui ». Et quand bien même on soutiendrait que l'enfant conçu est une personne, cette personne n'est pas la victime du viol. C'était, semble-t-il, l'analyse qui avait été soutenue par le parquet et le fonds de garantie. Une vision personnificatrice de l'enfant conçu victime aurait tout au plus supposé, pour que celui-ci puisse agir en qualité de « victime », qu'il présente une IPP suffisante... Le tribunal n'a pas suivi cette analyse, retenant un concept plus lâche de la causalité (qui rejoindrait peut-être le concept d'implication). Il suffirait au fond qu'une personne subisse un préjudice personnel consécutif à une infraction dont il n'est pas nécessaire qu'elle soit la victime directe pour qu'elle puisse obtenir réparation. Prenons un exemple : une personne est « homicidée », et son corps est défenestré. Dans sa chute, le cadavre écrase une autre personne. Cette dernière personne peut-elle s'estimer « victime » de l'infraction d'homicide, et agir devant la CIVI ? On pourrait, en déduction de la présente décision, le penser.

b) Les infractions tirées du droit pénal de la bioéthique

Le droit pénal de la bioéthique nous fait état d'un certain nombre d'infractions susceptibles de caractériser la faute de celui qui met en oeuvre un enfant qui sera atteint d'une anomalie. Nous retiendrons celle définie à l'art. L. 152-14 c. santé publ. : « Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende ». Ce qui veut dire que le médecin qui procéderait à l'insémination d'une femme célibataire ou veuve ou qui assisterait médicalement un couple ne répondant pas aux critères de mariage ou de concubinage posés par l'art. L. 152-2 (par exemple, le médecin procède à un transfert sans se rendre compte qu'une cause de caducité affecte la convention d'AMP...) , pourrait être pénalement punissable. Sur le terrain de la responsabilité civile, le médecin qui transfère un embryon dans le ventre d'une femme célibataire stérile prend le risque de faire mettre au monde un enfant qui n'aura jamais de parents biologiques et qui ne sera pas non plus reçu par un couple d'accueil. La situation de cet enfant est peut-être pire que celle de l'enfant incestueux...

2 - La responsabilité découlant de la confection délibérée d'un enfant handicapé
Plaçons-nous dans l'hypothèse d'une procréation médicalement assistée, mettant en scène un médecin et un couple stérile atteint d'une maladie génétique. Le couple a confectionné un certain nombre d'embryons. Plusieurs questions semblent se poser, et la décision lilloise ne devrait pas laisser indifférents ceux qui voudraient y répondre.

a) Le médecin n'a-t-il pas le devoir de choisir le meilleur embryon (et partant d'éliminer les autres) ? La loi fait obligation au médecin de recourir au « diagnostic préimplantatoire » lorsque le couple demandeur présente « du fait de sa situation familiale, une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». Il semble difficile d'admettre que le but du diagnostic préimplantatoire soit de soigner l'embryon malade... puisque par définition celui-ci est atteint d'un « mal incurable » (rapp. Sénateur Dusseau, *JO Sénat*, CR 19 mai 1994, p. 1672). Le médecin n'a-t-il pas de ce fait l'obligation de trier... et de n'implanter qu'un embryon de qualité ? Si le médecin ne peut implanter un embryon atteint d'une maladie incompatible avec la vie, peut-il implanter un embryon atteint d'une maladie compatible avec la vie, et si oui pourquoi ? (rapp. Blanc, *Science et conscience*, *Rev. Autrement*, oct. 1987, p. 133 : « il ne serait pas conforme à l'éthique médicale d'implanter un embryon dans l'utérus d'une femme en sachant qu'il y a un risque que l'embryon soit porteur d'une maladie héréditaire »). Faut-il au contraire n'implanter qu'un embryon « normal » dans la mesure où le médecin pourrait craindre de voir sa responsabilité engagée envers l'enfant en application de la jurisprudence lilloise ? Mais au nom de quoi tracer une « norme » ?

b) Le couple, averti du défaut présenté par l'embryon, peut-il malgré tout exiger l'implantation ? Un couple peut-il délibérément - avec le concours du médecin - mettre au monde un enfant handicapé ? Et si oui, le médecin peut-il demander à être déchargé de toute responsabilité ? La société a-t-elle le droit de refuser toute solidarité pour les parents qui ont accepté l'enfant handicapé, parce qu'ils ne se sont pas reconnus le pouvoir, ou le devoir, de supprimer la vie ? Un débat se serait instauré aux Etats-Unis pour savoir si le dépistage de la mucoviscidose devait être imposé à toutes les femmes enceintes et si les prestations sociales pour l'enfant handicapé pouvaient être refusées ou réduites lorsque la femme a refusé l'examen (Boucaud, *Le point de vue juridique français, le diagnostic anténatal quel enjeux ?*, coll. Ethique et Santé, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1991).

c) Toutes ces questions débordent le cadre strictement juridique et ont un fondement plus grave. Doit-on respecter la vie humaine, sous quelque forme que ce soit, parce qu'elle est sacrée et qu'elle nous est transmise par Dieu ou par la Nature sur lesquels nous n'avons par définition aucune emprise ? C'est ce que nous pensons. Faut-il au contraire rabaisser la vie à un concept plus matérialiste, partant du principe que si l'homme peut fabriquer la vie humaine, comme il fabrique des objets de confort ou de consommation, autant que ce soit une vie « de qualité » garantie pour longtemps et contre les vices cachés ? N'est-on pas en train de se diriger dans cette voie ? (Taguieff, *Améliorer l'homme ? L'eugénisme et ses ennemis*, *Rev. Raison présente*, n° 105). Et si le « droit à une vie normale » est pour l'enfant vivant et viable, un droit subjectif... qui en sera le débiteur ? La maîtrise de la vie n'est-elle qu'une pure prérogative de droit privé ? Ce concept ne doit-il pas relever du droit public... ou, comme nous le pensons, d'un droit naturel à redécouvrir ? (rapp. Catherine Labrusse, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, *Rev. Pouvoirs*, n° 56, PUF, 1991, p. 106). Toutes ces questions posées à l'aube du troisième millénaire doivent-elles nous amener à conclure, comme Georges Brassens dans sa chanson intitulée *Le Grand Pan* : « J'ai bien peur que la fin du monde soit bien triste » ?

Mots clés :

RESPONSABILITE CIVILE * Indemnisation des victimes d'infractions * Préjudice indemnisable
* Viol incestueux * Filiation impossible * Préjudice moral