

*Naissance et vie préjudiciables de l'enfant
au regard
de la responsabilité médicale et parentale*

BONNINGUES Virginie
D.E.A. de Droit privé
Lille II

Mémoire réalisé sous la direction de M. Le professeur Taisne

Année 2000/2001

PLAN

Première Partie : La responsabilité médicale au regard de l'action des parents	14
CHAPITRE 1 : La naissance d'un enfant « non désiré »	15
Section 1 : La défaillance dans la réalisation d'un acte médical	15
Sous-section 1 : L'échec d'une interruption volontaire de grossesse	15
§ 1 : La nécessité d'une faute imputable au médecin	16
A°/ La violation des règles générales du droit médical.....	16
B°/ La violation des règles spécifiques applicables à l'acte abortif.....	18
§ 2 : La nécessité d'un préjudice consécutif à cette erreur médicale	19
A°/ Les caractères du préjudice invoqué.....	20
B°/ Les formes du préjudice invoqué.....	20
1) Le préjudice corporel.....	21
2) Le préjudice moral.....	22
3) Le préjudice matériel.....	22
C°/ Le principe du rejet de la thèse de la « naissance-préjudice ».....	25
§ 3 : L'exigence d'un lien de causalité direct	26
Sous-section 2 : L'échec d'une stérilisation	27
§ 1 : Une faute imputable au médecin	28
§ 2 : La nécessité d'un préjudice légitime	29
§ 3 : L'exigence d'un lien de causalité direct	31
Section 2 : La naissance d'un enfant « non désiré » consécutive à un manquement à l'obligation d'information	31
Sous-section 1 : Le fait dommageable : un manquement à l'obligation d'information du médecin	32
§ 1 : L'information inexistante	32
A°/ Le défaut d'information relatif aux possibilités thérapeutiques.....	34
B°/ Le défaut d'information relatif aux risques d'échec des actes médicaux...36	36
C°/ Le défaut d'information relatif au succès de l'intervention.....	38
§ 2 : La délivrance d'une information erronée	39
Sous-section 2 : Le caractère indemnisable du préjudice	39
§ 1 : La réparation des préjudices spécifiques	39
§ 2 : L'évocation de la théorie de la perte d'une chance	40
A°/ La privation de la liberté d'avorter.....	40
B°/ Une réparation excluant le doute.....	41
C°/ L'évaluation de la réparation du préjudice.....	42

CHAPITRE 2 : La naissance d'un enfant handicapé	43
Section 1 : La faute du médecin à l'origine du handicap	43
Sous-section 1 : Le fait dommageable du médecin à l'origine du handicap	43
Sous-section 2 : L'indemnisation du préjudice des parents	49
§ 1 : <i>La nature du dommage invoqué</i>	49
§ 2 : <i>L'indemnisation des parents</i>	50
Section 2 : La faute du médecin face au handicap endogène de l'enfant	51
Sous-section 1 : Le fait dommageable : l'erreur médicale	51
§ 1 : <i>La défaillance d'un acte médical</i>	51
§ 2 : <i>Le manquement à l'obligation d'information</i>	52
A°/ Le défaut d'information.....	52
B°/ La délivrance d'une information erronée.....	53
Sous-section 2 : L'indemnisation du préjudice des parents	54
§ 1 : <i>L'évocation d'un préjudice légitime</i>	54
A°/ L'indemnisation des préjudices particuliers.....	54
B°/ L'exception au principe du rejet de la thèse de la « naissance-préjudice »	55
§ 2 : <i>Le caractère réparable du préjudice</i>	56
A°/ L'incontournable rapport de causalité direct.....	56
B°/ La réparation sur le fondement de la perte d'une chance.....	57
1) Le préjudice lié à la privation de la liberté de recours à un acte abortif	57
2) La réparation partielle du préjudice fondée sur la théorie de la perte d'une chance.....	59
 Seconde Partie : Les responsabilités médicale et parentale au regard de l'action de l'enfant	64
 CHAPITRE 1 : L'action de l'enfant pour « naissance préjudiciable »	64
Section 1 : La responsabilité médicale face à une « naissance préjudiciable »	65
Sous-section 1 : la recevabilité de l'action de l'enfant	65
§ 1 : <i>La primauté à l'intérêt de l'enfant</i>	65
§ 2 : <i>La nature de la responsabilité invoquée</i>	66
Sous-section 2 : L'impossible indemnisation de la naissance préjudiciable	67
§ 1 : <i>Le rejet de l'indemnisation au regard du droit de la responsabilité civile</i>	68
A°/ Le rejet d'une responsabilité dénuée de lien direct de cause à effet.....	68
B°/ Le rejet d'une responsabilité dénuée d'un préjudice légitime.....	69
1) Un préjudice dépourvu de toute légitimité.....	69
2) Le rejet d'un droit de ne pas naître.....	69
§ 2 : <i>L'extension à l'enfant de la solution applicable aux parents</i>	71

Section 2 : La responsabilité parentale face à une « naissance préjudiciable »	71
Sous-section 1 : L'indemnisation de l'enfant né d'un viol incestueux	72
§ 1 : <i>La faute dans l'accomplissement d'un acte de procréation</i>	72
§ 2 : <i>L'admission d'un préjudice réparable de l'enfant</i>	72
A°/ L'existence d'un préjudice indemnisable.....	73
B°/ Le caractère légitime du préjudice lié à la filiation de l'enfant.....	74
Sous-section 2 : Les autres hypothèses d'indemnisation	76
§ 1 : <i>Le caractère illégitime du préjudice lié à la seule naissance</i>	76
§ 2 : <i>Les autres hypothèses de « procréation fautive »</i>	77
A°/ L'hypothèse de l'enfant né d'un viol exempt de caractère incestueux.....	77
B°/ L'hypothèse de l'enfant né de relations incestueuses consenties.....	78
CHAPITRE 2 : L'action de l'enfant pour « vie préjudiciable »	80
Section 1 : La responsabilité médicale face à la naissance d'un enfant handicapé	80
Sous-section 1 : La faute du médecin à l'origine du handicap	80
§1 : <i>L'appréciation du préjudice au regard de l'action de l'enfant</i>	81
§2 : <i>L'appréciation de la causalité au regard de l'action de l'enfant</i>	81
Sous-section 2 : L'erreur médicale face au handicap endogène de l'enfant	82
§ 1 : <i>Le sacrifice du lien de causalité au profit de l'indemnisation de l'enfant</i>	82
A°/ Le rejet de l'indemnisation par l'emploi de la théorie de la causalité adéquate	82
B°/ La tentative échouée d'indemnisation de l'enfant par l'emploi de la théorie de l'équivalence des conditions.....	83
§ 2 : <i>Le sacrifice d'un préjudice légitime au profit de l'indemnisation de l'enfant</i>	85
A°/ L'illégitimité du préjudice issu de l'emploi de la théorie de la perte d'une chance.....	86
B°/ Le rejet d'un droit de ne pas naître.....	89
§ 3 : <i>La dénaturation du droit de la responsabilité civile au profit de l'éthique</i>	90
A°/ La jurisprudence judiciaire au service de l'humanité.....	91
B°/ Une solution confirmée mais également conditionnée.....	92
1) La nécessité d'une causalité directe.....	92
2) Le respect des conditions légales propres à l'interruption volontaire de grossesse.....	94

Section 2 : Les conséquences de l'admission de l'indemnisation de la vie préjudiciable pour l'enfant.....	95
Sous-section 1 : Vers une responsabilité parentale pour « vie préjudiciable » ?.....	96
<i>§ 1 : La procréation, un risque pour les parents ?.....</i>	<i>96</i>
<i>§ 2 : Le comportement fautif des parents.....</i>	<i>98</i>
Sous-section 2 : Les palliatifs aux possibles dérives consécutives à l'indemnisation de l'enfant.....	101
<i>§ 1 : L'eugénisme au service d'une forme d'handiphobie.....</i>	<i>101</i>
<i>§ 2 : Les tentatives d'intervention législatives échouées.....</i>	<i>103</i>
BIBLIOGRAPHIE.....	106

« *Périsse le jour qui me vît naître et la nuit qui annonça : un garçon vient d'être conçu... Pourquoi ne suis je pas mort au sortir du sein, n'ai-je péri aussitôt enfanté ?* ».

Cette plainte de Job issue du livre biblique qui porte son nom, est largement évocatrice du sentiment que peut bien ressentir celui dont la naissance l'a rendu visiblement différent des autres et dont l'existence sera perçue comme le reflet d'un long combat dans lequel il se devra d'affronter au quotidien la tragédie dont le destin l'a accablé. Si la souffrance est rarement absente chez l'enfant que la naissance a rendu différent, il ne saurait également en aller autrement pour les parents, tant il est vrai que la vie de ces derniers sera nécessairement affectée. En effet, et même si cet enfant leur procure par la suite des joies, il serait quelque peu hypocrite de fermer les yeux sur les nombreuses difficultés qu'ils devront inévitablement surmonter afin d'assurer l'avenir de leur progéniture.

Si pendant longtemps, la médecine s'est préoccupée de soigner les tares dont pouvait être affecté l'enfant pour lui rendre la vie plus supportable ¹, elle s'est donnée aujourd'hui comme but ultime de prévenir plutôt que de guérir. Mais pour prévenir, il faut bien évidemment prédire. Ainsi est née la médecine prédictive, premier acte de la médecine préventive et qui devra ses heures de gloire à l'apparition d'un ensemble de méthodes de diagnostic permettant de rendre l'embryon et le fœtus plus accessibles à l'investigation, et faisant ainsi de la naissance non plus une révélation mais une simple confirmation.

C'est ainsi que si diagnostiquer les maladies et les soigner chez le fœtus a pendant longtemps relevé de l'utopie, tant il est vrai que jadis l'être enfoui dans le corps de la femme demeurait mystérieux jusqu'au moment de son premier cri, il est de nos jours possible avant même son entrée dans le monde de révéler rapidement et parfaitement ce que naguère on n'apprenait qu'à la naissance : le sexe de l'enfant mais aussi et parfois malheureusement l'existence d'anomalies qui affecteront l'enfant.

C'est dire l'importance qu'il convient d'accorder au diagnostic prénatal ², défini par la loi du 29 juillet 1994 comme les « *pratiques médicales ayant pour but de détecter in utero chez*

¹ Sur le sort réservé jadis à l'enfant atteint de malformations : cf. Marie-France Morel, *La conception de l'enfant dans la société française du XVIIIème au XIXème siècle ; Figures de la normalité, du raté, du monstrueux*, p 94.

² Cf. Lochak, *Diagnostic prénatal : le difficile passage de l'éthique au droit, vers un anti-destin ?*, Editions Odile Jacob 1992 ; Mehl D., *Naître ? La controverse bioéthique*, Paris Editions Bayard 1999 ; Frydman R., *Dieu, la médecine et l'embryon*, Editions Odile Jacob Août 1997 ; Boucaud, *Le point de vue juridique français, le diagnostic anténatal, quels enjeux ?*, Collection Ethique et Santé, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1991 ; Briard M.L., *Le droit à l'enfant-parfait, fantasme ou réalité*, Patrimoine génétique et droits de l'humanité, sous la direction de Gros F. et Huber G., Editions Odile Jacob 1992 ; Kahn A. et Rousset D., *La médecine du XXIème siècle*, Paris, Bayard Editions, 1996.

l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité »³. Autrement dit, il permet d'écarter ou au contraire de confirmer la présence d'anomalies ou de maladies au moyen de techniques aussi nombreuses que diversifiées et qui ont connu une extension remarquable à partir des années 1970, si bien qu'aujourd'hui, la grande majorité des grossesses en font l'objet. Sans avoir la prétention d'en dresser une liste exhaustive, il convient de faire figurer au premier plan l'échographie⁴ qui permet grâce aux ultrasons envoyés à travers les tissus, l'examen *in utero* du fœtus, d'analyser ainsi la morphologie externe de ce dernier et de rechercher d'éventuelles malformations comme l'ancéphalie, mais aussi la morphologie interne permettant la découverte d'éventuelles malformations cérébrales, cardiaques, rénales ou encore digestives. A cette technique de visualisation, il conviendrait d'ajouter l'embryoscopie, technique non sans risque, consistant à introduire une caméra dans le col de l'utérus aux fins d'observer l'embryon.

Le diagnostic peut également consister dans le prélèvement de tissu fœtal, comme l'amniocentèse⁵, qui consiste à prélever lors de la 17^{ème} semaine de grossesse, du liquide amniotique par voie abdominale aux fins d'analyses permettant de déceler les caractéristiques génétiques du fœtus et de prédire par conséquent avec une quasi-certitude les éventuelles anomalies chromosomiques graves comme la trisomie 21, plus connue sous le nom de « mongolisme », ou encore la choriocentèse, technique dérivée de l'amniocentèse qui consiste quant à elle dans le prélèvement de villosités choriales ; biopsie réalisée lors de la 10-11^{ème} semaine de grossesse par voie vaginale ou transabdominale⁶. De la même façon certaines anomalies peuvent être décelées par suite de prélèvement de sang fœtal lors de la 20^{ème} semaine par ponction transabdominale des vaisseaux du cordon sous guidage échographique. Cet examen est réalisé afin de rechercher une contamination fœtale par infection maternelle (toxoplasmose, rubéole...).

³ Article L. 2131-1 du Code de la santé publique.

⁴ Une grossesse fait en principe l'objet de trois échographies. La première a lieu dès le premier trimestre, au moment où l'embryon est déjà bien formé. Elle permet de dater la grossesse et une approche morphologique du fœtus. Ensuite, une autre échographie intervient au deuxième trimestre pour affiner les données morphologiques. La dernière, au troisième trimestre, sert principalement à détecter les éventuels retards de croissance et les risques de problèmes obstétricaux.

⁵ Eu égard son caractère invasif et aux risques de fausses couches qu'elle est susceptible d'entraîner, l'amniocentèse est réservée aux cas dans lesquels on soupçonne une anomalie suite notamment aux résultats révélés par l'échographie.

⁶ Cette technique qui est encore peu répandue en France en raison des risques qui l'accompagnent, a l'avantage de pouvoir être réalisée à partir de la 13^{ème} semaine d'aménorrhée.

Outre le diagnostic prénatal, le diagnostic antéconceptionnel regroupant l'ensemble des analyses ayant pour fin, avant même la conception de l'enfant, de déceler tout ce dont les parents seront susceptibles de lui transmettre, notamment une maladie héréditaire.

C'est dire que ces progrès réalisés et dont on est en droit d'en attendre encore de plus grands pour les années à venir, nous ont plongé dans l'ère de la médecine de prédilection, si bien qu'aux yeux de beaucoup, « *faire don de la vie ou la recevoir ne doit plus présenter de risque, puisque fée médecine conjure le mauvais sort en se penchant au dessus du berceau* »⁷.

Si les espérances suscitées par l'apparition de ces techniques médicales aux fins préventives semblent alimenter à l'insu de l'enfant handicapé une forme d'intolérance de notre société à toute altération des normes fonctionnelles ou morphologiques de l'être humain, il n'en reste pas moins que ces techniques comportent d'incontestables mérites. C'est ainsi, qu'elles permettent tout d'abord de préserver les futurs parents de l'angoisse suscitée par les premiers instants de la vie tant il est vrai qu'ils pourront être source d'inquiétude, et qui permettent par conséquent au couple de vivre l'attente de l'enfant dans une plus grande sérénité. Cela est d'autant plus vrai pour des parents déjà marqués par la naissance d'un enfant atteint d'un handicap. Mais aussi et surtout elles permettent grâce à une surveillance rapprochée de préserver l'enfant des malheurs que la naissance lui avait réservé, le diagnostic très précoce des pathologies les plus graves permettant une intervention rapide et de corriger parfois *in utero* certaines anomalies. Toutefois, et comme toute technique, le diagnostic prénatal connaît des limites. D'une part, l'interprétation des informations recueillies n'exclut ni l'erreur, ni l'inconnu. Cela veut dire que dans quelques cas rares, l'enfant pourra se trouver à la naissance, dans un état autre, parfois pire, parfois heureusement meilleur, que ne pouvaient le laisser prévoir les résultats des examens. D'autre part, le diagnostic prénatal peut être détourné de ses véritables objectifs et conduire à différentes formes d'eugénisme, c'est-à-dire de sélection des enfants à naître en fonction de certains critères. Enfin, ces informations peuvent déboucher sur un choix délicat à faire, et lequel se limitera parfois, pour les parents qui ne se sentent pas prêts à affronter le drame que constitue la naissance d'un enfant handicapé, à envisager une interruption médicale de grossesse comme le permet la loi.

⁷ Maryse Deguerge, in *Les préjudices liés à la naissance* », Responsabilité et assurances, Mai 1998, p. 14.

En effet, si un nombre important de maladies ou de malformations susceptibles d'affecter l'enfant à naître peuvent être décelées à des stades de plus en plus précoces de la grossesse et pour lesquelles des traitements *in utero* permettent d'y remédier, il reste malheureusement un certain nombre de situations pour lesquelles aucune thérapie n'existe.

Parallèlement à ces avancées médicales, s'est mis progressivement en place un nouveau dispositif législatif, fruit des mouvements féministes, venant favoriser la maîtrise de la reproduction et permettant désormais aux femmes de planifier leurs grossesses. La première étape de ce processus aura été le fait de la loi Neuwirth en date du 28 septembre 1967 sur la contraception, mais ce sera surtout avec les lois du 17 janvier 1975, dite loi Veil et du 31 décembre 1979, dite loi Pelletier, que le véritable pas sera franchi. En effet, la loi du 17 janvier 1975, symbole de la lutte féminine, entraînera dans son sillage non seulement la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse, mais aussi et surtout l'autorisation d'y recourir, mais dans des conditions limitativement précisées et à condition qu'elle soit médicalement pratiquée. Autrement dit, la loi Veil, initialement limitée à cinq ans et qui sera reconduite à titre définitif par la loi du 31 décembre 1979, précitée, est venue instituer aux côtés de l'interruption thérapeutique de grossesse, dont elle est d'ailleurs venue élargir la sphère d'application, l'interruption pour détresse de la femme.

Deux types d'interruption de grossesse sont donc désormais concevables.

La première est l'interruption thérapeutique de grossesse qui peut être pratiquée à toute époque, dès lors que « *deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme* »⁸ ou « *qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une exceptionnelle gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* »⁹. C'est dire l'importance des examens prénataux qui décèleront une anomalie chez l'enfant à naître et qui placeront par conséquent les parents devant une alternative douloureuse : poursuivre la grossesse et affronter la naissance, ou recourir à cette voie ultime qu'est l'avortement.

Aux côtés de l'acte abortif pour motifs thérapeutiques, coexiste l'interruption de grossesse pour convenances personnelles ou encore pour détresse de la femme qui peut être

⁸ La loi du 17 janvier 1975, est venue faciliter le recours à l'interruption thérapeutique de grossesse en ayant substitué l'expression « *sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée* », celle de « *mise en péril grave de la santé de la mère* ».

⁹ Article L. 2213-1 du code de la santé publique.

pratiquée pendant les douze premières semaines¹⁰ et dont l'institution est venue consacrer au profit de celle-ci un véritable pouvoir sur l'enfant qu'elle porte puisqu'elle est le seul juge de sa décision d'interrompre ou non sa grossesse. Il convient ici de relever que là aussi, à l'instar de celles utilisées dans le cadre du diagnostic prénatal et en dépit des énormes progrès accomplis en la matière, les techniques employées dans le cadre d'une interruption de grossesse, outre le fait qu'elles peuvent échouer dans leur finalité, laissent subsister le risque de causer l'existence de malformations chez le fœtus si la grossesse se poursuit malgré tout.

Quoiqu'il en soit, les progrès remarquables réalisés par la médecine et notamment dans le domaine de la médecine prédictive, corroborés par l'émergence d'un dispositif législatif permettant maîtrise et planification de la procréation, ont entraîné irrémédiablement dans leurs sillages, une attitude de plus en plus revendicative du public devant l'échec médical. La naissance d'un enfant atteint d'une malformation ou tout simplement d'un enfant non désiré n'apparaît dès lors plus comme le tribut de risques payé à la nature mais comme le résultat d'une faute commise par les intervenants à l'acte médical, auxquels n'est désormais reconnu aucun droit à l'erreur. Le public, convaincu que les techniques médicales modernes peuvent tout réussir, ressent en effet de plus en plus de mal à pardonner l'échec, et le médecin qui jadis « *n'était guère que le témoin compatissant de la souffrance humaine* » et dont l'« *impuissance avait pour corollaire sa totale immunité* »¹¹, a vu son activité s'accompagner d'un accroissement réel du nombre de situations dans lesquelles sa responsabilité est mise en cause. Aujourd'hui les parents n'hésitent plus, en effet, à mettre en cause la responsabilité de leur médecin dès lors que leurs espérances se sont effondrées devant l'arrivée d'un événement qu'ils souhaitent pourtant éviter. C'est dire que nous sommes dorénavant bien éloignés du temps où Molière était fondé à faire dire à M. Diaforus dans le *Malade Imaginaire* « *le public est commode. Vous n'avez à répondre de vos questions à personne, et, pourvu que l'on suive le courant des règles de l'art, on ne se met point en peine de tout ce qui peut arriver* »¹². Grande est donc l'inquiétude des praticiens face aux conséquences de cette foi générale en la toute puissance d'une médecine peut être trop souvent et excessivement louangée et que d'expérience, ils savent faillible, inquiétude d'ailleurs aggravée par les échos venus d'outre atlantiques.

¹⁰ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Journal Officiel du 7 juillet 2001, p.10823 ; Dalloz du 19 juillet 2001, partie législation (J.O. du 28/06/2001 au 11/07/2001), p. 2253.

¹¹ Y. Lambert Faivre, Droit du dommage corporel, Dalloz 1996, page 580.

Si la grossesse est dorénavant accompagnée d'une pluralité d'exams médicaux parfois imposés par les textes, et si la naissance se trouve être médicalement assistée, la mort de l'enfant pouvant survenir lors de l'accouchement n'est pourtant malheureusement pas à écarter et pourra, dès lors qu'une faute médicale en sera à l'origine donner lieu à réparation et ce, conformément aux règles gouvernant le droit de la responsabilité civile.

Mais à côté de cette hypothèse, qui bien que dramatique ne soulève pas de difficultés particulières au regard des règles régissant le droit commun de la responsabilité, ont émergé de nombreuses situations contentieuses dans lesquelles la naissance d'un enfant, a été perçue en elle même comme un préjudice au titre duquel réparation a été demandée, dès lors qu'elle se trouvait être en liaison avec un acte médical. Cela a de quoi surprendre tant il est vrai que la naissance d'un enfant constitue a priori un événement heureux. Concrètement, les hypothèses majeures qui ont trouvé leur épilogue dans le prétoire peuvent être circonscrites dans un premier temps aux naissances redoutées, c'est à dire aux naissances d'enfants atteints d'un handicap physique ou mental, en raison d'une défaillance soit dans la réalisation d'un acte médical, soit au sein de son patrimoine génétique, et qui n'a pas été décelée.

La deuxième situation contentieuse qui a vu le jour, concerne la naissance d'un enfant que les parents entendaient bien éviter par crainte d'une affection congénitale, ou encore par simple convenance personnelle au regard de leur situation matérielle ou familiale, en ayant eu recours à la stérilisation ou à une interruption volontaire de grossesse, devenue juridiquement possible comme nous l'avons déjà évoqué depuis la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse autorisée dans un délai de douze semaines pour situation de détresse de la femme enceinte et à tout moment pour motifs thérapeutiques.

Aussi les tribunaux ont été inévitablement amenés à se demander si la vie elle même, «*trionphante dans la normalité et la banalité de sa survenance*»¹³, pouvait être ou non constitutive d'un dommage pouvant donner lieu à réparation.

Au delà des enjeux d'ordre éthique, moral ou encore philosophique, l'émergence de ces nouvelles situations contentieuses, n'a pas été sans susciter certaines difficultés au regard des règles gouvernant le droit de la responsabilité civile.

¹² Molière, *Le malade imaginaire*, Acte I, Scène V, 1673.

¹³ Cf. Maryse Deguerge, *Les préjudices, liés à la naissance*, Responsabilité civile et assurances, numéro spécial, Mai 1998, p.14.

En effet, et même si l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité semble s'inscrire dans une orientation générale de la jurisprudence tendant à favoriser l'indemnisation, il n'en demeure pas moins que le droit de la responsabilité ne saurait avoir une portée illimitée, et que tous les dommages perçus comme tels par le justiciable ne sauraient sur un plan juridique donner lieu à réparation. Toutefois, fidèle à l'idéologie indemnitaire qui l'anime, la jurisprudence n'a pas hésité parfois à détourner le droit de la responsabilité de ses véritables finalités¹⁴, en ouvrant la voie de l'indemnisation dans des situations où une application stricte des règles sur lesquelles repose notre droit de la responsabilité civile aurait normalement dû y faire obstacle. Tel est du moins le sentiment éprouvé lorsque l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans une décision qualifiée d'historique¹⁵, est venue accepter l'indemnisation d'un enfant du préjudice consécutif au fait d'être né handicapé, alors que les parents de ce dernier n'avait pas été à même de décider librement de recourir à une interruption volontaire de grossesse par suite d'une erreur de diagnostic¹⁶.

¹⁴ Le propre de la responsabilité civile étant, selon la formule jurisprudentielle traditionnelle, « de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produite ». Civ. 2^{ème}, 1 avril 1963 ; J.C.P. 1963, II, 13408, note Eismein.

¹⁵ Le Monde, 19 novembre 2000, p. 13.

¹⁶ Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, J.C.P. éd. G. 2000. II. 10438 ; sur cet arrêt cf. not.: Aubert J.L., *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère n'aurait pas dû être*, D. 2001, chron. p. 489 ; Ayne L., *Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de job devant la Cour de cassation*, D. 2011, doct. P. 492 ; Calais Auloy, *La vie préjudiciable*, D. 2000, point de vue p.IV ; Carpi S., *Regards sur la causalité*, Les Petites Affiches n°114, 8 juin 2001, *Regards sur l'actualité*, libre propos, page 12 ; Dreiffuss-Netter F., *Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap non décelé pendant la grossesse*, Médecine et droit 2001, p.2 ; Fabre-Magnan M., *Avortement et responsabilité médicale*, RTD civ. (2), avril-juin 2001, p. 285 ; Gautier P. Y., *Responsabilité médicale : les distances du juge* » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile, J.C.P. éd. G. du 10 janvier 2001, chron. I. 287, p.66 ; Gobert M., *La Cour de cassation méritait-elle le pilori ?*, Les Petites Affiches, 8 décembre 2000 ? N°245, p.4 ; Hauser J., *Le préjudice d'être né, question de principe*, Droit et patrimoine n° 89, janvier 2001, rubrique d'actualité p. 6 ; Kayser P., *Un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique ?*, D. juin 2001, chron. p. 1889 ; Labrusse-Rou C. et Mathieu B., *La vie peut-elle être un préjudice ?* D. 2000, Point de vue, p.III ; LEDUC F., *Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile*, J.C.P. éd. Responsabilité et assurances, février 2001, chron. p. 4 ; Majster N., *L'arrêt Perruche : Les problèmes posés par la biologie au droit*, Futuribles, analyse et prospective, avril 2001, n°263 ; Mazeaud D. et Jourdain P., *Réflexions sur un malentendu*, D. 2000, forum n°44 p.5 ; Memeteau G., *L'action de vie dommageable*, J.C.P. éd. G. décembre 2000, doctrine I, 279, p. 2275 ; Murat P., *L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme*, J.C.P. éd. Droit de la famille, janvier 2001, p. 28 ; Pignarre G., Brun P., et Piedelievre S., *Le jeune homme et la vie : retour sur l'arrêt Perruche*, Revue de recherche juridique, droit prospectif, 2001- 2 Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p.477 ; Radé C., *Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question !*, J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurances, janvier 2001, p.4 ; Salas D., *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, D. Hors série Justices, mai 2001, dossier, p.4.

C'est ainsi que derrière l'action engagée par les parents concernant la naissance d'un enfant qu'ils ne désiraient pas ou qu'ils redoutaient, et par conséquent qu'ils entendaient bien éviter par le recours aux « *bienfaits* » de la science médicale (Première partie), est venue se profiler celle de l'enfant dont la naissance a été ressentie comme la source d'un préjudice dont il entendait bien demander réparation (Seconde partie).

Première Partie : La responsabilité médicale au regard de l'action des parents :

« Si un médecin opère un homme pour une blessure grave avec une lancette de bronze et cause la mort de l'homme, ou s'il ouvre un abcès à l'œil d'un homme avec une lancette de bronze et détruit l'œil de l'homme, il aura les doigts coupés »¹⁷.

Un tel châtiment, réservé aux médecins dans le Royaume de Babylone, semble aujourd'hui totalement démesuré. Toutefois, eu égard aux progrès de la science ainsi qu'au domaine sensible que touche la science médicale, à savoir le corps humain, il reste nécessaire de contrôler l'action de ces professionnels. La responsabilité médicale se trouvera par conséquent engagée lorsque les praticiens auront failli aux obligations qui leurs incombent.

Ainsi, tel sera notamment le cas lorsqu'une défaillance dans la réalisation d'un acte médical sera génératrice d'un handicap affectant l'enfant ou encore lorsqu'il sera à l'origine d'une naissance que les parents entendaient éviter.

Les parents de ce dernier tenteront alors d'obtenir réparation soit en arguant du dommage consécutif à la naissance d'un enfant « non désiré » (Chapitre 1) ou encore, en invoquant le préjudice constitué par la naissance d'un enfant handicapé (Chapitre 2).

¹⁷ Cf. Malicier D., *La responsabilité médicale : Données actuelles*, Editions E.S.K.A. 1999.

CHAPITRE 1 : La naissance d'un enfant « non désiré » :

Dans la perspective d'appréhender la responsabilité médicale concernant la naissance d'un enfant bien que non « désiré » par ses parents mais qui a vu le jour suite à une erreur du professionnel, il conviendra d'examiner successivement l'hypothèse où, le médecin aura commis une faute dans l'exercice de son art médical (Section 1), puis celle où il aura manqué à son obligation d'information (Section 2).

Section 1 : La défaillance dans la réalisation d'un acte médical :

Il va s'agir ici d'envisager la responsabilité médicale dans le cadre de l'échec d'un acte médical telle une stérilisation ou encore une interruption volontaire de grossesse. Les parents ayant rejeté l'hypothèse de mettre au monde un enfant, comment envisager la responsabilité médicale quand, malgré ce choix, une faute médicale a conduit à rendre cette naissance possible ?

Sous-section 1 : L'échec d'une interruption volontaire de grossesse :

Au regard des différentes fautes qui peuvent être imputées au médecin, il eut été intéressant de se demander si le seul fait qu'un enfant naisse, alors qu'une interruption de grossesse avait été réalisée sur une femme enceinte, puisse constituer pour elle un préjudice réparable. En d'autres termes, la naissance d'un enfant non désiré, puisqu'une interruption de grossesse avait été réalisée, peut-elle constituer à elle seule un préjudice réparable ?

Il importera donc nécessairement d'envisager cette responsabilité médicale au travers d'un fait dommageable imputable au médecin, lequel doit avoir été la cause directe du préjudice subi par les parents.

§ 1 : La nécessité d'une faute imputable au médecin :

En constante évolution, la responsabilité médicale s'est vue reconnaître, par la chambre civile de la Cour de cassation, une nature contractuelle. En effet, l'arrêt Mercier du 20 mai 1936 est venu instaurer un principe de relations contractuelles entre le médecin et son patient. Cette jurisprudence a donc substitué à une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle du médecin fondée sur la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil, laquelle régnait depuis la moitié du XIX^{ème} siècle, une responsabilité contractuelle¹⁸. L'un des avantages indéniables que présente cette solution réside dans le fait que la prescription applicable en matière contractuelle est trentenaire, alors qu'en matière délictuelle, elle est de dix ans¹⁹.

Par conséquent, l'interruption volontaire de grossesse étant considérée comme un acte médical résultant d'un contrat conclu entre le médecin et sa patiente, il convient de relever l'existence d'une faute du médecin de nature contractuelle dans la réalisation d'une interruption de grossesse. Cette faute se trouvera constituée dès lors qu'il y aura eu violation des règles générales applicables au droit médical, mais également, violation de la réglementation spécifique qui s'applique en matière d'interruption volontaire de grossesse, qu'elle soit thérapeutique ou non.

A°/ La violation des règles générales du droit médical :

Il nous incombe de nous demander quels types de fautes sont susceptibles d'engager la responsabilité du médecin.

Pour tenter de résoudre cette interrogation, il convient de préciser que l'arrêt Mercier du 20 mai 1936 a également consacré le principe d'une obligation de moyens à la charge de tout médecin dans la réalisation d'un acte médical.

Tout d'abord, il est impératif de relever que l'intervention médicale conduisant à une interruption volontaire de grossesse est bien considérée comme un acte médical au sens juridique du terme. Le Conseil d'Etat, au sein d'un arrêt rendu le 25 octobre 1985 relatif à l'échec d'une interruption volontaire de grossesse, a d'ailleurs précisé que, eu égard à la nature ainsi qu'à l'exécution d'une telle intervention, celle-ci doit être appréhendée comme un acte

¹⁸ Cass. civ., 20 mai 1936, *arrêt Mercier*, D.P. 1936, 1, p.88, concl. Matter, rapp. Josserand ; Gaz. Pal. 1936, 2, p.41.

¹⁹ En effet, une action en responsabilité civile doit être introduite en respectant les règles de prescription de droit commun fixée à trente ans initialement en vertu de l'article 2262 du Code civil, elle a été réduite à dix années en 1985 par l'article 2270-1 du Code civil uniquement en matière de responsabilité délictuelle.

médical²⁰. Dès lors, le médecin qui réalise un avortement sera tenu d'une obligation de moyens envers sa patiente²¹.

Quoiqu'il en soit, le droit prétorien a lui-même écarté la possibilité de mettre à la charge du médecin une obligation de résultat, fondée sur l'article 1147 du Code civil, au motif qu'il subsiste un aléa dans la réalisation d'une telle pratique²².

Par conséquent, le seul fait que l'intervention médicale tendant à interrompre une grossesse se solde par un échec, indépendamment de toute faute du praticien au cours de sa réalisation, n'est pas suffisant à engager la responsabilité du professionnel.

En second lieu, il importe de définir cette notion d'obligation de moyens. Selon les termes de la chambre civile de la Cour de cassation, il s'agirait de l'obligation pour le médecin de « *donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* »²³. Par la suite, le droit prétorien, dans la perspective d'offrir davantage de protection aux victimes d'actes médicaux, a substitué aux termes de « *données **acquises** de la science* », le terme de « *données **actuelles** de la science* »²⁴.

Néanmoins, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a semblé vouloir inverser la tendance à nouveau, en ce qu'elle a décidé, par un arrêt en date du 6 juin 2000, qu'il était préférable de prendre comme référence les « *données **acquises** de la science* »²⁵, précisant que cette terminologie semblait moins rigoureuse à l'égard du médecin.

Cela implique que pour pouvoir engager la responsabilité du médecin qui a réalisé une interruption de grossesse sur une femme, il faut pouvoir démontrer que le professionnel n'a pas satisfait à son obligation de « *donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de*

²⁰ Conseil d'Etat, 25 octobre 1985, *Mme Marchal* : Lexis n°47945.

²¹ C'est également ce qu'a affirmé un jugement du Tribunal de grande instance de Bobigny rendu le 9 février 1983 : T.G.I. de Bobigny, 9 février 1983 : J.C.P. éd. G. 1984, II, 20149, note A. Dorsner-Dolivet.

²² T.G.I. de Bobigny, 15 décembre 1976 : D.S. 1977, p.245, note Le Tourneau ; T.G.I. d'Evreux, 21 décembre 1979 : D.S. 1981, p.185, note J. Penneau ; Cass. crim., 5 avril 1978, 2, p.441, note P.-J. Doll. De plus, des statistiques du Centre Hospitalier Universitaire de Tours avaient révélé, au cours d'une étude réalisée entre janvier 1975 et décembre 1981, que le taux de complications dans le cadre de la réalisation d'une interruption volontaire de grossesse s'élevait à 11,2 pour mille (Cf. Lansac J., Beaumont E., *Les risques médico-légaux de l'interruption volontaire de grossesse : Responsabilité médico-légale en gynécologie-obstétrique*, Editions Collège national des gynécologues et obstétriciens français, Paris, 1982).

²³ Cass. civ., 20 mai 1936, précité.

²⁴ A titre d'illustration, il est possible de relever un arrêt de la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 1982 : J.C.P. éd. G. 1982, II, 19877, note F. Chabas.

²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, Juris-Data, n°002337 ; Dictionnaire permanent de bioéthique, Bull. n°91, p.7757, M. Mémenteau (G.).

la science »²⁶. Le demandeur doit parvenir à démontrer que le praticien n'a pas usé, dans l'exercice de sa profession d'un comportement normal, qu'il a agit en violation des obligations de sa profession.

De surcroît, il semble intéressant de citer le jugement du Tribunal de grande instance d'Evreux, rendu le 21 décembre 1979, qui tend à préciser cette obligation du médecin à laquelle il ne devra pas faillir²⁷.

Dans cette affaire, les juges ont retenu la responsabilité du professionnel suite à l'échec de l'acte abortif qu'il avait réalisé au motif qu'il a fait le choix d'une « *méthode pour interrompre une grossesse dont les risques d'échec étaient connus* » et qu'il n'a pas pour autant pris « *les garanties scientifiquement établies excluant infailliblement ce risque* ». Par conséquent, l'échec d'un avortement pourra faire l'objet d'une sanction s'il est établi que celui-ci est consécutif à un défaut d'adaptation de la méthode employée par le médecin pour y parvenir avec les données scientifiques, lesquelles sont censées être connues du médecin pour permettre le meilleur résultat possible à cette intervention médicale.

Enfin, la mère pourra également relever à l'encontre de l'hôpital ou de la clinique, et à l'origine de son préjudice, un « *défaut d'organisation et de fonctionnement du service maternité* ». C'est ce qui a été retenu tant par les juges judiciaires qu'administratifs²⁸.

Toutefois, eu égard à la particularité d'une telle intervention, le respect de cette réglementation générale en matière médicale doit nécessairement s'accompagner du fait, pour le praticien, de rendre sa pratique conforme aux règles spécifiques applicables en matière d'intervention volontaire de grossesse.

B°/ La violation des règles spécifiques applicables à l'acte abortif :

Puisque ce sont notamment le Code de la santé publique ainsi que le Code pénal qui tendent à réglementer la pratique de l'avortement, il est bien évident qu'une sanction à l'encontre du médecin pourra être retenue par les juges suite au simple échec d'une interruption de grossesse, dans la mesure où le praticien n'aura pas respecté la réglementation en vigueur. Il faut néanmoins pouvoir rapporter la preuve que c'est cette faute du médecin qui est à l'origine de l'échec de l'acte.

²⁶ Cass. civ., 20 mai 1936, précité.

²⁷ T.G.I. d'Evreux, 21 décembre 1979 : D. 1981, J., 185, note J. Penneau.

Il pourra s'agir, par exemple, de sanctionner le médecin pour le non-respect des alinéas 4 et 6 de l'article L.2212-8 du Code de la santé publique, à savoir que celui-ci n'aura pas employé « *tous les moyens permettant la pratique correcte* » de l'interruption volontaire de grossesse ²⁹.

De même, au visa de l'article L.2212-2 ³⁰ du Code de la santé publique, l'échec d'un acte abortif pourra également générer la responsabilité du professionnel si cette intervention n'a pas été réalisée par un médecin et dans un établissement spécialisé. Ainsi, seul un médecin habilité pourra pratiquer cet acte, uniquement « *dans un établissement de santé public ou dans un établissement de santé privé satisfaisant aux dispositions de l'article L.2322-1* ³¹ ». Dans le cas contraire, le professionnel pourra voir sa responsabilité pénale engagée, sur le fondement de l'article 223-12 du Code pénal, s'il a simplement fourni à la mère les moyens matériels à la mise en œuvre d'une telle pratique ³².

Ainsi, si les demandeurs parviennent à démontrer l'existence de l'une de ces fautes imputable au médecin, encore faut-il, pour espérer le versement d'une indemnité, pouvoir arguer d'un dommage consécutif à cette erreur du professionnel.

§ 2 : La nécessité d'un préjudice consécutif à cette erreur médicale :

Avant même d'appréhender les différentes formes de préjudices que pourront invoquer les parents, il est impératif que ce dommage revêt certains caractères.

²⁸ C. E., 6 mai 1988 : D. 1989, Somm. 123.

²⁹ Renvoi au § 1 sur les alinéas 4 et 6 de l'article L.2212-8 du Code de la santé publique.

³⁰ L'article L.2212-2 du Code de la santé publique dispose que : « *L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin.*

Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement de santé public ou dans un établissement de santé privé satisfaisant aux dispositions de l'article L.2322-1 ou, dans le cadre d'une convention conclue entre le praticien et un tel établissement, dans des conditions fixées par décret ».

³¹ L'article L.2322-1 du Code de la santé publique dispose que : « *Sans préjudice de l'application des dispositions du livre Ier de la partie VI du présent Code, l'ouverture ou la direction d'un établissement de santé privé recevant habituellement à titre onéreux ou gratuit, et en nombre quelconque, des femmes en état réel, apparent ou présumé de grossesse, est subordonnée à l'autorisation préalable du représentant de l'Etat dans le département.*

Les conditions d'ouverture et de fonctionnement que doivent remplir ces établissements sont fixées par voie réglementaire.

Un décret fixe les installations autorisées dont les établissements de santé privés sont tenus de disposer lorsqu'ils souhaitent pratiquer des interruptions volontaires de grossesse ».

³² L'article 223-12 du Code pénal dispose que : « *Le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F. d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F. d'amende si l'infraction est commise de manière habituelle ».*

A°/ Les caractères du préjudice invoqué :

L'une des règles qui domine notre droit de la responsabilité civile réside dans le fait que le préjudice invoqué doit comporter certains caractères, à savoir qu'il doit être direct, personnel et certain ³³.

De prime abord, le dommage doit donc être direct, c'est à dire qu'il faudra que puisse être établi le fait que celui-ci est la conséquence directe du fait générateur de responsabilité, en d'autres termes, de la faute commise par le professionnel.

En second lieu, il doit être certain, à savoir vraisemblable et déjà réalisé au moment où l'action en justice est intentée. Toutefois, les juges pourront accepter d'indemniser un préjudice futur dans la mesure où il est établi que ce dommage se produira ultérieurement.

Enfin, le préjudice doit être personnel aux parents qui ont engagé une action en responsabilité civile contre le médecin. Cela signifie que seule la personne qui a subi le préjudice consécutif au fait dommageable pourra ester en justice ³⁴. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, il est bien évident que, dans la plupart des cas, seule la mère sera directement concernée par le dommage, qu'il soit corporel, matériel ou encore moral. Le père de l'enfant né dans de telles circonstances, pourra quant à lui exercer une action contre le médecin uniquement dans l'hypothèse où il justifiera d'un préjudice par ricochet. Tel est le cas, par exemple, quand la femme sera contrainte d'abandonner sa profession suite aux séquelles physiques que lui aura causé l'intervention médicale.

Dès lors que toutes ces conditions sont réunies, il est alors possible d'invoquer devant les juges le préjudice subi, quelque soit la forme qu'il prend.

B°/ Les formes du préjudice invoqué :

Trois grandes formes de préjudices pourront être invoqués au soutien d'une action en responsabilité : il s'agit des préjudices corporel, matériel et moral.

³³ Témoin de la nécessité de la réunion de ces conditions, un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rendu le 16 avril 1996 (Cass. civ. 2^{ème}, 16 avril 1996, B. II, n°94 ; D. 1997, som. 31, obs. P. Jourdain et R.T.D. civ. 1996, 627, obs. P. Jourdain). En effet, selon cet arrêt, « *la seule preuve exigible est celle d'un préjudice personnel, direct et certain* ».

1°) *Le préjudice corporel* :

Le préjudice corporel peut se manifester de diverses manières.

Il peut tout d'abord consister en un handicap, une maladie. En effet, il est possible d'imaginer l'hypothèse d'une femme qui accoucherait des suites d'une interruption de grossesse infructueuse et qui garderait des séquelles de cet accouchement, ou pire encore, en décéderait.

Au delà d'un préjudice lié à une invalidité, il peut également s'agir d'un préjudice esthétique. Néanmoins, ce dernier semble logiquement évincé dès lors qu'il résulte de blessures à l'origine de traces visibles comme des cicatrices, des déformations, des mutilations, etc... Au regard de cette définition, il est impossible de retenir cette qualification au profit d'une femme qui se plaint d'une grossesse consécutive à l'échec d'un acte abortif.

L'hypothèse d'un préjudice généré par les troubles apportés dans la vie sexuelle invoqué par les parents en la matière semble également difficilement concevable et évaluable. En témoigne la définition qui est donnée par M. Rogier A., médecin expert près de la Cour d'appel d'Angers³⁵, et selon laquelle le préjudice sexuel se définirait par la privation de la fonction sexuelle qui recouvre celle de plaisir³⁶, et celle de fertilité³⁷. De toutes les façons, celui-ci pourrait se trouver intégré dans la catégorie des préjudices d'agrément.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris, au sein d'un arrêt en date du 2 décembre 1977, a tenté de définir ce préjudice d'agrément en précisant qu'il pouvait s'agir d'une « *diminution des plaisirs de la vie, causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à certaines activités normales d'agrément* »³⁸. La Cour de cassation a elle aussi essayé d'apporter quelques précisions au sein de plusieurs arrêts selon lesquels le préjudice d'agrément résulterait « *de la perte de qualité de vie* »³⁹, ainsi que « *...non seulement de l'impossibilité de se livrer à une activité ludique ou sportive, mais encore de la privation des agréments normaux de l'existence* »⁴⁰.

Néanmoins, le préjudice, à défaut d'être physique, pourra se situer sur un plan moral.

³⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 19 mars 1997 : Bull. civ., II, n°87 ; J.C.P. éd. G. 1997, IV, 1037.

³⁵ Informations issues de son œuvre intitulée « *Dommage corporel : Eléments médico-légaux à l'usage du juriste et du médecin* » (Editions E.S.K.A. 2001).

³⁶ Selon M. Rogier (A.), la fonction de plaisir comporte trois éléments principaux qui sont l'envie, la capacité physique à l'accomplissement de l'acte ainsi que la capacité à accéder au plaisir.

³⁷ Il pourra bien entendu, s'agir d'une fertilité soit naturelle, soit par procréation médicalement assistée.

³⁸ C.A. Paris 17^{ème} ch. B., 2 décembre 1977, Dalloz Sirey 1978, 285, note Y. Lambert-Faivre ; Gaz. Pal. 1978, 1, 36.

³⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 19 mars 1997, D. 1998, J., 59, note Y. Lambert-Faivre.

2°) *Le préjudice moral :*

De prime abord, il convient de relever que, de part la nature même de l'acte, à savoir une interruption de la grossesse, un préjudice moral semblerait pouvoir être indemnisé. En effet, la législation en vigueur n'autorise le recours à un acte abortif avant la douzième semaine de la grossesse, uniquement dans les hypothèses où la femme, en raison de son état, se trouve « *dans une situation de détresse* »⁴¹. Dès lors qu'elle est majeure, c'est elle-même qui apprécie si sa situation est telle qu'elle permet l'accès à un acte abortif⁴².

Ainsi, c'est cette situation de détresse consécutive à la grossesse ainsi qu'à la naissance de l'enfant qui constituerait ce préjudice moral de la mère.

En second lieu, dans l'hypothèse où une femme devrait recourir à une nouvelle interruption de grossesse, dès lors que la première a échoué, elle pourrait également invoquer des conséquences dommageables sur le plan moral.

En effet, il est possible d'imaginer, dans la majorité des cas, la situation de détresse dans laquelle une femme enceinte se trouve lorsqu'elle est confrontée à la nécessité d'avoir recours à un tel acte. De plus, chaque intervention chirurgicale suscite chez chaque patient des craintes quant au déroulement de celle-ci (crainte de ne pas se réveiller suite à l'anesthésie, crainte de garder des séquelles d'une telle intervention, etc...) ⁴³.

Aux côtés de ces préjudices physiques et moraux, il demeure possible de se trouver confronté à un préjudice matériel, et c'est d'ailleurs le plus souvent le cas.

3°) *Le préjudice matériel :*

Les différentes charges en relation directe avec l'acte médical fautif vont être constitutifs d'un préjudice matériel.

⁴⁰ Cass. crim., 26 mai 1992, Bull. crim. n°210, p. 581 ; J.C.P. éd. G. 1992, doct. 3625, comm. G. Viney.

⁴¹ L'article L.2212-1 du Code de la santé publique dispose que : « *La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième* (depuis la réforme sur l'interruption volontaire de grossesse opérée par la loi du 4 juillet 2001) *semaine* ».

⁴² Conseil d'Etat, ass., 31 octobre 1980, *Lahache* : D. 1981, 38, conclusions B. Genevois ; Rec. p.403 ; R.D.P. 1981, p.216, note J. Robert ; J.C.P. éd. G. 1982, II, 19732, note F. Dekeuwer-Défossez ; D. 1981, I.R., p.167, observations F. Moderne et P. Bon ; R.T.D.S.S. 1981, p.247, observations L. Dubouis et p.81, observations J.-M. de Forges.

⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 1973 : D. 1973, I.R. p.86 ; Bull. civ. I, n°50.

Cela implique que les frais liés aux soins médicaux, à d'éventuelles nécessités d'hospitalisation, vont devoir être indemnisés dès lors qu'ils seront la conséquence directe du fait dommageable ⁴⁴.

De surcroît, référence est faite inévitablement, en cas d'échec d'un acte abortif, aux frais relatifs aux déplacements qu'a généré ce dommage subi ; telle est l'hypothèse d'une éventuelle grossesse consécutive à l'échec d'une telle intervention, qui va, par exemple, nécessiter la consultation d'un gynécologue ⁴⁵, voir même d'autres spécialistes afin de réaliser une interruption de grossesse. Afin d'illustrer ces propos, il est possible d'imaginer l'hypothèse d'une femme qui aurait eu recours à un acte abortif et qui, de par l'échec de ce dernier, s'est vue contrainte de réaliser une seconde intervention tendant à une nouvelle interruption de grossesse. Ainsi, dans ces cas d'espèces, il est bien évident que le renouvellement de cette intervention chirurgicale va générer de nouveaux frais d'hospitalisation, de consultation de spécialistes, etc... Il a alors été décidé par le Tribunal de Grande Instance d'Evreux, par un jugement rendu le 21 décembre 1979 ⁴⁶, qu'une patiente, victime de l'échec d'une première interruption thérapeutique de grossesse, contrainte à en réaliser une seconde, pouvait obtenir des indemnités consécutives aux frais engendrés par un voyage réalisé à l'étranger pour opérer cet acte, dès lors que le délai légal en France était épuisé ⁴⁷.

Certains magistrats ajoutent à ces frais susceptibles d'être indemnisés, ceux relatifs aux pertes de revenus liés à une éventuelle perte d'emploi, même temporaire ⁴⁸.

Il est de rigueur de s'interroger sur le fait de savoir si les parents, victimes de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse, seraient susceptibles, d'arguer de leurs difficultés à faire face financièrement à l'entretien, ainsi qu'à l'éducation de l'enfant qui vient de naître. Il serait intéressant d'imaginer que pareille indemnisation pourrait être accordée dans les cas où les parents seraient si pauvres qu'ils seraient incapables de fournir une qualité de vie suffisante à leur enfant. Néanmoins, il faut bien avouer qu'avec les diverses aides accordées par l'Etat, cette situation semble difficilement concevable. D'ailleurs, la jurisprudence elle-même s'est prononcée en faveur du refus d'indemniser la mère, dont le seul préjudice invoqué était la

⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 1966, Bull. civ. I, n°26.

⁴⁵ T.G.I. Nice, 8 janvier 1976, Gaz. Pal. 1976, 1, p.209.

⁴⁶ T.G.I. d'Evreux, 21 décembre 1979 : D. 1981, p.185, note J. Penneau.

⁴⁷ S'il est vrai que le délai légal en France pour avorter d'un enfant atteint d'une maladie d'une particulière gravité et incurable s'étend à toute la grossesse sous certaines conditions, dès lors que l'enfant est en parfaite santé, la patiente ne dispose que de douze semaines pour réaliser un acte abortif (cf. Loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception).

⁴⁸ Cass. soc., 8 janvier 1965, J.C.P. éd. G. 1965, II, 14138.

naissance d'un enfant « normal », dépourvu de toute maladie ou handicap, qui ne générerait aucune charge supplémentaire aux « *charges normales de la maternité* »⁴⁹. Cela s'explique aisément par le fait que les devoirs relatifs à l'entretien ainsi qu'à l'éducation d'un enfant en parfaite santé constituent des obligations légales à la charge des parents, en vertu notamment des articles 213⁵⁰ et 371-2⁵¹ du Code civil.

De surcroît, il est bien évident qu'admettre une réparation du préjudice subi par les parents, lequel consisterait dans les charges normales relatives à l'éducation ainsi qu'à l'entretien d'un enfant, indépendamment de tout autre préjudice, reviendrait à reconnaître le fait que la naissance elle-même, le don de la vie à un enfant, constitueraient à eux seuls un préjudice. Or, il est certain que dans pareilles hypothèses, c'est se confronter une fois encore, aux problèmes de l'éthique, et plus précisément aux possibles dérives eugéniques qui assimileraient l'existence de l'enfant lui-même au préjudice de la mère.

Les juridictions administratives, à l'instar des juridictions judiciaires⁵², ont d'ailleurs refusé de voir dans les charges normales engendrées par l'entretien et l'éducation de l'enfant, un préjudice réparable. A titre d'exemple, la Cour administrative d'appel de Nancy a rendu, le 30 septembre 1993⁵³, un arrêt selon lequel « *les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui sont normalement à la charge de la mère ne sauraient ouvrir droit à réparation* »⁵⁴.

Cela revient à exclure purement et simplement toute « naissance-préjudice », à partir du moment où l'enfant se trouvera en parfaite santé.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, Bull. civ. I, n°213 ; D. 1991, p.566, note Ph. Le Tourneau. Par cet arrêt, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a déclaré que « *l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour la mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse...qu'en l'absence 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, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

⁵⁰ L'article 213 du Code civil : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ».

⁵¹ L'article 371-2 du Code civil dispose quant à lui que : « *L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité.*

Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation ».

⁵² T.G.I. Rouen, 17 décembre 1979, Concours médical 1982, n°104, p.6198, obs. Gombault (A.). Ce jugement invoquait l'inexistence du préjudice issu de la naissance de l'enfant dès lors qu'il était indirect.

⁵³ C.A.A. Nancy, 30 septembre 1993, Médecine et droit, mai-juin 1994, p.62.

⁵⁴ Il est également possible de relever un jugement rendu le 21 avril 1994 par le Tribunal administratif de Strasbourg (J.C.P. éd.G. 1995, I, 3848, 28) où les juges ont statué dans le même sens. Cette juridiction a ainsi clairement affirmé que : « *la naissance de l'enfant, même lorsqu'elle intervient après l'échec d'une intervention destinée à interrompre la fécondité de la mère, n'est pas, par elle-même, génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu. Il n'en va autrement que si cette naissance a entraîné, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle s'est produite, un préjudice particulier distinct des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui sont normalement à la charge des parents* ».

C°/ Le principe du rejet de la thèse de la « naissance-préjudice » :

S'il est vrai que l'indemnisation sera accordée dès lors que toutes les conditions relatives à la responsabilité civile seront réunies, tel n'est pas le cas pour le préjudice constitué par la seule naissance de l'enfant indépendamment de tout autre dommage.

Le droit prétorien lui-même, en matière d'échec d'un acte abortif, témoigne d'une tendance à rejeter toute indemnisation au motif que la seule naissance d'un enfant ne peut constituer un dommage pour les parents. A l'instar des juges judiciaires⁵⁵, la jurisprudence administrative⁵⁶ a adhéré à cette solution. Ce fut notamment le point de vue retenu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation au sein d'un arrêt en date du 25 juin 1991, laquelle précisait que : « *l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour la mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse* »⁵⁷. Cela signifie que si il est impossible d'établir l'existence d'un préjudice moral, matériel ou corporel, autre que la seule naissance d'un enfant en parfaite santé, le juge ne pourra accorder aucune forme de réparation⁵⁸.

De la même façon, dans un arrêt du 2 juillet 1982, le Conseil d'Etat, a précisé que « *...la naissance d'un enfant, consécutive à l'erreur d'une interruption volontaire de grossesse demandée par la mère, n'est pas de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation...* ».

Toutefois, la jurisprudence est venue ouvrir la brèche à ce principe d'indemnisation dans l'hypothèse où les parents seraient susceptibles d'invoquer « *des circonstances ou une situation particulière* »⁵⁹. Ce tempérament apporté par les magistrats aurait pu conforter la thèse selon laquelle, dans le cas extrême où il serait établi que les parents ne pourraient nullement offrir une « qualité de vie minimale » à l'enfant suite à de trop importantes difficultés financières, ceux-ci pourraient obtenir réparation de ce préjudice, dès lors que l'enfant serait né suite à

⁵⁵ T.G.I. Bobigny, 5 décembre 1976 : D.S. 1977, p.245, note Ph. Le Tourneau. De même : Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : Bull. civ. I, n°213 ; D.1991, p.566, note Ph. Le Tourneau. Dans cette dernière affaire, les juges ont précisé que « *...l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour la mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse...* ».

⁵⁶ Conseil d'Etat, 2 juillet 1982 : Gaz. Pal. 1983, 1, p.193, note Moderne, conclusions Pinault ; R.D.S.S. 1983, p.95.

⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : précité.

⁵⁸ En ce sens : T.G.I. Bobigny, 5 décembre 1976 : précité ; T.G.I. Bobigny, 6 février 1983 : J.C.P. éd. G. 1984, II, 20149, note A. Dorsner-Dolivet ; R.D.S.S. 1983, 701, observations L. Dubouis ; T.G.I. d'Evreux, 21 décembre 1979 : précité ou encore : Cour d'appel de Riom, 6 juillet 1989, D. 1989, 282, note Ph. Le Tourneau.

⁵⁹ Telle est la solution adoptée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 2 juillet 1982 (CE Ass. : 2 juillet 1982 : Rec. CE, p.266) et confirmée par ce même Conseil d'Etat le 27 septembre 1989 (CE : 27 septembre 1989 : Rec. CE,

l'échec d'une interruption de grossesse. Toutefois, il faut stopper là immédiatement ces considérations puisque la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, au sein de son arrêt rendu le 25 juin 1991, a bien précisé que pour pouvoir obtenir réparation de leur préjudice dans pareil cas de figure, les parents doivent justifier d'un préjudice particulier qui « ...s'ajouterait aux charges normales de la maternité... »⁶⁰. En d'autres termes, « les charges normales de la maternité » générées par l'entretien et l'éducation de l'enfant ne pourraient constituer pour les parents un préjudice réparable.

Au delà de ces considérations, dès que les parents pourront justifier d'un préjudice réparable, lequel serait en rapport de causalité direct avec la faute médicale, ceux-ci disposeront alors de tous les moyens pour tenter d'engager la responsabilité de ce professionnel.

§ 3 : L'exigence d'un lien de causalité direct :

Il est des préjudices qui devront permettre d'indemniser la mère de l'enfant, sur le plan de la responsabilité contractuelle, au motif qu'ils auront été la conséquence directe de la faute du médecin.

D'ailleurs, des termes mêmes de l'article 1151 du Code civil, il semble possible de dégager des éléments de définition de ce lien de causalité. Cet article dispose en effet que : « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, **que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention** ». Ainsi, pour être valide, le rapport de cause à effet doit être direct et certain. Ce qu'il convient de retenir, c'est que les juges, pour apprécier un tel rapport, vont rechercher si la faute a joué un rôle prépondérant et essentiel dans la réalisation du dommage. Il faut également noter que, dans cette quête, le choix des magistrats va osciller entre deux théories. D'une part, ils pourront employer la théorie de l'équivalence des conditions selon laquelle, ils considéreront que toutes les causes qui ont participé à la réalisation du dommage doivent être considérées comme avoir la même valeur. D'autre part, leur préférence pourra porter sur l'option de la théorie de la causalité adéquate qui va permettre de ne retenir que les éléments qui ont réellement et directement participé à la réalisation du dommage.

En définitive, pour chaque préjudice invoqué, le juge se devra de vérifier qu'il existe bien un rapport de cause à effet, et plus précisément que, sans la faute du praticien qui a

p.176), ce dernier arrêt précisant que « la naissance d'un enfant handicapé est l'une des circonstances particulières ».

⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : précité.

contribué à l'échec de l'interruption volontaire de grossesse, les parents n'auraient subi aucun dommage.

Après avoir envisagé cette responsabilité médicale au travers de l'échec d'un avortement, il convient à présent de s'intéresser aux hypothèses où une stérilisation a échoué.

Sous-section 2 : L'échec d'une stérilisation :

Historiquement préconisée pour des motifs eugéniques ⁶¹, la stérilisation est actuellement autorisée en France, que ce soit chez l'homme ou chez la femme, uniquement pour motifs thérapeutiques.

En effet, en droit comparé, il est aisé de constater que la stérilisation de convenance existe et est même légalement reconnue ⁶². Toutefois, le législateur français, bien qu'il soit resté muet sur le plan de la réglementation d'une telle pratique, rejette implicitement l'acte de stérilisation de convenance. En témoignent l'article 16-3 alinéa 1^{er} du Code civil ⁶³ ainsi que l'article 41 du Code de déontologie médicale ⁶⁴.

La Cour de cassation a également fait son œuvre en précisant, dans un avis rendu le 6 juillet 1998 que l'article 16-3 du Code civil interdisait tout acte de stérilisation réalisé « *en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives* » ⁶⁵. La jurisprudence administrative avait d'ailleurs déjà opté pour cette interprétation ⁶⁶.

Quoiqu'il en soit et en dépit des progrès réalisés dans le domaine, l'acte de stérilisation n'est pas à l'abri d'un échec. Dès lors, se pose la question de savoir si les parents seront en

⁶¹ Les premières interventions législatives en la matière sont intervenues en 1907, aux Etats-Unis d'Amérique, dans l'Etat d'Indiana et ce, afin d'empêcher la multiplication du nombre des individus atteints de certaines tares héréditaires.

⁶² Il est possible de citer l'exemple du Canada, où la stérilisation est pratique courante dès lors qu'elle concerne tout de même 31 % des femmes, mais également les Etats-Unis qui offre cette possibilité uniquement aux majeurs (c'est à dire les personnes âgées de plus de 21 ans) sous condition qu'ils aient donné leur consentement et qu'ils ont bien reçu une information du médecin éclairante sur cet acte ainsi que sur ses conséquences. Enfin, la Commission Parlementaire du Royaume-Uni lui a reconnu un caractère licite en 1974 et, à l'instar de la France en matière d'interruption volontaire de grossesse, a précisé que le médecin était libre de refuser une telle intervention.

⁶³ L'article 16-3 du Code civil dispose que « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne.*

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

⁶⁴ L'article 41 du Code de déontologie médicale dispose que « *Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement* ».

⁶⁵ Cass. avis, 6 juillet 1998, J.C.P. éd. G. 1998, IV, 3005 ; Droit de la famille 1998, 162, note Fossier ; R.T.D. civ. 1998, 881, obs. Hauser ; Defrénois 1999, 314, obs. Massip. Dans cet avis, la Cour de cassation précise que « *Une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil* ».

⁶⁶ C.E., 29 janvier 1988, *Labidi* : J.C.P. 1988, p.146. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat avait condamné un centre hospitalier envers une jeune femme de vingt-six ans sur laquelle, il avait pratiqué une stérilisation postérieurement à sa cinquième grossesse, sans aucune nécessité thérapeutique, ni consentement de l'intéressé.

mesure d'engager la responsabilité du médecin. Pour cela, il leur incombera de justifier de l'existence d'une faute, d'un préjudice ainsi que d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice, conditions nécessaires à l'évocation de toute responsabilité en droit civil.

§ 1 : Une faute imputable au médecin :

De prime abord, il convient de s'interroger sur le fait de savoir quelle sera la nature de l'obligation qui incombera au médecin dans le cadre de la réalisation d'une stérilisation.

Ainsi, l'obligation de moyens déduite de l'arrêt Mercier du 20 mai 1936⁶⁷ par laquelle sont concernés les actes médicaux, peut-elle trouver à s'appliquer à l'acte spécifique de stérilisation ? En d'autres termes, l'acte de stérilisation peut-il être considéré comme un acte médical susceptible d'engendrer une obligation de moyens à la charge du médecin ?

Sur le plan médical, la stérilisation est définie comme « *une intervention chirurgicale pratiquée sur l'homme ou sur la femme et qui supprime toute possibilité d'avoir des enfants* »⁶⁸. Sur un plan juridique, le droit prétorien est intervenu lui-même pour préciser que l'acte de stérilisation doit être entendu comme un acte médical eu égard à « *sa nature, ses modalités d'exécution et ses finalités* »⁶⁹. Par conséquent, il faut en déduire que la stérilisation est bien considérée par le droit français comme un acte médical, lequel fait donc naître à l'égard du médecin une obligation de moyens.

De surcroît, la jurisprudence ne fait peser une obligation de résultat que sur les médecins qui ont réalisé un acte médical dépourvu de tout aléa thérapeutique⁷⁰ et ce en vertu de l'article 1147 du Code civil⁷¹. En effet, MM. J.-H. Soutoul et F. Pierre faisaient état, dans leur œuvre, des taux d'échecs en matière de stérilisation qui étaient de l'ordre de 0,5 à 2%⁷².

⁶⁷ Cass. civ., 20 mai 1936 : D. P. 1936, 1, 88, Concl. Matter, rapport Josserand ; S. 1937, 1, 321, note Breton.

⁶⁸ Définition issue du Dictionnaire médical Larousse Thématique.

⁶⁹ Tribunal administratif de Strasbourg, 21 avril 1994 : Rev. Dr. publ. 1994, p.1837, conclusions Martinez.

⁷⁰ La jurisprudence a fait application de ce principe en matière « *d'examen de laboratoire courants et simples, en principe dépourvus d'aléa* » : C.A. Toulouse, 14 décembre 1959, J.C.P. éd. G. 1960, II, 11402, note R. Savatier ; D. 1960, 180 ; R.T.D. civ. 1960, p.298, obs. H. et L. Mazeaud. Ainsi, à titre d'exemple, les juges ont considéré que le dépistage du sida pouvait être assimilé à cette catégorie d'examen de laboratoire dépourvu d'aléa, nécessitant immanquablement, de la part du laboratoire d'analyse, un « *résultat fiable* » : T.G.I. Colmar, 25 octobre 1989, R.D. sanit. Soc. 1991, p.29, obs. L. Dubouis.

⁷¹ L'article 1147 du Code civil dispose que : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

⁷² Soutoul (J.-H.), Pierre (F.), *La responsabilité médicale et les problèmes médicaux légaux en obstétrique*, Maloine 1991 : les statistiques réalisés à l'époque démontraient que 0,5 à 2% des stérilisations féminines par « *ligature-résection des trompes* » se soldaient par un échec, et 1% des stérilisations masculines par « *vasectomies inférieures* » avaient la même issue.

L'aléa thérapeutique issu d'un acte de stérilisation ne peut donc faire peser à la charge du médecin une obligation de résultat.

De part les développements qui viennent de précéder, force est donc de reconnaître qu'en matière de stérilisation, le « simple » échec, ne sera pas susceptible d'engager la responsabilité médicale du professionnel dès lors qu'il aura, au cours de l'intervention, et selon les termes de l'arrêt Mercier, « *donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* »⁷³.

Les juges devront par conséquent apprécier le comportement du médecin au cours de l'acte de stérilisation. S'il est établi que ce dernier n'a pas fait preuve d'un esprit consciencieux et intègre dans l'exercice de son art médical en y intégrant les « *données acquises de la science* », celui-ci sera susceptible de voir sa responsabilité engagée.

Ainsi, les magistrats du Tribunal administratif de Strasbourg ont considéré au sein d'un jugement rendu le 21 avril 1994, que dès lors que seul, l'échec d'une ligature de trompe destinée à interrompre la fécondité pouvant être établi, excluant toute faute du médecin dans l'exercice de son art médical, la responsabilité du professionnel ne pouvait être engagée sur ce seul fondement.

§ 2 : La nécessité d'un préjudice légitime :

Comme cela a pu déjà être indiqué au cœur de nos développements précédents, le préjudice est susceptible de revêtir plusieurs formes. Ainsi, au préjudice corporel, s'additionnent les dommages matériels et moraux, lesquels doivent être réels, certains et légitimes.

D'une manière générale, et selon les préjudices retenus, les juges procéderont à une réparation soit partielle, soit intégrale du préjudice subi par les parents de l'enfant né des suites de l'échec de cet acte médical.

Au regard des solutions retenues en matière d'échec d'acte abortif, le préjudice corporel pourra consister dans le handicap, la maladie ou encore le décès de la mère par suite d'une défaillance dans la réalisation de l'acte de stérilisation.

Sur le plan des préjudices moraux, le fait de devoir recourir à une interruption volontaire de grossesse suite à l'échec de l'acte de stérilisation, peut constituer un dommage.

⁷³ Cf. : Cass. civ., 20 mai 1936, précité, ainsi que Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, également précité.

Cette intervention ne sera possible que si la mère se situe encore dans les délais légaux, douze semaines si l'enfant est en parfaite santé. Là encore, il s'agira de relever le traumatisme chez certaines femmes lié au recours à un acte abortif auquel s'ajoutent parfois les craintes consécutives à l'intervention médicale elle-même.

Néanmoins, au regard des solutions dégagées par la jurisprudence, il semble évident que la naissance d'un enfant en dépit de l'acte de stérilisation, atteint d'aucune tare, ne peut, sur le plan moral, ouvrir droit à réparation au profit de ses parents⁷⁴. La naissance d'un enfant ne peut donc constituer à elle seule un préjudice moral indemnisable, alors même que celle-ci est consécutive à l'échec d'un acte de stérilisation.

Enfin, les différentes charges en relation directe avec l'acte médical fautif pourront être constitutives d'un préjudice matériel.

Ainsi, les frais liés aux soins médicaux, à d'éventuelles nécessités d'hospitalisation, à la consultation de spécialistes, notamment dans le cas où il faudra procéder à une nouvelle interruption volontaire de grossesse pourront faire l'objet d'une indemnisation⁷⁵. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de Grande Instance d'Evreux, en date du 21 décembre 1979 est venu mettre à la charge du médecin à l'origine de la faute médicale, le versement d'une indemnisation tendant à réparer le dommage matériel subi par la mère, à savoir les frais issus d'un voyage à l'étranger que la femme a dû faire pour procéder à une interruption de grossesse⁷⁶.

A ces préjudices matériels, il conviendra d'y ajouter les pertes, de nature pécuniaire, consécutives à une éventuelle perte d'emploi, même temporaire⁷⁷.

Les juridictions se sont trouvées confrontées à des cas d'espèce où les parents, victimes d'une faute du médecin conduisant à l'échec d'un acte de stérilisation, ont voulu obtenir l'indemnisation du préjudice résultant des coûts financiers liés à l'entretien ainsi qu'à l'éducation de l'enfant qui est né. Mais là encore, à l'instar des solutions retenues en matière d'échec d'une interruption volontaire de grossesse, les juges ont rejeté une telle indemnisation

⁷⁴ T.G.I. Nîmes, 10 juin 1980, jugement issu de l'œuvre de MM Soutoul (J.-H.) et Pierre (F.), *La responsabilité médicale et les problèmes médicaux légaux en obstétrique*, Maloine 1991. Les juges ont ici exprimé leur opinion en faveur du rejet d'une telle indemnisation au motif que « sur le plan moral la fécondité est le noble apanage de la femme » et que « l'enfant est le fruit de l'amour unissant ses parents ».

⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 1966, Bull. civ. I, n°26.

⁷⁶ T.G.I. Evreux, 21 décembre 1979, D. 1981, p.185, note J. Penneau.

⁷⁷ Cass. soc., 8 janvier 1965, J.C.P. éd. G. 1965, II, 14138.

surtout parce qu'ils refusaient de reconnaître aux « géniteurs » le préjudice lié à une naissance d'un enfant en parfaite santé.

L'existence d'un préjudice légitime établi, il faut bien garder à l'esprit que pour pouvoir bénéficier d'un dédommagement, les parents se devront de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre la faute du médecin et ce dommage.

§ 3 : L'existence d'un lien de causalité direct :

A l'instar des solutions retenues en matière d'interruption volontaire de grossesse, il convient de relever que les préjudices spécifiques pourront permettre à la mère de s'octroyer un dédommagement. Pour cela, il faudra bien évidemment qu'elle parvienne à prouver l'existence d'un fait dommageable imputable au médecin dont il résulte un préjudice qu'il peut légitimement invoquer devant les juridictions. En d'autres termes, pour évincer toute possibilité d'indemnisation des parents, il faudrait pouvoir démontrer que sans la faute du praticien, les parents auraient tout de même subi ce préjudice.

Si les parents ont tenté de se faire indemniser pour une « naissance non désirée », dans les cas où le praticien avait commis une faute dans l'exercice de son art médical, cette pratique s'est également rencontrée pour les hypothèses où le professionnel avait manqué à son obligation d'information.

Section 2 : La naissance d'un enfant « non désiré » consécutive à un manquement à l'obligation d'information :

D'une manière générale, il serait possible de décrire l'obligation d'information du médecin comme la nécessité qui s'impose à lui de transmettre à son patient certaines informations pertinentes.

Cette obligation générale d'information du médecin trouve son origine au sein de l'article 35 du Code de déontologie médicale et elle s'applique à tous les établissements de soins quelque soit leur nature ⁷⁸.

⁷⁸ Cass. CIV. 1^{ère} : 18 mars 1997 : J.C.P. 1997, II, 22829, rapport P. Sargos : ces dispositions du Code de déontologie médicale ont d'ailleurs déjà servi de fondement à une action en responsabilité intentée à l'encontre d'un médecin. L'énonciation de cette obligation se retrouve également à d'autres niveaux, notamment à l'article L. 1112-1 du Code de la santé publique.

Par conséquent, dans l'hypothèse où une femme donnerait naissance à un enfant qu'elle n'a pas désirée, et ce, parce que le médecin l'a mal informé sur son état de santé, la responsabilité contractuelle de ce professionnel pourra-t-elle être engagée ?

Ces développements vont donc tenter de rechercher s'il est susceptible d'exister ou non une responsabilité médicale dans les cas de figure où la mère s'imagine protégée de toute possibilité de grossesse, dès lors qu'elle a choisi d'exclure cette possibilité par le biais d'un simple test, d'une intervention chirurgicale conduisant à une stérilisation ou encore d'une intervention volontaire de grossesse, et que malgré cela, elle se trouve enceinte. Il s'agit en l'espèce de déceler si le médecin a ou non satisfait à son devoir de renseigner la patiente.

Dans la perspective d'envisager une éventuelle responsabilité du professionnel sur ce fondement, il faut pouvoir justifier de l'existence de toutes les conditions nécessaires à l'obtention d'une indemnité sur le plan de la responsabilité civile.

Sous-section 1 : Le fait dommageable : un manquement à l'obligation d'information du médecin :

Pour tenter de résoudre cette interrogation, l'étude s'orientera autour de deux axes.

De prime abord, il est possible d'imaginer l'hypothèse de la naissance d'un enfant non désirée dès lors qu'il y a eu une défaillance au cours d'un acte médical, laquelle s'est accompagnée d'un défaut d'information de la femme sur son état de santé, à savoir que celle-ci était toujours enceinte. Il s'agira des cas pour lesquels aucune information n'aura été transmise aux parents.

En second lieu, il semblerait intéressant d'appréhender les espèces au sein desquelles le médecin a bien donné une information sur l'état de santé de la mère, mais que celle-ci s'est révélée être erronée.

§ 1 : L'information inexistante :

Que ce soit pour vérifier si une femme est enceinte, ou pour attester de la réussite d'un acte médical tel une stérilisation ou une interruption volontaire de grossesse, le médecin a, à sa charge, l'obligation professionnelle de renseigner ses patients sur leur état de santé.

Cette obligation qui incombe au médecin demeure une obligation de moyens. Toutefois, les juges tendent à la renforcer sans pour autant la qualifier d'obligation de résultat. A ce propos, plusieurs arrêts de la Cour de cassation sont venus préciser qu'elle devait être suffisante,

qu'elle devait permettre de recueillir le consentement libre et éclairé du patient ⁷⁹, et que même les risques présentant un caractère exceptionnel ne sauraient être exclus ⁸⁰.

Pour une tentative de définition de ce devoir qui incombe au médecin d'informer la patiente, il est possible de prendre comme référence, à titre d'exemple, deux arrêts de la Cour de cassation en date du 7 octobre 1998 ⁸¹, au sein desquels les juges précisaient que cette obligation réside dans une « *information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés* » ⁸², rejetant toute possibilité d'exonération de sa responsabilité dans cette hypothèse, alors même que ces risques ne pourraient se produire que d'une manière exceptionnelle ⁸³.

Il est bien évident que ce principe comporte des limites pour tous les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus de la part du patient de recevoir cette information. En témoignent les articles 36 et 41 du Code de déontologie médicale ⁸⁴ ainsi que 16-3 du Code civil ⁸⁵.

Il importe également de souligner que le seul fait que l'intervention médicale soit nécessaire et inévitable pour soigner le patient ne justifie pas un manquement à son devoir de la part du praticien ⁸⁶.

Il faut ajouter que la jurisprudence ⁸⁷, ainsi que le législateur, au sein du Code de déontologie médicale ⁸⁸, ont bien précisé qu'en cas de pluralité de médecins pour un même patient, chacun doit s'assurer que ce dernier a bien reçu les renseignements appropriés.

⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 juillet 1999 : Bull. civ. I, n°250 ; D. 1999, Somm. 393, observations Penneau. Voir aussi : Conseil d'Etat, 5 janvier 2000 : D. 2000, I.R., p. 28 ; J.C.P. éd. G. 2000, II, 10271, note Moreau ; Petites affiches 25 février 2000, note Clément.

⁸⁰ Antérieurement, les juridictions admettaient que l'obligation d'information du médecin ne couvrait pas les risques qui ne se réalisent qu'exceptionnellement : Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991 : Bull. civ. I, n°5.

⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, *Mme Castagnet c/ Clinique du Par cet autres, M. R.c/ M. Meignie et autres* (deux espèces) : J.C.P. éd. G. 1998, II, 10179, conclusions J. Sainte-Rose, note P. Sargos. Dans le même sens, il est possible de relever un arrêt plus récent : Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2000 : req. n°98-19.332.

⁸² L'article 35 du Code de déontologie médicale dispose, au sein de son 1^{er} alinéa, que : « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension* ».

⁸³ Conseil d'Etat, 17 mai 2000, *Mme Canas*, J.C.P. éd. G. 2001, II, 10462, note E. Savatier.

⁸⁴ L'article 36 du Code de déontologie médicale à son alinéa 3 que : « *...Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité...* ». Cf. également article 41 du même Code : précité.

⁸⁵ L'article 16-3 du Code civil dispose que : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne.* »

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *Mme Meiffren c/ M. Espagno et autres* : Petites Affiches 2000, n°220, p.10, note J.-F. Barbière.

⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 octobre 1997, *Consorts Guyomard c/ Mme Lelay* : Resp. civ. et assur. 1997, n°12, comm. n°372. Au cœur de cet arrêt, les juges ont rappelé que « *ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription* ».

Enfin, rappelons que c'est au médecin qu'il incombe de rapporter la preuve qu'il a bien satisfait à son obligation d'information et ce, depuis un revirement jurisprudentiel opéré par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 25 février 1997⁸⁹. Les juridictions administratives ont, elles aussi, adhéré à cette position⁹⁰. Cette preuve peut être réalisée par tous moyens⁹¹.

Il convient toutefois de relever que cette information peut se situer à différents niveaux. Tout d'abord, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si il peut être reproché à un médecin de n'avoir pas informé ses patients sur les possibilités de recours à une stérilisation ou à une interruption volontaire de grossesse.

A°/ Le défaut d'information relatif aux possibilités thérapeutiques :

L'hypothèse à laquelle les juges sont susceptibles de se trouver confronté, est celle où les parents tentent d'engager la responsabilité de leur médecin au motif que ce dernier ne les a pas informé sur la possibilité pour eux d'avoir recours à un acte de stérilisation eu égard aux complications rencontrées à chaque grossesse de la mère, ou à une interruption volontaire de grossesse. En effet, la faute du médecin peut consister en une abstention, à savoir le fait que celui-ci ait omis de réaliser les examens nécessaires ou de communiquer au patient des informations indispensables. Par conséquent, il est loisible de s'interroger sur le fait de savoir si l'obligation d'information du médecin recouvre ou non la charge pour lui de devoir renseigner ses patients sur toutes les possibilités thérapeutiques qui s'offrent à eux.

⁸⁸ L'article 64 du Code de déontologie médicale dispose que : « *lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade* ».

⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *M. Hédreul c/ M. Cousin et autres* : Bull. civ. I, n°75 ; D. 1997, Somm. 319, obs. Penneau ; Gaz. Pal. 1997.1.274, rapport Sargos, note Guigüe ; Contrats, conc., consom., 1997, comm. 76 et chron. 5 ; R.T.D. civ. 1997, p.434, obs. Jourdain ; Defrénois 1997, p.751 ; J.C.P. éd. G. 1997, I, 4025, n°7 et s., observations Byk ; Resp. civ. et assur. 1997, chron. p. 8. Au sein de cet arrêt, les juges ont précisé que : « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* », et ce, au visa de l'article 1315 du Code civil qui dispose que : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.*

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

⁹⁰ Conseil d'Etat, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot* (deux espèces) : R.F.D.A. 2000, n°3, p. 641, conclusions D. Chauvaux et p. 654, note P. Bon ; A.J.D.A. 2000, n°2, P. 180-183 et p. 137, chronique M. Guyomar et P. Collin ; J.C.P. éd. G. 2000, II, 10271, note J. Moreau ; R.D.S.S. 2000, n°2, p. 357, note L. Dubouis ; L'Entreprise Médicale 2000, n°198, p.6, note P. Fombeur ; Dr. adm. 2000, n°2, comm. n°46, note Cl. Esper ; Petites Affiches 2000, n°3, p.15, note C. Clément. Au sein de cet arrêt, les juges ont précisé que le médecin devait prouver que cette information avait été « *effective, de qualité et compréhensible pour le patient* ».

⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, *Société La Médicale de France et autres c/ Consorts K. et autres* : D. 1999, p.21, note S. Porchy.

Il est bien évident que, d'une manière générale, le médecin y est contraint pour tous les actes chirurgicaux, thérapeutiques qui sont susceptibles de sauver la vie du patient et qui, en raison de leur spécificité, ne sont pas susceptibles d'être connus du patient⁹². A ce propos, il est nécessaire de préciser que le professionnel doit adapter l'information à son patient. Cela signifie que si le patient est un autre médecin, l'information ne sera pas identique à celle donnée à une personne totalement étrangère au domaine de la médecine.

Le patient pourra ou non suivre le conseil donné par son médecin et, en cas de refus de sa part, il ira de l'intérêt du médecin de « *se préconstituer une preuve, en demandant à son client une déclaration écrite* »⁹³.

Néanmoins, il semble difficilement justifiable de considérer que le défaut d'information relative à la possibilité d'un recours à une stérilisation ou à une interruption de grossesse soit de nature à engager la responsabilité médicale, dès lors que de telles perspectives sont connues de tous. Cette solution est d'autant plus vraie quant il ne s'agit pas de vie ou de mort, et que l'enfant à naître ne serait atteint d'aucune maladie, d'aucun handicap grave.

Dans le cas contraire, le médecin doit renseigner la patiente sur ces possibilités de recours, dès lors qu'une grossesse comporte un risque pour elle ou pour l'enfant.

La jurisprudence a considéré, au sein d'un jugement rendu par le Tribunal administratif de Toulouse le 27 mars 1984, que l'action des parents tendant à engager la responsabilité du médecin au motif que ce dernier ne leur a pas proposé un acte de stérilisation devait être rejetée⁹⁴. Et cette solution semble se justifier aisément dès lors que le couple reprochait précisément au médecin de ne pas avoir procédé lui-même à la section des trompes après la troisième grossesse. Or, il est bien évident que le médecin ne pouvait réaliser une telle intervention sans le consentement préalable de l'intéressé⁹⁵.

⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1995 : D. 1995, I.R., p.120.

⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1961 : Gaz. Pal. 1962, 1, p.219.

⁹⁴ T.A. Toulouse, 27 mars 1984, R.H.F. 1984, p.1155. En l'espèce, les demandeurs reprochaient à l'accoucheur ce défaut de renseignement sur la possibilité pour eux de bénéficier d'une intervention stérilisatrice sur les trompes après la troisième césarienne. « *Le couple informé des risques médicaux d'une nouvelle grossesse avait utilisé une contraception pendant trois ans, mais une quatrième grossesse est survenue, menée à terme sans rupture utérine, se terminant par une quatrième césarienne. La demande d'indemnisation du préjudice du fait de la non-section des trompes après la troisième grossesse a été rejetée* ».

⁹⁵ Témoignage de l'admission d'une telle solution, à savoir la nécessité d'un consentement préalable de l'intéressé pour tout acte de stérilisation : C.E., 29 janvier 1988 : Gaz. Pal. 1988, 1, Som. p.226. Dans cette affaire, « *une patiente âgée de 26 ans est stérilisée sans consentement préalable au cours d'un accouchement par césarienne. La faute est incontestable* ». Il est aussi possible de relever : Cour d'appel de Dijon, 29 décembre 1990 : Gaz. Pal. 1994, 2, Som. p. 598. La Cour d'appel a clairement précisé que : « *Une ligature tubaire sans nécessité médicale incontestable et sans consentement préalable a été pratiquée, ce qui constitue une faute médicale* ».

Ayant satisfait à cette obligation, le médecin n'en est pas moins libéré, et il demeure pour lui la nécessité d'éclairer ses patients à d'autres niveaux.

B°/ Le défaut d'information relatif aux risques d'échec des actes médicaux :

Ainsi, dans le cadre de la réalisation d'un acte médical, il peut s'agir de l'information donnée antérieurement à sa réalisation sur les risques que comporte cette intervention médicale tant pour le patient, que sur les possibilités d'échec de cet acte.

Tout d'abord, le point de savoir si le professionnel doit informer ses patients sur les conséquences de l'intervention sur l'état de santé de sa patiente est indiscutable. Ainsi, le chirurgien devra bien préciser à sa patiente les risques de stérilisation qu'elle encourt par la suite en décidant de réaliser une interruption volontaire de grossesse. D'ailleurs, le législateur lui même avait prévu cette obligation à la charge du médecin à l'article L. 2212-3 1° du Code de la santé publique⁹⁶.

Mais dans le cadre de notre étude, ce qui présente le plus d'intérêt réside dans l'étude de la responsabilité médicale en cas de défaut d'information sur les risques d'échec d'une stérilisation ou d'une interruption volontaire de grossesse, lesquels conduiraient à une grossesse non désirée. D'ailleurs, à ces hypothèses pourraient être assimilés les cas de défaut d'information sur les risques d'erreur d'un diagnostic.

La règle instaurée par le droit prétorien, tant en matière judiciaire qu'administratif, veut que le professionnel renseigne obligatoirement ses patients sur les risques d'échec d'une intervention à moins que ceux-ci ne comportent un caractère exceptionnel⁹⁷. Cette solution se justifie aisément par le fait que, face à l'inconnue que représente pour lui la science médicale, le patient a tendance à faire totalement confiance aux praticiens. Alors comment préserver cette confiance si parfois il risque de se produire, suite à ces interventions médicales, des conséquences dommageables pour ce « client de la médecine », dont il n'a même pas été informé et pour lesquels risques il n'a donc pas non plus consenti. Peut-être une femme préférera t'elle, après mûre réflexion, garder son enfant plutôt que de recourir à une

⁹⁶ L'article L. 2212-3 1° du Code de la santé publique dispose que : « *Le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, dès la première visite :*

1° Informer celle-ci des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternité futures, et de la gravité biologique de l'intervention qu'elle sollicite ;... ».

⁹⁷ En matière judiciaire : Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1973 : J.C.P. 1975, II, 17955, note R. Savatier.

En matière administrative : Conseil d'Etat, 4 avril 1990 : *C.H.R. de Toulouse c/ Mme Gibrac* : req. n°61.132.

intervention volontaire de grossesse, dès lors qu'elle aura été informée du fait que cette intervention comporte des risques pour elle de la rendre stérile pour l'avenir ⁹⁸!

A l'instar des juridictions judiciaires, le juge administratif est venu conforter la solution selon laquelle, en matière d'acte médical de stérilisation, il incombe à tout chirurgien une obligation d'information à l'égard de sa patiente, information relative à l'existence d'un risque d'échec « *précisément parce que l'opération a pour finalité d'empêcher à l'avenir toute grossesse* ».

En effet, le 9 mai 1983, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation avait posé cette obligation d'information à la charge du médecin sur l'existence « *d'un risque résiduel d'une nouvelle grossesse* » dans le cadre de la réalisation d'une opération tendant à la ligature des trompes de sa patiente ⁹⁹. Cette solution s'est vue confirmée notamment par la Cour administrative d'appel de Nancy, dans un arrêt rendu en date du 30 septembre 1993, dit *Mme Legrand* ¹⁰⁰, ainsi que par un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg, rendu le 21 avril 1994 ¹⁰¹.

Au regard de ce courant jurisprudentiel, il ne fait nul doute qu'en matière d'avortement, il faille appliquer cette même solution, à savoir l'obligation pour le médecin de renseigner sa patiente sur le fait que cette intervention puisse échouer, dès lors que celle-ci a pour seule finalité d'interrompre la grossesse en cours.

Une possibilité s'offre au médecin de prévenir de tels contentieux, il s'agit de celle qui consisterait à organiser son information par le biais de la rédaction systématique d'un formulaire, lequel serait signé par le patient et qui comporterait tous les renseignements clairs et précis, notamment quant aux risques d'échec de cette intervention, ce qui constituerait pour lui une preuve par écrit, le mode probatoire par excellence ¹⁰². Nul ne doute que cet écrit, devra

Il faut également noter que l'exception, issue du caractère exceptionnel du risque et qui tend à exonérer le praticien, ne joue pas dans les hypothèses où une intervention identique avait déjà été réalisée sur cette même personne : pour illustrer ces propos : Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1994 : req. n°92-13.518.

⁹⁸ La responsabilité du médecin a déjà été retenue au motif qu'il n'avait pas révélé les risques pour son patient de devenir stérile suite à l'intervention médicale dont il avait fait l'objet. Pour illustrer ces propos, il est possible de relever un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 17 mai 2000 : Conseil d'Etat, 17 mai 2000, *M. Canas* : J.C.P. éd. G. 2001, II, 10462, note E. Savatier.

⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère} : 9 mai 1983 : Bull. civ., I, n°140.

¹⁰⁰ C.A.A. Nancy : 30 septembre 1993, *Mme Legrand*, req. n°92NC00655.

¹⁰¹ T.A. Strasbourg : 21 avril 1994 : *Mme Mannheim c/ Hospices civils de Colmar*, R.F.D.A. 1995, n°6, p.1222, concl. J. Martinez.

¹⁰² Ce formulaire serait réalisé dans le même état d'esprit que le dossier-guide que le médecin a l'obligation de fournir à la mère qui veut avorter, lors de la première consultation. En effet, l'article L. 2212-3 2° du Code de la

nécessairement s'accompagner d'explications orales pour être sûr que le patient ait bien compris.

Mais l'obligation d'information s'étend t'elle au delà de la réalisation de l'acte médical ?

C°/ Le défaut d'information relatif au succès de l'intervention :

Pour satisfaire pleinement à ses devoirs relatifs à l'information de ses patients, le médecin se devra de leur confirmer si oui ou non l'intervention médicale se conclura par un succès.

En effet, le médecin a, à sa charge, l'obligation de vérifier que l'acte auquel il a procédé s'est bien déroulé et a réussi.

En matière d'intervention médicale tendant à une stérilisation ou à une interruption de grossesse, le médecin devra donc, postérieurement à l'acte, vérifier que celles-ci furent fructueuses et que la mère ne pourra plus se trouver ou, n'est plus enceinte. Pour cela, le professionnel devra notamment avoir recours à un diagnostic prénatal pour constater si la femme qui a procédé à un acte abortif, est bien libérée de sa grossesse.

Par conséquent, le médecin qui n'aura pas pris toutes les dispositions nécessaires pour apprécier le bon dénouement de son intervention, sera considéré comme responsable au regard du droit de la responsabilité.

Néanmoins, le professionnel ne doit pas s'imaginer libéré sur le plan de la responsabilité civile au motif qu'il a renseigné ses patients, encore faut-il que cette information eût été correcte.

santé publique dispose que : « *Le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, dès la première visite : ...*

2° Lui remettre un dossier-guide, mis à jour au moins une fois par an, comportant notamment :

- a) *Le rappel des dispositions de l'article 1^{er} de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975, ainsi que des dispositions de l'article L.2212-1 du présent code qui limite l'interruption de la grossesse au cas où la femme enceinte se trouve placée par son état dans une situation de détresse ;*
- b) *L'énumération des droits, aides et avantages garantis par la loi aux familles, aux mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que des possibilités offertes par l'adoption d'un enfant à naître ;*
- c) *La liste et les adresses des organismes visés à l'article L.2212-4, ainsi que des associations et organismes susceptibles d'apporter une aide morale ou matérielle aux intéressés ;*
- d) *La liste et les adresses des établissements où sont effectués des interruptions volontaires de la grossesse.*

Un arrêté précise dans quelles conditions les directions départementales des affaires sanitaires et sociales assurent la réalisation et la diffusion des dossiers-guides destinés aux médecins ».

Il convient de relever que le non respect de la part du médecin de son obligation de renseignement constitue une faute disciplinaire : c'est ce qui ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat : Conseil d'Etat, 8 février 1980, *Maugard* : D. 1981, I.R., 254, observations J. Penneau.

§ 2 : La délivrance d'une information erronée :

De prime abord, il convient de relever la nécessité pour le médecin d'informer son patient sur les risques liés à la fiabilité de l'examen en matière de diagnostic prénatal.

Ainsi, concernant une stérilisation ou une interruption de grossesse, le médecin doit prévenir ses patientes sur les éventuelles erreurs de ces tests permettant de connaître la réussite ou non de ces interventions médicales. En effet, à l'instar des solutions retenues en matière d'information sur les risques d'échec de tels actes, la finalité de ces tests demeure la même que précédemment, à savoir, le fait d'empêcher toute grossesse future ou encore d'assurer que la grossesse est interrompue. Ces examens « post-opératoires » constituent en fait la continuité de l'intervention médicale réalisée sur la patiente, conservant ainsi le même but à atteindre, et donc la même information à l'égard de ces patientes.

La justification de l'admission de la responsabilité du médecin dans le cadre de la délivrance d'une information réside dans le fait que le praticien a manqué à son obligation de délivrer une information complète et circonstanciée.

Néanmoins, ce manquement du professionnel devra indéniablement être à l'origine d'un préjudice légitime.

Sous-section 2 : Le caractère indemnisable du préjudice :

Afin d'obtenir pleinement satisfaction sur le plan de la responsabilité civile, la victime devra justifier, après avoir démontré la faute du défendeur, de l'existence d'un préjudice, ainsi que d'un lien de causalité entre ce dommage et cette faute. Mais là encore, il faut se garder de permettre une indemnisation des parents qui invoquent le seul préjudice de la naissance de leur enfant, lequel est en parfaite santé, et cela, à la lueur de la solution retenue pour les hypothèses d'échec d'acte abortif ou de stérilisation.

Le dommage subi par la victime pourra prendre différentes formes.

§ 1 : La réparation des préjudices spécifiques :

De prime abord, il s'agira des préjudices corporel, matériel et moral spécifiques liés à l'échec de l'intervention médicale, tels qu'ils ont déjà été édictés au sein de la 1^{ère} section de ce chapitre, et qui engendreront les mêmes formes de réparations.

Ainsi, en tant que préjudice physique, la femme pourrait invoquer les éventuelles complications liées à l'accouchement qui n'auraient pas dû être si le médecin avait satisfait à son obligation de renseignement en opérant les examens post-opératoires qui auraient permis de déceler la grossesse.

Ou encore, le dommage matériel issu des dépenses supplémentaires engendrées par l'état de santé de la femme, à savoir les frais d'hospitalisation consécutifs à l'accouchement, ou les pertes de salaires consécutives à l'état de santé de la femme. De toutes les façons, pour que ces préjudices trouvent à se voir indemnisés, il faut pouvoir justifier de l'existence d'un lien de causalité direct entre le fait dommageable, à savoir la faute du médecin, et ce dommage.

Mais aux côtés de ces possibilités d'indemnisation de ces dommages spécifiques, les parents pourront obtenir réparation en invoquant d'autres causes.

§ 2 : *L'évocation de la théorie de la perte d'une chance :*

Face à cette faute du médecin, il sera alors possible, pour les parents, d'invoquer une réparation sur le fondement de la perte d'une chance dès lors que, en omettant de réaliser les examens post-opératoires qui auraient permis de déceler chez la patiente qui venait de subir une interruption de grossesse, un échec de cette dernière, la femme aurait su qu'elle était toujours enceinte et aurait, par ce biais, réclamé une nouvelle intervention à caractère abortif.

A°/ La privation de la liberté d'avorter :

La femme, faisant l'objet d'une grossesse, aurait pu recourir à un avortement, or, le manquement à son obligation d'information par le médecin aura eu pour conséquence directe de la priver de sa liberté de recourir à une interruption volontaire de grossesse.

La privation de cette liberté, consacrée par la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse du 17 janvier 1975, fera l'objet d'une réparation au profit de la mère sur le fondement de la théorie de la perte d'une chance.

En effet, suite au défaut de renseignement dont elle a fait l'objet, la mère n'a pu éviter cette grossesse dont elle se croyait libérée. Ainsi, elle a perdu une chance de pouvoir se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé¹⁰³, à savoir une grossesse arrivée à terme. Seule la mère peut se prévaloir d'un tel fondement au motif que c'est sa propre liberté qui a fait l'objet d'une violation, et non celle du père. En effet, elle reste l'unique bénéficiaire de ce

choix d'avoir ou non recours à une interruption volontaire de grossesse. Toutefois, pareille indemnisation ne sera possible que sous certaines conditions.

B°/ Une réparation excluant le doute :

Il ne fait nul doute qu'une telle réparation ne pourra être accordée par les juges s'il subsiste un doute quant au fait que la mère aurait réellement eu recours à une interruption volontaire de grossesse. Tel fut le cas pour une affaire que le Conseil d'Etat a eu à connaître. C'est pourquoi, le 5 janvier 2000, les juges administratifs ont décidé de rejeter toute indemnisation puisque la décision du patient, lequel soulevait un manquement à son obligation d'information du médecin, était hypothétique. Il justifia sa position par le fait qu'il subsistait, concernant le lien de cause à effet entre la faute du praticien et le préjudice subi, un doute.

Par conséquent, pour pouvoir arguer de la théorie de la perte d'une chance dans ces hypothèses, la mère doit pouvoir démontrer que toutes les conditions nécessaires à la réalisation d'un tel acte étaient réunies afin que celle-ci eût été recevable sur un plan légal.

De prime abord, la mère peut invoquer la perte d'une chance de pouvoir recourir à une intervention volontaire de grossesse, dès lors que « *son état* » la plaçait « *dans une situation de détresse* ». Il convient de se référer aux conditions posées par l'article 2212-1 du Code de la santé publique qui n'admet cette intervention que dans le cas où sa grossesse place la mère dans une « *situation de détresse* », et uniquement pendant les douze premières semaines de la grossesse. Ainsi, le délai légal devra être respecté, si les douze semaines étaient écoulées, elle ne pourrait revendiquer la perte de chance d'avoir recours à cet acte. De même, cette femme devra justifier de l'existence de « *sa situation de détresse* ».

Néanmoins, face à l'existence de ces conditions imposées par le législateur, il n'en demeure pas moins que nul ne peut être certain de l'initiative qu'aurait pris la mère si elle avait eu connaissance de la maladie dont souffrait l'enfant qu'elle portait. En effet, aujourd'hui peut-elle affirmer qu'elle aurait eu recours à un acte abortif ? Mais la question qui se pose vraiment est de chercher à connaître qu'elle aurait été sa véritable réaction face à une telle nouvelle ? Il est très difficile de savoir si oui ou non, elle aurait réellement fait le choix de l'avortement après mûre réflexion, ou si elle aurait abandonné cette perspective. C'est d'ailleurs le but recherché par la loi de 1975, à savoir que cette décision doit avoir été mûrement réfléchie. Le

¹⁰³ G. Mémenteau, *Perte de chances et responsabilité médicale*, Gaz. Pal. 1997, Doct., Numéro spécial *Droit de la santé*, p. 1367. C. Ruellan, *La perte de chance en droit privé*, R.R.J. 1999, n°3, p. 729.

législateur a effectivement prévu, l'obligation, pour les praticiens ainsi que la femme enceinte, de respecter des délais de réflexion et que soit réitérée une telle demande. Peut-être que face à l'ampleur d'un tel geste, elle aurait préféré garder cet enfant qu'elle portait.

Finalement, si les conditions avaient été réunies et qu'il ne fait nul doute que la femme aurait eu recours à cette intervention, le juge aurait pu statuer en faveur d'une indemnisation de ce préjudice fondée sur la perte d'une chance d'avoir recours à un acte abortif. Mais dans ce cas, il est loisible de se demander quel aurait été le montant de l'indemnisation ?

C°/ L'évaluation de la réparation du préjudice :

Il est bien évident que si l'existence d'une perte de chance est établie, la réparation qui en résultera ne pourra être que partielle dès lors que sur ce fondement, il s'agit d'indemniser uniquement le fait que l'on ait perdu une chance de pouvoir échapper à ce risque ¹⁰⁴. Ce préjudice issu de la perte d'une chance est distinct des atteintes corporelles découlant de l'intervention.

Dans ce domaine, pour fixer l'indemnisation sur le fondement de la perte de chance, le juge va opérer une comparaison entre les dommages résultant de l'intervention et ceux qui seraient survenus en l'absence de réalisation de l'intervention médicale ¹⁰⁵. Toutefois, dans l'étude qui nous intéresse, il est certain que cela signifie que le juge aurait à comparer entre l'existence d'une grossesse, et l'existence d'une grossesse. Ainsi, comme il peut être constaté, ce manquement à son obligation d'information par le médecin conduit le patient à ne pas pouvoir bénéficier de la finalité de l'acte médical.

¹⁰⁴ Ainsi, un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 15 décembre 1999, est venu préciser que « le manquement à l'obligation d'information prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération ». Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1999 : Resp. civ. et assur. 2000, n°3, comm. n°91.

¹⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, *M. R. c/ M. Meignie et autres* : précité. De même, Conseil d'Etat, 5 janvier 2000 : précité : les juges y ont précisé que : « pour évaluer la fraction du dommage imputable à la perte de chance, il fallait procéder à un rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les risques encourus en cas de renoncement à ce traitement ».

CHAPITRE 2 : La naissance d'un enfant handicapé :

Face à la naissance d'un bébé infirme et, ou malade à laquelle s'ajoute une faute d'un professionnel de la médecine, les parents vont, le plus souvent, chercher à responsabiliser le corps médical. Mais la part de responsabilité du praticien différera selon que son erreur sera à l'origine du handicap ou que cette maladie était inhérente au patrimoine génétique de l'enfant.

Section 1 : La faute du médecin à l'origine du handicap :

Malgré l'évolution de la science qui atteint des degrés de précisions impressionnants, il demeure néanmoins, dans le domaine médical, inéluctablement la nécessité de conserver l'intervention des hommes, lesquels présentent l'avantage indéniable de pouvoir s'adapter avec rapidité à des situations imprévues. Toutefois, le médecin n'est jamais à l'abri d'une méprise, laquelle peut conduire à des conséquences plus ou moins regrettables. Ainsi, une erreur médicale sur une femme enceinte peut générer des conséquences graves et médicalement irréparables sur l'enfant à naître qu'il faut pouvoir indemniser. Voilà là la finalité de la mise en œuvre de la responsabilité médicale, laquelle se trouve toutefois conditionnée.

Sous-section 1 : Le fait dommageable du médecin à l'origine du handicap :

Les développements qui ont précédé ont révélé, dans les rapports entre les médecins et leurs patients, des obligations de nature contractuelle. En effet, depuis l'arrêt Mercier de 1936, les parents de l'enfant né handicapé consécutivement à une erreur du praticien pourront engager la responsabilité contractuelle du médecin.

Ainsi, toute faute, même légère ¹⁰⁶, même non intentionnelle ¹⁰⁷ est susceptible d'engager la responsabilité du médecin .

¹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 1963, D. 1964, 81, note R. Savatier ; Gaz. Pal. 1964, 1, p.8 ; R.T.D.civ. 1964, p.309, obs. Tunc.

¹⁰⁷ Cass. civ., 20 mai 1936, *Mercier* : précité. Toutefois, ces caractères porteront leur poids au moment de la fixation de la réparation à accorder.

Le principe demeure, depuis cette jurisprudence, une obligation de moyens à la charge du médecin. Cette solution se justifie par l'existence d'un aléa thérapeutique ¹⁰⁸.

En effet, un praticien ne peut connaître à l'avance les réactions propres de chaque patient pour chaque traitement ou intervention médicale.

Il subsiste pourtant des interventions médicales qui génèrent une obligation de résultat à la charge du médecin dès lors qu'elles sont dépourvues d'aléas. Le médecin qui n'aura alors pas fourni le résultat attendu verra sa responsabilité engagée et il ne parviendra à s'en exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère à l'origine du dommage. Ainsi, en matière de test de dépistage du sida, si le laboratoire d'analyse ne fournit pas « *un résultat fiable* », il verra immédiatement sa responsabilité retenue sur le fondement de l'article 1147 du Code civil ¹⁰⁹. Cette erreur commise sur une femme enceinte pourra avoir de graves répercussions sur l'enfant à naître ¹¹⁰.

Mais c'est cette obligation générale de prudence et diligence qui demeure la règle et ce, en vertu de l'article 1137 du Code civil ¹¹¹. Au regard de la définition qui en est donnée par l'arrêt Mercier, pour y répondre, le médecin doit respecter deux choses, l'obligation d'assurer des « *soins consciencieux et attentifs* », mais également, ces soins doivent être « *conformes aux données acquises de la science* ».

Ainsi, si le médecin a employé du matériel pour soigner sa patiente enceinte, celle-ci pourra obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de la responsabilité contractuelle ¹¹² dès lors que le dommage s'est produit dans le cadre de l'exécution du contrat et que le matériel utilisé par le praticien était nécessaire à l'exécution du contrat ¹¹³ et a participé activement à la

¹⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000 : Juris-Data n°006741 ; Petites Affiches 2000, n°241, p.14, note S. Prieur.

¹⁰⁹ L'article 1147 du Code civil dispose que : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

¹¹⁰ Cour d'appel de Toulouse, 14 décembre 1959 : J.C.P. éd. G. 1960, II, 11402, note R. Savatier ; D. 1960, 180 ; R.T.D. civ. 1960, p.298, obs. H. et L. Mazeaud.

¹¹¹ L'article 1137 du Code civil dispose que : « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.*

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent ».

¹¹² En effet, avec l'arrêt Mercier qui proclamait une responsabilité contractuelle du médecin, le principe du non-cumul des responsabilités poussait à exclure l'admission parallèle de toute responsabilité fondée sur l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil. Cette disposition précise que : « *On est responsable (sur le plan délictuel) non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde...* ».

¹¹³ Cour d'appel de Bordeaux, 10 décembre 1992 : Juris-data n°047166.

réalisation du dommage. Il s'agit en l'espèce d'une obligation dite de « sécurité – résultat »¹¹⁴. Tel est le cas d'une patiente enceinte qui tombe d'une table d'examen en essayant d'en descendre parce que celle-ci était trop haute puisque mal réglée suite à une défaillance du mécanisme de cette table. Cette chute ayant eu des conséquences désastreuses sur l'enfant qu'elle portait¹¹⁵.

En matière d'infections nosocomiales, il existe une présomption de faute à l'encontre des médecins. En effet, il a été jugé par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt rendu le 16 juin 1998¹¹⁶, que le fait qu'une patiente ait contracté « *une infection sans rapport avec son état initial ou l'évolution prévisible de cet état* »¹¹⁷ sachant qu'elle ne résultait pas d'un fait extérieur mais bien d'une faute du professionnel, ce dernier verra sa responsabilité engagée. Cela signifie que si, suite à une opération réalisée sur une femme enceinte, celle-ci fait l'objet d'une infection nosocomiale et que l'enfant qu'elle porte s'en trouve atteint, elle pourra obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi ainsi que son enfant.

Autre domaine visé, celui de la transfusion sanguine. La femme enceinte qui donne son sang pourra engager la responsabilité du centre dans l'hypothèse où elle contracterait une infection susceptible d'être transmis à son enfant. Il s'agit, à la charge de ce centre, d'une obligation de résultat¹¹⁸. Si cette femme enceinte devait recevoir du sang qui la contaminerait, à la différence des solutions antérieures, une obligation de résultat à la charge du centre à l'origine de la transfusion reste de rigueur. Tandis qu'auparavant, antérieurement à la transposition en droit français de la directive relative aux produits défectueux, à l'exception des

¹¹⁴ A titre d'illustration, il est possible de relever les propos retenus par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation qui sont les suivants : « *S'il est exact que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation et de soins, ...* » : Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1999 : J.C.P. éd. G. 2000, II, 10251, note Ph. Brun ; D. 2000, p.117, note P. Jourdain ; J.C.P. éd. G. 2000, I, 243, n°6, chron. G. Viney ; Petites Affiches, 10 avril 2000, p.46, note E. Imbert ; Petites Affiches, 26 octobre 2000, obs. Dagorne-Labbé ; Resp. civ. et ass. 2000, comm. n°61.

¹¹⁵ Interprétation a contrario de l'arrêt précité : Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1999.

¹¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, *S.A.R.L. Clinique de Belledonne* : J.C.P. éd. G. 1998, IV, 2807 ; R.D.S.S. 1999, p.570, obs. G. Mémeteau ; D. 1998, I.R., p.190 ; D. 1999, Jurisp., p.653, note V. Thomas. Par le biais de cet arrêt, les juges ont précisé que : « *une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par le patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à laquelle doit être assimilée une salle d'accouchement, à moins de prouver l'absence de faute de sa part* ».

¹¹⁷ Définition tirée de : Cour d'appel de Paris, 19 mars 1999, *Société Axa Assurances c/ Clinique du sport et autres* : D. 1999, I.R., p.124.

¹¹⁸ L'ancien article L. 668-10 du Code de la santé publique dispose que : « *L'Etablissement français du sang assume, même sans faute, la responsabilité des risques encourus par les donneurs à raison des opérations de prélèvement.*

Il doit contracter une assurance couvrant sa responsabilité du fait de ces risques ».

De même : Cass. civ. 1^{ère}, 12 avril 1995, *Martial* : J.C.P. éd. G. 1995, II, 22467, note P. Jourdain.

cas d'hépatite C, seule une obligation de moyens incombait à ces centres de transfusion sanguine à l'égard des personnes qui recevaient le sang.

De même, la mère peut relever à l'encontre de l'hôpital ou de la clinique, et à l'origine de son préjudice, un « *défaut d'organisation et de fonctionnement du service maternité* ». Ce fut la solution adoptée tant par les juges judiciaires qu'administratifs. La responsabilité d'une clinique a été retenue suite au handicap de l'enfant au motif que, en raison de l'absence d'un médecin, il n'a pas été réalisé de diagnostic chez un enfant qui venait de naître, lequel tendant à vérifier son état de santé ¹¹⁹. Cette faute du médecin a généré la naissance du jumeau de cet enfant dans les mêmes circonstances, ce qui fait que les enfants n'ont pas pu être soignés à temps. La même solution a été retenue par le Conseil d'Etat, sanctionnant l'absence de l'anesthésiste de garde ¹²⁰.

Il faut également noter que, par deux arrêts rendus le 23 mai 2000, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation est venue assimiler la maladresse d'un chirurgien à une faute et ce dans le but de favoriser l'indemnisation des victimes ¹²¹. Ainsi, même si la Haute juridiction ne proclame pas ici à la charge du médecin une obligation de résultat dans la réalisation des soins à son patient, il n'en demeure pas moins qu'elle l'oblige par ce biais à donner des soins encore plus attentifs et consciencieux, sachant que pour s'exonérer de sa responsabilité, le médecin devra pouvoir démontrer que « *ce résultat était pour lui inévitable* ».

A cela s'ajoute le fait que le législateur ait strictement réglementé certains secteurs ainsi que certaines pratiques eu égard à l'importance des domaines concernés.

Par conséquent, il importe de garder à l'esprit que l'acte médical conduisant à un avortement est strictement encadré par la loi étant donné les risques de dérives qu'il fait craindre. Ce sont le Code de la santé publique ainsi que le Code pénal qui tendent à régir la matière.

Ainsi, à titre d'exemple, la mère pourra tenter d'engager la responsabilité du médecin au motif que l'avortement a échoué générant la naissance d'un enfant handicapé, sachant que l'acte abortif manqué est à l'origine du handicap de l'enfant. L'indemnisation pourra être retenue dans l'hypothèse où le médecin qui a réalisé l'acte n'aura pas employé « *tous les*

¹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1994 : Lexis n°205, pourvoi n°92-13.268.

¹²⁰ Conseil d'Etat, 6 mai 1988, *C.H. de Beauvais* : Rec. C.E., tables, p.1006.

¹²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000 (deux arrêts), *Mme Romme et Sté Le Son Médical* : Bull. civ. I, n°153 ; J.C.P. éd. G. 2000, IV, n°2218 et 2219.

moyens permettant la pratique correcte » de l'interruption volontaire de grossesse ¹²², et ce, en vertu des alinéas 4 et 6 de l'article L.2212-8 du Code de la santé publique ¹²³.

Dans la perspective d'illustrer ces propos, il est possible de citer un arrêt rendu par le Conseil d'Etat, le 27 septembre 1989, qui concernait une affaire où c'est l'acte médical tendant à l'avortement, lequel s'est soldé par un échec, qui était à l'origine du handicap dont l'enfant était atteint à la naissance ¹²⁴. En effet, l'acte abortif qui avait échoué avait provoqué chez le fœtus une amputation de sa jambe droite. Suite à la défaillance de cette intervention médicale, une mère, qui avait tenté d'interrompre sa grossesse alors que l'enfant se trouvait en parfaite santé, se retrouve face à un enfant handicapé auquel elle a, contre sa volonté, donné naissance. Par conséquent, les juges ont opté pour une réparation du préjudice subi par l'enfant pour son propre compte, mais, bien évidemment, au motif que c'est bien l'acte médical qui était à l'origine du handicap. En d'autres termes, si le médecin s'était abstenu de réaliser cette intervention sur la femme enceinte, l'enfant serait né en parfaite santé. Il existe donc bien, entre la faute du médecin, à savoir le défaut dans la réalisation de l'acte abortif et le préjudice de l'enfant, c'est à dire le handicap, un lien de causalité direct établi ¹²⁵.

D'ailleurs, à cette hypothèse, il est possible d'assimiler le cas où le handicap de l'enfant qui vient de naître est consécutif à un accident ou des violences ayant affectés physiquement et moralement la mère en état de grossesse, et ayant des répercussions sur le fœtus provoquant son état de santé. Pour de telles affaires, l'auteur des coups ou de l'accident devra être tenu comme responsable du préjudice de l'enfant tant à l'égard de la mère, qu'à l'égard de l'enfant. La justification de cette solution demeurant, à l'instar de l'hypothèse précédemment évoquée, le fait qu'il existe un lien de causalité direct entre la faute du défendeur et le préjudice invoqué, à savoir le handicap de l'enfant.

¹²² A cet égard, le décret n°82-826 du 27 septembre 1982, paru au Journal Officiel du 29 septembre 1982, prévoyait que : « *Tous les hôpitaux publics disposant d'un service de maternité ou de chirurgie doivent se doter de moyens permettant la pratique correcte des interruptions volontaires de grossesse* ». A ce propos : Conseil d'Etat, sect., 29 mai 1985, *Union syndicale des professions de santé respectant la vie humaine* : R.F.D.A. 1986, 94, conclusions Stirn.

¹²³ L'alinéa 4 de l'article L.2212-8 du Code de la santé publique dispose que : « *...Les catégories d'établissements publics qui sont tenus de disposer des moyens permettant la pratique des interruptions volontaires de la grossesse sont fixées par décret...* », et son alinéa 6 : « *...Lorsque le chef de service concerné refuse d'en assumer la responsabilité, le conseil d'administration doit créer une unité dotée des moyens permettant la pratique des interruptions volontaires de la grossesse...* ».

¹²⁴ Conseil d'Etat, 27 septembre 1989, *Mme K.* : Rec. C.E., p.176 ; D. 1991, p. 80, note Verpeaux (M.) ; Gaz. Pal. 1990, 2, p.421, conclusions Fornacciari (M.).

¹²⁵ Afin d'illustrer ces propos, il est possible de relever un arrêt de la Cour d'appel de Douai : Cour d'appel de Douai, 2 juin 1987 : J.C.P. éd. G. 1989, II, 21250, note X. Labbé.

Enfin, en matière de procréation médicalement assistée, l'évolution des techniques médicales a, et aura toujours, pour effet la naissance et le développement de nouvelles formes de contentieux. Ainsi, l'hypothèse de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier étant consécutif à de mauvaises manipulations au cours de la phase préimplantatoire, peut être elle aussi à l'origine d'une responsabilité médicale. En effet, un avis du Comité consultatif national d'éthique rendu le 30 mars 1994 relevait des espèces où un embryon avait été implanté alors qu'il n'était pas encore bien décongelé, ou encore la défaillance d'une thérapie génique réalisée pendant la période préimplantatoire. D'ailleurs, M. Florentin, dans son œuvre, relative au diagnostic préimplantatoire, réalisée sous la direction de Mme Catherine Labrusse, a émis la thèse de l'existence « *d'un simple contrat d'entreprise* »¹²⁶ entre le médecin, « *entrepreneur fabricant* », et les parents, « *maîtres d'ouvrage* »¹²⁷. Par ce biais, il est évident que les parents pourront obtenir réparation de leur préjudice sur le fondement de la responsabilité médicale en invoquant, à titre d'exemple, le fait que ces médecins n'aient pas respecté les conditions très strictes, posées par le législateur en matière de procréation médicalement assistée. La loi subordonne notamment la pratique de tout acte de procréation médicalement assistée au respect d'un certain nombre de règles de sécurité sanitaire. A titre d'exemple, le premier alinéa de l'article R. 184-1-9 du Code de la santé publique précise que les établissements qui pratiquent ces activités d'assistance médicale à la procréation doivent notamment « *comprendre une pièce exclusivement affectée au recueil du sperme, une pièce exclusivement affectée au traitement des gamètes et à la fécondation in vitro et une pièces exclusivement affectée à la conservation des gamètes et des embryons. Il doit disposer en outre de l'équipement et du matériel nécessaires à la mise en œuvre de ces activités et doit être en mesure d'en assurer la décontamination et la stérilisation...* ».

Le non-respect de ces conditions pourra générer la responsabilité de cet établissement au profit des parents notamment quand l'enfant sera né malade ou handicapé en raison de ces fautes.

¹²⁶ Au sein d'un arrêt rendu le 19 février 1968 par sa 1^{ère} chambre civile, la Cour de cassation a donné des éléments de définition du contrat d'entreprise qui ont permis d'en déduire que « *dans le contrat d'entreprise, une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage), sans la représenter* » : Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 1968 : B. I, n°69 ; D. 1968, p. 393.

¹²⁷ Florentin (I.), *Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître*, in *Le droit saisi par la biologie*, sous la direction de Catherine Labrusse-Riou, L.G.D.J. 1996, n°259.

Sous-section 2 : L'indemnisation du préjudice des parents :

Dès que l'existence d'un fait dommageable est établie, les parents se doivent de justifier d'un préjudice, lequel a été la conséquence directe de l'erreur médicale.

La réunion de ces trois conditions étant bien réelle, les magistrats pourront alors fixer le montant de l'indemnisation des parents.

§ 1 : La nature du dommage invoqué :

Au regard des développements qui ont précédé, les préjudices subis par les parents dans pareille hypothèse sont de trois ordres. Le médecin, ou l'établissement médical pourront être à l'origine d'un préjudice corporel, d'un préjudice matériel ou d'un préjudice moral.

Il pourra s'agir des préjudices corporels qui affectent la mère.

Du point de vu du préjudice moral, les demandeurs qui ont subi un acte de stérilisation infructueux peuvent éventuellement mettre en avant les souffrances morales endurées du fait de la naissance d'un enfant handicapé, le fait de devoir supporter chaque jour la vue de leur enfant réduit à une « existence animale »¹²⁸, impuissant face au mal incurable de leur progéniture. Il s'agit là d'un préjudice moral des victimes par ricochet, en la matière des parents face à la vie « *diminuée et gravement handicapée* » de leur enfant¹²⁹. Il peut de même s'agir d'un préjudice d'accompagnement au profit des parents, dès lors que le handicap de l'enfant se révélera comme un « *trouble dans les conditions d'existence* »¹³⁰.

De même, sur le plan matériel, tous les frais supplémentaires à la charge des père et mère, et ce, consécutivement au handicap de l'enfant, pourront trouver à se voir indemniser.

Autre dommage des parents qui peut exister dans certains cas réside dans le fait que, eu égard à l'état de santé de l'enfant, l'un des parents soit obligé de quitter son emploi, pour pouvoir s'occuper de cet enfant qui ne pourra jamais être indépendant. Ainsi, ils pourront invoquer devant le juge, les difficultés financières liées à la perte des revenus de ce parent.

Il aurait pu être évoqué les conséquences, tant sur le plan moral que financier et corporel que comporte le fait de devoir recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motifs

¹²⁸ C.A. Pau, 24 mai 1973, J.C.P. éd. G. 1973, II, 17515, note Savatier (R.).

¹²⁹ G. Rippert, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chron. 1 ; P. Esmein, *La commercialisation de la douleur morale*, D. 1954, chron. p. 113 ; G. Mémeteau, *La réparation du préjudice d'affection ou la pierre philosophale*, Gaz. Pal., 30 juillet 1978 ; Y. Lambert-Faivre, *Le droit et la morale dans la réparation du dommage corporel*, D. 1992, chron. 135.

thérapeutiques dès lors qu'un dommage anténatal a révélé le handicap ou la maladie d'un enfant consécutive à une erreur médicale. Dans toutes ces hypothèses, le professionnel devra alors indemniser les parents pour le préjudice qu'ils ont subi suite à son erreur.

§ 2 : L'indemnisation des parents :

A partir du moment où il est certain que c'est le fait dommageable qui est à l'origine du handicap de l'enfant, il ne fait nul doute que le praticien devra indemniser les parents de cet enfant.

Ainsi, les juges administratifs, au sein d'un arrêt rendu le 23 septembre 1988, ont accordé une indemnité d'un montant de 60 000 Francs aux parents, suite au préjudice invoqué, à savoir des troubles dans les conditions d'existence ¹³¹. Ces troubles étaient consécutifs au constat quotidien de l'état de santé incurable de leur enfant, qui s'était vu diminué sur un plan physique, suite à une erreur commise par les médecins lors de l'accouchement. Cet enfant avait été grièvement brûlé à la jambe gauche.

Enfin, il faut également garder à l'esprit qu'en cas d'aggravation du dommage subi par la ou les victimes, postérieurement au jugement rendu quant à l'évaluation de la réparation de ce préjudice, celles-ci pourront induire une nouvelle action en justice contre le responsable afin d'obtenir réparation pour ces aggravations du dommage ¹³². Référence est alors faite indéniablement à l'hypothèse d'une aggravation d'une maladie ou d'un handicap de l'enfant soit sur le plan physique, psychique ou encore économique. Sur ce dernier point, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue ajouter que des dépenses nouvelles étaient suffisantes à justifier une telle action, alors même que la maladie ou le handicap ne se soient pas aggravés. Cela se justifie aisément par le fait que c'est avant tout l'aggravation du dommage des victimes qui est à prendre en considération, à savoir, notamment un dommage matériel.

¹³⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 23 mai 1977, Gaz. Pal. , 29 novembre 1977 ; D. 1977, I.R. 441, obs. Larroumet, R.T.D.civ. 1977, 768, obs. Durry.

¹³¹ Conseil d'Etat, 23 septembre 1988, *Dorsi* : Gaz. Pal. 1990, 2, p.421.

¹³² Cass. crim., 9 juillet 1996 : *Le Foyer départemental Lannelongue* : Bull. crim. n°286 ; J.C.P. éd. G. 1996, IV, 2410. En l'espèce, après avoir admis une telle possibilité, les juges avaient ajouté que : « l'autorité de la chose jugée ne pouvait être opposée à une nouvelle action tendant à la réparation d'un élément du préjudice inconnu au moment de la demande initiale et sur lequel il n'avait donc pu être statué ».

Si l'indemnisation semble donc logique quand la faute du médecin a été directement à l'origine du handicap de l'enfant, qu'en est-il lorsque l'erreur du praticien aura contribué à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap endogène ?

Section 2 : La faute du médecin face au handicap endogène de l'enfant :

Au sein de cette étude, la responsabilité médicale ne sera envisagée que dans les hypothèses où l'enfant qui est né, est atteint d'un handicap ou d'une maladie inhérent à son patrimoine génétique.

Il conviendra donc, afin d'appréhender la part de responsabilité du médecin, d'envisager la faute qu'il a commise au regard du préjudice subi et du rapport de causalité entre les deux.

Sous-section 1 : Le fait dommageable : l'erreur médicale :

Cette défaillance du médecin susceptible d'engendrer sa responsabilité va se concrétiser soit dans l'exercice même de son art médical, soit par un manquement à son obligation d'information.

§ 1 : La défaillance d'un acte médical :

Au sein de cette étude, la responsabilité médicale ne sera envisagée que dans les hypothèses où l'enfant qui est né, est atteint d'un handicap ou d'une maladie inhérent à son patrimoine génétique. Comme il a pu être constaté auparavant, cette défaillance résidera soit dans l'échec d'un acte abortif générant la naissance d'un enfant handicapé, ou encore, dans l'échec d'une stérilisation ayant les mêmes conséquences.

Toutefois, il faudra que soit établi le fait que le praticien ait failli à ses obligations en ne donnant pas des soins consciencieux et attentifs, lesquels doivent être conformes aux données acquises de la science. De plus, ce professionnel pourra s'exonérer en démontrant que le préjudice est imputable à l'existence de circonstances exceptionnelles.

Mais ce fait dommageable pourra également se situer à un autre niveau.

§ 2 : *Le manquement à l'obligation d'information* :

Il est possible de relever deux formes de fautes à l'encontre du médecin en matière de manquement à l'obligation d'information. Il pourra alors être reproché au praticien soit un défaut d'information, soit la délivrance d'une fausse information.

A°/ Le défaut d'information :

Tout d'abord, il peut s'agir du fait que le médecin se soit abstenu de réaliser tout examen qui aurait pu permettre à la patiente, d'être informé sur l'état de santé dans lequel elle se trouve. Ainsi, à titre d'exemple, tel sera le cas dans l'hypothèse où le médecin n'aura pas opéré l'examen anténatal nécessaire, sur le fœtus, au dépistage d'une trisomie ou d'une rubéole chez la mère qui peut produire de graves séquelles sur l'enfant qu'elle porte.

De même, il faut préciser que le médecin doit informer ses patients sur les risques liés à la fiabilité du diagnostic prénatal. En témoigne un jugement du Tribunal de Grande Instance de Montpellier rendu le 15 décembre 1989¹³³. Les juges administratifs, à l'instar des juridictions judiciaires¹³⁴, ont déclaré qu'il demeurait à la charge des professionnels de la médecine, une obligation de renseigner leurs patients sur les éventuelles erreurs que peuvent générer de tels examens anténataux. Il est possible, à ce propos, de relever un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg rendu le 17 juillet 1990¹³⁵, rallié par la suite par la Cour administrative d'Appel de Lyon¹³⁶, ainsi que par le Conseil d'Etat¹³⁷, dont il était possible de déduire une obligation d'information sur les risques « *particuliers d'erreurs des résultats d'un examen anténatal* » à l'encontre des hôpitaux.

A cet égard, il faut bien reconnaître que ce n'est nullement le défaut de fiabilité des résultats des examens anténataux que l'on entend condamner dès lors que le médecin n'est

¹³³ T.G.I. Montpellier, 15 décembre 1989, J.C.P. 1990, II, 21556, note J.-P. Gridel.

¹³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, précité.

¹³⁵ Tribunal Administratif de Strasbourg, 17 juillet 1990, *M. et Mme Sokal c/ Hôpital Notre-Dame du Bon Secours* : R.D.S.S. 1991, n°1, p.69, conclusions M. Heers. Au sein de ce jugement, les magistrats avaient précisé qu'« *il ne ressort pas de l'instruction que l'examen en cause a été présenté aux époux Sokal comme dépourvu de tout risque d'erreur d'appréciation et comme constituant une garantie complète que l'enfant à naître ne présentait aucune anomalie* ».

¹³⁶ Cour administrative d'Appel de Lyon, Plén., 21 novembre 1991, *Epoux Quarez c/ C.H.R. de Nice* : req. n°90LY00505.

¹³⁷ Conseil d'Etat, 14 février 1997, *Epoux Quarez c/ C.H.R. de Nice* : Rec. p.44, conclusions V. Pécresse. Le Conseil a relevé en la matière que le défaut d'information d'une mère sur la « *possible marge d'erreur inhabituelle d'un examen prénatal* » constituait, à l'encontre des « *médecins du service de pathologie cellulaire et de génétique* » une faute génératrice de la responsabilité de l'hôpital.

tenu, en l'espèce, que d'une obligation de moyens, mais c'est le fait de n'avoir pas prévenu son patient de l'éventuel défaut d'appréciation de ces tests.

A cela, il faut ajouter que la délivrance d'une information erronée pourra se voir sanctionnée sur le plan de la responsabilité civile.

B°/ La délivrance d'une information erronée :

Il est des cas où le médecin a bien pratiqué les démarches nécessaires afin de renseigner la mère, mais l'information qui en ressort est erronée. On pense alors immédiatement aux cas pour lesquels l'erreur du médecin laisse imaginer aux parents que leur enfant est sain alors que malheureusement il est porteur d'une maladie, laquelle se révélera à ses proches dès sa naissance.

Cette erreur du médecin peut se manifester tant dans le cadre de la réalisation d'un diagnostic prénatal, que dans celui relatif à un diagnostic préimplantatoire. Le fait est que, dans le cadre de la réalisation de ces diagnostics anténataux, destinés à déceler l'éventuelle existence d'une anomalie, le médecin doit faire preuve de vigilance, de prudence et ne doit pas hésiter à opérer à d'autres examens afin de confirmer ces résultats.

Pour illustrer ces propos, il est possible de relever la solution retenue par le premier arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation le 26 mars 1996. Les juges ont retenu en l'espèce une faute à l'égard du généticien, lequel spécialiste avait commis une erreur dans son diagnostic opéré avant la conception de l'enfant. Ce conseil génétique avait été réalisé à la demande des parents pour connaître la probabilité selon laquelle l'enfant qui serait issu du couple pourrait ou non être atteint des troubles neurologiques dont souffrait le mari. La juridiction avait relevé l'existence d'une faute du généticien dès lors que le couple avait eu affaire à un spécialiste lequel avait été consulté précisément à cet effet.

Une interrogation demeure, l'indemnisation sera t'elle délivrée d'une manière systématique ?

Sous-section 2 : L'indemnisation du préjudice des parents :

Afin d'obtenir une quelconque réparation, les demandeurs se devront d'invoquer un préjudice légitime en lien de causalité direct avec le fait dommageable.

§ 1 : L'évocation d'un préjudice légitime :

Qu'il s'agisse de la défaillance d'un acte médical, ou du non respect d'une obligation d'information, les parents devront, afin de pouvoir obtenir un dédommagement, justifier de l'existence d'un préjudice légitime.

A°/ L'indemnisation des préjudices particuliers :

Au regard des diverses jurisprudences relevées en la matière, force est de constater que, concernant ces préjudices spécifiques, les parents, dans le cadre de la naissance d'un enfant handicapé, ont souvent fait prévaloir, pour pouvoir se faire indemniser :

- Un préjudice moral
- Des troubles dans les conditions d'existence
- Des préjudices matériels.

Concernant ces derniers, le Conseil d'Etat, dans l'une de ses décisions, a précisé qu'il pouvait s'agir notamment des charges particulières auxquelles se trouveraient confronté les parents, charges issues notamment des soins et de l'éducation spécialisée que doit recevoir leur enfant en raison de son handicap.

Ainsi, de part un arrêt rendu le 9 mai 1983 par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, les juges ont relevé l'existence de divers préjudices résultant de l'échec d'un acte de stérilisation conduisant à la naissance d'un enfant handicapé ¹³⁸. Selon cette jurisprudence, une telle méprise a « occasionné des difficultés non seulement matérielles et de santé pour la mère...mais aussi d'ordre psychologique et relationnel... ».

De même, sur le plan des charges supplémentaires aux charges normales de la maternité consécutives à l'état de santé de l'enfant, ces frais sont relatifs aux soins ainsi qu'à l'éducation spécialisée que nécessite l'enfant. Ainsi, cela justifie la rente mensuelle que le Conseil d'Etat a accordé aux parents qui se trouvaient dans une telle situation, au sein d'un arrêt en date du 14

¹³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1983 : Bull. civ. I, n°140 ; J.C.P. éd. G. 1983, I, 226.

février 1997¹³⁹. De surcroît, les juges administratifs, dans cette affaire, avaient octroyé une indemnité globale s'élevant à 100 000 Francs, laquelle avait pour finalité de réparer le préjudice moral subi par les parents, les troubles dans les conditions d'existence¹⁴⁰, ainsi qu'un préjudice matériel.

Par ce biais, il semble donc que ce principe tendant au rejet de la thèse de la « naissance-préjudice » doive supporter quelques atténuations.

B°/ L'exception au principe du rejet de la thèse de la « naissance-préjudice » :

Si les juridictions se refusent catégoriquement, suite à l'échec d'une interruption volontaire de grossesse, toute indemnisation fondée sur la seule naissance d'un enfant en parfaite santé, qu'en est-il lorsque l'enfant est né handicapé ?

Dans cette dernière hypothèse, la jurisprudence a tranché au profit d'une indemnisation des parents au motif que, suite à la faute médicale, il résulte un dommage particulier, celui d'un handicap. Ainsi, il est possible de citer l'arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 juin 1991, selon lequel, même si les juges ont refusé l'indemnisation des parents puisque l'enfant était né en parfaite santé, il a précisé que cette solution n'est applicable « ...qu'en l'absence 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,... »¹⁴¹.

Les préjudices pouvant être invoqués à l'appui d'une telle demande d'indemnisation sont alors de nature matérielle et morale. En effet, il s'agit notamment des charges supplémentaires consécutives à l'état de santé de l'enfant concernant son entretien ainsi que son éducation. De même, il faut relever les souffrances morales des parents consécutives à la vue quotidienne de leur enfant dans un tel « état végétatif »¹⁴² ou malade, sans jamais pouvoir y remédier.

La Cour d'appel de Paris a décidé, par un arrêt qu'elle a rendu le 15 décembre 1989 à propos de la délivrance d'une information erronée par un médecin, de réparer le préjudice moral des parents consécutif à la vue quotidienne du handicap de leur enfant¹⁴³. Dans cette

¹³⁹ Conseil d'Etat, S., 14 février 1997, *C.H.R. de Nice* : précité.

¹⁴⁰ Conseil d'Etat, 27 septembre 1989, *Mme Karl* : précité.

¹⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : précité.

¹⁴² Cour d'appel de Pau, 24 mai 1973 : J.C.P. éd. G. 1973, II, 17515, note R. Savatier. Par cet arrêt, les magistrats ont accordé une indemnisation consécutive aux souffrances morales liées à l'existence d'une « *vie devenue quasiment animale* ».

¹⁴³ Cour d'appel de Paris, 17 février 1989 : D. 1989, somm. p.316, observations J. Penneau .

affaire, les examens anténataux avaient affirmé que l'enfant était en parfaite santé, alors qu'il est né atteint de graves séquelles suite à la rubéole contractée par sa mère pendant sa grossesse.

D'ailleurs, dans le même ordre d'idée, le Conseil d'Etat, de part son arrêt daté au 27 septembre 1989, avait accordé une indemnité de 50 000 francs à la mère de l'enfant qui avait invoqué comme préjudice les troubles dans les conditions d'existence du fait de l'état de leur enfant qui était privé du membre inférieur droit ¹⁴⁴.

Mais qu'en est-il alors sur le plan de la causalité ?

§ 2 : *Le caractère réparable du préjudice :*

Si les juges se trouvent confronté à des espèces pour lesquelles il n'existe aucun rapport de cause à effet direct entre la faute du professionnel et le préjudice spécifique invoqué, ils rejettent toute forme d'indemnisation, à moins que les demandeurs parviennent à établir l'existence de la perte d'une chance.

A°/ L'incontournable rapport de causalité direct :

Face à cette exigence d'un lien de cause à effet direct, il incombe d'analyser le cas d'espèce qui nous est soumis. Ainsi, le handicap ou la maladie de l'enfant ayant une origine endogène, ils ne résultent nullement de la faute du médecin. Par conséquent, il semblerait impossible de les indemniser .

Dans l'arrêt du 14 février 1997, le Conseil d'Etat a décidé que, dès lors que le handicap était inhérent au patrimoine génétique de l'enfant et ne résultait pas de la faute du médecin et que, de surcroît, cette erreur n'a même pas contribué à aggraver cette infirmité ou cette maladie, aucun rapport de causalité entre le fait dommageable et le préjudice générant une responsabilité ne peut être retenu ¹⁴⁵.

Toutefois, comme il a pu constaté auparavant, un préjudice moral et financier existant consécutivement au handicap de l'enfant, les parents pourront tenter d'obtenir réparation par une autre voix.

¹⁴⁴ Conseil d'Etat, 27 septembre 1989, *Mme Karl* : précité.

B°/ La réparation sur le fondement de la perte d'une chance :

En invoquant le fait qu'elle a été privée de sa liberté de recours à un acte abortif, la mère, ainsi que le père subissant un préjudice par ricochet, pourront alors tenter d'obtenir une réparation partielle en se fondant sur la théorie de la perte d'une chance.

1°) Le préjudice lié à la privation de la liberté de recours à un acte abortif :

Le diagnostic ayant rassuré les parents, lesquels étaient certains que leur enfant était en parfaite santé, il est loisible de s'interroger sur le fait de savoir si l'un des préjudices pouvant être invoqué serait celui de ne pas avoir pu réaliser sa liberté d'avorter laquelle liberté est consacrée par la loi sur l'interruption volontaire de grossesse de 1975. En d'autres termes, il s'agirait de la perte d'une chance de recourir à une telle intervention.

Concernant cette théorie de la perte d'une chance, il faut bien remarquer que celle-ci est de rigueur quant un manquement à son devoir d'information du médecin est établi, et que celui-ci a eu pour conséquence la naissance d'un enfant handicapé ¹⁴⁶. Les parents peuvent mettre en avant le fait que leur décision de procréer, de garder leur enfant ou de recourir à une interruption volontaire de grossesse était fonction du résultat des diagnostics anténataux.

D'ailleurs, il semble que cette thèse a été admise par les juges administratifs. Le Conseil d'Etat a ainsi précisé au sein de son arrêt du 14 février 1997 que cette erreur de diagnostic réalisée par l'hôpital, et qui avait permis de laisser croire que l'enfant était en parfaite santé, avait, par ce biais, exclu toute nécessité de réaliser un second examen prénatal, lequel aurait eu pour finalité d'assurer la véracité des résultats ¹⁴⁷. Ainsi, celle-ci aurait permis de déceler l'anomalie chez le fœtus et de permettre à la mère d'exécuter son choix en faveur du recours à une interruption volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques.

¹⁴⁵ Conseil d'Etat, S., 14 février 1997, *C.H.R. de Nice* : précité.

¹⁴⁶ C'est d'ailleurs la position retenue par les juridictions étrangères dès lors qu'il est établi que la mère de l'enfant n'a pu établir son choix pour le recours à une interruption volontaire thérapeutique de grossesse dès lors qu'elle imaginait que l'enfant était en parfaite santé. A ce propos, il est possible de relever de relever un arrêt de la Cour suprême de Washington rendue en janvier 1983 : *Harbeson v. Parke-Davis* issu de l'étude : *Réflexion sur le statut légal et judiciaire de l'avortement en France et aux Etats-Unis*, in *L'interruption de grossesse depuis la loi Veil – Bilan et perspectives*, Flammarion 1997, Andersen (K.). De même, il est possible de citer un arrêt de la Cour de cassation fédérale d'Allemagne, rendu le 16 novembre 1993 : J.C.P. éd. G. 2000, II, 10438, p.2298.

¹⁴⁷ Conseil d'Etat, 14 février 1997, *C.H.R. de Nice* : précité.

Autre exemple, il est possible de citer le second arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation le 26 mars 1996. Les faits étaient les suivants : une femme enceinte s'était vue affirmer, par le médecin qui avait réalisé sur elle des examens anténataux, que le fœtus qu'elle portait était en bonne santé. Le problème qui se posait en l'espèce résidait dans le fait que la mère présentait tous les signes cliniques qui justifiaient qu'elle était porteuse de la rubéole. De surcroît, l'un des enfants du couple était atteint de cette même maladie. Et enfin, les premiers résultats concernant le fœtus avaient été positifs quant à l'existence chez lui d'une rubéole. Toutefois, malgré tous ces indices propices à l'existence d'une rubéole, le médecin a confirmé les résultats erronés du laboratoire et a informé les parents de la bonne santé du fœtus. En raison de cette faute du médecin dans l'information des parents, ces derniers, pensant que l'enfant n'était pas atteint par ces maux, n'ont pas fait le choix d'avorter et l'enfant est né handicapé. Le médecin s'est alors vu condamné à indemniser les parents en raison de cette faute dans l'information des parents.

Plus récemment encore, plusieurs arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000, mais également, le 13 juillet 2001, ont reconnu la responsabilité des médecins à l'égard des parents. Ces derniers se voyaient indemnisés sur le fondement que, eu égard à un manquement dans l'exécution du contrat, le professionnel a fait perdre une chance à la mère d'opter pour le recours à un acte abortif.

Toutefois, à l'instar de l'étude qui a précédé, il faut bien admettre que ce recours des parents ne sera admissible que s'il est établi qu'il ne fait nul doute que la mère aurait eu recours à une interruption volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques.

En effet, l'avantage de ce fondement réside dans le fait qu'une telle intervention peut être réalisée à tout moment de la grossesse. Mais, eu égard à l'article 2213-1 du Code de la santé publique, à cela s'opposent d'autres impératifs. Un tel acte abortif ne sera envisageable uniquement dans les cas où « *la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ». Par conséquent, par le biais d'experts médicaux, il faudra rechercher si, au moins deux médecins auraient, « *après examen et discussion* » attesté que cette grossesse présentait de tels risques et justifiait le recours à un avortement pour motifs thérapeutiques.

C'est notamment pour cette raison que les juridictions doivent se garder d'admettre **systématiquement** que dès lors qu'un enfant est né handicapé, il est certain que la femme, si

elle avait eu connaissance de la maladie durant sa grossesse, aurait fait le choix d'un avortement. En effet, en admettant cela, les juges consacrerait eux-même une forme d'eugénisme, puisque cette solution reviendrait à dire que la réaction normale des mères qui attendent un enfant qui sera handicapé ou malade, consistera à recourir à chaque fois à un avortement. Or, selon les termes de l'article 16-4 du Code napoléonien ¹⁴⁸, nul ne doute qu'une telle pratique est strictement interdite.

En définitive, dès l'instant où toutes les conditions permettant de recourir à la théorie de la perte d'une chance sont réunies, les parents pourront alors se voir indemniser pour le préjudice qu'ils ont subi.

2 : La réparation partielle du préjudice fondée sur la théorie de la perte d'une chance :

Pour apprécier le préjudice consécutif au non respect de cette obligation d'information, les juges, tant judiciaires qu'administratifs, ont eu recours à la théorie de la perte d'une chance pour le malade de pouvoir se soustraire au risque en question. En effet, en omettant d'avertir la patiente qui a subi une intervention médicale de stérilisation ou une interruption de grossesse sur les risques d'échec de celles-ci, ou encore, en ne pratiquant pas les examens supplémentaires pour attester à la patiente du succès de ces interventions, la défenderesse a perdu la chance de ne pas avoir avorté de cet enfant qu'elle ne désirait pas dès lors qu'elle avait accompli toutes les démarches nécessaires et licites pour y parvenir.

Le 7 février 1990, la Chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs rendu un arrêt de principe en ce qu'elle a décidé que, en cas de manquement à son obligation d'information, seule une faute autonome entraînant une perte de chance était susceptible d'entraîner une part de responsabilité du médecin mais uniquement pour le préjudice moral qui en résulte et non en réparation du préjudice corporel, lequel n'était pas indemnisable dès lors que ce dernier n'est pas la conséquence directe d'une faute du médecin, mais provient plutôt d'un aléa imprévisible, inhérent à la constitution de l'enfant ¹⁴⁹. Ainsi, la naissance d'un enfant handicapé alors qu'il n'existe aucun lien de causalité entre la faute du médecin, constituée par le seul manquement à

¹⁴⁸ L'article 16-4 du Code civil dispose que : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.

Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite... ».

¹⁴⁹ Cass. civ., 7 février 1990, Bull. civ. I, n°39 ; D. 1991, Somm. 183 : la chambre civile de la Cour de cassation a précisé dans cet arrêt que : « En manquant à son obligation d'éclairer le patient, le médecin prive seulement le malade d'une chance d'échapper à un risque qui, finalement, s'est réalisé ; mais il n'existe pas de relation directe de causalité entre cette faute et le préjudice corporel ».

son obligation d'information, et le préjudice corporel, à savoir le handicap de l'enfant, pourra générer une réparation pour partie sur le fondement de la perte d'une chance, celle d'échapper à ce handicap par le biais de l'interruption de grossesse ¹⁵⁰, et ce en invoquant un préjudice moral. En effet, pareille solution est envisageable dans l'hypothèse où les graves malformations de l'enfant résultent d'une maladie dont la mère était porteuse telle la rubéole ou encore la trisomie et qui lui a été transmise *in utero* sachant qu'il était impossible de traiter ces maladies au moment du diagnostic. Le lien de causalité entre la faute du médecin, le manquement à son obligation d'information, et le préjudice, le handicap de l'enfant issu d'une maladie sans traitement que sa mère lui a transmis *in utero*, est inexistant dès lors qu'aucune faute du médecin n'est à l'origine de la contamination de la mère par cette maladie. En d'autres termes, ce n'est pas la faute du médecin qui a provoqué le handicap de l'enfant, puisque cette maladie était inhérente à son patrimoine génétique.

Un an plus tard, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, au sein d'un arrêt en date du 16 juillet 1991, est venue préciser que la responsabilité du médecin ne pouvait être engagée dès lors que son manquement à son obligation d'information qui est intervenu postérieurement à la contamination de la mère par ces maladies, consiste en l'omission soit de réaliser un test de sérologie de la rubéole, soit d'informer les parents des résultats d'une analyse qui démontrent la présence d'anticorps rubéoleux ¹⁵¹. La Cour d'appel de Versailles a, quant à elle, rendu le 8 juillet 1993 un arrêt selon lequel, le fait que le médecin n'ait pas informé les parents sur la présence d'un risque que le fœtus soit atteint d'une trisomie, risque révélé par des examens cliniques, ainsi que sur la nécessité d'opérer une amniocentèse, constitue bien un préjudice moral réparable sur le fondement de la perte d'une chance d'éviter la naissance de cet enfant atteint de tels tares ¹⁵².

Il est bien évident qu'une telle réparation serait dépourvue de tout fondement s'il est établi que la mère se soit manifestée comme une fervente détractrice à l'emploi d'une interruption volontaire de grossesse, même pour motifs thérapeutiques.

¹⁵⁰ Afin de pouvoir invoquer la réparation de leur préjudice moral, sur le fondement de la perte d'une chance d'éviter la naissance d'un enfant handicapé, il faut pouvoir démontrer que les parents, suite à ce défaut d'information n'ont pu opter en faveur d'une interruption de grossesse, laquelle pourra être invoquée pour motif thérapeutique après la douzième semaine, uniquement dans le cas où, en vertu de l'article L. 162-12 du Code de la santé publique, il s'agit « *d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

¹⁵¹ Cass. civ. 1^{ère} : 16 juillet 1991, D. 1991, I.R. 229. Voir dans le même sens : Tribunal de Grande Instance de Montpellier, 15 décembre 1989 : J.C.P. éd. G. 1990, II, 21556, note J.-P. Gridel : en l'espèce, les résultats d'une amniocentèse précisait que l'enfant était en parfaite santé, alors qu'il est né atteint d'une trisomie.

¹⁵² Versailles, 8 juillet 1993, D. 1995, Somm. 98.

L'hypothèse de la perte d'une chance est également écartée par le juge judiciaire dès lors que le patient, même si il avait été informé des conséquences que pouvait produire l'acte médical, était dans l'incapacité de refuser cette intervention eu égard à son impérieuse nécessité. Ainsi, le Conseil d'Etat, dans des arrêts rendus le 5 janvier 2000 ¹⁵³, a affirmé, à l'instar des juges judiciaires que, pour connaître la véritable fraction dommageable imputable à la perte de chance, il était nécessaire d'opérer « à un rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les risques encourus en cas de renoncement à ce traitement » ¹⁵⁴.

A cet égard, le 19 octobre 2000, la Cour administrative d'appel de Nantes a rendu un arrêt rejetant l'existence d'un lien de causalité direct entre le préjudice, constitué par la naissance prématurée d'un enfant handicapé, et la faute, à savoir le défaut d'information sur le risque d'échec de l'interruption thérapeutique de grossesse, dès lors que pour la Cour, le choix de la patiente était évident. En effet, au regard de la terrible alternative qui s'offrait à elle, à savoir le choix entre soit, la certitude de donner naissance à un enfant handicapé, soit, le risque réel, aussi minime soit-il, de voir son intervention abortive échouer, lequel échec a eu pour conséquence directe d'aggraver le handicap de l'enfant en raison de sa naissance prématurée, la patiente ne pouvait logiquement que s'orienter vers une interruption thérapeutique de grossesse ¹⁵⁵. Ainsi, s'il ne fait nul doute que la faute du médecin n'est pas à l'origine du handicap de l'enfant, elle a tout de même contribué à faire perdre une chance à la mère de pouvoir recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques. Il en résulte, pour les parents, des conséquences déplorables sur un plan moral mais également financier ¹⁵⁶.

Enfin, au sein d'un arrêt rendu le 11 mars 1999, par la Cour d'appel de Versailles, les magistrats ont opté en faveur d'une minoration du préjudice au motif que la fréquence de réalisation du risque demeurait faible ¹⁵⁷. La Cour administrative d'appel de Paris est venue,

¹⁵³ C.E., Sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot (2 espèces)* : A.J.D.A. 2000, n°2, p. 180-183, et P. 137, Chron. M. Guyomar et P. Collin ; J.C.P. éd. G. 2000, II, 10271, note J. Moreau ; Petites Affiches 2000, n°3, p.15, note C. Clément.

¹⁵⁴ A ce propos, M. Chauvaux, à travers les conclusions qu'il avait rendues sur ces affaires, avait précisé que « l'élargissement de l'obligation d'informer ne débouchera pas sur une indemnisation systématique. Au stade de l'évaluation du préjudice, le juge, s'il applique la notion de perte de chance, pourra refuser l'indemnisation, ou la minorer fortement, s'il estime que le patient pleinement informé n'aurait pas pu refuser l'intervention, soit parce que le risque était si faible qu'il n'aurait pu influencer sur sa décision, soit parce que l'intervention était rigoureusement impérative » : R.F.D.A. 2000, n°3, p.645.

¹⁵⁵ C.A.A. Nantes, 19 octobre 2000, *M. et Mme Salaun* : req. n°96NT01601.

¹⁵⁶ Référence est faite ici au fait que le handicap de l'enfant va générer, pour les parents, des coûts supplémentaires aux charges normales de la maternité.

¹⁵⁷ C.A. de Versailles, 11 mars 1999, *Conc. Méd.* 1999, n°41, p.3258, note N. Loubry.

quant à elle, ajouter, par un arrêt en date du 30 décembre 1999, la nécessaire prise en compte de l'état antérieur du patient en vue d'une possible minoration de ce risque ¹⁵⁸. Ces arrêts rendus par les juridictions judiciaires et administratives témoignent de la volonté des magistrats de ne pas employer l'obligation d'information comme un moyen d'engager systématiquement la responsabilité des médecins alors qu'aucune faute technique ne peut être retenue à l'encontre du médecin ou de l'établissement de soins au cours de leurs gestes professionnels bien que cela reste aléatoire. Le seul préjudice qui peut être relevé dans pareille hypothèse consiste en une perte de chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé, et cela semble expliquer que dans ces cas, la réparation ne peut porter que « *sur une fraction du préjudice total* » ^{159 160}.

Il faut aussi relever, concernant l'existence d'un lien de causalité entre la faute du médecin relative au défaut d'information sur le risque d'échec d'une intervention thérapeutique de grossesse, et le dommage qui résulterait de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap grave, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes rendu le 19 octobre 2000 ¹⁶¹. Les magistrats, appelés à juger de cette affaire, ont rejeté la thèse de l'existence d'un lien de cause à effet direct entre cette erreur et ce préjudice au motif que, dans ce cas d'espèce, le seul choix que pouvait faire Mme Salaun était celui de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse dès lors qu'il ne faisait aucun doute qu'elle donnerait la vie à un enfant atteint d'une maladie grave et incurable et que le risque d'échec de cette intervention, même s'il demeurait minime, restait bien réel. Ainsi, ce n'est que sur le fondement de la perte d'une chance que cette mère obtiendra réparation, tout en gardant à l'esprit que, plus la chance de réalisation du risque était minime, plus la réparation allouée à la victime sera faible ¹⁶². En effet, toute responsabilité fondée sur le préjudice de la perte d'une chance d'éviter un risque qui s'est

¹⁵⁸ C.A.A. Paris, 30 décembre 1999, *Mme Dejancourt*, req. n°98PA03745.

¹⁵⁹ C.A.A. Lyon, 4 avril 2000, *M. Stransky*, req. n°97LY02349 ; C.A.A. Nancy, 4 mai 2000, *Mme Trotta*, req. n°95NC01993.

¹⁶⁰ Les principaux bénéficiaires de cette réparation fondée sur le principe de la perte de chance sont les organismes de sécurité sociale et ce en vertu de l'article L.376-1 du Code de la sécurité sociale qui organise leurs recours dans pareille hypothèse. Cet article dispose que : « ***Si la responsabilité du tiers est entière ou si elle est partagée avec la victime, la caisse est admise à poursuivre le remboursement des prestations mises à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers qui répare l'atteinte à l'intégrité physique, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément*** ».

Voir à ce propos : Cass. Soc., 16 novembre 1983 (Bull. civ., V, n°560), C.A.A. Paris, 18 mai 1999, *Mme Madec* (req. n°98PA01836) et enfin, Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *Mme Sioly et autres c/ Mme Pouly et autres* (Bull. civ., I, n°193 ; D. 2000, p.853, note Y. Chartier).

¹⁶¹ Cour administrative d'appel de Nantes, 19 octobre 2000, *M. et Mme Salaun*, req. n°96NT01601.

¹⁶² A cet égard, il est possible de relever deux arrêts, le premier de la Cour d'appel de Versailles en date du 11 mars 1999 (Conc. Méd. 1999, n°41, p.3258, note N. Loubry), et le second issu de la Cour administrative d'appel de Paris (C.A.A. Paris, 30 décembre 1999, *Mme Dejancourt* : req. n°98PA03745) au sein desquels, la victime a vu la réparation de son préjudice minoré « *en raison de la faible fréquence du risque qui s'est réalisé ou l'état de santé antérieur du patient* ».

réalisé consécutivement à une erreur du médecin, ne va conduire qu'à une réparation partielle du dommage subi par la victime ¹⁶³.

De même, en matière d'indemnisation des organismes de sécurité sociale, au regard des dispositions du Code de la sécurité sociale, la jurisprudence a admis le recours de ces caisses en remboursement sur les indemnités attribuées à la victime sur le fondement de la perte de chance dès lors qu'il ne s'agit pas de souffrances physiques ou morales subies par la victime ou de la réparation d'un préjudice esthétique ou d'agrément. Les juridictions administratives ¹⁶⁴ ont rallié la position des juges judiciaires ¹⁶⁵ sur ce point.

En définitive, alors que la naissance non désirée d'un enfant en parfaite santé ne peut, à elle seule, ouvrir droit à réparation aux parents, tel n'est pas le cas de la naissance non désirée d'un enfant handicapé. L'indemnisation sera, pour cette dernière hypothèse, accordée tant par les juges judiciaires que par les juges administratifs.

Par contre, la naissance désirée d'un enfant handicapé va générer soit une réparation entière du préjudice subi par les parents, quand c'est la faute du médecin qui sera à l'origine du handicap, soit une indemnisation partielle du dommage fondée sur la théorie de la perte d'une chance lorsque l'enfant est atteint d'un mal inhérent à son patrimoine génétique.

Quelle sera alors la place à accorder, dans un tel contentieux, à l'enfant qui reste la victime directe du dommage invoqué ? En effet, qu'il s'agisse d'une « naissance préjudiciable » ou d'une « vie préjudiciable », c'est bien de ce petit être qui vient de naître qu'il est question !

¹⁶³ Cour administrative d'appel de Nancy, 4 mai 2000, *Mme Trotta*, req. n°95NC01993.

¹⁶⁴ Conseil d'Etat, 5 janvier 2000, *Consorts Telle, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot*, précité.

¹⁶⁵ Cass. soc., 16 novembre 1983, Bull. civ. V, n°560 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *Mme Sioly et autres c/ Mme Pouly et autres* : D. 2000, p.853, note Y. Chartier.

Seconde Partie : Les responsabilités médicale et parentale au regard de l'action de l'enfant :

Si Sartre définissait la responsabilité comme « *la simple revendication logique des conséquences de notre liberté* »¹⁶⁶, il semblerait alors difficilement concevable d'admettre des indemnisations au profit des parents d'un enfant pour « naissance préjudiciable » ou « vie préjudiciable », sans en reconnaître le bénéfice à leur progéniture. En effet, l'enfant va alors pouvoir engager la responsabilité médicale pour ces préjudices, mais également, la responsabilité parentale. Ainsi, il nous incombera d'appréhender ces responsabilités au regard de l'action de l'enfant, d'abord pour « naissance préjudiciable » (Chapitre 1) puis pour « vie préjudiciable » (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'action de l'enfant pour « naissance préjudiciable » :

La jurisprudence a eu à statuer sur le fait de savoir si l'enfant pourrait engager soit la responsabilité de ses parents au motif qu'ils lui ont donné la vie à défaut d'interrompre une grossesse et ce, dans plusieurs hypothèses, soit la responsabilité du médecin qui a commis une erreur médicale à l'origine de la naissance de cet enfant en parfaite santé.

Il conviendra de voir successivement les solutions envisageables et envisagées dans ces deux cas de figure.

¹⁶⁶ Malicier D., *La responsabilité médicale : Données actuelles* ; précité.

Section 1 : La responsabilité médicale face à une « naissance préjudiciable » :

Il convient de s'interroger sur le fait de savoir si l'action de l'enfant tendant à engager la responsabilité du médecin est recevable afin de rechercher s'il lui est possible de se faire indemniser en invoquant comme préjudice sa naissance.

Sous-section 1 : la recevabilité de l'action de l'enfant :

La première interrogation que suscite la mise en œuvre d'une responsabilité médicale dans ces cas d'espèce, réside dans le fait de savoir si l'action de l'enfant est recevable sur le plan juridique.

Une action de l'enfant en justice pourra être ouverte soit par l'enfant lui-même dès lors qu'il a atteint la majorité, soit par ses parents en son nom propre, et plus généralement par ses représentants légaux. Il est bien évident, qu'en cas de handicap grave de l'enfant lors de sa majorité, c'est son représentant légal qui pourra ester en justice à son profit.

§ 1 : La primauté à l'intérêt de l'enfant :

Il est loisible de s'interroger sur la recevabilité de l'action de l'enfant dès lors qu'au moment des faits, à savoir la réalisation de la faute par le médecin, il était simplement conçu et non encore né vivant et viable. En analysant cette action au regard d'autres domaines, sa recevabilité semble difficilement justifiable.

En effet, de prime abord, il importe de citer l'article 311-4 du Code civil ¹⁶⁷ qui exclut toute possibilité d'action de l'enfant relative à sa filiation dès lors qu'il n'est pas né viable. Ceci constitue un premier rempart à l'admission du fait que l'enfant puisse ester en justice contre le médecin de sa mère au motif que celui-ci a commis une faute durant la grossesse.

En second lieu, en matière de procréation médicalement assistée, si l'on se réfère à l'embryon congelé qu'il est possible de détruire après une période de cinq années, ou encore au droit au recours à un acte abortif qui est une prérogative de la mère pendant les douze premières semaines de sa grossesse, il semble difficile de ne pas rejeter cette initiative de l'enfant.

Toutefois, au regard du droit prétorien, force est de reconnaître que cette action de l'enfant est considérée comme recevable ¹⁶⁸. La jurisprudence tend à justifier sa position en se référant aux dispositions du Code Napoléonien qui permettent, d'une part pour un enfant qui vient de naître, d'hériter de son père qui s'est éteint durant la grossesse (article 725 du Code civil ¹⁶⁹), et d'autre part, de recevoir une donation (article 906 du Code civil ¹⁷⁰) ou tout avantage patrimonial ¹⁷¹ destiné à l'enfant et réalisé pendant la période de grossesse.

Ainsi, force est de reconnaître que pour admettre l'initiative de l'enfant, les juges ont pris comme fondement la maxime *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ¹⁷². Cela va permettre de reconnaître l'enfant comme titulaire de ce droit chaque fois qu'il y va de son intérêt ¹⁷³. En d'autres termes, un enfant, dont la naissance a révélé l'existence d'un dommage à son égard, pourra obtenir réparation dès lors qu'il sera établi que ce dommage résulte d'une faute commise durant la période de grossesse, et surtout que cet enfant sera né vivant et viable.

Cette solution se justifie aisément par le fait que l'une des règles fondamentales du droit demeure la protection de l'intérêt de l'enfant. En témoignent, les dispositions du Code Napoléonien relatives au droit de la filiation, ou encore celles qui réglementent le domaine de l'autorité parentale.

§ 2 : La nature de la responsabilité invoquée :

En se fondant sur le principe de l'effet relatif des contrats issu de l'article 1165 du Code civil ¹⁷⁴, force est de reconnaître que l'enfant pourra se prévaloir d'une faute dans la réalisation

¹⁶⁷ L'article 311-4 du Code civil dispose que : « *Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable* ».

¹⁶⁸ Conseil d'Etat, 27 septembre 1989 : précité.

¹⁶⁹ L'article 725 du Code civil dispose que : « *Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder :*

1° Celui qui n'est pas encore conçu ;

2° L'enfant qui n'est pas né viable ;

3° Celui qui est mort civilement.

Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112 ».

¹⁷⁰ L'article 906 du Code civil dispose que : « *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.*

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ».

¹⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 1985 : D. 1987, Jur. p.449, note Paire ; R.T.D. civ. 1987, p.309, observations Mestre.

¹⁷² Hauser (J.), *Infans conceptus pro nato non habetur*, R.T.D. civ. 1994, p.831.

¹⁷³ Cf. : *La situation juridique de l'enfant conçu*, R.T.D. civ. 1990, p.621 ; Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, D.1996, chron. p.29.

¹⁷⁴ L'article 1165 du Code civil dispose que : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elle ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

du contrat conclu entre sa mère et le médecin. Ainsi, le rapport contractuel existant entre le médecin et les parents, l'enfant, dès lors qu'il aura subi un dommage résultant d'une faute de ce praticien partie au contrat, pourra engager la responsabilité délictuelle du professionnel sur le fondement des dispositions précitées du Code civil, puisqu'il est considéré comme un tiers à la convention.

Toutefois, il faut remarquer que, antérieurement, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 26 mars 1996 relatif à l'affaire N. Perruche, avait statué en faveur d'une responsabilité contractuelle du médecin à l'égard de l'enfant, en invoquant de la part du professionnel, une violation de l'article 1147 du Code civil. En effet, en adoptant cette position, cela revient à considérer que, en passant avec le médecin un contrat relatif à sa grossesse, la mère a, par ce biais, stipulé pour l'enfant qu'elle portait en le représentant, et ce, sur le fondement de l'article 1121 du Code Napoléonien ¹⁷⁵.

Néanmoins, plus récemment, c'est le fondement de la responsabilité délictuelle au profit de l'enfant qui a été retenu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation au sein de son arrêt du 17 novembre 2000 ¹⁷⁶. Toutefois, il semble qu'au sein de ses arrêts du 13 juillet 2001, il s'agissait d'une responsabilité contractuelle, dès lors qu'elle a invoqué au profit de la réparation de l'enfant l'article 1147 du Code civil ¹⁷⁷.

Si l'enfant peut ester en justice, son action sera-t-elle recevable lorsqu'il s'agira d'obtenir la réparation de sa « naissance préjudiciable » ?

Sous-section 2 : L'impossible indemnisation de la naissance préjudiciable :

La mise en œuvre de la responsabilité médicale par un enfant en parfaite santé au nom d'une naissance préjudiciable semble difficilement concevable eu égard aux règles du droit de la responsabilité civile, mais également à la solution retenue pour les parents dans pareille hypothèse.

¹⁷⁵ L'article 1121 du Code civil dispose que : « *On ne peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

A ce propos, d'aucuns, tels Mme Fabre-Magnan Muriel, s'accordent à penser qu'il pourrait être envisageable « *d'admettre que dans le contrat médical liant la mère et le médecin figure une stipulation pour autrui en faveur de l'enfant à naître, ce qui permettrait alors de retenir que la responsabilité du médecin vis-à-vis de l'enfant est une responsabilité contractuelle et non plus délictuelle* ».

¹⁷⁶ Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000 : précité.

¹⁷⁷ Cass. Ass. Plén., 13 juillet 2001 : trois arrêts : précités.

§ 1 : Le rejet de l'indemnisation au regard du droit de la responsabilité civile :

Comme il a été rappelé auparavant, dans la perspective d'engager la responsabilité du médecin, il faut que l'enfant réponde nécessairement d'un préjudice, d'un fait dommageable ainsi que d'un rapport direct de cause à effet entre cette faute et ce dommage.

Ainsi, dès que l'existence de la faute sera établie, qui consistera soit dans l'échec d'une stérilisation, soit dans la défaillance d'une interruption de grossesse ¹⁷⁸, il faudra alors démontrer que l'enfant a bien subi un dommage, lequel est directement imputable à la faute du médecin.

Trois grandes formes de préjudices peuvent être relevés. Mais l'enfant pourra-t-il arguer d'un préjudice corporel, matériel ou moral ? Il ne le semble pas dès lors que l'enfant est né en parfaite santé, il ne subit aucun dommage corporel. Sur un plan matériel, il est également impossible d'établir, à l'égard de l'enfant, l'existence de conséquences préjudiciables alors qu'il est né en parfaite santé. Enfin, sur un plan moral, comment souffrir du fait qu'un médecin, suite à une erreur de sa part, vous ait donné la vie ?

Face à toutes ces données, le seul préjudice que l'enfant a été tenté d'invoquer est le fait d'être né alors que ces parents ne le désiraient pas. Toutefois, cette hypothèse semble exclue tant au regard du lien de causalité, que du caractère indemnisable de ce préjudice !

A°/ Le rejet d'une responsabilité dénuée de lien direct de cause à effet :

Si l'enfant tente d'engager la responsabilité du médecin, ce sera alors en invoquant un préjudice moral, celui d'être né, suite à une erreur médicale, avec des parents qui ne le désiraient pas. Il est bien évident que c'est le rejet de l'enfant de la part des parents qui constitue le préjudice moral de cet enfant. Or, ce n'est pas la faute du médecin qui est à l'origine du fait que les parents ne voulaient pas de cet enfant, la cause se situe à un autre niveau. Eventuellement, si une responsabilité devait être engagée dans un tel cas de figure, ce serait à l'encontre des parents de l'enfant.

En effet, le médecin, par sa faute, a juste contribué au don de la vie à cet enfant. Est-il envisageable d'imaginer que, la vie d'un petit être qui vient de naître en parfaite santé, puisse constituer pour lui un préjudice réparable ?

¹⁷⁸ Renvoi à la Première partie p.15.

B°/ Le rejet d'une responsabilité dénuée d'un préjudice légitime :

Dans la perspective de bénéficier des règles du droit de la responsabilité, il faut pouvoir démontrer l'existence d'un préjudice légitime.

1°) *Un préjudice dépourvu de toute légitimité* :

S'il est incontestable qu'en droit français le principe veut que, à chaque fois qu'une personne prouve qu'un tiers a commis une faute qui a été à l'origine pour elle d'une souffrance, celle-ci pourra obtenir réparation pour le dommage qu'elle a subi, il n'en demeure pas moins qu'il reste des espèces auxquelles se trouve confrontée la jurisprudence et qui la placent dans une situation inconfortable.

En effet, les juges peuvent-ils arguer d'un tel principe quand la réparation du préjudice va concerner la protection d'un intérêt de la victime qui n'est nullement reconnu par le droit français ? Tel était le cas des personnes qui demandaient réparation du préjudice qu'ils ont subi suite au décès de leur concubin ! Ainsi, jusqu'à un arrêt du 27 février 1970, pareille prétention était rejetée au motif que le concubinage n'était pas juridiquement reconnu ¹⁷⁹.

Par la suite, les juges ont donc opéré à un revirement de leur position ¹⁸⁰.

Par conséquent, au regard de cette jurisprudence, dans les espèces qui nous concernent, l'enfant devrait pouvoir obtenir réparation du préjudice qu'il a subi, à savoir celui de naître. Toutefois, dans l'affaire précitée relative au dommage du concubin, les magistrats avaient précisé que « *l'article 1382 n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation* » ¹⁸¹. Comment assimiler le préjudice lié à un décès à celui lié à une naissance ?

2°) *Le rejet d'un droit de ne pas naître* :

Il est possible de se demander si l'on peut reconnaître à un enfant conçu mais non encore né des droits, tels que celui de naître et de vivre « normal ».

¹⁷⁹ Cass. ch. mixte, 27 février 1970 : J.C.P. éd. G. 1970, II, 16305, conclusions Lindon et note Parlange ; D. 1970, 201, note Combaldieu.

¹⁸⁰ Il est possible d'illustrer ces propos en citant un arrêt de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation où les juges ont accepté de reconnaître « *un intérêt légitime à demander réparation de son dommage à la S.N.C.F., alors même que le voyageur blessé en ayant voulu emprunter un train se trouvait dans une situation irrégulière* » : Cass. civ. 2^{ème}, 19 février 1992 : J.C.P. éd. G. 1993, II, 22170, note Casile-Hugues.

¹⁸¹ Cass. ch. mixte, 27 février 1970 : précité.

Il faut bien admettre qu'une telle solution reviendrait à remettre en cause le principe même de l'interruption volontaire de grossesse, dépourvue de tout motif thérapeutique. Pour se soustraire à une telle hypothèse, le législateur, au sein de la loi du 17 janvier 1975¹⁸², ainsi que l'article 16 du Code civil¹⁸³, rallié par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 janvier 1975¹⁸⁴, et par les juges judiciaires¹⁸⁵, ont précisé que « *si un être humain est dès sa conception titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître* ».

C'est d'ailleurs ce qu'a préconisé la Cour d'appel d'Orléans, laquelle statuant sur renvoi concernant l'affaire Nicolas Perruche, a rendu, le 5 février 1999, un arrêt qui tendait à rejeter l'indemnisation de l'enfant né handicapé, suite à l'erreur du laboratoire dans la réalisation des analyses médicales tendant à la recherche de la rubéole, au motif que : « *sa naissance ou la suppression de sa vie, ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques* »¹⁸⁶.

De même, il peut également être cité un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux rendu le 26 janvier 1995 qui a statué en faveur du rejet de la mise en place d'un tel système d'indemnisation. En effet, ses termes étaient les suivants : « *si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître et de ne pas naître, de vivre et de ne pas vivre et sa naissance ou la suppression de la vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques* ».

De surcroît, il est évident qu'admettre un droit à ne pas vivre serait en total contradiction avec le principe constitutionnel du respect de la dignité de la personne humaine (articles 16 et 16-9 du Code civil)¹⁸⁷.

Enfin, il est certain qu'il serait faire preuve d'une certaine incohérence de la part des juges d'accorder une indemnisation à l'enfant tout en l'ayant refusée aux parents sur le même fondement.

¹⁸² L'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 dispose que : « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi* ».

¹⁸³ L'article 16 du Code civil dispose que : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

¹⁸⁴ Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975 : D. 1975, 529, note L. Hamon.

¹⁸⁵ Cour d'appel de Bordeaux, 26 janvier 1995 : J.C.P. éd. G. 1995, IV, 1568 ; R.T.D. civ. 1995, 863, observations Hauser.

¹⁸⁶ Cour d'appel d'Orléans, 5 février 1999 : R.T.D. civ. 2000, p.80, note Hauser.

¹⁸⁷ Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994 : D. 1995, p.237, note B. Mathieu ; somm., p.299, observations L. Favoreu.

§ 2 : L'extension à l'enfant de la solution applicable aux parents :

Comme il a pu être constaté auparavant, les parents, qui tentent d'engager la responsabilité de leur médecin au motif que l'acte abortif ou de stérilisation a échoué permettant la naissance d'un enfant qu'ils n'ont pas désiré, vont voir leurs prétentions rejetées.

En effet, les juridictions tant judiciaires qu'administratives ¹⁸⁸, ont rejeté toute indemnisation des parents de cet enfant dès lors qu'il est né en parfaite santé. Les juges ont réservé des possibilités d'indemnisation que pour des circonstances particulières comme une maladie incurable et grave frappant l'enfant.

Ainsi, pour reprendre les termes énoncés par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation au sein de son arrêt du 25 juin 1991, « *l'existence de l'enfant...conçu, ne peut, à elle seule, constituer...un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse* ».

Cela nous éclaire sur la position prise par les magistrats en matière d'indemnisation d'un enfant en parfaite santé, en cas de naissance non désirée par ses parents : un refus catégorique de réparation aussi bien pour les juges judiciaires que pour les juges administratifs.

Le cas échéant, cela reviendrait à admettre que l'enfant en parfaite santé dispose d'un droit à ne pas naître. Néanmoins, il est alors possible de se demander si l'enfant pourrait engager une telle action contre les parents, au motif qu'il aurait, à titre d'exemple, subi un préjudice moral.

Section 2 : La responsabilité parentale face à une « naissance préjudiciable » :

L'intérêt de l'étude réside ici dans le fait de savoir si l'enfant né d'un viol peut ou non se porter partie civile, si l'enfant peut engager une action pour « défaut de conception » ?

Au regard du droit prétorien, force est de constater qu'il demeure des divergences quant à la solution adoptée, lesquelles semblent dépendre de la conception de l'enfant.

D'une manière générale, la jurisprudence a consacré à plusieurs reprises l'admission de l'action d'un enfant issu d'un viol contre son « père violeur » ¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : précité et également : Conseil d'Etat, 2 juillet 1982 : précité.

¹⁸⁹ Tribunal de grande de Lille le 6 mai 1996 ; Cass. crim., 4 février 1998 ; CA Douai : 2 juillet 1998 : Juris-data, n°045356.

Sous-section 1 : L'indemnisation de l'enfant né d'un viol incestueux :

Eu égard aux règles régissant le droit de la responsabilité civile, il incombe de se demander sur quel fondement l'enfant né d'un viol incestueux pourra obtenir une indemnisation à l'encontre de son géniteur.

§ 1 : La faute dans l'accomplissement d'un acte de procréation :

Consacrée par la jurisprudence à plusieurs reprises ¹⁹⁰, l'admission de l'action de l'enfant né d'un viol peut susciter quelques interrogations sur le plan de son interprétation.

Ainsi, concernant le jugement rendu par le Tribunal de grande de Lille le 6 mai 1996, il s'agissait d'un viol commis par un homme sur sa propre sœur, qualifié donc de viol incestueux, lequel avait abouti à la naissance d'un enfant.

Pour ce qui est de la seconde espèce, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait eu à connaître de faits où un père avait violé sa propre fille, lequel acte avait également généré la naissance d'un enfant. Là encore, le caractère incestueux de cette infraction ne faisait nul doute ¹⁹¹.

Aux vues de chaque affaire, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si ces décisions, en déclarant la recevabilité d'une telle action, entendent appliquer cette solution uniquement aux cas de viols incestueux ou au contraire, à toutes les hypothèses de viols.

Ainsi, il importe à ce stade de préciser que ce que sanctionne ici la jurisprudence n'est autre que le comportement fautif dans l'accomplissement d'un acte de procréation. Il en résulte que le viol exempt de caractère incestueux devrait pouvoir se voir appliquer les mêmes solutions toutes les fois que l'enfant justifiera d'un préjudice indemnisable, en relation de causalité directe avec ce fait dommageable.

§ 2 : L'admission d'un préjudice réparable de l'enfant :

Il est nécessaire de s'interroger sur la nature du préjudice retenu par les juridictions criminelles qui indemnisent le préjudice subi par l'enfant issu d'un viol. Quelles sont ces

¹⁹⁰ Il est possible de citer, à titre d'exemple, un jugement du Tribunal de Grande Instance de Lille en date du 6 mai 1996 (D. 1997, partie jurisprudence, p.543, note de M. X. Labbé).

« charges » liées à sa naissance que l'enfant peut invoquer pour justifier d'un préjudice légitime ?

A°/ L'existence d'un préjudice indemnisable :

De prime abord, afin de pouvoir reconnaître la légitimité de l'action pénale de l'enfant, il faut s'interroger sur la qualification de « victime » retenue en droit pénal.

Il est loisible de se demander si, d'une certaine manière, cette action de l'enfant sur le plan pénal ne pourrait pas être rejetée au motif qu'il n'existerait pas, en matière pénale, de préjudice juridiquement réparable.

Sur ce fondement, il est possible de citer M. X. Labbé qui précisait que, selon lui, « *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 »* »¹⁹².

Néanmoins, s'il est vrai qu'en droit pénal, l'action civile reste une prérogative exceptionnelle¹⁹³, il n'en demeure pas moins que le dommage subi par l'enfant né d'un viol est, incontestablement, une conséquence directe de l'infraction dont sa mère a été victime.

D'ailleurs, pour justifier la recevabilité de l'action pénale de l'enfant sur un plan procédural, il faut se reposer sur les articles 2 ainsi que 3 du Code de procédure pénale selon lesquels tous les chefs de dommage qui seraient demeurés inexistantes en l'absence de l'infraction commise, en l'espèce, le viol, doivent pouvoir faire l'objet d'une indemnisation.

De surcroît, force est de reconnaître qu'en matière pénale, l'évolution de la jurisprudence tendant à admettre la recevabilité de l'action des proches de la victime immédiate en réparation de leur dommage par ricochet est bien réelle¹⁹⁴. L'enfant, pour pouvoir obtenir réparation, devra donc rapporter la preuve de l'existence d'un dommage dont il a personnellement souffert, préjudice causé par l'infraction, en l'espèce le viol incestueux commis sur sa mère.

De même, aux détracteurs à la recevabilité d'une telle action arguant que l'enfant n'était pas encore conçu au moment des faits, du viol, il faut leur opposer que l'enfant a bien été conçu pendant l'infraction. Le viol constitue donc bien le jour de la conception de l'enfant. A ce

¹⁹¹ Cass. Crim., 4 février 1998 : J.C.P. éd. G. 1999, II, 10178, p. 1835 ; Dr. pénal 1998, n°104, note Maron.

¹⁹² D. 1997, p.543, note X. Labbé.

¹⁹³ M. J. Larguier, Remarques sur l'action civile exercée par une personne autre que la victime, Mélanges Patin, p.383 et s.

¹⁹⁴ Cass. crim., 26 novembre 1966, J.C.P. éd. G. 1967, II, 17970, note P.C. ; Cass. Ass plén., 12 janvier 1979, R.T.D. civ. 1979, p.141, note G. Durry ; J.C.P. éd. G. 1980, II, 19335, rapp. A. Ponsard, note M.-E. Cartier.

propos, il nous incombe de relever un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai en date du 2 juillet 1998, statuant dans ce sens ¹⁹⁵.

Si l'existence d'un préjudice est établie, encore faut-il que celui-ci soit légitime.

B°/ Le caractère légitime du préjudice lié à la filiation de l'enfant :

Dans la perspective d'appréhender le caractère légitime ou non d'une telle action de l'enfant, il importe de se demander si tous les caractères nécessaires à la qualification d'un préjudice, au sens juridique du terme, sont réunis. Ce dernier, pour pouvoir exister, doit être personnel, direct et certain. L'enfant engageant une action contre le violeur de sa mère peut-il justifier d'un tel dommage ?

De prime abord, il semble que l'un des dommages subi par l'enfant puisse comporter un caractère moral dès lors qu'il résidera dans le fait d'avoir eu connaissance de sa véritable filiation issue d'un acte de procréation criminelle. Il s'agit bien d'un préjudice moral personnel à l'enfant, direct et certain, dès lors qu'il peut être considéré comme actuel mais également futur. Sur ce dernier point, il est possible d'imaginer le dommage subi par cet enfant qui ne pourra jamais prétendre pouvoir bénéficier de la présence de son père naturel ¹⁹⁶. D'ailleurs, les juges de la Haute juridiction, statuant en matière criminelle ont précisé, de part cet arrêt rendu le 4 février 1998 relatif à un viol incestueux, 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* » ¹⁹⁷.

De même, il est possible d'imaginer des difficultés sur le plan psychologique pour l'enfant consécutives au fait qu'il soit toujours obligé de mentir sur la réelle identité de son père, sur ses racines ou, le cas échéant, s'il décide de dire la vérité, sur les conséquences d'une telle révélation aux tiers.

Toutefois, au sein des différentes décisions rendues en la matière, le véritable préjudice, invoqué par ces enfants, demeure celui d'être né avec l'impossibilité pour eux d'établir leur

¹⁹⁵ Cour d'Appel de Douai, 2 juillet 1998, juris-data, n°045356. Dans cette espèce, les juges ont clairement précisé que l'enfant devait acquérir « *la qualité de victime de l'infraction du fait de sa conception à la suite du viol* ».

¹⁹⁶ Néanmoins, il faut prendre garde dans l'émission d'une telle motivation. En effet, cela reviendrait à dire que l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur pourrait justifier d'un tel préjudice, or ce n'est pas le cas. Admettre un tel motif reviendrait à remettre en cause l'acte même de la procréation médicalement assistée. D'ailleurs, pour empêcher la réalisation d'une telle méprise, le législateur a pris ses dispositions en prévoyant au sein de l'article 311-19 du Code civil que : « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.*

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

¹⁹⁷ Cass. crim., 4 février 1998, précité.

filiation, eu égard à la conception dont ils sont issus. En effet, en vertu des dispositions du Code civil, à savoir les articles 161¹⁹⁸, 162¹⁹⁹, 163²⁰⁰ ainsi que 334-10²⁰¹, cet enfant issu d'un viol incestueux ne pourra nullement établir sa filiation. Pareil dommage, résultant donc d'une atteinte à sa personne, réuni bien à l'égard de l'enfant qui l'invoque, les caractères de personnel, certain et direct.

De surcroît, il est intéressant de noter que, pour admettre cette indemnisation, le Tribunal de grande instance de Lille, dans son jugement en date du 6 mai 1996, s'est reposé sur l'emploi de l'article 706-3 du Code de procédure pénale²⁰².

Enfin, il faut noter que l'inceste est une circonstance aggravante de l'infraction du viol, réprimée par l'article 222-24 du Code pénal²⁰³. En conséquence de quoi, le montant de la réparation du préjudice de l'enfant devrait pouvoir être évalué au regard des circonstances de l'infraction.

Enfin, M. F. Garron a relevé à juste titre que, par le jugement qu'il a rendu le 6 mai 1996, le Tribunal de grande instance de Lille²⁰⁴ a relevé « *l'exemple parfait d'un préjudice qui affecte la qualité de la vie sans la rendre insupportable pour autant. Il s'agit donc là d'un cas qui porte sur la réparation d'un simple préjudice à la vie* »²⁰⁵.

Mais cette solution s'étendra t'elle aux autres cas de « procréation fautive » ?

¹⁹⁸ L'article 161 du Code civil dispose que : « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne* ».

¹⁹⁹ L'article 162 du Code civil dispose que : « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels* ».

²⁰⁰ L'article 163 du Code civil dispose que : « *Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle* ».

²⁰¹ L'article 334-10 du Code civil dispose que : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre* ».

²⁰² L'article 706-3 du Code de procédure pénale 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 des atteintes à la personne...* ».

²⁰³ L'article 222-24 du Code pénal dispose que : « *Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle :...*

4° Lorsqu'il est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime; ... ».

²⁰⁴ T.G.I. Lille, 6 mai 1996, précité.

²⁰⁵ GARRON (F.), *La responsabilité civile du géniteur*, Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, 1999 – 1, n°24, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, p.367.

Sous-section 2 : Les autres hypothèses d'indemnisation :

S'il vrai que l'enfant né d'un viol incestueux pourra obtenir réparation du préjudice qu'il a subi, à savoir l'impossibilité pour lui d'établir sa filiation, qu'en est-il alors quand l'enfant est né d'un viol dépourvu de caractère incestueux, ou lorsque l'enfant « résulte » d'une relation incestueuse mais consentie ? Existente-t-ils d'autres fondements juridiques légitimes que celui tiré de l'incapacité d'établir une filiation incestueuse ?

§ 1 : Le caractère illégitime du préjudice lié à la seule naissance :

Avant même de tenter d'étudier l'impact de cette solution sur les autres cas de « procréation fautive », il incombe d'évincer, au profit de l'enfant, l'indemnisation du préjudice lié à sa seule naissance.

En effet, au regard des développements qui ont précédé, force est de reconnaître que l'enfant ne peut tenter d'obtenir la réparation du préjudice issu de sa seule naissance.

A ce propos, Mme G. Viney a précisé que « *le fait de donner la vie ne peut être considéré comme une faute* »²⁰⁶ tant à l'égard des parents, qu'à l'égard de l'enfant.

En effet, cela constituerait une atteinte au principe de la dignité humaine.

D'aucuns se proposent de déduire de pareille situation, à savoir l'indemnisation d'un enfant né d'un viol incestueux, la création d'un nouveau droit, celui du « *droit à la vie normale* » dont le créancier serait l'enfant et ce, dès sa conception²⁰⁷.

²⁰⁶ C.E., 14 février 1997, J.C.P. éd. G. 1997, I, 4025, obs. G. Viney et II, 22828, note Moreau.

²⁰⁷ Le fait que l'enfant puisse être titulaire de ce droit se justifie par l'emploi de la maxime *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (cette adage signifie que l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt) qui permet aux enfants conçus mais non encore né vivant et viable d'avoir le statut d'héritier quand cela est dans son intérêt (hypothèse du père de l'enfant qui meurt durant la grossesse). A ce propos, l'article 725 du Code civil dispose que : « *Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder :*

1° *Celui qui n'est pas encore conçu ;*
 2° *L'enfant qui n'est pas né viable ;*
 3° *Celui qui est mort civilement... ».*

§ 2 : Les autres hypothèses de « procréation fautive » :

Admettre l'action de l'enfant invoquant le préjudice qu'il a subi du fait qu'il soit né d'un viol incestueux conduit inmanquablement à se demander s'il serait possible d'élargir le champ d'application de cette solution à d'autres hypothèses.

A°/ L'hypothèse de l'enfant né d'un viol exempt de caractère incestueux :

Dans l'hypothèses d'un viol « non incestueux », l'enfant sera toujours considéré, au regard de la justice, comme un enfant « infractionnel ». C'est à dire qu'une faute existe au cours de sa conception, le viol, mais que le préjudice ne peut être identique à celui de l'enfant issu d'un viol incestueux. Une interrogation intervient alors qui est celle de savoir s'il est possible pour l'enfant d'obtenir réparation sur un autre fondement.

Il a été fait référence, au sein des développements qui ont précédé, à l'existence d'un éventuel préjudice moral qui s'expliquerait par le fait que l'enfant ait eu connaissance de cette filiation. Néanmoins, eu égard à la nature du dommage, si indemnisation il y a, mince elle restera et difficile la preuve à rapporter sera. M. Le Tourneau, aux suites d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Riom, le 6 juillet 1989²⁰⁸, précisait que « *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* ». Sa thèse fut d'ailleurs confortée par une intervention de M. Massip qui, en commentant l'arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 25 juin 1991²⁰⁹, était venu affirmer que « *l'exigence d'un dommage particulier pourrait être remplie dans le cas où l'enfant serait né d'un viol ou d'un inceste* ».

Ainsi, au regard de la solution retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 février 1998²¹⁰ concernant une affaire relative à un viol incestueux, il est bien évident que, dès lors qu'elles ont retenu un préjudice moral par ricochet, à savoir la réparation des « *souffrances et des humiliations infligées à sa mère* » issues du viol, les juridictions doivent pouvoir retenir le même préjudice au profit de l'enfant né d'un viol non incestueux.

²⁰⁸ Cour d'Appel de Riom, 6 juillet 1989, J.C.P. éd. G. 1989, IV, p. 342 ; D. 1990, Jur. p. 284, note P. Le Tourneau ; D. 1991, Somm. p.180, obs. J. Penneau.

²⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, Defrénois 1992, p.50, note J. Massip.

²¹⁰ Cass. crim., 4 février 1998, précité.

De même, le fait de connaître ses racines, son « géniteur » n'étant qu'un violeur, et la manière dont il a été conçu, peuvent constituer à eux seuls des circonstances de nature à générer un préjudice psychologique grave, notamment chez certains sujets de faible tempérament.

Mais qu'en est-il lorsque l'enfant est né de relations incestueuses consenties ?

B°/ L'hypothèse de l'enfant né de relations incestueuses consenties :

Dans ce cas de figure, l'indemnisation du préjudice de l'enfant devrait pouvoir être admise puisque les juridictions pénales l'ont reconnu possible dès lors que l'enfant était né d'un viol incestueux au motif qu'il était dans l'impossibilité de pouvoir établir sa filiation.

Sur le plan pénal, cette action doit être évincée puisque l'existence d'aucune infraction pénale ne peut être établie, l'enfant ne pourra se constituer partie civile. En effet, l'inceste à lui seul ne constitue nullement une infraction.

Mais, sur le plan civil, pourquoi ne pas envisager que l'enfant puisse engager la responsabilité de ses géniteurs sur le fondement des articles 161, 162, 163 ainsi que 334-10 du Code civil²¹¹? La faute à établir serait celle commise par les parents d'avoir fait l'objet de relations incestueuses²¹² et de mettre au monde un enfant issu de ces relations, sachant qu'il subira un dommage, celui de ne jamais pouvoir établir sa filiation. Le préjudice subi par l'enfant serait donc d'ordre psychologique. Quant à l'existence du lien de causalité, elle est indiscutable.

Toutefois, certaines hésitations peuvent se révéler en la matière, relatives à cette faute des parents. Ainsi, il est tout à fait possible d'adopter un autre raisonnement sur ce point. Celui-ci consisterait à considérer qu'il ne peut être relevé de faute à l'encontre des parents puisque dans le cas contraire, cela reviendrait à indemniser l'enfant au motif qu'il est né de relations incestueuses. Il est néanmoins possible, à l'instar de M. X. Labbé, d'opérer un rapprochement avec l'hypothèse d'un médecin qui procéderait à un acte de procréation médicalement assistée sur une mère stérile célibataire et qui, par ce biais, générerait la naissance d'un enfant dépourvu de toute possibilité de connaître ses deux parents biologiques.

²¹¹ Ces dispositions du Code civil rejettent toute possibilité pour l'enfant de pouvoir établir sa filiation dès lors qu'il est issu de relations incestueuses.

²¹² « C'est Œdipe 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 ». Extrait de l'œuvre de A.-M. de Vilaine, *L'homme machine, la femme cobaye, les bébés éprouvettes et les enfants de la science...*, Génétique, procréation et droit, éditions Actes Sud 1985, p.555.

Autre préjudice qu'il serait possible et aisé d'établir consisterait dans le fait que l'enfant soit porteur de maladies génétiques, sachant que ces risques consécutifs à une union incestueuse sont connus de tous.

Face à ces divergences, il faut relativiser et bien reconnaître que l'indemnisation étant admise en matière pénale pour l'enfant né d'un viol incestueux, réparation fondée sur une procréation fautive, pourquoi l'évincer en matière civile alors qu'une « faute » peut également être relevée ? Toutefois, s'il est certain qu'il doit être impossible d'indemniser l'enfant en ne se basant que sur le fondement relatif au fait d'être né, il convient tout de même, de ne pas évincer toute possibilité de réparation en invoquant un dommage particulier. C'est d'ailleurs la solution qu'a emprunté la Cour d'Appel de Douai, au sein de son arrêt rendu le 2 juillet 1998 ²¹³, en retenant la responsabilité du père de l'enfant, au motif que ce dernier, suite à sa conception « infractionnelle », n'est pas en mesure, sur un plan juridique, de pouvoir établir sa filiation paternelle.

Mais l'admission d'une telle solution risque d'aboutir à d'autres débats, identiques à ceux ouverts quand l'enfant veut exercer une action contre ses parents dès lors qu'ils l'ont laissé naître handicapé. En effet, est-il réellement admissible de déclarer l'action de l'enfant contre ces parents sur de tels fondements, recevable, notamment sur un plan éthique ?

²¹³ Cour d'Appel de Douai, 2 juillet 1998, précité.

CHAPITRE 2 : L'action de l'enfant pour « vie préjudiciable » :

Il convient, de prime abord, d'envisager la responsabilité médicale au regard de ce préjudice issu d'une infirmité ou d'une maladie, et, en second lieu, d'en appréhender les répercussions notamment quant à une possible responsabilité parentale.

Section 1 : La responsabilité médicale face à la naissance d'un enfant handicapé :

L'idéal consisterait à raisonner à l'image de la Cour suprême du Canada ²¹⁴ qui considère que « *le caractère sacré de la vie comprend la notion de qualité de vie* ». De par cette approche, il serait alors possible d'indemniser l'enfant né handicapé dès lors que suite à sa maladie, il vit dans des conditions « déplorables ». Toutefois, il faut pouvoir limiter cette responsabilité à la réparation d'un préjudice légitime et uniquement quand sera établi l'existence d'un lien de causalité direct. Dans le cas contraire, on assisterait à une dénaturation du droit de la responsabilité civile.

Deux hypothèses sont alors à envisager. Dans un premier temps, il conviendra de rechercher la responsabilité du médecin dans le cas où sa faute sera à l'origine du handicap de l'enfant, et en second lieu, quand le handicap de l'enfant aura une origine endogène.

Sous-section 1 : La faute du médecin à l'origine du handicap :

Les fautes établies à l'encontre du médecin ²¹⁵, l'enfant qui est né handicapé, infirmité provoquée par cette erreur médicale, doit, pour pouvoir engager la responsabilité du professionnel à son égard, justifier d'un préjudice légitime ainsi que d'un lien de cause à effet direct.

²¹⁴ Cour suprême du Canada, août 1993 : *Sue Rodriguez* : In J.C.P. éd. G. décembre 2000, jurisprudence II. 10438 : « *Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero* », rapport Sargos P., et conclusions Sainte-Rose J. et note Chabas F.

²¹⁵ Renvoi à la première partie, p.43.

§1 : L'appréciation du préjudice au regard de l'action de l'enfant :

Il est certain que les préjudices subis par l'enfant différeront de ceux établis pour les parents, dès lors que c'est lui même qui supporte le handicap.

Ainsi, en matière de dommage corporel, il pourra invoquer à son profit les souffrances physiques consécutives à sa maladie, le préjudice esthétique dont il fait l'objet, mais également la diminution à laquelle il est réduit suite à son état physique.

L'enfant pourra également mettre en avant, les souffrances morales quotidiennes liées à sa maladie, et surtout à son état physique, à savoir le fait de ne pas pouvoir jouir de tous les plaisirs de la vie ²¹⁶, subir des moqueries, avoir des difficultés notamment pour trouver un emploi, poursuivre des études, devoir supporter une continuelle dépendance à l'égard des autres, etc... De même, il est évident que l'état de santé de cet enfant va générer des contraintes, notamment au niveau de ses soins, qui pourront se révéler à divers niveaux. Ainsi, il est possible d'évoquer les difficultés à endurer les traitements médicaux consécutifs à ses maux.

En dernier lieu, il est certain que sur un plan matériel, le préjudice sera facilement démontrable, eu égard aux divers coûts importants que l'infirmes générera pour tenter d'améliorer ses conditions de vie.

Voilà quelques dommages dont l'enfant pourra se prévaloir pour obtenir réparation dès lors qu'ils seront imputables à la faute du médecin.

Toutefois, une telle réparation ne sera accordée que dans l'hypothèse où ce préjudice serait directement causé par le fait dommageable.

§2 : L'appréciation de la causalité au regard de l'action de l'enfant :

Impératif pour toute mise en œuvre d'une responsabilité délictuelle, le lien de causalité pourrait se définir comme le lien qui doit nécessairement exister entre le fait dommageable, à savoir le fait du défendeur, et le préjudice subi par la victime.

Aussi, le lien de causalité entre la faute et le dommage doit être direct.

Par conséquent, il est bien évident qu'à partir du moment où une faute du médecin réalisée au cours de la grossesse, est à l'origine du handicap ou de la maladie contracté par l'enfant, il ne fait nul doute que le lien de causalité existe et que l'enfant pourra obtenir réparation du préjudice qui résulte de la faute du médecin, à savoir le handicap ou la maladie. En effet, à défaut de cette erreur du praticien, l'enfant serait en parfaite santé.

A ce propos, il est possible de citer un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 27 septembre 1989, qui a permis le versement à l'enfant d'une « *indemnité globale de 600 000 francs couvrant les souffrances physiques, le préjudice esthétique et les troubles dans les conditions d'existence subis par l'enfant* »²¹⁷. Une solution identique a été retenue par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, au sein d'un arrêt en date du 7 juillet 1998, dès lors que l'enfant était, à la naissance, atteint de troubles neurologiques, lesquels étaient consécutifs à des erreurs médicales commises lors de l'accouchement²¹⁸.

Il est alors loisible de s'interroger sur le fait de savoir si une telle solution trouverait à s'appliquer dans l'hypothèse où il y aurait une erreur médicale, mais que le handicap dont est atteint l'enfant à la naissance aurait une origine endogène, en d'autres termes, serait inhérent à son patrimoine génétique ?

Sous-section 2 : L'erreur médicale face au handicap endogène de l'enfant :

S'il fallait admettre une quelconque responsabilité médicale dans une telle hypothèse, ce serait par le biais du sacrifice soit d'un rapport de causalité direct, soit d'un préjudice légitime.

§ 1 : Le sacrifice du lien de causalité au profit de l'indemnisation de l'enfant :

Qu'il s'agisse de l'emploi de la théorie de la causalité adéquate, ou encore de celle de la théorie de l'équivalence des conditions, il semble que l'existence d'un lien de causalité direct soit difficilement envisageable.

A°/ Le rejet de l'indemnisation par l'emploi de la théorie de la causalité adéquate :

Comme il a pu être constaté auparavant, pour apprécier l'existence d'un lien de causalité, le juge va se borner à l'emploi de deux théories. En premier lieu, il pourra utiliser la théorie de la causalité adéquate selon laquelle il s'agira d'opérer un choix entre les différents événements

²¹⁶ Toutefois, à l'heure actuelle, force est de constater que le « handisport » se développe, et les personnes infirmes ont même leurs propres jeux Olympiques.

²¹⁷ Conseil d'Etat, 27 septembre 1989, *Karl* : Gaz. Pal. 11 août 1990, p.421, conclusions Fornacciari. Il est également possible de citer un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 3 juin 1982 qui avait retenu la responsabilité de l'hôpital au motif que le handicap de l'enfant à la naissance résultait bien de la privation d'oxygène qui s'était produite au cours de l'accouchement : Cass. crim., 3 juin 1982 : Lexis n°81-93.268.

nécessaires au dommage. Le juge ne prendra en compte que les événements qui ont été la cause directe du préjudice, qui en sont à l'origine.

Ainsi, si le préjudice est bien le handicap, il faut alors s'interroger sur l'origine de ce handicap, ce qui en aura été la cause directe. Or, il semble bien que ce soit la rubéole de la mère et donc admettre une responsabilité médicale à l'égard de l'enfant, c'est également reconnaître que la faute du médecin, à savoir l'erreur de diagnostic, est la cause directe du préjudice, donc le défaut de diagnostic serait à l'origine du handicap. N'y a t'il pas, dans ce cas, une contradiction ? N'admet-on pas là, par ce biais, implicitement, que c'est la vie, le fait d'avoir laissé donner la vie handicapée, d'avoir constitué une barrière à l'avortement qui serait constitutif d'une faute ? En effet, le handicap de l'enfant est bien inhérent à son patrimoine génétique et ne provient nullement d'une erreur du médecin.

Si l'admission de la réparation du préjudice subi par l'enfant atteint d'une infirmité endogène, fondée sur la théorie de la causalité adéquate, semble exclue, qu'en est-il lorsque le juge optera pour l'emploi de la théorie de l'équivalence des conditions ?

B°/ La tentative échouée d'indemnisation par l'emploi de la théorie de l'équivalence des conditions :

Les magistrats pourront également opté en faveur de la théorie de l'équivalence des conditions, ce qui signifie qu'ils vont retenir comme cause du dommage l'ensemble des événements sans lesquels le préjudice ne se serait pas produit ²¹⁹. Ainsi, la formule selon laquelle *sublata causa, tollitur effectus*, ce qui signifie que : « à supposer la cause enlevée, l'effet le serait également », est de rigueur.

Par conséquent, le fait que l'enfant soit né handicapé, sachant que cet handicap résulte d'une rubéole contractée par la mère indépendamment de toute faute du médecin, pourrait trouver à se faire indemniser au motif que sans la faute du médecin, le choix de la mère aurait été l'interruption volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques, et l'enfant ne serait alors pas né dans de telles conditions, et n'aurait, par ce biais, subi aucun préjudice. Néanmoins, il convient tout d'abord de s'accorder sur le point que pareille hypothèse ne semble envisageable

²¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juillet 1998 : J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurances 1998, comm. n°359.

²¹⁹ Cass. civ., 24 février 1941 : D.C. 1941 (Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz de 1941 à 1944), J. 85, note (J.) Flour.

que pour les cas où il est certain que la femme enceinte aurait eu recours à une interruption de grossesse si la faute du médecin n'avait pas existé.

De surcroît, il est bien évident qu'en condamnant le médecin à indemniser l'enfant, il ne s'agirait pas d'une réparation du préjudice lié au handicap même de l'enfant, mais plutôt d'une réparation du dommage constitué par la naissance de cet enfant. En effet, la maladie dont est atteint l'enfant est bien inhérente à son patrimoine génétique, elle ne résulte nullement d'une faute du médecin. Il n'existait aucun traitement envisageable *in utero* dans l'état des connaissances acquises de la science médicale, qui aurait permis de guérir l'enfant, donc aucune erreur imputable au praticien. C'est d'ailleurs la position qu'a adopté le Conseil d'Etat, au sein de son arrêt rendu le 14 février 1997²²⁰, laquelle juridiction a ajouté que : « *le fait d'être en vie ne saurait être regardé comme un préjudice subi par l'enfant* ». Cette solution est d'autant plus vraie qu'il n'existait aucun traitement possible à administrer à l'enfant *in utero* qui aurait pu le guérir. Il incombe de relever à cet égard un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 février 1993, selon lequel le médecin avait été déclaré responsable de la maladie de l'enfant à l'égard de ce dernier, au motif qu'il n'a pas prescrit les soins nécessaires à la guérison de l'enfant *in utero*²²¹.

D'aucuns se proposent d'ailleurs d'illustrer l'admission d'une telle indemnisation par l'exemple de l'affaire du sang contaminé²²². Dans ces espèces, il ne fait aucun doute que l'origine biologique de la contamination des receveurs, se trouve dans le sang des donneurs. Néanmoins, ce sont bien les personnes qui auraient pu empêcher la contamination, notamment le centre de transfusion sanguine, qui ont vu leur responsabilité engagée. Il y avait bien une faute des personnes qui ont collecté et redistribué le sang contaminé, un préjudice des receveurs qui ont vu leur propre sang contaminé, et un rapport de causalité direct entre cette faute et ce préjudice. Cela se justifie aisément par le fait que le centre de transfusion sanguine a, à sa charge, l'obligation de contrôler le sang qu'il distribue. En effet, en vertu de l'article 1386-1 du Code civil, relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux, la responsabilité du producteur d'un produit sera engagée dès lors que ce dernier, est à l'origine du dommage dont le demandeur se plaint. En référence à l'article 1386-6 du même Code, force est de reconnaître qu'est assimilé à un producteur, « *lorsqu'il a agi à titre professionnel, ..., le producteur d'une matière première, ...* », donc, y sont inclus, les centres de transfusion sanguine. Ces centres

²²⁰ Conseil d'Etat, 14 février 1997, *Epoux Quarez* : précité.

²²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 1993 : pourvoi n°91-12.391 : Juris-Data n°000914.

sont confondus à des « *organismes qui prélèvent des éléments ou produits du corps humain pour les mettre à la disposition d'éventuels utilisateurs comme les centres de transfusion sanguine* ». De plus, il faut relever que ces centres ont à leur charge « *une obligation de sécurité qui est de résultat* »²²³, ce qui semble justifier qu'il est difficile d'assimiler la solution retenue à l'égard des centres de transfusion sanguine, à celle à appliquer en matière de naissance d'un enfant atteint d'un handicap endogène.

Au regard de ces développements, il apparaît donc qu'aucune réparation ne puisse être accordée à l'enfant sur ce fondement. D'ailleurs, il ne fait nul doute que l'admission de la responsabilité du professionnel sur un tel fondement revient à considérer « *qu'il existe des vies qui ne valent pas d'être vécues* »²²⁴. Or voilà là la porte ouverte à un dur débat relatif à l'eugénisme, lequel retiendra notre attention au sein des développements ultérieurs.

De toutes les façons, si une telle réparation était accordée à l'enfant, ce serait par le biais d'une responsabilité dénuée de tout préjudice légitime.

§ 2 : Le sacrifice d'un préjudice légitime au profit de l'indemnisation de l'enfant :

D'aucuns se proposent d'opérer une distinction entre la vie préjudiciable et le préjudice causé à la vie. Pour ce qui concerne le préjudice causé à la vie, celui-ci doit notamment s'entendre du dommage qui a rendu la vie difficile, pauvre, inconfortable et même pénible et ce, en se référant à la normale, c'est à dire en prenant comme référence le niveau de vie tel qu'il aurait été sans cette faute préjudiciable. Tandis que pour la vie préjudiciable, il s'agirait d'obtenir la réparation d'un dommage dont le seul préjudice résulterait du fait d'être né.

Les préjudices causés à la vie pouvant être relevés pour ces enfants nés handicapés sont bien évidemment ceux qui sont liés à leur état de santé tant sur un plan physique que moral et financier. A cela s'ajoute le fait de ne jamais pouvoir guérir de sa maladie pour l'enfant qui est atteint d'un mal incurable, mais également les difficultés rencontrées sur un plan social, notamment d'adaptation. En effet, les difficultés, pour certains, se retrouveront sur le plan de la poursuite des études, de la recherche d'un emploi et Gérard Mémeteau évoquait même l'aggravation du préjudice de l'enfant né handicapé, « *par l'insuffisance des structures sociales de prise en charge et d'aide aux parents* »²²⁵.

²²² Salas (D.), *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu* : Recueil Le Dalloz, Hors-série Justices, mai 2001, dossier, p.14.

²²³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2001 : D. 2001, I.R., 832.

²²⁴ Conseil d'Etat, 14 février 1997, *Epoux Quarez* : précité.

²²⁵ Mémeteau (G.), *Responsabilité médicale : l'action de vie dommageable*, J.C.P. éd. G. 2000, I, 279, p.2275.

Toutefois, au regard de la jurisprudence, il semble que ce soit la naissance qui constitue le préjudice et non le handicap²²⁶ ! En effet, même si c'est bien le handicap endogène de l'enfant qui est à l'origine de ces préjudices causés à la vie, il n'en demeure pas moins que les fautes médicales ont simplement permis à cet enfant d'accéder à la vie.

Certains auteurs, comme M. Gridel soulève qu'il y aurait là « *confusion entre la cause de la naissance et la cause du handicap* ». En conséquence de quoi, il faut bien admettre que le handicap de l'enfant est inhérent à sa personne et dans l'hypothèse où il est incurable, les fautes du médecin ne peuvent alors être considérées comme constitutives du mal de l'enfant²²⁷.

Toutefois, eu égard au fait que la faute médicale soit à l'origine de la naissance de l'enfant infirme, la responsabilité du professionnel peut-elle être engagée dès lors que sans elle, les parents auraient recouru à une interruption volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques ? Est-il alors possible d'admettre une réparation sur ce fondement ?

A°/ L'illégitimité du préjudice issu de l'emploi de la théorie de la perte d'une chance :

L'un des préjudices évoqués pour soutenir une telle demande de l'enfant repose sur le fait que les parents ont été privé de leur choix éventuel de recourir à un avortement, ce qui aurait permis à cet enfant de ne pas naître atteint de tels tares. En effet, par le biais d'un manquement à son devoir d'information, le médecin a privé les parents et donc l'enfant, de la possibilité de se soustraire à un risque, celui de naître handicapé. Ainsi, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, au sein d'un arrêt en date du 16 juillet 1991²²⁸ a opté en faveur de l'indemnisation de l'enfant né handicapé, au motif que le lien de causalité entre la faute du médecin constituée par le fait de n'avoir pas prescrit un examen médical pour rechercher si la mère était atteinte ou non d'une rubéole, et le préjudice subi par l'enfant, à savoir le fait d'avoir perdu la chance d'éviter de naître ainsi, existait. Mais pareille suggestion conduit inéluctablement à imaginer qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécue.

Il faut d'ailleurs préciser que le droit prétorien a lui même parfois rejeté une telle indemnisation invoquant, aux côtés du problème de l'absence d'un lien de causalité, des

²²⁶ Cour d'appel de Versailles, 8 juillet 1993 : D. 1995, somm. p.98, observations Penneau (J.).

²²⁷ A ce propos, il est possible de relever les termes de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 17 décembre 1993 relatif à l'affaire Nicolas Perruche : « *Les séquelles dont est atteint N. X. ont pour seule cause la rubéole que lui a transmise in utero sa mère...cette infection au caractère irréversible est inhérente à la personne de l'enfant et ne résulte pas des fautes commises...* ».

²²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991 : Bull. civ. I, 248 ; J.C.P. éd. G. 1992, II, 21947, observations Dosner-Dolivet A.

motivations liées à l'éthique. Telle fut la position des juges du fond de la Cour d'appel de Paris, au sein de l'arrêt du 17 décembre 1993, lequel statuait sur l'affaire Perruche ²²⁹.

La question qui se pose ici est de savoir si l'enfant peut ou non invoquer la perte d'une chance pour obtenir réparation du préjudice qu'il a subi du fait de son handicap consécutif à une maladie transmissible *in utero*, à l'instar de ses parents ?

Pour pouvoir satisfaire une telle interrogation, il convient tout d'abord d'opérer une analyse chronologique des faits. Ainsi, en prenant comme référence la période de contamination de la mère par cette maladie transmissible au fœtus, il semble que la jurisprudence ait considéré que l'enfant pouvait obtenir réparation en son propre nom, dès lors que la faute du médecin qui consiste en un défaut de réalisation d'un test obligatoire de la sérologie de la rubéole lors de l'examen prénuptial, précédait donc cette contamination de la mère ²³⁰. Les juges ont estimé que le lien de causalité entre cette faute du médecin et la perte d'une chance pour l'enfant handicapé, de se soustraire aux conséquences de la rubéole dont avait été porteuse sa mère durant sa grossesse, était établi.

L'alternative qui s'offrait aux parents de l'enfant consistait soit à laisser l'enfant naître handicapé, dès lors qu'aucun moyen thérapeutique n'était susceptible de l'en guérir, soit, à recourir à une intervention volontaire thérapeutique de grossesse, en d'autres termes, d'opter pour son élimination. De par ces développements, il faut bien admettre que l'enfant reproche au médecin sa faute laquelle est à l'origine de sa naissance. Sans cette faute, les parents auraient recouru à un acte abortif, et l'enfant ne serait pas né atteint de tels tares.

Néanmoins, il incombe de relever que la décision de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse n'appartient qu'à la mère de l'enfant, ce dernier ne pouvant jamais s'en prévaloir. L'enfant ne peut légitimement engager la responsabilité d'un professionnel au motif qu'il a empêché sa mère de « l'éliminer » pendant sa grossesse.

Ainsi, rejetée par les juges judiciaires dans un premier temps ²³¹, l'indemnisation de l'enfant né handicapé fondée sur la perte d'une chance de pouvoir se soustraire à sa maladie, fut ensuite admise, notamment au sein d'un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de

²²⁹ Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1993 : Gaz. Pal. 1994, 1, p.147.

²³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991, D. 1991, I.R. 229 ; J.C.P. éd. G. 1993, II, 21947, observations A. Dosner-Dolivet ; Gaz. Pal. 1992, 1, somm. p. 152, observations Chabas (F.).

²³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 1991 : Gaz. Pal. 1992, 2, somm. p.459, observations F. Chabas. Dans ses explications, M. Chabas excluait cette possibilité de réparation au profit de l'enfant sur ce fondement au motif que « *la perte d'une chance subie par l'enfant ne peut être une chance de causalité* ».

cassation le 16 juillet 1991²³². Pour ce qui concerne cette dernière affaire, les juges de la Haute juridiction ont rendu un arrêt de rejet, au motif que la décision attaquée qui résultait de la Cour d'appel de Pau était justifiée en ce qu'elle accordait 800 000 francs de dommages et intérêts à l'enfant qui était né infirme sur le fondement de la perte d'une chance de cette victime de se soustraire à la rubéole contractée par sa mère²³³.

Toutefois, par un arrêt plus récent, la Cour d'appel de Versailles a estimé le 8 juillet 1993, qu'un enfant se trouvant dans une telle situation ne pouvait obtenir réparation sur un tel fondement dès lors qu'elle relevait que la naissance ne pouvait constituer pour l'enfant une perte de chance au motif que ce dernier aurait préféré que ses parents optent pour une interruption volontaire de grossesse²³⁴. Dans cette espèce, le manquement à son obligation d'information par le médecin était postérieure à la contamination de la mère.

De même, les juges du fond de la Cour d'appel de Bordeaux avaient pris le contre pied de cette solution au motif que l'enfant, même gravement handicapé, ne pouvait invoquer comme préjudice « *le fait d'être né* »²³⁵.

Il reste bien évidemment entendu que, dans les cas où le médecin a commis une faute qui a laissé croire aux parents que l'enfant était sain alors, que le fœtus était atteint d'un mal qui demeurerait néanmoins curable *in utero*, le professionnel pourra voir sa responsabilité engagée. En effet, l'absence de réalisation d'un examen médical a ici fait perdre la chance pour l'enfant de pouvoir naître guéri de la maladie dont il était atteint durant la grossesse de sa mère²³⁶.

Il s'agit donc bien du préjudice constitué par le fait d'être né qui doit être évincé.

²³² Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991 : J.C.P. éd. G. 1992, II, 21947, note A. Dorsner-Dolivet ; Gaz. Pal. 1992, 1, somm. p.152, observations F. Chabas.

²³³ Voir notes relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Pau du 8 mars 1990 sous : Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991 : précité.

²³⁴ Versailles, 8 juillet 1993, D. 1995, Somm. 98 : la Cour d'appel a relevé dans cette espèce que : « *La responsabilité envers l'enfant n'est, le plus souvent, pas engagée lorsque la contamination de la mère précède la faute imputée au médecin : l'aberration chromosomique dont souffre le nouveau-né est inhérente à sa personne et ne résulte pas d'une négligence médicale... Ne saurait être considéré comme une perte de chance, le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse* ».

²³⁵ Cour d'appel de Bordeaux, 26 janvier 1995 : R.T.D. civ. 1995, p.863, observations J. Hauser ; J.C.P. éd. G. 1995, IV, 1568.

²³⁶ Cass. civ. 1^{ère} : 3 février 1993 : en l'espèce les juges ont condamné les médecins en réparation du préjudice subi par l'enfant d'avoir perdu une chance de naître en parfaite santé au motif que ceux-ci avaient manqué à leur obligation d'information, et par ce biais de soins qu'ils auraient dû opéré sur le fœtus, dès lors qu'en omettant de réaliser les « *examens tendant à détecter une toxoplasmose, dont les conséquences sur le fœtus pouvaient être soignées in utero avec une probabilité de succès évaluée à 97%* ».

B°/ Le rejet d'un droit de ne pas naître :

Il a été évoqué le fait que si la réparation du préjudice du handicap de l'enfant a été admise suite à l'échec d'un acte abortif, pourquoi ne pas l'admettre quand, par une faute du médecin, l'enfant infirme a été privé de la possibilité que ses parents aient recours à un acte abortif. A cela, il faut opposer la distinction qui s'impose dans les deux cas d'espèces, quand c'est la faute du médecin qui est à l'origine du handicap, il faut qu'il dédommage l'enfant au motif que sans son erreur dans l'exercice de sa profession, l'enfant n'aurait jamais souffert physiquement et moralement. Et cette solution se fonde sur l'article 1382 du Code civil qui dispose que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Par contre, quand il est établi que le médecin a bien commis une faute mais que la maladie dont est atteint l'enfant est d'origine endogène, les termes mêmes de l'article 1382 du Code civil semblent écarter toute possibilité de réparation de la part du médecin au profit de l'enfant né handicapé.

De plus, si l'indemnisation a été admise pour les parents suite à l'échec d'un acte abortif générant la naissance d'un enfant handicapé, ce n'est que pour les dépenses supplémentaires aux charges normales de la maternité relatives à l'entretien ainsi qu'à l'éducation de l'enfant.

En effet, il semble préférable de rejeter toute indemnisation de l'enfant né handicapé alors même qu'il faut l'admettre pour les parents, dès lors qu'il s'agit d'un handicap endogène. Les préjudices diffèrent selon que l'on se place du côté de l'enfant ou du côté des parents. Sur le plan de l'action des parents, ils doivent obtenir réparation de leurs divers préjudices spécifiques moraux, matériels, aux motifs qu'ils sont consécutifs à une faute du médecin réalisée dans le cadre de l'exécution de leur contrat. Néanmoins, il faut refuser d'admettre le dédommagement des parents fondé sur le seul fait que l'enfant soit né. Par contre, pour l'enfant, seules des douleurs physiques et morales peuvent être relevées, lesquelles sont la conséquence directe de sa maladie, cette dernière étant inhérente à son patrimoine génétique, et ne résultant nullement de la faute commise par le médecin. C'est parce qu'aucun lien de causalité direct entre la faute du médecin et ce préjudice légitime ne peut être établi, qu'il semblait préférable de rejeter l'indemnisation de l'enfant.

Ainsi, le Conseil d'Etat a, le 14 février 1997²³⁷, déclaré recevable l'action des parents mais a rejeté celle de l'enfant. En l'espèce, il s'agissait d'un centre hospitalier qui avait réalisé une amniocentèse défailante, dont l'erreur a privé les parents de la connaissance de la trisomie

²³⁷ C.E., sect., 14 février 1997 : *Centre hospitalier régional de Nice* : req. n°133238 ; J.C.P. éd. G. 1997, n°4025, p.241, note (G.) Viney.

21 dont était atteint l'enfant que la mère portait. Les juges ont ici retenu la responsabilité des professionnels en réparation du préjudice subi par les parents, mais ont rejeté l'action intentée au nom de l'enfant au motif qu'il n'existait aucun lien de causalité direct entre la faute des médecins et la maladie dont l'enfant était porteur ²³⁸. Il faut également relever que cette juridiction avait ajouté que ce n'était nullement « *le fait d'être en vie* » qui devait être constitutif d'un préjudice réparable pour l'enfant ²³⁹.

De même, un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux rendu le 26 janvier 1995 a statué en faveur du rejet de la mise en place d'un tel système d'indemnisation. En effet, ses termes étaient les suivants : « *si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître et de ne pas naître, de vivre et de ne pas vivre et sa naissance ou la suppression de la vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques* ».

Néanmoins, force est de reconnaître que ce n'est pas la solution qu'a adoptée l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

§ 3 : La dénaturation du droit de la responsabilité civile au profit de l'éthique :

« *Le souci indemnitaire l'a emporté sur la conscience de la dignité humaine* ». Voilà là les propos de Pierre Murat qui dressait le constat accablant selon lequel dans la perspective de dédommager à tout prix, c'est au fond le droit de la responsabilité même qui s'est vu dénaturé.

En effet, dans un souci de garantir une certaine équité au profit de l'enfant handicapé, les adhérents à l'indemnisation de cette victime appuient leur raisonnement sur le fait que cette réparation va permettre, d'une certaine manière, à cet enfant handicapé de se garantir une vie matériellement plus digne et M. D. Salas indiquait même que celle-ci lui permettrait d'échapper « *aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques* » ²⁴⁰. Toutefois, cela risque de conduire à des dérives ainsi qu'à une atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine et plus précisément, des handicapés en général.

²³⁸ En effet, le Conseil d'Etat a précisé dans cet arrêt rendu le 14 février 1997 que : « *Considérant qu'en décidant qu'il existait un lien de causalité directe entre la faute commise par le Centre hospitalier... à l'occasion de l'amniocentèse et le préjudice résultant pour le jeune Mathieu de la trisomie dont il est atteint, alors qu'il n'est pas établi par les pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'infirmité dont souffre l'enfant et qui est inhérente à son patrimoine génétique aurait été consécutive à cette amniocentèse, la Cour administrative d'appel de Lyon a entaché sa décision d'une erreur de droit* ».

²³⁹ Le Figaro du 15 février 1997.

²⁴⁰ Salas (D.), *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas lieu* : précité.

Mais le problème réside dans le fait que les divergences jurisprudentielles sont bien réelles et que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation devait jouer son rôle régulateur et trancher le débat.

A°/ La jurisprudence judiciaire au service de l'humanité :

Déjà, par deux arrêts rendus le 26 mars 1996, la première chambre civile de la Cour de cassation avait admis l'indemnisation de l'enfant consécutivement à la faute du praticien qui avait empêché sa mère de recourir à un avortement pour la première affaire, et de s'abstenir de procréer pour la seconde, avec à la clef, sa naissance, atteint d'un handicap endogène ²⁴¹.

Plus tard, et pour confirmer l'un de ces arrêts, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, a décidé, le 17 novembre 2000, dans l'affaire N. Perruche, de réparer le préjudice de ce dernier, au motif que « *les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec la mère avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* »²⁴².

D'aucuns s'accordent à penser que pour admettre l'existence d'un lien de causalité, puisque la réparation n'est pas possible sur le fondement du préjudice lié à la naissance, la Haute juridiction, au sein de son arrêt rendu le 17 novembre 2000, a opéré une distinction entre le dommage que constituerait « *une atteinte objective au corps* », en l'espèce le handicap, et le préjudice, « *les répercussions subjectives et concrètes de l'atteinte sur le patrimoine ou la personne de la victime* », dans notre affaire, les difficultés relevées sur un plan moral qui résulteraient de ce dommage ²⁴³. Néanmoins, là encore cette perspective tendant à admettre l'existence d'un rapport causal semble critiquable puisque l'on aboutit à un raisonnement identique, à savoir qu'il s'agit d'indemniser les souffrances morales issues du handicap, lesquelles sont consécutives à la naissance de l'enfant. En conclusion, cela revient à admettre indirectement la réparation du préjudice subi par l'enfant, à savoir sa naissance dans de telles conditions, donc des souffrances morales, lesquelles sont bien issues de l'état de santé de l'enfant, son handicap ou sa maladie.

²⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996 : deux arrêts : précité.

²⁴² Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000 : précité.

²⁴³ P. Le Tourneau et L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz action, 2000/2001, n°1305.

En attendant, enjeu de nombreuses controverses, il est certain que l'arrêt Perruche a fait couler beaucoup d'encre. Les critiques et commentaires furent abondant et la Haute juridiction se devait impérativement de répondre aux attentes tant des partisans, aussi peu nombreux soient-ils, que des détracteurs de cette position qu'elle avait adoptée. Confrontée à la fureur des familles et associations d'handicapé qui dénonçaient de la part de la justice française une totale handiphobie, elle devait trancher en faveur d'un compromis entre le respect d'une part des règles du droit de la responsabilité civile et d'autre part, de celles relatives à l'éthique. Qu'allait-il en advenir ?

Cette intervention tant espérée de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est opérée le 13 juillet 2001.

B°/ Une solution confirmée mais également conditionnée :

Par trois arrêts rendus à la même date, le 13 juillet 2001, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation décida, dans trois espèces identiques à celle de l'affaire Perruche, de confirmer sa position, à savoir le principe de l'indemnisation des enfants qui sont nés handicapés à la suite de fautes commises au cours de diagnostic médical. Toutefois, dans un souci de précision, elle a subordonné la recevabilité d'une telle action à deux conditions : la première est celle de la nécessité d'une causalité directe et la seconde consiste à rapporter nécessairement la preuve que les conditions légales de l'interruption volontaire de grossesse étaient réunies.

1°) *La nécessité d'une causalité directe :*

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, au sein de sa jurisprudence du 13 juillet 2001, a admis l'indemnisation de l'enfant handicapé toutes les fois qu'il était établi que le handicap dont était atteint l'enfant était « *en relation de **causalité directe** avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse...* ». Dans les trois affaires, dont les faits étaient à peu près similaires, pour que les enfants puissent bénéficier d'une indemnisation, leurs parents ont invoqué le fait que le préjudice personnel de l'enfant était constitué par une privation du droit que ses parents devaient exercer pour lui-même (dès lors qu'il ne pouvait faire connaître sa volonté), à savoir le libre choix de pratiquer une interruption volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques en cas de handicap ou maladie incurable manifestes. Cela ne signifie t'il pas que le choix de cette intervention appartient aux parents le temps de la grossesse, c'est à dire le temps que l'enfant n'est pas capable de manifester sa volonté lui-

même, mais uniquement en tant que représentant de l'intention de l'enfant. Ou plutôt, cela pourrait conduire au raisonnement selon lequel l'enfant partage dès l'origine, le choix ou non d'exercer une telle intervention avec ses parents.

Me Alain-François Roger, représentant les parents des enfants handicapés, a relevé qu'il était une nécessité de considérer l'existence d'un lien de causalité entre la faute des médecins et le handicap de l'enfant, puisque selon lui, « *nier le lien de causalité entre les deux, c'est nier le fait qu'on aurait pu empêcher le handicap* ». Cela expliquerait les motivations qui ont poussé la Haute juridiction à statuer en faveur de l'indemnisation de l'enfant dès lors qu'il a été privé du choix que ses parents devaient disposer pour lui concernant le recours ou non à une interruption volontaire de grossesse.

Néanmoins, il semble que l'admission d'une telle solution puisse conduire à des aberrations.

En effet, admettre que l'enfant obtienne réparation, en engageant la responsabilité des médecins qui ont empêché sa mère de choisir ou non le recours à une telle intervention, va générer le développement d'un nouveau contentieux tendant, pour l'enfant handicapé, à engager la responsabilité de ses parents au motif que ceux-ci n'ont pas eu recours à un acte abortif, lequel lui aurait permis de ne pas subir ce préjudice, qui demeure, quoiqu'on en dise, le handicap.

Cette hypothèse est envisageable puisque, en retenant la responsabilité des médecins, cela signifie, indirectement, que l'enfant a perdu une chance que sa mère opte pour une intervention volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques. Ainsi, il reproche au médecin de lui avoir fait perdre une chance de voir sa vie handicapée supprimée. Dans cette perspective, pourquoi écarter toute possibilité d'action de l'enfant contre ses parents ? D'ailleurs, Me Le Prado, lequel représentait les défendeurs, a affirmé que « *reconnaître ce droit à ne pas naître reviendrait à ouvrir la porte à une action en justice des enfants contre les mères qui auraient accepté la naissance de l'enfant handicapé en connaissance de cause ... Ces actions sont déjà en cours aux Etats-Unis...* ».

De plus, si d'aucuns favorisent l'indemnisation de l'enfant au motif que le médecin a fait perdre une chance à la mère d'opter pour un avortement, il ne fait nul doute que c'est uniquement une liberté de la mère qui a été violée, et de personne d'autre, ni du père, encore moins de l'enfant.

Enfin, à l'instar des propos tenus par M. Pierre Murat, il faut bien garder à l'esprit que « *la responsabilité civile n'est pas le moyen d'une couverture sociale universelle contre les inégalités et les risques de la vie* »²⁴⁴.

Aux côtés de ce nécessaire rapport de causalité direct, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a également imposé que soient réunies les conditions légales propres à tout acte abortif.

2°) *Le respect des conditions légales propres à l'interruption volontaire de grossesse :*

Ces dispositions propres à l'interruption volontaire de grossesse dont faisaient référence les trois arrêts de l'Assemblée plénière rendus le 13 juillet 2001 sont notamment celles que l'on retrouve au sein du Code de la santé publique, à l'article 2213-1²⁴⁵.

Sur cette dernière condition posée par la Haute juridiction, il semble nécessaire de préciser que si, pour l'affaire Perruche, l'indemnisation a été accordée, ce n'est que parce que la mère n'avait pas dépassé les délais de l'avortement légal. Tandis que pour les trois espèces pour lesquelles la Haute juridiction a statué le 13 juillet 2001, seul un avortement thérapeutique pouvait être envisagé, or les magistrats ont relevé que dans ces affaires, il n'était pas établi que cette interruption thérapeutique de grossesse aurait été forcément autorisée par les médecins dès lors que cette dernière n'est pas opérée de façon systématique mais est subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions afin d'éviter toute dérive eugénique.

Toutefois, il est tentant de justifier la décision de la Haute juridiction judiciaire par le fait que l'évolution du droit de la responsabilité civile est marquée par la volonté de vouloir indemniser de plus en plus les victimes, plutôt que de sanctionner les auteurs de faits dommageables. Certains pourront d'ailleurs affirmé que ce rôle « sanctionateur » appartient davantage au juge pénal, à chacun sa spécialité !

De plus, il faut noter que dans d'autres domaines, le juge administratif avait, d'une certaine manière, opté pour la même alternative. En effet, au sein d'un arrêt rendu le 6 novembre 1968, le Conseil d'Etat a considéré que l'Etat devait réparer le préjudice subi par un enfant handicapé, dès lors que son handicap est consécutif à une contagion de rubéole dont a

²⁴⁴ In J.C.P. éd. Droit de la famille, janvier 2001, p.28 : « *Droit à réparation : L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme* ».

²⁴⁵ Article 2213-1 du Code de la santé publique : précité.

fait l'objet sa mère au moment où elle était enceinte de lui ²⁴⁶. Toutefois, cette responsabilisation de l'Administration pourrait s'expliquer par le fait que la femme enceinte, professeur des écoles était, en raison de sa profession, exposée d'une manière permanente au risque d'être atteint d'un tel mal. Ainsi, le conseil d'Etat a fait le choix de faire peser ce risque sur l'Etat. L'enfant, qui est dans ce cas d'espèce un tiers par rapport au service public, se voit octroyer une indemnisation au motif que son préjudice est consécutif au risque qu'il a subi du fait de la participation de sa mère au service public.

Autre argument qui pourrait permettre de justifier l'admission d'une telle solution consisterait à reprendre l'évolution de la réglementation du domaine scientifique. Le législateur tend à rendre obligatoire de plus en plus de vaccins, de plus en plus d'examen, notamment par le biais des diagnostics préimplantatoires et prénataux, dans le but de réduire les risques à l'encontre de l'enfant à naître. Toutefois, cette tendance à responsabiliser le corps médical ne doit pas se comprendre par une nécessaire indemnisation consécutive à une responsabilité dénuée de tout lien de causalité ou encore de tout préjudice réparable, bien au contraire. Ces évolutions des sciences médicales qui tendent à obliger le médecin à faire de plus en plus attention au développement du fœtus, ne doivent pas conduire à une dénaturation du droit de la responsabilité civile. L'accroissement des obligations à la charge du médecin doit aller de pair avec le respect des règles du droit de la responsabilité civile.

Néanmoins, il est bien évident que l'option adoptée par la Haute juridiction risque d'avoir des conséquences tant au niveau d'une possible responsabilité parentale mais surtout des craintes de dérives eugéniques.

Section 2 : Les conséquences de l'admission de l'indemnisation de la vie préjudiciable pour l'enfant :

Aux côtés des craintes de dérives eugéniques, cette solution risque de conduire à une évolution vers une possible responsabilité parentale pour « vie préjudiciable ».

²⁴⁶ Conseil d'Etat, Ass., 6 novembre 1968, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame Saulze* : Rec. 550 ; Rev. Dr. publ. 1969, 505, conclusions Bertrand, note M. Waline ; Rev. adm. 1969, 174, note Chaudet ; R.D.S.S. 1969, 298, note Doll.

Sous-section 1 : Vers une responsabilité parentale pour « vie préjudiciable » ?

L'hypothèse de l'enfant qui engage une action en responsabilité civile contre ses parents au motif qu'il est né handicapé n'est pas ignorée eu égard à la solution adoptée par l'Assemblée plénière. En effet, en admettant la réparation du préjudice de l'enfant fondée sur la responsabilité médicale, il ne fait nul doute que, étant donné que le véritable fait dommageable qui soit directement à l'origine de cette maladie contractée par l'enfant est bien la maladie dont était atteinte la mère durant la grossesse, et les risques qu'elle connaissait pour son enfant, il lui reprochera de ne pas avoir opté pour l'abandon de son projet parental.

Toutefois, le recours à un acte abortif reste et demeurera une liberté pour la mère, ainsi, le fait qu'elle ne l'ait pas préféré ne peut et ne pourra être sanctionné sur un plan juridique.

Le fait de mettre au monde un enfant peut-il alors constituer un risque pour les parents au regard du droit de la responsabilité civile ?

§ 1 : La procréation, un risque pour les parents ?

En règle générale, pour pouvoir engager la responsabilité civile de l'auteur d'un dommage, il faut justifier de l'existence d'une faute de sa part, peu importe sa gravité, ce qui importe c'est que cette faute ait été la cause du dommage direct et certain dont la victime peut se prévaloir en justice. Au regard de la jurisprudence, il faut bien admettre que l'appréciation de cette faute, dépourvue de toute définition jurisprudentielle, se réalise *in abstracto*, c'est à dire qu'il faut pouvoir relever l'existence d'un comportement anormal lequel est apprécié par rapport au comportement idéal d'un bon père de famille. Ainsi, l'auteur de tout acte, ou de toute abstention, se devra de respecter un devoir général de prudence et de diligence et ce afin de rendre inexistant les risques pour l'intégrité physique d'une autre personne. Cette responsabilité ne s'en trouvera aggravée que lorsque l'auteur des faits aura eu préalablement connaissance des conséquences de ses actes, quand ceux-ci comportent un risque. Ainsi, en matière de procréation, il est aisé de constater que la responsabilité des géniteurs ne pourra pas être systématiquement engagée dès lors qu'un tel acte comporte nécessairement des risques pour l'enfant à naître : peut-être la nature en fera t'elle un handicapé ? Ainsi, il est bien important de noter que, dans pareil cas de figure, seule la faute des parents qui contribue à l'aggravation de ce risque de procréation pourrait conduire à retenir une responsabilité à l'égard de l'enfant.

Il est possible de relever pour illustrer ces risques encourus par l'enfant au cours de toute procréation, celui de la transmission par l'un des parents à l'enfant d'une maladie héréditaire ou d'un handicap. Dans ce cas de figure, il est bien évident qu'en matière de procréation médicalement assistée, laquelle est soumise à un diagnostic préimplantatoire obligatoire réalisé par le médecin, la faute des praticiens sera nécessairement retenue dès lors que ce sont eux qui détiennent en définitive, le pouvoir de concrétiser l'intention du couple demandeur²⁴⁷. En effet, M. Blanc rappelait à ce propos qu'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* »²⁴⁸. Ainsi, les parents ne pourront voir leur responsabilité engagée dans une telle hypothèse.

Par contre, dans le cadre d'une procréation naturelle, est-il possible d'envisager la responsabilité d'un parent qui était conscient qu'il existait pour lui une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie ou d'un handicap héréditaire et qui a décidé de procréer ? Répondre par la positive semble difficilement envisageable, dès lors que là encore, cela conduirait nécessairement à instaurer une forme de contrôle de la procréation, mais surtout une sorte de sélection arbitraire entre ceux qui ne recèleraient a priori aucun risque de transmission héréditaire et les autres qui seraient alors susceptibles d'engager leur responsabilité. Là encore, ce serait d'une forme de dérive eugénique qu'il s'agirait. Par conséquent, il semble logique de devoir rejeter tout devoir général de prudence et de diligence en matière de procréation à l'égard des parents.

Autre cas de figure à envisager, ce serait celui où l'enfant qui, né handicapé ou atteint d'une maladie grave, voudrait engager la responsabilité de sa mère au motif que celle-ci aurait pu avoir recours à une intervention volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques, et qu'elle a préféré laisser naître l'enfant atteint de tels tares. Face à une telle action, il faut opposer le fait que l'interruption de grossesse doit rester un choix de la mère et non une obligation pour elle d'y recourir. A cet égard, M. le Conseiller Sargos précisait que cette liberté de recourir à un acte abortif pour la mère devait rester « *inaliénable et strictement personnelle* »²⁴⁹. D'ailleurs, il est important de relever à ce stade que l'admission d'une telle responsabilité de la mère ne serait pas cohérente dès lors qu'il est scientifiquement établi que

²⁴⁷ Le médecin a l'obligation d'opérer un 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* ».

²⁴⁸ M. Blanc, *Science et conscience*, Rev. Autrement, oct. 1987, p.133.

²⁴⁹ Sargos (P.), *Responsabilité médicale : Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero*, J.C.P. éd. G. 2000, II, 10438, p.2293.

l'acte tendant à une interruption de grossesse comporte des risques pour la mère, notamment de stérilité.

Des critères d'ordre moral, telles des croyances, des convictions personnelles, peuvent également intervenir dans l'appréciation de la faute des parents. Ainsi, seul le non – respect de certains devoirs et obligations peuvent conduire à retenir leur responsabilité. Toutefois, quand la loi ne le prévoit pas, il est impossible de les punir pour certains de leurs choix et cela semble préférable dans certains domaines comme celui de la procréation. Par conséquent, si l'on admettait la responsabilité des parents fondée sur le seul fait qu'ils aient choisi de laisser naître l'enfant handicapé plutôt que de provoquer une interruption de grossesse, il y aurait là une contradiction avec le fait même que le législateur se refuse, dans la mesure du possible, à intervenir dans de tels domaines et ce au nom du respect de la moralité. En effet, doit – on procéder à une matérialisation du concept de vie au risque de n'accepter que les vies qui ne valent la peine d'être vécues et qui seraient, selon M. Labbé X. « *garanties pour longtemps et contre les vices cachés* »²⁵⁰, développant ainsi, au sein de notre société une forme d'handiphobie systématique. Néanmoins, il faut bien garder à l'esprit que dans certains pays, la réalité est toute autre. Il est alors possible de citer le cas des Etats-Unis où il était proposé de refuser ou encore de réduire, aux femmes enceintes qui n'acceptaient pas de se soumettre à l'examen du dépistage de la mucoviscidose, le bénéfice de leurs prestations sociales²⁵¹.

Au regard de ces développements, il paraît donc bien difficile de reconnaître l'existence d'une faute incombant à un parent dans le seul acte de procréation. Il semble que pour pouvoir admettre l'indemnisation de l'enfant en son propre nom, il faille s'attacher à apprécier uniquement le comportement des parents lors de la procréation et de la grossesse. Ainsi, en cas de comportement fautif durant ces périodes, lequel causerait un préjudice à l'enfant, la responsabilité des parents à l'égard de ce dernier pourrait être alléguée. Référence est alors faite indéniablement à l'hypothèse du viol. Mais est-il possible d'indemniser l'enfant pour d'autres fautes commises durant la procréation ou la grossesse, et qui ont fait de lui un infirme ?

§ 2 : *Le comportement fautif des parents :*

Cette étude conduit inévitablement à aborder le cas de l'enfant qui est né handicapé et qui, dès lors qu'il aurait atteint sa majorité, engagerait une action contre sa mère parce que celle-ci

²⁵⁰ Labbé X. ; Targuirgg, « *Améliorer l'homme ? L'eugénisme et ses ennemis* », Rev. Raison présente, n°105.

n'aurait pas effectué pendant la grossesse, les soins qui auraient permis d'éviter une telle maladie ou un tel handicap. De prime abord, il convient de relever que cette action ne pourra être envisagée que sur le plan de la responsabilité délictuelle. S'il est vrai que la défenderesse aura, dans pareille hypothèse, tendance à se fonder sur le fait qu'elle peut librement disposer de son corps, il faut émettre certaines réserves à ce principe.

Au regard de l'article 16-3 du Code civil ²⁵², si l'on peut s'exonérer du consentement du patient pour réaliser un acte médical sur sa personne dès lors que celle-ci n'est pas à même de le fournir, il est certain que son consentement est indispensable pour pouvoir disposer du corps d'une personne dans un but thérapeutique. Ainsi, la mère est libre de consentir ou non à toute intervention thérapeutique sur sa personne. En effet, guérir un enfant *in utero* passe inévitablement par une intervention sur le corps de sa mère.

Toutefois, eu égard aux dispositions du Code civil, la mère a l'obligation de veiller à la bonne santé de l'enfant et de tout faire pour la préserver ²⁵³ ; c'est l'une de ses attributions relatives à l'autorité parentale.

Une interrogation intervient alors qui est la suivante : peut-on engager la responsabilité d'une femme qui n'a pas voulu subir d'intervention thérapeutique sur sa propre personne dans la perspective d'éviter à l'enfant qu'elle a porté d'être atteint d'une maladie à sa naissance ? Il ne le semble pas au regard de la jurisprudence. En effet, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a rejeté une telle possibilité, préférant faire prévaloir le principe posé à l'article 16-3 alinéa 1 du Code civil ²⁵⁴.

L'hypothèse d'une éventuelle responsabilité de la mère de cet enfant né atteint d'une maladie ou d'un handicap pourrait également être envisagée pour les cas où elle a eu recours à des interventions thérapeutiques sur elle et pour elle, non indispensables, qui auraient pu être réalisées après la grossesse, et qui présentaient des risques pour l'enfant à naître. En effet, l'enfant pourrait reprocher à sa mère son comportement fautif, lequel serait à l'origine de son handicap ou de sa maladie.

²⁵¹ Boucaud, *Le point de vue juridique français, le diagnostic anténatal, quels enjeux ?*, Coll. Ethique et Santé, Alexandre Lacassagne, Lyon 1991.

²⁵² Cet article 16-3 du Code civil dispose que : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.* »

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

²⁵³ L'article 371-2, alinéa 1^{er} du Code napoléonien dispose que : « *L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité...* ».

²⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1997 : D. 1997, I.R. p.106 ; R.T.D. civ. 1997, p.632, observations Hauser et p.675, observations Jourdain (P.) ; Petites Affiches, 8 mars 1999, note Lucas-Gallay.

Autre possibilité, celle où l'enfant tenterait d'engager la responsabilité de sa mère au motif qu'elle n'a pas opéré un bon suivi de sa grossesse, notamment en se soustrayant aux examens anténataux, lesquels lui auraient permis de déceler le handicap de son enfant. Il convient de relever à ce propos, un avis du Comité consultatif national d'éthique rendu le 13 mai 1985 selon lequel « *il ne saurait être fait grief aux parents de s'opposer au diagnostic prénatal...* »²⁵⁵. Par conséquent, cela signifie que sur un plan éthique, une pareille action de l'enfant ne pourrait être admise. Cela renverrait à l'éternel problème selon lequel il y aurait des vies qui ne vaudraient pas la peine d'être vécues. En effet, dans l'hypothèse, où il n'y avait aucun traitement possible et envisageable *in utero* pour guérir l'enfant, celui-ci ne pourrait reprocher à sa mère de n'avoir pas voulu réaliser ces examens pour voir s'il était en parfaite santé et, le cas échéant, de n'avoir pas pu décider d'avorter suite à cette abstinence de la mère.

Certains se sont interrogés sur le fait de savoir s'il était possible d'admettre la responsabilité de la mère pour une atteinte qu'elle a commise envers son enfant tout en gardant à l'esprit que le droit ne reconnaît pas pour ce cas, une faute commise envers elle ?²⁵⁶. A titre d'exemple, il est possible d'invoquer le fait de pratiquer pendant la grossesse un sport trop éprouvant physiquement, et qui va générer des séquelles sur l'enfant à naître. Ainsi, dans pareille hypothèse, il est possible de craindre qu'en admettant une telle responsabilité de la mère vis-à-vis de l'enfant, cela se heurterait au rempart de la liberté de se comporter à sa guise, envers sa propre personne. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas tranché de telles interrogations, se limitant à retenir la responsabilité des parents uniquement lorsque ceux-ci ont commis une faute bien établie tel un viol par exemple. De même, d'autres conséquences sont à déplorer dans le cas où une telle action serait recevable : il est évident que dès lors que sera admise l'action de l'enfant contre sa mère qui aura commis une faute contre elle-même et comportant un préjudice pour son enfant, les caisses publiques qui prennent en charge ces enfants handicapés, se retourneront alors eux-aussi contre les parents fautifs, dans les cas où la faute des parents sera à l'origine du handicap de leur enfant.

Pourquoi enfin ne pas imaginer une action de l'enfant contre ses parents au motif qu'il est né handicapé suite à l'échec d'une interruption volontaire de grossesse, d'abord en invoquant bien évidemment le préjudice physique qu'il doit subir suite à cette décision échouée des

²⁵⁵ Comité consultatif national d'éthique, avis n°5, 13 mai 1985 : *sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal*.

²⁵⁶ Néanmoins, il ne faut pas oublier que dans certains cas d'espèces, la loi reconnaît et permet de sanctionner des fautes commises envers soi-même telles, à titre d'exemple, l'utilisation de drogue, ou le non port de la ceinture de sécurité dans une automobile, etc...

parents, dès lors que c'est la tentative d'avortement ou de stérilisation qui est à l'origine de son handicap. Puis, il peut également relever ses souffrances morales consécutives au fait qu'il sait qu'il n'était pas désiré par ses parents.

S'il est vrai qu'un tel contentieux ne s'est jamais rencontré, il faut bien admettre que la tendance générale des tribunaux consisterait à rejeter une telle action au motif que celle-ci serait contraire à la morale. D'ailleurs, afin de conforter cette thèse, certains auteurs proposent une étude de droit comparé en la matière laquelle permet d'établir le constat selon lequel les juridictions britanniques²⁵⁷ et même américaines²⁵⁸ ont écarté une telle possibilité.

Sous-section 2 : Les palliatifs aux possibles dérives consécutives à l'indemnisation de l'enfant :

C'est la crainte de voir la société dériver vers un fantasme de l'être humain parfait, du bébé à la carte qui a conduit à une nécessaire intervention du législateur.

§ 1 : L'eugénisme au service d'une forme d'handiphobie :

Face aux arrêts rendus le 13 juillet 2001 par la Haute juridiction réunies dans son Assemblée plénière, la réaction du Collectif contre l'handiphobie fut immédiate. Dans son désarroi face à la confirmation de l'arrêt Perruche, il a affirmé que, par ce biais, cette juridiction avait « *confirmé cette tendance à l'eugénisme* », considérant que cette décision constituait « *un véritable acte handiphobe* » dès lors que « *l'irresponsabilité des parents* » sera systématiquement mise en avant dès qu'ils auront « *mis au monde un enfant handicapé* ». Et il est vrai qu'au regard de la définition rendue par le Comité consultatif national d'éthique, la dérive eugénique semble bien réelle. Selon les termes de ce Comité, « *l'eugénisme est une pratique collective institutionnalisée qui vise à favoriser l'apparition de certains caractères ou à en éliminer d'autres jugés négatifs* ».

Un grand nombre de religieux s'étaient également élevés contre cette solution qu'a adopté l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, arguant du fait que « *la vie, don de Dieu, ne peut être que bonne par définition ; il ne saurait donc être question que la naissance d'un*

²⁵⁷ Sur ce point voir les conclusions de V. Péresse : R.F.D.A. 1997, p.379.

²⁵⁸ Sur ce point voir la note de J. Roche-Dahan au D. 1997, p.35.

être humain puisse être considérée comme un acte délictueux ; Cette tradition ne peut admettre que la mort ou l'inexistence soient, dans certaines circonstances, préférables à la vie ».

Relativement aux conséquences même de l'arrêt Perruche, l'avocat de la famille Perruche, Me Philippe Lebois, tout en rejetant la thèse selon laquelle cette jurisprudence remettrait en cause la pratique professionnelle des médecins, a tout de même précisé que : « *il faudra peut-être qu'ils prennent des garanties supplémentaires quand ils soupçonneront une rubéole ou une trisomie 21* ». Et il est vrai qu'en interrogeant certains professionnels, il semble que ce soit véritablement installé un climat de crainte qui va tendre à la multiplication des examens anténataux, ce qui conduira nécessairement à une augmentation des coûts engendrés par ces praticiens pour la société.

Aux côtés des risques de multiplication des avortements, la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pourrait avoir des conséquences néfastes sur les professionnels de la médecine périnatale. Pour beaucoup, les échographistes, les pédiatres qui parfois prennent l'initiative de réanimer un bébé sachant qu'il sera handicapé, mais aussi les généticiens, qui ont à leur charge un devoir de conseil aux familles sur les possibilités d'anomalie héréditaire, la crainte est grande de voir leur responsabilité engagée d'une manière systématique. Et c'est pour éviter cette systématisation qu'il incombe aux juges de ne pas indemniser l'enfant handicapé uniquement par « *souci d'humanité et par respect de la dignité des personnes* »²⁵⁹, dénaturant, par ce biais, les règles du droit de la responsabilité civile.

De toutes les façons, il reste des maladies qui, en l'état actuel des sciences, ne sont pas décelables par les examens anténataux²⁶⁰. Ainsi, l'enfant semble normal et naît handicapé. Il y a alors ici un paradoxe, une forme d'inégalité entre les enfants handicapés dont le handicap pouvait être décelé *in utero*, et les enfants handicapés dont la maladie ne pouvait être dépistée par le biais des examens anténataux. En effet, pour le premier, la réparation sera accordée dans un « *souci d'humanité et par respect de la dignité des personnes* », mais pour le second, l'indemnisation sera refusée au motif que le médecin n'a commis aucune faute dès lors qu'il

²⁵⁹ En effet, Me Alain-François Roger, représentant des parents des enfants handicapés, a précisé que, selon lui, il ne s'agissait nullement « *d'indemniser le préjudice d'être né mais d'accorder une réparation du fait de vivre avec un handicap grave* » et que s'il a demandé aux juges l'indemnisation des enfants, c'est uniquement « *par souci d'humanité et par respect de la dignité des personnes* ».

²⁶⁰ Ainsi, le professeur Michèle Uzan a précisé que : « *il y aura toujours des anomalies découvertes après la naissance chez des enfants pour lesquels la grossesse a été normale. Par ailleurs, devant une anomalie du cerveau appelée l'agénésie du corps calleux, nous sommes encore incapables de pronostiquer les répercussions possibles pour l'enfant* ».

s'exonérera en rapportant la preuve que l'anomalie ne pouvait être décelée *in utero* eu égard « aux données acquises de la science »²⁶¹.

L'avocat général Jerry Sainte-Rose avait d'ailleurs précisé que : « *je reste convaincu que nul n'est fondé à juger, en droit, de la légitimité des vies humaines. Aucune norme n'est fondée à dire qu'une vie ne mérite pas d'être vécue, ni qu'un individu peut tenir sa vie pour inutile. Chacun peut le penser et en tirer les conséquences pour lui-même en se suicidant. Personne ne peut le penser ni le dire à la place d'autrui* ».

Ainsi, face à ces réactions, c'est au Parlement qu'il incombait d'intervenir.

§ 2 : Les tentatives d'intervention législatives échouées ?

En effet, il faut bien garder à l'esprit que la nécessité d'une intervention législative s'était faite sentir face à l'émotion de nombreux parents d'enfants handicapés, ainsi qu'à l'indignation d'une grande partie du corps social et de la classe politique que suscitait cette solution retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000. Invoquant la nécessité de poser un « *principe de prudence* » ainsi qu'un « *verrou législatif* », certains députés s'étaient réunis en faveur d'une proposition de loi pour répondre aux familles qui condamnaient cette jurisprudence en tant que dérive eugénique. Ainsi, le 13 décembre 2000, ce sont deux propositions qui ont été enregistrées à la Présidence de l'Assemblée nationale, la première déposée par les députés Jean-François Chossy, Jean-Pierre Foucher, Christine Boutin et plusieurs de leurs collègues et tendant à « *rendre irrecevable toute demande d'indemnisation du seul fait de sa naissance* », quant à la seconde, déposée par le député Jean-François Mattei et plusieurs de ses collègues, elle était relative à « *l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis* ». Pour les uns, il s'agissait d'ajouter à l'article 16 du Code civil²⁶² un nouvel alinéa selon lequel aucune demande tendant à l'indemnisation du fait d'une naissance ne pourrait être recevable et ce, afin que le législateur rappelle à chacun que nul ne peut prétendre à une quelconque discrimination liée à l'existence d'un handicap invoquant « *l'égalité dignité des personnes humaines* » et la primauté du vivant²⁶³.

²⁶¹ Cass. civ., mai 1936, *arrêt Mercier* : précité.

²⁶² L'article 16 du Code civil dispose que : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

²⁶³ Ce nouvel alinéa de l'article 16 du Code civil aurait été ainsi rédigé : « *Nul n'est recevable à demander une indemnisation du seul fait de sa naissance* ».

La seconde proposition de loi consistait elle aussi à rappeler « *les valeurs de respect et d'égalité* », fondement de notre civilisation ainsi que la nécessaire sauvegarde du respect dû aux personnes handicapées. M. Mattei a notamment pris pour référence les systèmes étrangers relevant la jurisprudence majoritaire américaine ainsi que celle québécoise lesquelles prohibent toute revendication formée au nom de l'enfant invoquant le préjudice de la vie ²⁶⁴. De même, les britanniques, si peu adeptes du droit écrit soient-ils, ont décidé d'introduire cette interdiction formelle de demander une indemnisation pour sa naissance au sein du Congenital disabilities (civil liability) act de 1976 ²⁶⁵. Le député se proposait ainsi de compléter l'article 16 du Code civil en y introduisant deux nouveaux alinéas selon lesquels :

« *La vie constitue le bien essentiel de tout être humain, nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance.* »

« *Lorsqu'un handicap est la conséquence directe d'une faute et non de la nature, il est ouvert droit à réparation dans les termes de l'article 1382 du présent Code* ²⁶⁶ ».

L'opposition, afin de rejeter cet amendement sur l'arrêt Perruche ²⁶⁷, a argué du fait selon lequel cet arrêt a reconnu un droit aux handicapés qu'il fallait défendre, et qu'il ne s'agissait nullement d'eugénisme qu'elle définissait comme la sélection organisée. Ainsi, pour eux, admettre une dérive eugénique dans cette solution reviendrait à nécessairement devoir reconsidérer la question de l'interruption volontaire de grossesse. Madame la ministre Elisabeth Guigou, a, quant à elle, décidé de demander l'avis du Conseil consultatif national d'éthique ainsi qu'aux associations, tout en se référant aux Droits de l'Homme. Le 15 juin 2001, le Comité consultatif national d'éthique a rendu son avis, au sein duquel il s'opposait fermement à « *la reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître handicapé* », précisant sa crainte d'une éventuelle dérive eugénique suscitée par l'admission d'une solution identique à celle de l'arrêt Perruche ²⁶⁸.

Toutefois, cette proposition de loi n'en est restée qu'à ce stade, une majorité de députés s'y étant opposés. Le Gouvernement a tout de même fait une promesse, celle de reconsidérer cette

²⁶⁴ Ainsi, les juridictions québécoises précisaient que « *il est impossible de comparer la situation de l'enfant après la naissance avec la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il n'était pas né : le seul énoncé du problème montre l'illogisme qui l'habite* ».

²⁶⁵ Cette intervention résultait notamment d'un arrêt *Mac Kay* rendu par la Cour d'appel d'Angleterre en 1977 qui avait considéré qu'une telle action était « *contraire à l'ordre public* » et constituait « *une violation de la règle de la primauté de la vie humaine* ».

²⁶⁶ L'article 1382 du code civil dispose que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

²⁶⁷ Selon le quotidien *Le Monde*, la proposition de loi de M. Mattei a été rejetée à 41 voix contre 20.

²⁶⁸ Au sein de son avis, le Comité national d'éthique a précisé que : « *la reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître dans certaines conditions (...) risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens une pression normative d'essence eugénique* ».

question lors des débats sur les lois bioéthiques. Mais cette question d'une intervention du législateur reste d'actualité, et les trois arrêts rendus le 13 juillet 2001 ont ravivé chez certains la flamme. Ainsi, dès l'annonce de la confirmation de sa position par l'Assemblée plénière, le 13 juillet 2001, la ministre déléguée à la famille, à l'enfance et aux personnes handicapées, Mme Ségolène Royal, a annoncé qu'elle entendait « *ouvrir une réflexion globale sur les relations entre éthique et handicap* », ralliée par M. Georges Sarre, président du Mouvement des citoyens, ainsi que Mme Christine Boutin, députée des Yvelines, ont eux aussi réagi en faveur d'une intervention du gouvernement précisant que : « *...Décider que la vie d'un handicapé a moins de valeur qu'une vie dite normale (...) est un choix crucial...* ».

Quoiqu'il en soit, M. Malicier D. ne croyait pas si bien dire lorsqu'il prétendait que, sur le plan de la responsabilité médicale, il fallait, en gardant toutefois une certaine mesure, assimiler le système juridique français à celui des Etats-Unis. En effet, cet auteur rapportait qu'« *aux Etats-Unis, lorsqu'un médecin ouvre un cabinet quelque part, aussitôt un avocat s'installe juste en face* »²⁶⁹. Toutefois, il faut rester ici prudent avec de telles allégations. S'il est vrai que les juridictions Américaines ont adopté un système de responsabilisation à outrance, tel n'est pas encore le cas en France. Néanmoins, une tendance jurisprudentielle semble timidement s'orienter vers ce modèle. En témoignent, ces arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui ont suscité tant de controverses²⁷⁰.

Ainsi, il faut prendre garde, car quoiqu'on en dise, la dérive eugénique vers la recherche des êtres humains parfaits, sur mesure, des enfants à la carte, semble amorcée !

²⁶⁹ Cf. Malicier, *La responsabilité médicale : Données actuelles* : précité.

²⁷⁰ Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, *Arrêt N. Perruche* : précité ; ainsi que Cass. Ass. Plén., 13 juillet 2001 : trois arrêts : précité.

BIBLIOGRAPHIE

• Etudes doctrinales et articles

1. **ALLOITEAU (S.)**, *L'arrêt « C.H.R. de Nice » : l'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale*, Les Petites Affiches, 28 mai 1997, jurisprudence, Droit et santé, p.24.
2. **ALMERAS (J.-P.) et PEQUIGNOT (H.)**, *l'éthique médicale et le droit*, Droit médical et hospitalier, Litec 1995, n°31, p.1.
3. **AUBERT (J.-L.)**, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)*, Dalloz 2001, chron., p.489.
4. **AYNES (L.)**, *Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation*, Dalloz 2001, doct. p. 492.
5. **BORE (J.)**, *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, J.C.P. éd. G. 1974, I, 2620.
6. **BYK (C.)**, *Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique*, J.C.P. éd. G. juillet 2001, chron. I. 336, p.1369.
7. **CABOT (T.)**, *La responsabilité du service public hospitalier et l'interruption volontaire de grossesse*, Gaz. Pal. 1985, 2, doctrine p. 108.
8. **CALAIS – AULOY (M.-T.)**, *La vie préjudiciable*, Dalloz 2000, Point de vue p.IV.
9. **CARPI (S.)**, *Regards sur la causalité (à propos de l'arrêt Quarez du Conseil d'Etat et de l'arrêt Perruche de la Cour de cassation)*, Les Petites Affiches n°114, 8 juin 2001, Regards sur l'actualité, libre propos, p.12.
10. **CORPART (I.)**, *La santé de l'enfant à naître : vers l'enfant parfait ?*, Médecine et Droit n°15 de 1995, p.3 à 9.
11. **DAGORNE – LABBEE (Y.)**, *La responsabilité du médecin auteur d'informations erronées (Cass. civ. 1^{ère} : 26 mars 1996, deux arrêts)*, Les Petites Affiches, 6 décembre 1996, n°147, p.22.
12. **DEGUERGUE (M.)**, *Les préjudices liés à la naissance*, J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurances, numéro spécial, mai 1998, p.14.
13. **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, *Interruption volontaire de grossesse*, Dalloz : Répertoire pénal, avril 1996.
14. **DENDONCKER (D.)**, *L'obligation d'information médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire*, Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, 2001 – 2 (2), Presses Universitaires d'Aix – Marseille, p.1031.
15. **DORSNER-DOLIVET (A.)**, *La responsabilité consécutive à la pratique du diagnostic préimplantatoire*, Médecine et Droit 1999, n°38, p.10.
16. **DRAPIER (M.)**, *La loi relative à l'I.V.G.*, Rev. D. Publ. 1985, 443.
17. **DREIFUSS-NETTER (F.)**, *Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap non décelé pendant la grossesse*, Médecine et Droit 2001, p.2.
18. **DUPONT (M.)**, *Droit hospitalier : Etablissements publics et privés*, Cours de droit public – science politique, éditions Dalloz 1997.

19. **FABRE – MAGNAN (M.)**, *Avortement et responsabilité médicale*, R.T.D. civ. (2), avril – juin 2001, p.285.
20. **FINEL (L.)**, *La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales*, Revue de droit sanitaire et sociale 1997, 223.
21. **FORTUNE-CAVALIE (M.-L.)**, *Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé : vers « l'œuf transparent » ?* (Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996 et CE, 14 février 1997), Médecine et Droit 1998, n°33, p.17.
22. **FREMEAUX (S.)**, *Enfant et normalité*, Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, 1999 – 1, n°24, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, p.139.
23. **GARRON (F.)**, *La responsabilité civile du géniteur*, Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, 1999 – 1, n°24, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, p.367.
24. **GAUTIER (P. – Y.)**, *Responsabilité médicale : « Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile*, J.C.P. éd. G. du 10 janvier 2001, chron. I. 287, p.66.
25. **GOBERT (M.)**, *La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)*, Les Petites Affiches, 8 décembre 2000, n°245, p.4.
26. **GROUTEL (H.)**, *Tentative de coup d'arrêt à la jurisprudence Perruche*, J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurance n°2, février 2001, rubrique Repères.
27. **HARICHAUX – RAMU (M.)**, *Santé : Responsabilité du médecin : Principes généraux*, Juris – Classeurs éd. Techniques 1993, Responsabilité civile, Articles 1382 à 1386, Fasc. 440-1.
28. **HARICHAUX (M.)**, *La responsabilité médicale : Principes généraux*, Droit médical et hospitalier, Litec 2001, n°18, p.1.
29. **HARICHAUX (M.)**, *La responsabilité médicale : les fautes techniques*, Droit médical et hospitalier, Litec 2001, n°18-2, p.1.
30. **HAUSER (J.)**, *Encore le droit de ne pas naître : l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs*, R.T.D. civ. octobre – décembre 1996, p.871.
31. **HAUSER (J.)**, *Un nouveau droit de la personnalité : le droit de ne pas naître ?*, R.T.D. civ. octobre – décembre 1995, p. 863.
32. **HAUSER (J.)**, *Le dommage résultant des circonstances de la conception*, R.T.D. civ. janvier – mars 1999, p.64.
33. **HAUSER (J.)**, *Naître, certes, mais comment ? (Orléans, 5 février 1999, sur renvoi de Cass. civ. 1^{ère}, Bull. civ. I, n°156)*, R.T.D. civ. janvier – mars 2000, p.80.
34. **HAUSER (J.)**, *Le préjudice d'être né, question de principe*, Droit et patrimoine n°89, janvier 2001, rubrique actualité, p.6.
35. **HERMITTE (M. – A.)**, *Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés (Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996 et Cons. d'Etat, 14 février 1997)*, Gaz. Pal. du 25 octobre 1997, p.1403.
36. **HORS-CAYLA (M.-C.) et CAYLA (J.-S.)**, *Progrès et limites du diagnostic prénatal*, Revue de droit sanitaire et sociale 1997, 722.
37. **JOURDAIN (P.)**, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital*, R.T.D. civ. juillet – septembre 1996, p.623.
38. **KAYSER (P.)**, *Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique ?*, Dalloz juin 2001, chron. p.1889.
39. **LABBEE (X.)**, *Respect et protection du corps humain : l'embryon in utero*, Juris classeur de droit civil 1997, fasc. 54 : articles 16 à 16-12, p.1 à 23.
40. **LABRUSSE-RIOU (C.) et MATHIEU (B.)**, *La vie peut-elle être un préjudice ?*, Dalloz 2000, Point de vue, p.III.
41. **LAMBERT-FAIVRE (Y.)**, *La réparation de l'accident médical, obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non*, Dalloz 2001, chron. 570.

42. **LEDUC (F.)**, *Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile (à propos de l'arrêt Perruche)*, J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurances, février 2001, chron. p.4.
43. **LE ROY (M.)**, *La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique*, Dalloz Sirey 1979, chron. p. 49.
44. **LEVENEUR (L.)**, *Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre*, Contrat, concurrence et consommation 1997, chron. 5.
45. **LUCIANI (A. – M.)**, *La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital*, Les Petites Affiches, 27 juin 1997, n°77, p.17.
46. **MAJSTER (N.)**, *L'arrêt Perruche : Les problèmes posés par la biologie au droit, Futuribles, analyse et prospective*, avril 2001, n°263.
47. **MARKESINIS (B.)**, *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, R.T.D. civ. janvier – mars 2001, p.77.
48. **MATHIEU (B.)**, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique*, R.F.D.A. mars – avril 1997, p.374.
49. **MAZEAUD (D.)** (Interview de), *Naissance, handicap et lien de causalité*, Dalloz 2000, Forum, n°44, p.5.
50. **MAZEAUD (D.) et JOURDAIN (P.)**, *Réflexions sur un malentendu*, Dalloz janvier 2001, Jurisprudence Commentaires p.332.
51. **MEHL (D.)**, *Quel statut pour l'embryon ?*, Le Monde des débats, juin 1999.
52. **MEMETEAU (G.)**, *L'action de vie dommageable*, J.C.P. éd. G. décembre 2000, doct. I. 279, p.2275.
53. **MEMETEAU (G.)**, *La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale*, Gaz. Pal. du 1^{er} août 1978 (2^{ème} sem.), p. 400.
54. **MEMETEAU (G.)**, *Le refus de soins à l'enfant conçu*, Revue de droit sanitaire et sociale, juillet-septembre 1979, p.317.
55. **MEMMI (D.)**, *Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement*, Justices, Hors-série au recueil Dalloz, n°20, mai 2001, p.78.
56. **MOINE-DUPOIS (I.)**, *Naître victime, ou la recevabilité de l'action civile de l'enfant né d'un viol*, J.C.P. éd. G. octobre 1999, jurisprudence II 10178, p.1835.
57. **MOYSE (D.)**, *Naissances coupables ? A propos de l'« affaire Nicolas Perruche » et d'autres du même genre*, Esprit n° 271, janvier 2001, p.6.
58. **MURAT (P.)**, *L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme*, J.C.P. éd. Droit de la famille, janvier 2001, p.28.
59. **MURAT (P.)**, *Wrongfull life à la française*, J.C.P. éd. G. 1996, I.-Doctrines 3946, p.282.
60. **NEIRINCK (C.)**, *L'embryon humain ou la question en apparence sans réponse de la bioéthique*, Petites Affiches, 9 mars 1998.
61. **NISAND (I.) et SOUTOUL (J.-H.)**, *Le diagnostic prénatal : propositions pour les décrets d'application*, Médecine et Droit n°8, septembre – octobre 1994, éditions techniques, p.129 à 131.
62. **PECH (T.)**, *La dignité humaine : Du droit à l'éthique de la relation*, Justices, Hors-série au recueil Dalloz, n°20, mai 2001, p.90.
63. **PETIT (J.)**, *Le principe de responsabilité*, J.C.P. éd. G. 1997, doct. I. 4072, p.534.
64. **PIERRE (P.)**, *Naissance d'un enfant handicapé et droit à indemnisation*, Médecine et Droit 1997, n°24, p.19.
65. **PIGNARRE (G.)**, **BRUN (P.) et PIEDELIEVRE (S.)**, *Le jeune homme et la vie : retour sur l'arrêt Perruche*, Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, 2001 – 2 (1), Presses Universitaires d'Aix – Marseille, p.477.
66. **QUERE (F.)**, *Témoignage*, Médecine et Droit n°8, septembre – octobre 1994, éditions techniques, p.132.

67. **RADE (C.)**, *Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! (premières réflexions après l'arrêt Perruche)*, J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurances, janvier 2001, p.4.
68. **RICOEUR (P.)**, *La prise de décision judiciaire et médicale. Le juste et l'éthique médicale*, Médecine et Droit n°35, 1999, p.1 à 3.
69. **RUBELLIN – DEVICHI (J.)**, *Le droit et l'interruption de grossesse*, Les Petites Affiches, 7 juin 1996, n°69, p.19.
70. **SAINTE-ROSE (J.)**, *La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé : Conclusions orales prises dans l'affaire P... , Dalloz janvier 2001, Le point sur..., p.316.*
71. **SAINT-JAMES (V.)**, *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, Dalloz 1997, chron. p. 61.
72. **SAINT-JOURS (Y.)**, *Handicap congénital – Erreur de diagnostic prénatal – Risque thérapeutique sous-jacent (à propos de l'arrêt « P... » du 17 novembre 2000)*, Dalloz 2001, doct. p.1263.
73. **SALAS (D.)**, *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, Recueil Le Dalloz, Hors-série Justices, mai 2001, dossier, p.14.
74. **SARGOS (P.)**, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale*, Dalloz 1996, p. 365, n°2.
75. **SARGOS (P.)**, *Réflexions « médico-légales » sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique*, J.C.P. éd. G., I, 323, mai 2001.
76. **SAVATIER (R.)**, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?*, D. 1970, chronique p.123.
77. **TAGUIEFF (P.-A.)**, *Sur l'eugénisme : du fantasme du débat*, Pouvoirs n°56, 1991, p.23.
78. **TAGUIEFF (P.-A.)**, *Améliorer l'homme ? L'eugénisme et ses ennemis*, Rev. Raison présente, n°105, 1^{er} trimestre, 1993, p.59.
79. **TAGUIEFF (P.-A.)**, *L'eugénisme, objet de phobie idéologique. Lectures françaises récentes*, Esprit n°11, novembre 1989, p.99.
80. **TAGUIEFF (P.-A.)**, *Retour sur l'eugénisme*, Esprit n°3-4, mars-avril 1994.
81. **TERRE (F.)**, *Le prix de la vie*, J.C.P. éd. G. décembre 2000, Aperçu rapide, actualité p.2267.
82. **THOUVENIN (D.)**, *La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain*, Justices, Hors-série au recueil Dalloz, n°20, mai 2001, p.113.
83. **VINEY (G.)**, *Le dommage réparable*, J.C.P. éd. G. 1998, doct. I. 185, n°15, p.2160.
84. **VINEY (G.)**, *Responsabilité civile*, J.C.P. éd. G. 1997, I.- doctrine 4025, p.237.
85. **VINEY (G.)**, *Responsabilité civile*, J.C.P. éd. G. décembre 2000, chron. I. 280, p. 2281.
86. **VINEY (G.)**, *Responsabilité médicale : Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion : Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000*, J.C.P. éd. G., 10 janvier 2001, Etude I. 286, p.65.
87. **VINEY (G.) et JOURDAIN (P.)**, *L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ?*, J.C.P. éd. G.1997, I, 4016.
88. Dalloz du 12 avril 2001, p.1183, partie dernière actualité, législation : *Santé publique (interruption volontaire de grossesse)*.
89. Dalloz du 19 juillet 2001, p.2208, partie dernière actualité, législation : *Principaux textes publiés : Le délai légal de l'IVG est allongé à 12 semaines (La loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception)*.

• **Articles de presse**

1. **Le concours médical** du 29 mars 1980, *Une naissance ne constitue pas un préjudice*, p.2015 et 2016, GOMBAULT (A.).
2. **Le concours médical** du 6 novembre 1982, *Une naissance constitue-t-elle un préjudice ? Non, répond le Conseil d'Etat*, p.6197 et 6198, GOMBAULT (A.).
3. **Le concours médical** du 7 juillet 1984, *Une naissance ne peut constituer en soi un préjudice, mais...*, p. 1237 et 1238, ALMERAS (J.-P.).
4. **Le concours médical** du 21 juin 1997, *Les préjudices liés à la naissance*, p. 1721 à 1723, ALMERAS (J.-P.).
5. **Le Monde** du 7 novembre 1987, *Une vie digne d'être vécue*, NAU (J.-Y.).
6. **Le Monde** du 21 novembre 1989, *Atteinte d'une rubéole non décelée pendant sa grossesse, la mère d'une fillette handicapée saisit la justice*, p.16.
7. **Le Monde** du 3 février 1997, *Le Conseil d'Etat examine le cas d'une trisomie non diagnostiquée*, p.9, RIVAIS (R.).
8. **Le Monde** du 17 février 1997, *Le Conseil d'Etat refuse d'indemniser le préjudice d'être né trisomique*, p.7, RIVAIS (R.).
9. **Le Monde** du 7 janvier 1999, *Les chemins de la perfection*, p.12, VINCENT (C.).
10. **Le Monde** du dimanche 19 et du lundi 20 novembre 2000, *Né handicapé après une erreur de diagnostic, Nicolas pourra être indemnisé*, p.10 et 13, PE. (A.), et propos recueillis par PEREIRA (A.) et NAU (J.-Y.).
11. **Le Monde** du vendredi 24 novembre 2000, *La vie humaine comme préjudice ?*, LABRUSSE-RIOU (C.) et MATHIEU (B.).
12. **Le Monde** du dimanche 26 et du lundi 27 novembre 2000, *Le préjudice de vivre*, p.1, NAU (J. – Y.).
13. **Le Monde** du dimanche 26 et du lundi 27 novembre 2000, *L'injuste préjudice de vivre*, p.15, NAU (J. – Y.).
14. **Le Monde** du jeudi 21 décembre 2000, *L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire*, DE BECHILLON (D.), CAYLA (O.) et THOMAS (Y.).
15. **Le Monde** du mercredi 10 janvier 2001, *L'arrêt Perruche s'invite à l'Assemblée nationale*, MANDRAUD (I.).
16. **Le Monde** du vendredi 12 janvier 2001, *L'opposition s'abrite derrière le Conseil constitutionnel pour harceler le gouvernement : L'amendement sur l'arrêt Perruche est rejeté par les députés*, MANDRAUD (I.).
17. **Le Monde** du mercredi 31 janvier 2001, *Malheur et préjudice*, Horizons – Débats, AYNES (L.).
18. **Le Monde** du jeudi 12 avril 2001, *Indemnisation d'enfants nés handicapés : les députés hésitent à légiférer à la suite de l' « arrêt Perruche »*, GANIVET (F.).
19. **Le Monde** du dimanche 8 et du lundi 9 juillet 2001, *La Cour de cassation face à l'indemnisation des enfants handicapés*, rubrique société p. 9, PRIEUR (C.).
20. **Le Monde** du dimanche 8 et du lundi 9 juillet 2001, *Le malaise croissant des spécialistes de l'échographie fœtale*, rubrique société p.9, BENKIMOUN (P.).
21. **Le Monde** du dimanche 8 et du lundi 9 juillet 2001, *L'arrêt Perruche a suscité une controverse juridique et philosophique sur le « préjudice de vie »*, rubrique société p.9, NAU (J.-Y.).
22. **Le Monde** du samedi 14 juillet 2001, *La Cour de cassation confirme sa « jurisprudence Perruche » tout en la nuancant*, rubrique société p.8, PRIEUR (C.).

23. **Le Monde** du dimanche 15 et du lundi 16 juillet 2001, *Mme Royal lance une réflexion sur « éthique et handicap » : des voix s'élèvent pour demander une législation*, p.23.
24. **Le Figaro** du samedi 16 et du dimanche 17 juin 2001, *D'autres affaires similaires en attente*, rubrique France / société, p.9, PECH (M.- E.).
25. **Le Figaro** du samedi 16 et du dimanche 17 juin 2001, *Le Comité d'éthique s'oppose à l'arrêt Perruche*, BIETRY (M.).
26. **Le Figaro** du samedi 16 et du dimanche 17 juin 2001, *Les parents d'enfants handicapés satisfaits*, PECH (M. – E.).
27. **Libération** du samedi 16 et du dimanche 17 juin 2001, *Naître n'est pas un préjudice : pour le Comité d'éthique, le droit à la naissance ne concerne pas le juge*, p. 1, CABUT (S.).

• Ouvrages

❖ Ouvrages généraux

1. **CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 2 : Obligations – contrats spéciaux – sûretés*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2000.
2. **CHABAS (F.)**, *Leçons de Droit civil : Tome II / premier volume : Obligations : théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 1998.
3. **JOURDAIN (P.)**, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz connaissance du droit, 4^{ème} édition, 1998.
4. **LE TOURNEAU (P.), CADIET (L.)**, *Droit de la responsabilité*, Dalloz action 2001.
5. **VINEY (G.) et JOURDAIN (P.)**, *Traité de Droit civil* sous la direction de Jacques Ghestin : *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1998.

❖ Ouvrages spécialisés

1. **AZOUX BACRIE (L.)**, *Vocabulaire de bioéthique*, Médecine et santé, Presses Universitaires de France, janvier 2000.
2. **BOUCAUD**, *Le point de vue juridique français, le diagnostic anténatal, quels enjeux ?*, Collection Ethique et Santé, Alexandre Lacassagne, Lyon, 1991.
3. **BRIARD (M.-L.)**, *Le droit à l'enfant-parfait : fantasme ou réalité*, in *Vers un anti destin ? Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, sous la direction de GROS (F.) et HUBER (G.), Editions Odile Jacob 1992.
4. **CHABERT-PELTAT (C.) et BENSOUSSAN (A.)**, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, éditions Hermès 1995.
5. **DEMICHEL (A.)**, *Le droit de la santé*, Les études hospitalières 1998.
6. **DEVERS (G.)**, *Pratique de la responsabilité médicale*, éditions ESKA, Collection « Le droit au service de la santé », 2000.
7. **DUGUET (A.-M.)**, *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault 1994.
8. **HUBER (G.) et JALBERT (P.)**, *L'heure du doute : insémination artificielle : enjeux et problèmes éthiques*, Collection Ethique et sciences, Associations Descartes ; John Libbey Eurotext, édition 1994.
9. **KAHN (A.) et ROUSSET (D.)**, *La médecine du XXI^{ème} siècle*, Paris, Bayard Editions, 1996.

10. **LABRUSSE-RIOU (C.), MATHIEU (B.) et MAZEN (N.-J.)**, *La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux*, Revue générale de Droit médical, numéro spécial, éditions Les Etudes Hospitalières, 2000.
11. **LAMBERT-FAIVRE (Y.)**, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, précis Dalloz, 3^{ème} édition, 1996.
12. **LE ROY (M.)**, *L'évaluation du préjudice corporel*, litec, 13^{ème} édition, 1996.
13. **LHULLIER (J.-M.)**, *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, éditions de l'Ecole Nationale de la Santé Publique, 1998.
14. **LOCHAK**, *Diagnostic prénatal : le difficile passage de l'éthique au droit, vers un anti-destin ?*, Editions Odile Jacob 1992.
15. **MALAUZAT (M.-I.)**, *Le droit face aux pouvoirs des données génétiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2000.
16. **MALICIER (D.), MIRAS (A.), FEUGLET (P.) et FAIVRE (P.)**, *La responsabilité médicale : données actuelles*, éditions ESKA, 2^{ème} édition, 1999.
17. **MEHL (D.)**, *Naître ? La controverse bioéthique*, Paris, Editions Bayard, 1999.
18. **MEMETEAU (G.)**, *Traité de la responsabilité médicale*, Les études hospitalières 1996.
19. **MILLIEZ (J.)**, *L'euthanasie du fœtus – Médecine ou eugénisme ?*, Editions Odile Jacob 1999.
20. **PAILLET (M.)**, *Ethique, droit et dignité de la personne : l'enfant – préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne*, Mélanges Bolze (C.) sous la direction de Pedrot (P.), Economica, 1999.
21. **PENNEAU (J.)**, *La responsabilité du médecin*, Dalloz connaissance du droit, 2^{ème} édition, 1996.
22. **Pr. FRYDMAN (R.)**, *Dieu, la médecine et l'embryon*, Editions Odile Jacob, Août 1997.
23. **SINGER (P.)**, *Questions d'éthique pratique*, Bayard Editions, 1997.
24. **SOUTOUL (J.-H.), BERTRAND (J.) et PIERRE (F.)**, *L'accoucheur face aux juges*, Ellipses 1997.
25. **SOUTOUL (J.-H.) et FROGE (E.)**, *La responsabilité médico-légale en gynécologie obstétrique*, Diffusion Vigot Paris, 1982.
26. **SOUTOUL (J.-H.) et PIERRE (F.)**, *La responsabilité médicale et les problèmes médicaux légaux en obstétrique*, Maloine 1991.
27. **THOUVENIN (D.)**, *La responsabilité médicale*, Médecine-Sciences, Flammarion 1995.
28. **TRONQUOY (Ph.)**, *Science et société*, cahiers français, La documentation française, n°294, janvier-février 2000.

• **Acte de colloques et de congrès**

1. *L'indemnisation des accidents médicaux*, Actes du colloque du 24 avril 1997 organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I à la Grande Chambre de la Cour de Cassation, sous la direction de G. Viney, Bibliothèque de Droit privé, Tome 289, L.G.D.J. 1997.
2. *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle : Bilan prospectif*, Colloque 7 et 8 décembre 2000 organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry, sous la direction de H. Groutel, J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurances, hors-série juin 2001.

• Rapports et documents officiels

1. **CHOSSY (J.-F.), FOUCHER (J.-P.), BOUTIN (C.) et plusieurs de leurs collègues Députés**, Proposition de loi : « *Irrecevabilité de l'indemnisation du seul fait de la naissance* », in Les documents législatifs de l'Assemblée Nationale, n°2805, 11 janvier 2001.
2. **MATTEI (J.-F.) et plusieurs de ses collègues Députés**, Proposition de loi : « *Indemnisation du fait de handicap naturellement transmis* », in Les documents législatifs de l'Assemblée Nationale, n°2806, 5 janvier 2001.
3. **Avortement : Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception**, Journal Officiel du 7 juillet 2001, p.10823 ; Dalloz du 19 juillet 2001, partie législation (J.O. du 28/06/2001 au 11/07/2001), p. 2253.

• Jurisprudence

1. **Cass. civ. : 20 mai 1936 : Arrêt Mercier** : Dalloz 1936, 1^{ère} partie, p.88, rapport JOSSERAND, et conclusions MATTER (P.).
2. **Conseil d'Etat : 6 novembre 1968 : Dame Saulze** : J.C.P. éd. G. 1969, II. Jurisprudence, n°16054 ; Revue de droit public 1969, p.505, note WALINE (M.) et conclusions BERTRAND (C.).
3. **Tribunal de Grande Instance de Bobigny : 15 décembre 1976** : Dalloz 1977, jurisprudence p.245, note LE TOURNEAU (Ph.) ; R.D.S.S. 1977, 34, Observations DUBUIS (L.) ; Concours médical 1977, 127, observations GOMBEAULT.
4. **Tribunal de Grande Instance d'Evreux : 21 décembre 1979** : Dalloz 1981, 185, note PENNEAU (J.).
5. **Conseil d'Etat : 31 octobre 1980** : Dalloz 1981, jurisprudence, p.38, conclusions GENEVOIS.
6. **Conseil d'Etat : 2 juillet 1982 : Melle R...** : Rec. C.E., p.266 ; R.T.D. sanitaire 1982, p.623, note J.-M. de Forges ; R.T.D. sanitaire 1983, p.95, conclusions PINAULT ; Dalloz 1984, jurisprudence, p. 425, note D'ONORIO (J. – B.) ; Dalloz 1984, Somm. Comm., p.21, note D'ONORIO (J.-B.) ; D. 1984, I.R., p.21, observations MODERNE et BON ; Gaz. Pal. 1983 (1^{er} sem.), p.193, note MODERNE (F.) ; A.J.D.A. 1982, p.206, observations J.C. ; A.J.D.A 1983, p.206, note CHAPUISAT (J.).
7. **Tribunal de Grande Instance de Bobigny : 6 février 1983** : J.C.P. éd. G. 1984, II, 20149, note DOSNER-DOLIVET (A.) ; R.D.S.S. 1983, 701, observations DUBOIS (L.).
8. **Cass. civ. 1^{ère} : 9 mai 1983** : J.C.P éd. G. 1984, II, 20262, note DORSNER-DOLIVET (A.) ; Gaz. Pal. 1984, pan. 139, observations CHABAS (F.).
9. **Conseil d'Etat : 29 janvier 1988 : Labidi** : J.C.P. 1988, p.146.
10. **Conseil d'Etat : 4 mars 1988 : Mme P...** : Rec. C.E., p.109 ; Dalloz 1989, Somm. 122, observations MODERNE (F.) et BON (P.).
11. **Conseil d'Etat : 27 septembre 1989 : Mme Karl** : Rec. C.E., p.176 ; Dalloz 1989, Somm. 122, observations MODERNE (F.) et BON (P.) ; Dalloz 1990, I.R., p.298, observations BON (P.) et TERNEYRE (Ph.) ; Dalloz 1991, 80, note VERPEAUX (M.) ; Gaz. Pal. 10-11 août 1990, p.19, conclusions FORNACCIARI ; A.J.D.A. 1989, 807 et chronique 776 ; R.F.D.A. 1991, 325, note DESWARTES (M. P.).
12. **T.G.I. Montpellier, 2^{ème} Ch. B : 15 décembre 1989 : Epoux P... c/ Institut X et autres** : J.C.P. éd. G. 1990, II.- jurisprudence 21555-21556, observations GRIDEL (J.-P.).

13. **Tribunal administratif de Strasbourg : 17 juillet 1990 : Sokal** : A.J.D.A. 1991, 217, note DARCY (G.) ; Gaz. Pal., 26 janvier 1991, 53 ; R.D.S.S. 1991, 69, conclusions HEERS.
14. **Cass. civ. 1^{ère} : 25 juin 1991 : Melle X... c/ Y...** : Dalloz 1991, jurisprudence p.566, note LE TOURNEAU (P.) ; R.T.D. civ. 1991, p.753, note JOURDAIN (P.) ; Petites affiches, 27 mai 1992, p.10 ; Defrénois 1992, p.45, note MASSIP (J.) ; Defrénois 1992, p.41, note MURAT (P.) ; J.C.P. éd. G. 1992, jurisprudence II., n°21784, p.17, note BARBIERI (J. – F.) ; Dalloz 1993, Somm. p. 27, observations PENNEAU (J.) ; Bull. inf. C. cass., 15 septembre 1991, p.19, note AVERSENG.
15. **Cass. civ. 1^{ère} : 16 juillet 1991 : X. c/ Epoux Y. et autres** : Dalloz 1991, I.R., 229 ; J.C.P. éd. G. 1992, II.- jurisprudence p.394, note DOSNER-DOLIVET (A.).
16. **Cour Administrative d'Appel de Nancy : 30 septembre 1993, Dame Legrand** : Gaz. Pal. 27-29 novembre 1994, Pan. P.11, Médecine et Droit, mai-juin 1994, p.62, observations SOUTOUL (J.-H.).
17. **Cour d'Appel de Paris : 17 décembre 1993 : Affaire Perruche** : Dalloz 1993, I.R., p.98, 2^{ème} espèce ; Dalloz 1995, somm. p.99, observations PENNEAU (J.) ; R.T.D. civ. 1996, p.824, observations JOURDAIN (P.) et p.871, observations HAUSER (J.) ; R.T.D. civ. 1997, p.924, observations MESTRE ; Dalloz 1997, p.35, observations ROCHE-DAHAN.
18. **Tribunal Administratif de Strasbourg : 21 avril 1994** : Petites Affiches 21 octobre 1994, p.22, note F. M. ; R.D. publ. 1994, p.1837, conclusions MARTINEZ (M.).
19. **Conseil constitutionnel : 27 juillet 1994 : décision Séguin et autres** : Dalloz 1995, jurisprudence p.237, note MATHIEU (B.).
20. **Cour d'Appel de Bordeaux 1^{ère} ch. : 26 janvier 1995 : G...-G... et a. c/ David et a.** : J.C.P. éd. G. 1995, tableaux de jurisprudence IV, n°1568, notes FENOUILLET (D.), ROCQ (C.) et TERNEYRE (V.) ; R.T.D.civ. 1995, p. 863, note HAUSER (J.).
21. **Cass. crim. : 31 janvier 1996** : J.C.P. éd. G. 1996, IV.- Tableaux de jurisprudence 775.
22. **Cass. civ. 1^{ère} : 26 mars 1996 (2 arrêts)** : Juris-Data n°001183 ; Bull. civ. I, n° 155 et 156 ; Resp. civ. et assur., Juin 1996, n° 229 et 231 ; R.T.D. civ. 1996, p.625, note JOURDAIN (P.) ; R.T.D. civ. 1996, p. 871, note HAUSER (J.) ; Droit et Patrimoine, juillet 1996, observations CHABAS (F.) ; Petites Affiches, 6 décembre 1996, p.22, note DOGORNE-LABBE (Y.) ; J.C.P. éd. G. 1996, I, n°3946, note MURAT (P.) et n°3985, observations VINEY (G.) ; J.C.P. éd. G. 1997, I, 4045, observations MURAT (P.) ; Dalloz 1997, Jurisprudence, p. 35, note ROCHE-DAHAN (J.), et Somm. p. 323, observations PENNEAU (J.).
23. **T.G.I. de Lille : 6 mai 1996 : Mme X...** : Dalloz 1997, jurisprudence, p. 543, note LABBEE (X.) ; R.T.D. civ. 1999, 64, observations HAUSER (J.).
24. **Cass. civ. 1^{ère} : 7 janvier 1997 : Mme X...c/ Y... et autres** : Dalloz 1997, jurisprudence, p.189, note THOUVENIN (D.).
25. **Conseil d'Etat : 14 février 1997 : Arrêt « C.H.R. de Nice » c/ Epoux Quarez** : Dalloz 1997, I.R., p.77 et Somm. p. 323, note PENNEAU (J.) ; Gaz. Pal. 25-26 avril 1997, p.6 ; Gaz. Pal. 1997, *Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés*, n° spécial Droit de la santé, p75, HERMITTE (M.-A.) ; A.J.D.A., 20 mai 1997, *Responsabilité hospitalière*, p.430, note CHAUVEAU (D.) et GIRARDOT (T.-X.) et p.480 ; Les Petites Affiches, 28 mai 1997, n°64, p.23, note ALLOITEAU (S.) ; Les Petites Affiches, 9 juillet 1997, n°82, p.41, note NGUYEN VAN TUONG ; J.C.P. éd.G. 1997, I, 4025, p.241, observations VINEY (G.) ; J.C.P. éd. G. 1997, I, 4045, p.370, note MURAT (P.) ; J.C.P. éd. G. 1997, II.- jurisprudence 22828, note de M. MOREAU (J.) ; R.D. publ. 1997, p. 1139, note AUBY (J.-M.), et p. 1147, note WALINE (J.) ; R.F.D.A. 1997, p.375, conclusions PECRESSE (V.) et p.382, note MATHIEU (B.) ; Droit Administratif 1997, n°146, note ESPER (C.) ; R.T.D. sanitaire 1998, p.95, note MALLOL (F.).

26. **Cour Administrative d'Appel : 30 avril 1997** : Petites Affiches, 21 janvier 1998, p.18, note P. T.
27. **Cass. civ. 1^{ère} : 8 juillet 1997** : 1°/ *Meurice c/ Cortet et a. et 2°/ Rocq c/ Chasseriau* : J.C.P. éd. G. 1997, jurisprudence II 22921, p. 435, rapport de M. SARGOS (P.).
28. **Cass. crim. : 4 février 1998** : C. : Bull. crim., n°43 ; J.C.P. éd. G. 1998, IV, 2500 ; Juris-Data n°004559 ; J.C.P. éd. G. octobre 1999, jurisprudence II 10178, p.1835.
29. **Cass. crim. : 4 février 1998** : Dalloz 1999, jurisprudence, p.445, note BOURGAULT – COUDEVYLLE (D.) ; Bull. crim. 1998, n°43, p.109 ; J.C.P. éd. G. 1998, I, 185, n°15, observations VINEY (G.) ; J.C.P. éd. G. 1999, II, 10178, note MOINE-DUPUIS ; R.T.D. civ. 1999, 64, observations HAUSER (J.).
30. **Cass. avis, 6 juillet 1998** : J.C.P. éd. G. 1998, IV, 3005 ; Droit de la famille 1998, 162, note FOSSIER ; R.T.D. civ. 1998, 881, observations HAUSER (J.) ; Defrénois 1999, 314, observations MASSIP (J.).
31. **Cass. Ass. Plén. : 17 novembre 2000** : *Perruche c/ Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et autres* : J.C.P. éd. G. décembre 2000, jurisprudence II. 10438 : « Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero », rapport SARGOS (P.), conclusions SAINTE-ROSE (J.) et note CHABAS (F.) ; Dalloz 2000, n°44, Point de vue III : « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », note C. LABRUSSE-RIOU et B. MATHIEU ; J.C.P. éd. E. 2001, C.D.E. n°1, p.33 : « L'incident de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale, propos sur Ass. Plén., 17 nov. 2000 », note PELISSIER (A.) ; Gazette du Palais, mercredi 24 et jeudi 25 janvier 2001, jurisprudence : Sommaires et décisions, p.4, rapport SARGOS (P.), et conclusions SAINTE-ROSE (J.) et GUIGUE (J.) ; R.D.S.S. 2001, 1, TERRASSON DE FOUGERES.
32. **Cass. Ass. Plén. : 13 juillet 2001 (trois arrêts)** : 1°/ *Epx X, arrêt n°478* ; 2°/ *Epx X, arrêt n°479* ; 3°/ *Cts X, arrêt n°480* : Dalloz du 19 juillet 2001, p.2204, Point de vue, dernière minute : *Responsabilité civile (Enfant handicapé)*, à propos des trois arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 juillet 2001 ; J.C.P. éd. G. du 25 juillet 2001, rubrique actualité : « *Responsabilité médicale : Le principe d'une indemnisation de l'enfant né handicapé à la suite d'une faute de diagnostic médical est confirmé, mais assorti de deux conditions* », p.1482 ; Dalloz du 30 août 2001, n°29, partie jurisprudence commentaires, p.2325 : « *Préjudice de l'enfant né handicapé : l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions* », note JOURDAIN (P.), et I.R., p.2363 : « *L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap* » ; J.C.P. éd. Responsabilité civile et assurances, septembre 2001, partie commentaires, n°269, p.20.

• Thèses et mémoires

1. **BOURGAULT-COUDEVYLLE (D.)**, *Liberté individuelle, maternité et droit*, Thèse de Droit réalisée à Lille, 1999, Editions L'Harmattan, collection « Logiques juridiques ».
2. **MORDEFROY (L.)**, *Le dommage génétique*, Thèse de Droit soutenue à l'Université de Dijon le 8 juillet 1997, collection Thèses, Les Etudes Hospitalières, Editions 1999.
3. **SAILLY (C.)**, *Responsabilité médicale et parentale face à « l'enfant préjudice » : une étude de droit comparé*, Mémoire réalisé sous la direction de M. le Professeur Taisne (J.-J.), DEA de Droit privé 1998 – 1999, Lille II.

