

N° 164

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2001-2002

Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 20 décembre 2001
Enregistré à la Présidence du Sénat le 3 janvier 2002

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel du Règlement et d'administration générale (1) sur la *jurisprudence* « *Perruche* »,

Par M. René GARREC,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. René Garrec, *président* ; M. Patrice Gélard, Mme Dinah Derycke, MM. Pierre Fauchon, José Balareello, Robert Bret, Georges Othily, *vice-présidents* ; MM. Jean-Pierre Schosteck, Laurent Béteille, Jacques Mahéas, Jean-Jacques Hyest, *secrétaires* ; M. Jean-Paul Amoudry, Mme Michèle André, M. Robert Badinter, Mme Nicole Borvo, MM. Charles Ceccaldi-Raynaud, Christian Cointat, Raymond Courrière, Jean-Patrick Courtois, Marcel Debarge, Michel Dreyfus-Schmidt, Gaston Flosse, Jean-Claude Frécon, Jean-Claude Gaudin, Charles Gautier, Paul Girod, Daniel Hoeffel, Pierre Jarlier, Roger Karoutchi, Lucien Lanier, Jacques Larché, Gérard Longuet, Mme Josiane Mathon, MM. Jacques Peyrat, Jean-Claude Peyronnet, Henri de Richemont, Josselin de Rohan, Bernard Saugey, Jean-Pierre Sueur, Simon Sutour, Alex Türk, Maurice Ulrich, Jean-Paul Virapoullé, François Zocchetto.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	3
AUDITIONS	6
• Mme Catherine LABRUSSE-RIOU , professeur de droit privé à l'Université de Paris I	8
• Mme Michelle GOBERT , professeur émérite de l'Université Panthéon Assas (Paris II)	28
• M. Jerry SAINTE-ROSE , avocat général à la Cour de cassation	46
• Mme Marie-Sophie DESAULLE , présidente de l'association des paralysés de France	56
• M. Patrick GOHET , directeur général de l'Union des associations de parents et amis de personnes handicapées	61
• M. Xavier MIRABEL , collectif contre l'handiphobie	67
• M. Didier SICARD , président du Comité consultatif national d'éthique	76
ANNEXES	81
• Proposition de loi n° 442 (2000-2001) de M. Claude Huriet et plusieurs de ses collègues visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né »	82
• Proposition de loi n° 103 (2001-2002) de M. Bernard Fournier et plusieurs de ses collègues tendant à interdire l'indemnisation d'un « préjudice de naissance »	85
• Proposition de loi n° 124 (2001-2002) de M. Jacques Blanc relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux	91

AVANT-PROPOS

« Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X 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. »

L'arrêt Perruche, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000, puis confirmé par des arrêts des 13 juillet 2001 et 28 novembre 2001, a suscité une intense émotion et des débats passionnés.

Un enfant né handicapé peut-il lui-même demander réparation d'une faute médicale ayant empêché sa mère de recourir à une interruption volontaire de grossesse, seul moyen d'éviter la naissance handicapée ? En répondant positivement à cette question, malgré les réquisitions contraires de son avocat général, la Cour de cassation a accueilli de manière spectaculaire l'action dite « *de vie préjudiciable* »¹ aujourd'hui écartée presque partout dans le monde.

Depuis que cet arrêt a été rendu, les réactions se sont multipliées. La doctrine a livré de nombreux commentaires, contradictoires mais majoritairement défavorables, de cette jurisprudence.

Le 29 mai 2001, le comité consultatif national d'éthique a rendu un avis dans lequel il a notamment souligné que « *la reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître dans certaines conditions apparaîtrait hautement discutable sur le plan du droit, inutile pour assurer l'avenir matériel des personnes souffrant de handicaps congénitaux et redoutable sur le plan éthique. En effet, un tel droit risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens, une pression normative d'essence eugénique* ».

¹ « *Wrongful life action* ».

Plusieurs propositions de loi destinées à mettre fin à cette jurisprudence ont été déposées, notamment au Sénat¹.

Le 13 décembre 2001, l'Assemblée nationale a examiné, dans le cadre de son ordre du jour réservé, une proposition de loi présentée par M. Jean-François Mattei tendant notamment à compléter l'article 16 du code civil par les deux phrases suivantes :

« Nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance. »

« Lorsqu'un handicap est la conséquence directe d'une faute, il est ouvert droit à réparation dans les termes de l'article 1382 du présent code ».

La discussion de cette proposition de loi n'a cependant pu être conduite à son terme. Au cours du débat, Mme Elisabeth Guigou, ministre de l'emploi et de la solidarité, a souligné qu'une évolution législative pourrait être envisagée dans le cadre du projet de loi relatif aux droits des malades en instance d'examen par le Sénat : *« Donnons-nous donc le temps. Et si nous trouvons une proposition qui ne soit pas un leurre par rapport aux problèmes soulevés, nous pourrions dans quelques semaines l'introduire dans le projet de loi relatif aux droits des malades, qui sera voté avant la fin de la législature ».*

Dans ce contexte, la commission des Lois du Sénat, saisie pour avis du projet de loi relatif aux droits des malades, saisie au fond des propositions de loi relatives à l'indemnisation du « préjudice d'être né », a souhaité procéder à des auditions publiques sur la jurisprudence Perruche et l'opportunité pour le législateur d'intervenir sur cette question.

Les auditions du mardi 18 décembre 2001 ont permis aux membres de la commission ainsi qu'à l'ensemble des sénateurs intéressés, d'entendre des professeurs de droit, l'avocat général de la Cour de cassation ayant requis dans l'affaire Perruche, des associations représentant les handicapés et leurs familles, enfin le président du comité consultatif national d'éthique.

Tous les intervenants ont constaté l'insuffisance des moyens consacrés par notre société à la prise en charge des personnes handicapées. Tous ont observé que les parents conduisant des actions judiciaires au nom de leurs enfants le faisaient pour assurer à ceux-ci des conditions d'existence les plus dignes possibles.

¹ Proposition de loi de M. Claude Huriet et plusieurs de ses collègues n° 442 (2000-2001) visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né » ; proposition de loi de M. Bernard Fournier et plusieurs de ses collègues n° 103 (2001-2002) tendant à interdire l'indemnisation d'un « préjudice de naissance » ; proposition de loi de M. Jacques Blanc n° 124 (2001-2002) relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux. Ces propositions de loi sont reproduites en annexe du présent rapport.

Tous ont par ailleurs considéré qu'une faute médicale justifiait une réparation de la part de l'auteur de cette faute.

La plupart des personnes entendues se sont prononcées pour une intervention du législateur, compte tenu des nombreuses interrogations soulevées par la jurisprudence de la Cour de cassation :

- Comment évaluer le préjudice d'un enfant né handicapé, dès lors que la naissance handicapée ne pouvait être évitée que par une interruption de la grossesse de la mère ?

- L'arrêt du 17 novembre 2000 et ceux qui l'ont suivi ne risquent-ils pas de créer des inégalités difficilement justifiables entre des personnes handicapées dont les besoins sont les mêmes ?

- La jurisprudence de la Cour de cassation ne risque-t-elle pas d'entraîner une modification profonde des rapports entre les médecins et les femmes enceintes, les premiers risquant désormais, dans un souci de protection juridique, d'insister fortement sur le moindre risque de handicap ?

- Revient-il à la justice de pallier les insuffisances de la solidarité nationale ?

Afin que le Sénat soit pleinement informé sur une question qui ne peut laisser quiconque indifférent, la commission des Lois livre dans le présent rapport le compte-rendu des auditions qu'elle a conduites, avec l'espoir qu'elles contribueront à faire progresser la réflexion sur l'opportunité et, le cas échéant, les modalités d'une intervention prochaine du législateur.

AUDITIONS PUBLIQUES
DE LA COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT
SUR LA JURISPRUDENCE « PERRUCHE »

MARDI 18 DÉCEMBRE 2001

**Présidence de M. René Garrec,
président de la commission des Lois**

M. René GARREC, président de la commission des Lois – Mesdames et messieurs, chers collègues, la commission des Lois a pris l'initiative de ces auditions à propos de la jurisprudence Perruche avec la volonté de mieux en évaluer les conséquences et de réfléchir à une éventuelle intervention législative. Le problème est extrêmement compliqué et nous nous posons tous de très nombreuses questions.

Je remercie donc les intervenants d'être présents pour nous éclairer en la matière.

Le débat du 13 décembre à l'Assemblée nationale sur la proposition de loi Mattéi a montré la difficulté d'une telle intervention. Le Gouvernement, qui en est manifestement conscient, a semblé considérer que le projet de loi sur les droits des malades pourrait en être l'occasion. Son examen par le Sénat est prévue le 22 Janvier prochain.

En ce qui concerne la commission des lois, le rapporteur pour avis sur les droits des malades est le sénateur Pierre Fauchon. En effet, contrairement

aux propositions de lois sur la jurisprudence Perruche, renvoyées au fond à la commission des Lois, ce projet relève de la compétence au fond de la commission des affaires sociales. Je me réjouis particulièrement de la voir bien représentée aujourd'hui, notamment par son président, M. Nicolas About, que j'ai plaisir à saluer, et par l'un de ses rapporteurs M. Francis Giraud venu en réponse à l'invitation que nous avons lancée à l'ensemble des commissions.

Je voudrais également remercier tous nos collègues qui sont autour de cette table et, dans la salle, tous ceux qui sont venus montrer l'importance qu'ils attachent à ces questions.

Les auditions que nous tenons aujourd'hui devraient, sans prétendre à l'exhaustivité, nous permettre de bien prendre conscience des difficultés rencontrées par les handicapés, leurs familles, les médecins et les magistrats qui ont à trancher.

Nous entendrons des avis divergents sur un problème qu'il est difficile d'appréhender sans passion et sur lequel il s'agit pourtant de tenir des propos respectueux de chacun.

Nous commencerons avec deux professeurs de droit, puis nous entendrons l'avocat général à la Cour de cassation ayant requis dans l'affaire Perruche, les magistrats du siège ayant préféré ne pas commenter leur décision-sagesse judiciaire que nous respectons.

Nous poursuivrons avec trois associations représentant les handicapés et leurs familles.

Enfin, nous conclurons avec un professeur de médecine, président du Comité consultatif national d'éthique.

La parole est à Mme Labrusse-Riou pour un bref exposé d'une dizaine de minutes afin de permettre aux membres présents de poser leurs questions à Mme le professeur.

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU,
professeur de droit privé à l'Université de Paris I

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU – Je vous remercie de l'honneur que vous me faites en m'invitant à exposer une question aussi délicate. J'ai rarement rencontré à propos de questions juridiques dont les enjeux dépassent la seule technique juridique, un problème aussi difficile sur tous les plans : technique, théorique et pratique. Toujours est-il que la jurisprudence -que j'appellerai NP pour Nicolas Perruche ou X- qui a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de cassation divise profondément les juristes, et au-delà, le corps social. Ceux qui approuvent cette jurisprudence ne sont pas directement concernés par l'éventualité d'interventions législatives visant à la corriger ; ceux qui la critiquent sont confrontés au devoir de suggérer les moyens d'une juste réformation.

Après avoir pris connaissance de la plupart des commentaires qui ont été écrits dans des sens souvent divergents sur cette jurisprudence, il me semble indispensable de réfléchir aux moyens de sortir de l'impasse dans laquelle nous nous trouvons. Il serait souhaitable de trouver les moyens juridiques de tenir ensemble la responsabilité médicale pour faute dans la surveillance de la grossesse, et donc le principe d'un droit à réparation, en raison des charges matérielles et morales que représente le malheur de naître handicapé et le détachement de cette responsabilité -même s'il s'agit exclusivement du préjudice des parents- de la question de l'avortement.

Après avoir rappelé brièvement les principales raisons tenant à la motivation des arrêts pour lesquelles je persiste, malgré bien des hésitations, à critiquer cette jurisprudence, je tenterai d'exposer quelques pistes de réflexion susceptibles de nous permettre de sortir de cette opposition, désormais stérile, entre les partisans et les opposants à la jurisprudence N.P.

Je laisserai de côté nombre d'arguments concernant les critiques que la jurisprudence me paraît mériter -M. l'avocat général Sainte-Rose vous en exposera plus longuement les motifs- étant précisé que ces critiques concernent des arrêts et non pas l'institution de la Cour de cassation qui n'a nullement failli à sa mission dans ces affaires. Je me limiterai aux deux raisons

principales qui tiennent à la structure même des décisions, compte tenu de leurs conséquences juridiques directes.

La première raison qui m'amène à ne pas adhérer aux solutions de la Cour de cassation concerne exclusivement et essentiellement le droit à réparation de l'enfant exercé en son nom par représentation ou éventuellement par lui-même. En revanche, il me semble que le préjudice des parents mérite d'être pris en considération pour les raisons que je vais indiquer. Cette critique porte sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, c'est-à-dire sur le lien intrinsèque et martelé par les arrêts postérieurs à l'arrêt NP, entre l'interruption médicale de grossesse et le droit à réparation de l'enfant.

Je ne suis pas hostile à la législation adoptée en 1975 concernant la non punissabilité, dans les circonstances que la loi détermine, de l'interruption de grossesse, même si je considère qu'en ce qui concerne l'interruption médicale de grossesse, la pratique peut être qualifiée d'eugénique, quand bien même on récuse cette expression.

Par conséquent, ma critique n'est pas inspirée par l'hostilité de principe à l'égard de l'interruption médicale de grossesse.

Je n'ai jamais réussi à comprendre, dans les espèces tranchées par la Cour de cassation, que l'on ait pu raisonnablement dissocier –fût-ce intellectuellement- le handicap et la vie de l'enfant pour admettre une causalité entre la faute médicale dans le diagnostic ou l'information de la mère et le handicap. Pour empêcher ce handicap dans ces espèces, il aurait fallu attenter à la vie. Mais puisque cette atteinte à la vie de l'enfant est licite dans les conditions que la loi détermine, encore faut-il décider si l'enfant lui-même, représenté par ses parents, peut invoquer le fait de ne pas avoir pu être avorté pour obtenir réparation de son seul handicap.

Le débat se concentre alors précisément sur l'interprétation de la loi relative à l'interruption de grossesse et sur les intérêts qu'elle protège principalement compte tenu du fait qu'elle règle un conflit d'intérêts dont on ne peut pas ne pas tenir compte.

Je considère que la loi sur l'interruption de grossesse, telle qu'elle est, protège d'abord et exclusivement l'intérêt de la mère qui dispose légalement d'une liberté qui lui est personnelle et qui s'exerce dans les conditions légales.

Subsidiairement, mais non sans réserve, l'interruption médicale de grossesse protège aussi l'intérêt de la société. C'est une autre question, dont l'incidence en l'espèce n'est pas mince, compte tenu des charges que représentent d'un point de vue social les handicapés au regard du devoir de solidarité envers eux. Il en résulte que le préjudice de la mère et par ricochet, du père, devient un préjudice réparable et que la causalité est admissible pour fonder l'action des parents qui, privés de la possibilité de décider d'une interruption de grossesse, doivent assumer la charge exorbitante de l'entretien d'un enfant gravement handicapé.

En revanche, la créance personnelle de l'enfant lui-même peut-elle être fondée sur l'intérêt de la mère dans l'exercice d'une liberté qui lui est personnelle, à ce qu'il soit mis fin à ses jours avant même de naître ?

Je persiste à penser que la lésion de l'intérêt de la mère justifiant son propre préjudice d'avoir mis au monde un enfant handicapé ne peut pas équivaloir à la lésion de l'intérêt de l'enfant à ne pas naître handicapé. La loi sur l'interruption volontaire de grossesse n'autorise pas une telle extrapolation à l'enfant des intérêts de la mère qu'elle protège, à mon sens, explicitement, mais exclusivement.

Derrière les affirmations des arrêts de la Cour de cassation qui ne visent explicitement que la seule réparation du handicap, se profile toujours plus ou moins une sorte de perte de chance de n'avoir pas été supprimé. On peut éviter cette expression dans les motifs des arrêts au plan formel. La réalité n'en est pas moins présente et constitue un affront pour ceux d'entre nous auxquels on dit, par la voie du droit, que la réparation de leur handicap est fondée sur le fait que leur mère n'a pas été en mesure de les empêcher de naître.

La deuxième raison de critiquer l'arrêt concerne l'évaluation du préjudice de l'enfant lié au fait qu'il n'a pas pu être décidé d'une interruption de grossesse.

L'évaluation du préjudice, voire même pour certains auteurs, l'existence même du préjudice, est liée au fait que, dans ces espèces, il n'y a pas altération d'un état antérieur qui aurait été endommagé, par la faute médicale.

Par conséquent, puisque ce préjudice ne correspond pas à l'altération d'un état antérieur -car il est lié à la nature et n'est pas matériellement causé par l'acte médical- son évaluation suppose que l'on pose un standard théorique de normalité des êtres humains par référence auquel le préjudice du handicap sera apprécié. Or, un tel standard n'existe pas, mais puisqu'il faut bien l'inventer pour les besoins de l'évaluation, il sera forcément arbitraire et ne peut pas avoir de frontière objective, faute de pouvoir se référer à un état corporel antérieur réel que l'acte dommageable aurait détérioré.

Les juges sont confrontés à la nécessité d'inventer une sorte de critère de normalité, ce qui me paraît être non seulement impossible - la science ne peut définir que les situations pathologiques et non la normalité-, mais illégitime au regard de principes fondamentaux concernant l'égalité ou la dignité humaine.

On pourrait ajouter, sur le terrain du préjudice, que dans les arrêts rendus le 13 juillet 2001, la Cour de cassation a visiblement cherché à limiter l'étendue du droit à réparation aux seuls cas où une interruption médicale de grossesse aurait été justifiée. Le rôle des experts dans un tel cas me paraît extrêmement difficile, non seulement parce qu'il faut apprécier a posteriori une situation pour laquelle ils ne peuvent être sollicités qu'a priori, ce qui se heurte à de multiples difficultés, mais plus encore parce que l'avis des experts sur ce point déterminerait, non pas l'appréciation de la légalité de l'acte médical -ce qui est leur rôle et ce qui est normal- mais la jouissance du droit à réparation, ce qui ferait du dire expertal la condition même de la jouissance d'un droit

civil ; cela me paraît, là encore, peu conforme à un juste rapport de la science et du droit et cela consacre indirectement une discrimination de nature biologique entre les individus.

On pourrait développer d'autres arguments de critique, notamment liés aux conséquences possibles ou prévisibles du droit à réparation de l'enfant lui-même sur lesquels je n'ai pas le temps de m'étendre pour l'instant.

Si l'on critique, il faut savoir ce que l'on propose à la place. Il ne suffit pas de critiquer et d'attendre ce que les tribunaux vont décider dans l'élaboration d'une jurisprudence qui peut prendre plusieurs années en laissant les choses se régler au cas par cas avec des allers-retours. Comme nous sommes en présence de propositions d'interventions législatives, il faut bien envisager ce qu'elles pourraient être.

Deux terrains sur lesquels l'intervention législative peut avoir lieu peuvent être liés, mais peuvent et doivent rester distincts compte tenu de leurs fondements respectifs. C'est d'abord le terrain sur lequel les questions ont été tranchées, celui du droit de la responsabilité civile. C'est aussi le terrain du droit social qui est indépendant mais qui peut avoir des relations avec la réparation civile, comme l'attestent nombre de formes d'indemnisation qui articulent les deux systèmes.

Je m'en tiendrai au droit civil. Il faut se demander si la proposition déposée par M. le député Mattéi, qui tend à couper court à l'indemnisation du préjudice de l'enfant, répond à l'objectif et aux critiques que je viens d'adresser.

Telle qu'elle est libellée en l'état, la proposition vise à rendre irrecevables des actions tendant à l'indemnisation « du fait de sa naissance ». Or, la Cour de cassation a concentré son effort sur la dissociation du handicap et de la naissance. Elle n'a eu de cesse d'affirmer qu'elle fonde le droit à réparation sur le handicap comme si celui-ci était indépendant de la naissance. Par ailleurs, elle voit un lien de causalité direct entre le handicap de l'enfant et

les fautes médicales, en ce qui concerne les prescriptions, les diagnostics, les interprétations de diagnostics ou les fautes dans l'information de la mère.

En conséquence, affirmer dans la loi que l'indemnisation du fait de la naissance est irrecevable de la part de l'enfant ne déjoue pas les fictions de la jurisprudence qui pourrait se maintenir en l'état si la Cour de cassation l'estime justifiée.

Par ailleurs, le champ d'application de cette proposition de loi me paraît trop indéterminé et par là même, couvrir des hypothèses qui ne correspondent pas à celles de la jurisprudence NP.

Il faut donc savoir quels sont les faits que l'on vise. Veut-on, -ce serait l'objet d'un débat législatif- si l'on déclare irrecevable les actions en indemnisation du fait de la naissance, interdire aussi et briser la jurisprudence qui commence à admettre la réparation du préjudice de l'enfant issu d'un viol ou d'un inceste ?

Veut-on interdire l'action de l'enfant qui serait né à l'issue d'une procréation médicalement assistée réalisée au mépris des règles de sécurité sanitaire concernant la sélection des donneurs de gamètes, des gamètes elles-mêmes, des embryons alors que dans un tel cas, la causalité matérielle serait directe ?

Veut-on interdire l'action en réparation de l'enfant dont le handicap résulte de blessures causées volontairement ou involontairement pendant la grossesse, mais qui serait né quand même avec un handicap du fait de ses blessures antérieures ? Il y a certainement d'autres hypothèses.

Ce n'est pas cela que la proposition de loi semble viser, mais c'est ce qui pourrait être inclus dans son champ d'application si elle était adoptée comme telle.

Si le législateur veut se limiter à rendre irrecevables les actions sur lesquelles la Cour de cassation a statué, il faudrait dire que l'enfant n'est pas fondé à se plaindre de n'avoir pas été avorté. Mais il me paraîtrait pour le

moins inconvenant de dire cela dans la loi. Mais il serait possible de dire dans le code de la santé publique, au titre de l'interruption de grossesse, que celle-ci ne peut pas être invoquée au soutien d'une demande de l'enfant. Il s'agirait de trouver la formule adéquate pour signifier que la loi ne protège que l'intérêt de la mère et non celui de l'enfant. Pour se maintenir, la jurisprudence devrait alors soit trouver une autre motivation, soit renoncer à l'action de l'enfant.

Mais il y a plus. S'agissant du préjudice des parents dont la réparation doit s'imposer, il convient de lui trouver le fondement juridique qui permette l'affectation des sommes aux besoins de leur enfant. Je suivrai en cela une suggestion faite par M. le Doyen Carbonnier qui estime que le fondement de l'action des parents pourrait se trouver dans leur devoir d'assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant, mais aussi de préparer son avenir, conformément à l'article 213 du code civil.

Pour ceux des parents pour lesquels cette obligation d'entretien et de préparation de l'avenir paraît exorbitante compte tenu de la gravité du handicap de leur enfant, le droit à réparation en vue d'assurer l'avenir de l'enfant doit être ouvert, et la réparation peut l'être largement, selon les divers chefs de préjudices liés à l'entretien de l'enfant. Or, l'avenir d'un enfant, c'est long ; cela dure jusqu'à la mort. L'affectation des dommages et intérêts dans l'intérêt de l'enfant est alors une pure question technique qui ne me paraît pas poser de difficulté insurmontable et qui permet d'envisager l'hypothèse de la mort des parents ou de l'abandon de l'enfant par ses parents.

Le second problème concerne la discrimination entre les parents, selon qu'ils ont voulu ou non, qu'ils ont pu ou non interrompre la grossesse. Cette discrimination me paraît devoir être effacée. Il serait possible de l'envisager en disposant dans le code de la santé publique, au titre du diagnostic prénatal, que si une faute médicale a été commise à l'occasion de la surveillance de la grossesse et si un enfant gravement handicapé est né, les parents de ce dernier peuvent obtenir réparation du préjudice qu'ils subissent en raison du handicap de l'enfant, dans l'exécution des obligations prescrites

par l'article 213 du code civil et cela sans avoir à rechercher si l'IMG aurait été justifiée.

Certes, la causalité resterait dans ce cas très largement indéterminée, mais elle ne le serait pas moins que dans la jurisprudence NP. En revanche, la sanction des fautes et la réparation resteraient liées sans avoir à passer par l'intermédiaire de l'interruption médicale de grossesse qui devrait –à mon sens- rester une question à part et ne pas interférer avec la responsabilité civile liée au handicap.

Les médecins trouveront qu'une telle responsabilité est lourde. Il convient alors de prendre en considération aussi les problèmes qu'ils affrontent dans le maniement de leur technique. On pourrait imaginer, pour compenser la charge que représente pour les médecins la responsabilité de la non-détection d'un handicap grave, de limiter cette responsabilité mais en agissant sur la faute. Dans toutes les espèces, la faute n'était pas discutée, mais elle pourrait l'être et le sera certainement à l'avenir.

D'un point de vue législatif, pour prendre en considération l'incertitude des diagnostics, les limites de ceux-ci en ce qui concerne la révélation des handicaps, la responsabilité des médecins pourrait n'être retenue que pour faute grave, faute qualifiée. Il resterait aux tribunaux à apprécier ce qu'est la gravité de la faute dans un tel cas, qu'il s'agisse d'une faute grave dans la prescription ou dans l'interprétation des diagnostics compte tenu du caractère aléatoire et des incertitudes qui grèvent la connaissance de l'état d'un enfant conçu.

De même, le devoir d'information de la mère qui pèse normalement sur le médecin au titre du consentement éclairé -et que la jurisprudence récente a considérablement alourdi- pourrait être limité par rapport à ce qu'il est dans le droit commun de la responsabilité médicale. Il pourrait par exemple ne pas porter sur les risques exceptionnels, comme c'est le cas aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation. On pourrait peut-être mesurer du côté de la faute l'étendue de la responsabilité afin d'adapter l'appréciation de la

faute à la spécificité des modalités scientifiques ou techniques de surveillance des grossesses et de l'état du fœtus.

D'autres questions pourraient évidemment être posées. Conviendrait-il par exemple de préciser les critères de l'interruption médicale de grossesse de manière plus précise et moins impressionniste qu'ils ne le sont dans la loi afin d'assumer de manière plus franche la question de l'eugénisme, pratique que ces interruptions médicales de grossesse rendent licite ?

La licéité ou l'illicéité des pratiques doit être appréciée du côté de leurs auteurs et nullement du côté des patients -les parents ne sont évidemment pas coupables d'une pratique eugénique et ce n'est pas parce qu'ils peuvent y consentir que la pratique cesse d'être eugénique. La qualification doit être appréciée au regard de critères objectifs et du point de vue des auteurs de la pratique. La licéité de cet eugénisme-là pourrait être reconnue à la condition d'être légalement cantonnée et contrôlée. Au moins, nous aurions plus de franchise et moins d'hypocrisie sur cette question actuelle

Enfin, pour écarter ou limiter le droit d'agir en justice pour la réparation des dommages -ce qui est une initiative grave- il faut de puissants motifs, et les propositions qui tendent à cette fin ont le mérite d'ouvrir le débat nécessaire sur les justifications fondamentales d'une restriction, d'un cantonnement de la responsabilité. Ce motif ne peut résider que dans les principes constitutionnels de dignité et d'égalité des personnes.

Or, justement, la dignité est en cause et l'on s'est disputé à son propos. Elle est vue de façon complètement différente selon que l'on approuve ou que l'on rejette l'arrêt de la Cour de cassation. De ce fait, puisqu'il y a débat sur la signification concrète, dans un cas concret, du principe de dignité, c'est un moment opportun pour que le débat législatif sur la portée du principe puisse avoir lieu afin que le législateur choisisse d'admettre ou de ne pas admettre les actions de l'enfant au regard de ce principe même si toutes ces pistes de réflexion pourraient aussi bien se développer sur un terrain purement jurisprudentiel.

Bien sûr, on pourrait agir aussi sur le terrain du droit social relatif au handicap. C'est une question qui ne peut être totalement distincte de l'action législative sur le terrain civil. Ces deux domaines peuvent être distincts, compte tenu du fondement différent de la responsabilité civile et de la prise en charge, au titre de la solidarité nationale, des personnes les plus fragilisées. Cela n'exclut ni l'un ni l'autre mais il me paraît dangereux de confondre les deux terrains comme un certain discours médical le fait. Il consiste à affirmer qu'il y aurait une non-responsabilité du médecin au motif que la question relève de la solidarité nationale. On ne peut pas se décharger de ses fautes et invoquer la solidarité nationale. Il y a là une confusion des plans qui, au moins dans le discours, me paraît dangereuse. On ne peut pas, au nom de la solidarité nationale, exclure la sanction des fautes en la matière.

Cela étant, il convient de s'interroger sur la nécessité d'articuler les deux systèmes comme c'est le cas en matière d'indemnisation des accidents de la circulation routière. Ce sont là des questions techniques difficiles et importantes. Les problèmes de cumul ou non cumul des deux systèmes, notamment le problème du non cumul, sont extrêmement difficiles. Je n'irai pas plus loin sur ce terrain qui appelle une réflexion approfondie que je n'ai pas menée. Je vous remercie.

M. René GARREC, président - Nous vous remercions d'avoir ouvert le débat aussi largement. Je demande à nos collègues de poser des questions précises et brèves.

M. Pierre FAUCHON, rapporteur - Je n'ai pas de question particulière à poser. Je remercie Mme le professeur d'avoir consacré une bonne partie de son exposé à explorer les voies de solutions possibles. Je ne dirai pas que cela nous est plus utile car tout nous est très utile. Mais c'était un point important et je la remercie de ses réflexions dans cette direction qui nous seront très utiles pour nos réflexions ultérieures.

M. Nicolas ABOUT, président de la commission des Affaires sociales - Je voudrais remercier Mme le professeur. L'exposé qu'elle vient de faire mérite d'être revu calmement et en détail.

Je suis quelque peu perturbé par tout ce que l'on peut entendre et lire. J'ai le sentiment que face à un foetus présentant une anomalie, trois cas se présentent :

- soit, l'anomalie ayant été détectée, on décide l'interruption volontaire de la grossesse,

- soit la mère considère qu'elle doit conserver l'enfant parce que c'est son choix, car la vie vaut d'être vécue,

- soit l'anomalie n'a pas été détectée et l'enfant va naître avec son handicap.

Dans le cas où l'interruption s'est produite, plus de "problème"! Dans le deuxième cas où la mère a décidé, au travers de l'article 213 du code civil, la société sera peut-être tentée de rétorquer aux parents qu'ils avaient été prévenus et qu'ils doivent assumer le fait d'avoir décidé de garder l'enfant. Vous avez démontré toute la difficulté de l'article 213 car pourvoir à l'éducation des enfants et préparer leur avenir est bien compliqué.

Dans le troisième cas, le handicap n'a pas été détecté et l'enfant va vivre. On cherche alors qui doit indemniser. Y a-t-il eu faute ? Si c'est le cas, il faut indemniser, et il faut que ce soit le médecin. S'il n'y a pas eu faute, il faut que ce soit la société. Je crains qu'il ne reste qu'un seul cas où personne ne se demandera qui doit indemniser : celui où la mère aura décidé de garder l'enfant. C'est quand même le comble ! Il n'y aura pas eu faute thérapeutique, il n'y aura pas eu carence, mais il y a un vrai problème. Je souhaiterais entendre les juristes me dire qui doit prendre en charge le handicap.

Vous avez terminé par cela, et c'est peut-être cela ma question : il ne faut surtout pas, au nom de la solidarité nationale, faire abstraction de la sanction de la faute. Oui, mais la faute doit être sanctionnée à sa hauteur ; elle

n'est pas responsable du handicap, mais d'une absence de chance de pouvoir avorter. C'est une chose qu'il faudra quantifier, ce qui est très difficile.

En tant que président de la commission des affaires sociales, je pose cette question : qu'est-ce que l'Etat, qu'est-ce que notre justice réserve aux enfants porteurs de handicap pour leur permettre de vivre dans une société avec les mêmes chances ? C'est cela que j'attends de tous les niveaux de la justice de mon pays. J'attends que l'on détermine les droits d'un handicapé.

Parce que j'ai le sentiment que l'on ne sait pas répondre à la vie d'un handicapé en lui apportant les mêmes choses qu'à tout être humain, on se retourne pour essayer de trouver un fautif : soit la mère n'a pas avorté, soit le médecin lui a fait perdre une chance d'avorter.

Je suis perturbé par le problème posé et aussi par l'exposé.

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU – J'ai dû mal me faire comprendre. Mon souci est de trouver le moyen de ne pas discriminer le droit des parents à réparation selon qu'ils ont voulu ou non, qu'ils ont pu ou non exercer leur choix quant à l'IVG ou l'IMG. Je voudrais déconnecter ce problème du lien avec l'interruption de grossesse pour des raisons d'égalité. Pour compenser la charge d'entretien par la responsabilité civile, s'il y a faute, je passerais volontiers sur une conception lâche de la causalité. D'ailleurs la Cour de cassation nous y a habitués. En revanche, dans les hypothèses où il n'y a pas de faute, on peut se poser la question de savoir si l'indemnisation peut se couler dans l'aléa thérapeutique, mais je ne suis pas sûre qu'il s'agisse d'un aléa thérapeutique, au moins tel qu'il est entendu dans le projet de loi en cours de discussion.

C'est encore une autre question et nous n'avons pas la possibilité de les traiter toutes. Permettez-moi de vous dire que je partage votre perturbation depuis longtemps.

M. Jacques LARCHÉ – Le fondement de l'arrêt Perruche est la théorie du tiers au contrat. L'enfant est un tiers au contrat qui est passé entre la

mère et le médecin. Or, le tiers au contrat mal exécuté a droit à réparation. C'est un principe constant.

Deuxième remarque, nous avons fait évoluer le droit à l'IVG. Il n'y a plus d'obligation d'invocation de la détresse. C'est un droit, quel qu'en soit le motif. Il doit être exercé en pleine connaissance de cause. Si une femme informée prend la responsabilité de laisser naître un enfant handicapé, quelle est la situation de l'enfant qui naît à l'égard de sa mère ? Va-t-il invoquer la faute de la mère ? Il en a le droit.

Je ne parle pas de façon légère. Je me suis renseigné auprès de confrères américains et à l'ambassade des Etats-Unis auprès d'un juriste compétent. Vous savez dans quelle mesure le droit américain, surtout dans le domaine médical, vient teinter notre comportement juridique en la matière. Des actions sont engagées aux Etats-Unis sur ce fondement. Des femmes n'ont pas avorté, l'enfant est né et, à l'âge de 10, 15 ou 20 ans, l'enfant se retourne contre sa mère en arguant ne pas avoir demandé à vivre. Il dit à ses parents qu'ils sont responsables et il demande à être indemnisé de leur fait.

C'est la suite de l'arrêt Perruche .

M. René GARREC, président – J'en avais une analyse différente. L'avortement est un droit, ce qui induit une liberté de choix. Le fait qu'il y ait un tiers au contrat est une dérive de la première réflexion.

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU - Le fondement juridique de la Cour de cassation est incontestable au plan technique. Il est clair que dans d'autres domaines où il y a des fautes en matière d'information, à la suite d'expertises par exemple, on peut réparer toutes les conséquences qui en résultent. En l'occurrence, il ne s'agit pas de l'expertise du sol fragile au moment de la construction d'un immeuble ; on est en présence d'une vie humaine et d'un être humain qui est là. Peut-être pourrait-on ne pas raisonner de la même manière lorsqu'il s'agit de la vie humaine dont on suppose pour la réparation du handicap qu'elle aurait pu ou dû ne pas exister.

On a fustigé la crainte de ceux qui ont montré que l'on peut dériver vers une action de l'enfant contre sa mère. Comme cela correspond à une question que tout individu peut se poser, c'est un risque. C'est un risque réel même s'il y a des moyens juridiques et moraux de paralyser cette action.

Si l'on veut protéger la liberté effective de la mère en matière d'interruption de grossesse, il ne faut pas dire que l'interruption de grossesse protège l'intérêt de l'enfant. L'enfant est purement et simplement sacrifié, il ne peut pas se prévaloir de la loi sur l'interruption de grossesse. Pour éviter cette dérive presque inévitable, il me semble qu'il faudrait dire explicitement que la loi sur l'avortement est fondée sur le seul et exclusif intérêt de la mère et même que son droit ou sa liberté n'est pas susceptible d'abus. Quand bien même il y a un lien intrinsèque entre la mère et l'enfant, c'est une question de fait : la loi, elle, ne protège pas l'intérêt de l'enfant, l'enfant n'est pas fondé à se prévaloir de la violation d'un contrat l'ayant empêché, non pas de naître, mais d'être avorté.

Je propose donc qu'il soit dit dans le code de la santé publique que la loi sur l'IVG ne peut pas être invoquée au soutien d'une demande de l'enfant.

M. Jean CHERIOUX – Si je comprends bien, pour l'enfant, le fait d'être handicapé est un plus grand préjudice que celui de ne pas vivre. On est en pleine déraison. Enfin, je n'ai pas l'intention de porter une appréciation autre que celle-là. On est quand même en pleine déraison par définition. On peut se demander à partir de quand on a un handicap. Un handicap léger ou pas léger peut-il être comparé au fait de vivre ou de ne pas vivre ?

Je m'inquiète d'une extension de cette notion. Lorsqu'il y a, non plus naissance -c'est la législation sur l'avortement-, mais sauvetage à la suite de l'intervention d'un médecin qui sauve le malade, quitte à le laisser handicapé, aura-t-on là aussi un préjudice ? Le médecin aura intérêt à laisser mourir son patient ! Si la vie n'est pas sacrée, elle ne l'est pas non plus pour le mourant. Si le fait de devenir handicapé est plus grave pour l'intéressé que d'être mort, ou va-t-on ? Cette question ne se posera-t-elle pas un jour ?

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT - Ne pensez-vous pas qu'en la matière, il ne faut pas confondre vitesse et précipitation ? Ne doit-on pas prendre son temps pour légiférer si on doit le faire ?

N'est-ce pas un postulat de dire -comme j'ai cru le comprendre dans vos propos- que l'IVG n'est faite que pour donner une liberté personnelle à la mère ? Cela me paraît un postulat. Il peut y avoir de nombreuses raisons qui amènent à l'IVG, non pas pour la mère, mais pour de multiples autres raisons, et notamment pour l'enfant parce que l'on n'a pas les moyens de l'élever convenablement.

Vous dites que le standard théorique de l'être humain n'existe pas. J'ai l'impression que tout le monde sait ce qu'est un enfant normal : avoir deux bras, deux jambes, par exemple. Je ne comprends pas votre propos sur l'absence de standard théorique de l'être humain. La normalité existe tout de même !

Connaissez-vous en droit civil un exemple où, dans le droit de la responsabilité, on a fait une différence entre les fautes suivant qu'elles sont graves ou qu'elles ne le sont pas ? Il y a faute ou pas. A part en droit social et la faute inexcusable en matière d'accident du travail, je ne connais pas de faute grave ou de faute pas grave. Il a été proposé l'autre jour à l'Assemblée nationale de rétenir la responsabilité en cas de faute grave. Je ne vois pas pourquoi. Ou il y a faute, ou il n'y a pas faute. Avez-vous des exemples à communiquer où l'on a fait une différence entre les fautes en la matière.

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU - C'est une question d'appréciation de la faute. Le médecin qui sauve une personne en la laissant avec un handicap lié à son intervention, c'est une question d'appréciation de la faute, ou à défaut, d'aléa thérapeutique.

M. Jean CHERIOUX – Et si l'on ne peut pas faire autrement ?

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU - On ne peut pas considérer que c'est fautif et il n'y aura pas indemnisation parce qu'il manquera l'élément essentiel qu'est la faute.

M. Jean CHERIOUX - Mais il y a préjudice !

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU – Il y a un préjudice, mais tous les préjudices ne sont pas justiciables d'une réparation selon le droit civil. Si l'on considère que tous les préjudices sont justiciables d'une réparation, il ne faut pas rechercher la réparation du côté de la responsabilité civile. La responsabilité civile implique une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. Je me suis située essentiellement dans le domaine de la responsabilité civile, terrain sur lequel la Cour de cassation a été amenée à statuer, responsabilité contractuelle envers la mère mais délictuelle pour l'action de l'enfant. Or, techniquement, la famille n'est pas la même dans les deux cas car la première dépend des obligations propres à chaque contrat.

M. Jean CHERIOUX - On peut quand même s'interroger.

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU - La question est tellement difficile que ce n'est pas dans la hâte que l'on peut légiférer. Il faut examiner toutes les possibilités. Je lance quelques pistes qui correspondent à ce qui est mon sentiment. J'espère arriver à sortir de l'impasse avec ces suggestions qui émanent essentiellement de M. le doyen Carbonnier. Il faut regarder les choses en face et ne pas se dissimuler derrière des anathèmes et des idéologies. Il a fallu très longtemps pour faire une loi d'indemnisation des accidents de la circulation routière. Il y a eu des débats, des controverses et des allers-retours de la jurisprudence! Cela prend du temps. Je pense qu'il faut se mettre sérieusement au travail. Pour ceux qui critiquent cette jurisprudence, il faut s'engager dans un travail qui est loin d'être terminé. Une législation hâtive risquerait de passer à côté des problèmes.

Il ne faut pas croire non plus que la législation va régler tous les problèmes. Il y aura toujours des situations qui échapperont.

Enfin, vous évoquiez le fait de caractériser les fautes. Cela est possible dès lors que seule l'action contractuelle des parents est admise. Je crois que selon la nature des contrats, on peut le décider. Le législateur a quand même suffisamment de souveraineté pour décider qu'en raison de la spécificité de certains contrats, de la nature des prestations qui doivent être délivrées et des obligations, la faute peut être caractérisée comme grave. Je suggère cela parce que je pense qu'une responsabilité envers les parents doit être affirmée, indépendamment de l'accès à l'interruption médicale de grossesse et qu'il convient d'éviter que les juges n'indemnisent trop facilement la faute du handicap s'il est grave.

Je vois bien que les médecins sont assez mécontents. Il faut tenir compte aussi de leurs propres difficultés. Certes, ils ont mis à la disposition du public beaucoup de techniques dont l'utilité, et même la légitimité, ne sont pas forcément évidente. Il faut bien voir qu'ils sont cependant dans des situations de grande difficulté.

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT – Je voulais seulement savoir s'il y en a déjà eu.

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU – En droit civil ? Il y a des hypothèses de faute grave en droit du travail. Le contrat de travail a son origine dans le droit civil. De même, la gravité de la faute peut justifier la résiliation unilatérale des contrats.

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT – Non, c'est dans la loi.

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU - On peut caractériser la faute en matière contractuelle, en tous cas, on peut préciser les obligations particulières à chaque contrat.

M. René GARREC, président - Le rapporteur de la commission des Affaires sociales souhaite prendre la parole.

M. Francis GIRAUD, rapporteur de la commission des Affaires sociales - Je suis médecin et j'ai pratiqué les consultations diagnostiques

prénatales pendant une quinzaine d'années. Vous avez évoqué l'interruption médicale de grossesse. Vous avez prononcé le mot d'eugénisme. Ce n'est pas là la question puisque le but de ces consultations et de la conclusion est de faire une sélection.

Mes questions se placent au plan du droit. Quelle est la valeur de l'accord de la mère pour faire une interruption de grossesse ? Où commence la normalité au plan juridique ? Comment définit-on les malformations mineures et majeures en termes médicaux ? Les médecins sont confrontés à la décision de la mère. Que va répondre le droit quand des décisions pourront faire l'objet de plaintes devant les tribunaux ?

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU - Bien sûr, il y a des standards sociaux de normalité qui évoluent. La question est de savoir si ces standards sociaux doivent être aussi des standards juridiques, c'est-à-dire des critères de jugement en droit. Tout standard en matière de normalité implique la discrimination vis-à-vis de ceux qui ne répondent pas à la norme, si cette norme est juridique. La loi détermine un standard de référence de maladie, d'une affection d'une particulière gravité, incurable en l'état du diagnostic. Il y a donc une indication sur le seuil de légitimité, de légalité de l'interruption médicale de grossesse, par rapport à un état pathologique et non en définissant positivement la normalité. Mais il ne faudrait pas que cela devienne le critère de l'indemnisation de l'enfant lui-même.

Par ailleurs, les textes législatifs et réglementaires récents ont précisé la procédure, ont amélioré l'encadrement de la prise de décision, étant entendu que les comités d'experts sont appelés à donner un avis. Ce n'est pas une décision, mais un tel avis a quand même une forte connotation normative dans la mesure où c'est au regard de cet avis que l'on va juger si l'IMG est licite ou illicite. C'est quand même loin d'être purement consultatif.

Nombre de médecins disent qu'ils sont dans l'embarras le plus considérable vis-à-vis des critères d'après lesquels ils vont donner leur avis. Ces critères seront-ils sociaux, exclusivement médicaux ? On peut choisir de

laisser les choses en l'état, c'est-à-dire de laisser l'interprétation de la loi à la pratique médicale qui va prendre ce problème de définition des handicaps en charge. On peut aussi penser qu'il conviendrait de mieux préciser les cas afin de donner un peu plus de sécurité dans les décisions et de limiter le risque eugénique. Je n'ai pas de position a priori au regard de la politique législative à adopter sur ce point particulier.

M. Francis GIRAUD, rapporteur de la commission des Affaires sociales - Vous avez dit que l'on ne pourrait pas délibérer dans la hâte. Pour vous, quel est le terme d'une délibération ? Quelques semaines, quelques mois ?

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU - Je ne suis pas en position de vous répondre car cela concerne le législateur.

M. LE PRÉSIDENT - C'est une très bonne question.

Madame le professeur, je vous remercie pour la qualité de votre intervention.

Mme Michelle GOBERT,

professeur émérite de l'Université Panthéon Assas (Paris II)

M. René GARREC, président – Je vais donner la parole à Mme Michelle Gobert, professeur émérite de l'université Panthéon Assas (Paris II) où elle a enseigné le droit civil. Rapporteur général sur la dignité de la personne humaine, elle a dirigé la publication d'un ouvrage collectif paru aux éditions Economica intitulé : « Médecine, bioéthique et Droit, questions choisies », et a été membre du Comité consultatif national d'éthique.

Mme Michelle GOBERT - Monsieur le président, mesdames, messieurs les Sénateurs, au commencement de ces affaires a été l'insuffisante prise en considération, malgré une volonté politique affichée, des problèmes des handicapés, et en particulier des enfants handicapés, tant en ce qui concerne l'aspect matériel d'aide aux familles que l'aspect éducatif concernant les établissements scolaires qui pouvaient prendre soin d'eux et les amener, de manière spécifique, à un certain niveau.

Sur ce fond, l'arrêt Perruche, parce qu'il y a eu faute des médecins, a indemnisé l'enfant qui est né à la suite de cette faute. Nous verrons suivant quel processus juridique.

Première perplexité : au lieu de considérer que, enfin, on commençait à s'intéresser à ces enfants et que, lorsqu'il y avait faute, ils pourraient recevoir une indemnisation, on a plutôt assisté à une sorte de levée de boucliers pour qu'aucune différence ne soit faite entre les handicapés selon qu'il y avait ou non faute à l'origine. Certains ont trouvé intolérable que certains enfants puissent bénéficier d'une indemnisation dans ce cas-là. Ce fut vraiment une grande perplexité pour moi. Actuellement, une campagne est menée pour suggérer que ces enfants, que l'on dit favorisés, rentrent dans le rang et que la société les prenne en charge. Pour cela, il y aura donc un fonds.

Ce sont souvent les médecins qui poussent à cette prise en charge commune visant à ne pas mettre à l'écart les enfants nés à la suite d'une faute ; s'il y a un fonds, tout le monde serait indemnisé. Or, comme il y a eu faute, le fonds se retournera contre les médecins fautifs et, contrairement à ce qui se passe en matière de fonds automobile quand le coupable est indéterminé, on pourra

vraisemblablement retrouver les médecins. Ce n'est donc que reporter le problème et il faut bien en avoir conscience.

Deuxième perplexité : l'arrêt Perruche ne date pas du 17 novembre 2000, mais du 26 mars 1996. La Cour de cassation a rendu ce jour-là deux arrêts dont l'arrêt de la première chambre civile dans l'affaire Perruche au rapport de Mme Delaroche et de l'avocat général, Mme Le Foyer de Costil, juriste et magistrate connues et reconnues.

Avez-vous entendu parler de l'arrêt du 26 mars dans ces milieux ? Il a été discuté entre juristes par la doctrine, mais ce n'est pas allé au-delà. Personne n'a estimé subitement que l'on avait commis l'horreur de l'horreur qui paraît avoir été commise le 17 novembre 2000.

Perplexité de ma part. Pourquoi ? Quel a été le détonateur ? C'est l'idée que, finalement, on aurait indemnisé le fait de naître alors que le préjudice est constitué par le handicap.

Venons-en au problème juridique et à ce fameux arrêt dont tout le monde parle sans forcément en connaître exactement les tenants et les aboutissants. De même que l'on parle de manière erronée des arrêts suivants, y compris les derniers. Il convient d'être extrêmement attentif à connaître un tant soit peu ces affaires si l'on veut en parler. Que s'est-il passé dans l'affaire Perruche ? Un enfant est né. Sans reprendre les faits, une faute a été commise par le laboratoire. La mère avait prévenu que s'il y avait rubéole, elle souhaitait demander une interruption de grossesse. Il y a eu erreur du laboratoire, la maman s'est crue immunisée et a gardé l'enfant qui est né dans les conditions que l'on sait. Les parents avaient été indemnisés, mais la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait refusé l'indemnisation de l'enfant. A partir de là, on a estimé que c'était intolérable.

Tout le monde est d'accord sur l'indemnisation des parents. Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt qui l'a admis. L'indemnisation de l'enfant est refusée ; elle serait intolérable !

Je n'entrerai pas dans le détail du lien de causalité direct ou pas. De deux choses l'une : soit on admet les deux préjudices -celui des parents et celui de l'enfant car ce sont les deux faces d'une même médaille- soit on n'en admet aucun.

On dit aujourd'hui que l'enfant est indemnisé du fait d'être là et de sa naissance. Pourquoi ne le dit-on pas à propos de la mère ? De quoi se plaint la mère ? De ce que le médecin a failli à son obligation d'information. Je donnerai des exemples précis dans les affaires soumises aux tribunaux pour que vous réalisiez les fautes que l'on minimise beaucoup actuellement.

De quoi la mère est-elle indemnisée ? Du fait de ne pas avoir pu demander une interruption de grossesse puisqu'il y avait eu défaut d'information par la faute du médecin.

Qu'est-ce que cela signifie clairement, sinon qu'elle demande d'être indemnisée que l'enfant soit là alors qu'il ne devrait pas y être ? C'est se montrer lucide et voir les choses telles qu'elles sont. Si l'on ne peut pas dire cela, c'est qu'il y a une loi en France en la matière. Que je sois pour ou contre l'interruption volontaire de grossesse n'a pas d'intérêt en tant que juriste ; je sais que je suis dans un Etat de droit. Des gouvernements de tendances différentes, de droite et de gauche, Mme Veil puis Mme Pelletier, siégeant aujourd'hui au Conseil constitutionnel, ont défendu ce texte. Je suis bien obligée de faire avec ces lois, et la loi de 1975 confirmée en 1979 et celle de 2001.

J'ai pu lire récemment que personne ne remettait en cause l'interruption volontaire de grossesse. A partir du moment où l'on admet l'indemnisation des parents, et de la mère en particulier, je ne vois pas pourquoi on doit la refuser à l'enfant.

En réalité, le Conseil d'Etat a indemnisé, non pas la naissance de l'enfant comme l'a dit par erreur le commissaire du gouvernement, mais le handicap de l'enfant pour les parents. Le Conseil d'Etat ajoutait -la Cour de cassation est toujours accusée de tous les péchés du monde, mais ici, c'est bien le Conseil d'Etat qui s'exprime- qu'il y a un lien direct entre la faute de l'hôpital et le handicap de l'enfant. Pourquoi ce lien disparaît-il pour l'enfant ?

Pour en revenir à la Cour de cassation, je rappelle que notre code civil, dans son article 1165, bien connu, précise que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties. Le contrat entre le médecin et le malade ne va pas au-delà. Or, d'après une autre règle faisant appel à l'article 1382 -règle qui n'est pas née du tout avec l'affaire Perruche et qui est tout à fait établie- la responsabilité délictuelle est engagée dès lors qu'un contrat cause un préjudice à un tiers.

La Cour de cassation a donc appliqué les articles 1165 et 1382. C'est le visa de l'arrêt en question. Par conséquent, le lien direct que le Conseil d'Etat a bien voulu reconnaître pour les parents -et la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur ce point, mais c'était sous-jacent car les parents avaient déjà été indemnisés- se retrouve avec une responsabilité non plus contractuelle, mais délictuelle au profit de l'enfant. Pour moi, il n'y avait donc aucun problème juridique.

Troisième source de perplexité pour moi : l'attitude des médecins. Chacun sait que de nombreuses responsabilités médicales sont engagées actuellement, mais ils font une fixation sur les échographies.

Je donnerai deux exemples : quand il n'y a pas échographie et quand il y en a, souvent en complément des examens.

Dans l'arrêt Perruche, la faute incombe à un laboratoire qui a donné un mauvais résultat. On n'y peut rien, mais la faute est là.

Que s'était-il passé dans les deux affaires, objets d'arrêt de cassation, le 28 novembre dernier ? Dans une première affaire, la mère avait déjà eu des problèmes d'ordre génétique pour un premier enfant. Sa belle-soeur étant trisomique 21, elle avait demandé, au cours d'une deuxième grossesse, une amniocentèse qui a été faite. Elle a fini par faire une fausse couche. Ensuite, elle est à nouveau enceinte. Le médecin, qui connaît ses antécédents, le contexte familial, qui a ordonné l'amniocentèse pour la deuxième grossesse, n'en ordonne pas pour la troisième. J'estime que c'est fautif.

Second exemple : le médecin ordonne des analyses et une échographie pour en corroborer les résultats. Les résultats des deux montrent un risque majeur de trisomie 21. Il ne communique pas ces résultats à la mère ; il ne fait rien. Je suis choquée de lire dans *Le Monde* sous la plume de M. Sicard un article intitulé "*Gare aux distraits ! Ils vont payer*". Pour moi, ces cas ne relèvent pas de la distraction.

C'est sur l'échographie que tous se sont mobilisés. A ma grande stupéfaction, le docteur Frydman, avec lequel j'ai toujours eu des rapports excellents, très au fait de toutes ces questions, a pris subitement le mors aux dents sur l'échographie : il dit que l'on ne peut rien savoir par l'échographie. Moi, je m'en tiens à ce que j'entends.

D'abord, je veux dire ce qui s'est passé dans les affaires soumises à la Cour de cassation en juillet dernier, ce qu'elle n'a pas retenu comme selon moi elle aurait dû le faire, même si ce sont des discussions juridiques dans lesquelles je n'entrerai pas aujourd'hui.

Dans ces affaires, un médecin dit qu'il a vu à l'échographie les membres supérieurs d'un enfant qui naît avec un bras et un embryon de membre. Un autre a vu les membres inférieurs bouger. L'enfant est né paralysé parce qu'il avait un spina bifida, une hernie sur la moëlle. Ce médecin n'a donc pas décelé le spina bifida. J'ai entendu la semaine dernière M. Frydman dire que le spina bifida se voyait.

M. Nicolas ABOUT - Pas toujours !

Mme Michelle GOBERT - Je voudrais terminer : s'il est possible qu'on ne le voit pas, alors on ne dit pas qu'on le voit. Lorsque les médecins échographes ne peuvent pas voir, en raison de la position du fœtus, ce qu'ils ont à vérifier, ils doivent alors, soit demander une nouvelle vérification, soit dire qu'il y a doute et qu'ils sont incapables de répondre aux questions. Il n'est pas normal de cocher à la va-vite l'imprimé médical afférent. Souvent, c'est fait de manière trop rapide.

C'est pourquoi il me semble que les médecins prennent le problème à l'envers en ne faisant pas pression sur les pouvoirs publics pour faire passer l'idée qu'il n'est pas admissible qu'une échographie anténatale soit cotée comme une échographie hépatique ou autre.

Une échographie anténatale doit permettre de vérifier tout ce qui peut l'être de manière minutieuse. Depuis 1984, j'ai beaucoup travaillé avec les milieux médicaux. M. Henrion m'a toujours dit qu'il fallait une très grande compétence et un matériel performant pour réaliser des échographies et pour les interpréter. Les médecins échographes ont donc besoin de temps pour l'échographie anténatale, mais aussi de pouvoir amortir un matériel qui doit être extrêmement performant. Ils n'ont qu'à se battre pour avoir des cotations qui correspondent à cela et ne pas prendre le problème à l'envers en disant que l'on fait n'importe quoi.

M. Jean CHERIOUX - Ils ne vont pas faire grève.

Mme Michelle GOBERT - Il serait beaucoup plus efficient de peser sur les pouvoirs publics pour que cet examen extrêmement important et fondamental puisse se faire dans des conditions tout à fait normales.

Enfin, je voudrais essayer de relever un certain nombre de choses discutables qui ont été dites. S'agissant des médecins, on ne peut pas entendre M. Mattei dire à la tribune de l'Assemblée nationale que les progrès faits en matière d'imagerie médicale, et d'échographie en particulier, ont été stupéfiants pour des résultats donnés en temps réel et que, par conséquent, les progrès étaient tels que plus grand-chose n'échappait à l'oeil de l'échographe, et entendre dire maintenant que l'on ne voit pas tout. Je comprends que l'on ne puisse pas tout voir ; quelquefois, le fœtus n'est pas bien placé. Mais alors, il faut le dire. Je remarque qu'actuellement, les progrès sont vraiment très grands et qu'ils arrivent à bien cerner les problèmes.

On a aussi parlé de dérive eugénique. Là encore, je me réfère à M. Mattéi qui dit qu'il serait absurde de parler de dérive eugénique en la matière. Nous sommes tout à fait du même avis, il n'en est pas question. Le Conseil

constitutionnel vient de le dire dans sa décision du 27 juin 2001. Je rappelle que vous avez voté en 1994 l'article 16-4 du code civil qui a défini l'eugénisme comme étant une pratique tendant à l'organisation de la sélection des êtres humains. Par conséquent, je crois qu'il est exagéré de parler ici de pratiques eugéniques, d'eugénisme, de dérive eugénique.

On a dit aussi qu'indemniser un enfant était attenté à la dignité de sa personne. Pour moi, la perplexité est totale. On se trouve en présence d'un enfant qui, comme tous les autres enfants, non handicapés est représenté par ses parents pour obtenir une indemnisation parce qu'il y a eu faute. En quoi attende-t-on à la dignité de cet enfant ? C'est plutôt le contraire. Quand on prétend que l'enfant n'a droit à aucune indemnisation, c'est que l'on nie cet enfant, qu'on le gomme. Je ne vois pas pourquoi, dans cette affaire, un enfant ne pourrait pas être représenté par ses parents pour obtenir ce à quoi, théoriquement, il a droit puisque j'ai essayé de montrer qu'à partir du moment où l'on indemnisait sa mère, l'enfant l'était dans la foulée.

Enfin, on a dit que c'était ne pas reconnaître la différence que de faire cela. Je crois au contraire que c'est précisément prendre en compte la différence. On ne peut pas nier que ces enfants sont un peu différents en ce sens qu'ils n'ont pas l'utilisation de tous les moyens qui sont à la disposition de chacun d'entre nous. Qu'y a-t-il de répréhensible à vouloir mettre ces enfants à niveau, à leur donner quelque chose qui leur permettra de vivre un peu plus normalement ? Je ne vois pas en quoi c'est ne pas admettre les différences. Pour moi, c'est au contraire admettre ces différences que de procéder ainsi.

Par conséquent, beaucoup de perplexité et beaucoup d'interrogations de ma part dans cette affaire. Pourquoi cette levée de boucliers ? Pourquoi toutes ces affirmations ? Pourquoi les médecins se sont-ils ainsi rebellés ?

Cela étant dit, il y a la question de l'assurance. Dans le texte que vous vous apprêtez à voter, les médecins auront une obligation d'assurance, ce qu'ils n'avaient pas jusqu'à présent. C'est très bien. Un bureau central de tarification interviendra s'il y a problème pour trouver une assurance. Mais les compagnies

d'assurance qui assurent les médecins ne sont pas très nombreuses. Si le texte ne précise pas autre chose, le bureau central de tarification, aura pour dernier recours de demander le montant de la prime à la compagnie que lui désignera le médecin. À partir de la jurisprudence de « cette compagnie », le bureau central fixera une prime pour que, de toute façon, le médecin soit assuré. Je pense que cela se passera comme cela.

M. René GARREC, président - C'est une autre question.

Mme Michelle GOBERT - – Je l'ai abordée parce que les médecins en ont beaucoup parlé.

M. René GARREC, président – Vous aurez l'occasion de répondre aux questions qui vous seront posées sur ce sujet. Votre tonicité a failli rompre la sérénité des débats du Sénat. J'ai vu quelques-uns de mes collègues qui avaient envie de vous répondre d'avance.

En conclusion, les arrêts de la Cour de cassation vous paraissent traiter les problèmes et répondre à la situation. Vous ne voyez pas la nécessité d'une intervention législative ?

Mme Michelle GOBERT – Je vais faire la différence. C'est le cas pour le premier arrêt, l'arrêt Perruche. J'ai beaucoup critiqué les arrêts de juillet 2001 parce qu'ils ne sont pas allés dans la ligne de l'arrêt Perruche. Là, il y avait problème. La Cour de cassation n'a pas retenu l'indemnisation ; elle n'a pas cassé, elle a rejeté pour des raisons qui, à mon sens, ne sont pas les bonnes. J'ai essayé de le montrer dans l'article en votre possession. Dans les deux derniers arrêts, le problème de l'indemnisation ne se posait pas, seul le problème de l'évaluation du préjudice se posait. La Cour de cassation a dit que le projet...

M. René GARREC, président – Ma question est toute simple : faut-il légiférer ou pas ?

Mme Michelle GOBERT - Je suis là pour essayer d'informer dans toute la mesure du possible, et avec d'autres, cette honorable assemblée, mais je ne prendrai pas la responsabilité de dire s'il faut légiférer ou pas. J'ai trop montré

dans cet article qu'il y avait une interférence des pouvoirs pour me permette de dire au législateur s'il a à légiférer. Le législateur est suffisamment responsable pour décider de légiférer.

M. Pierre FAUCHON, rapporteur - Je n'ai pas de question à poser. Je voulais remercier Mme Gobert qui illustre de manière très vivante des articles que nous avons lus et qui figurent au dossier. Pour ma part, je les ai lus avec beaucoup de profit.

M. Jacques LARCHÉ - Il n'a pas été répondu de manière satisfaisante à la question que j'ai posée précédemment.

Je demandais de considérer l'hypothèse suivante : un enfant est handicapé alors que la mère a été avertie du handicap par le médecin et a refusé d'avorter. On est en train, de manière incidente, de transformer l'acte médical. On passe de l'obligation de moyens à l'obligation de résultat.

Quid des quelques handicaps -il en existe encore- médicalement indécélables ? Il en est un terrible, l'autisme. Personne ne peut dire à une mère que son enfant in utero risque d'être autiste. Quid de la situation de l'enfant, de la situation de la mère, du médecin ?

Mme Michelle GOBERT - Je n'ai aucun mal à répondre à la première question. L'enfant n'a aucun droit contre la mère. Depuis un arrêt de 1980 du Conseil d'Etat -et cela a été redit à plusieurs reprises, notamment par le Conseil constitutionnel le 28 juin 2001- la mère a toute liberté pour avorter ou ne pas avorter. C'est sa liberté. Il est important de préciser que le fait que la Cour de cassation a indemnisé le préjudice ne doit pas faire croire que l'enfant a un droit.

Je voudrais revenir cette fois sur l'arrêt Dangereux, rendu en 1970, très connu des juristes et qui, à l'époque, aurait dû soulever la même résistance que l'arrêt Perruche aujourd'hui. Cet arrêt Dangereux consistait à dire que l'on pouvait indemniser la concubine parce que son concubin avait été accidenté. Depuis cette époque, il est de règle que le préjudice soit l'indemnisation d'un intérêt, mais non pas -puisque à l'époque, on ne connaissait pas la concubine- d'un intérêt

juridiquement protégé. Le droit est défini comme un intérêt juridiquement protégé. Selon Napoléon, le droit n'avait pas à connaître les personnes qui, vivant ensemble, ne voulaient pas se marier. La concubine était alors en dehors du droit. A partir du moment où il y a indemnisation du préjudice, cela ne décide pas d'un droit reconnu à celui ou à celle à qui cette indemnisation est accordée.

Que souhaite-t-on ? Que les enfants puissent attirer les parents devant les tribunaux ?

M. Jacques LARCHÉ – C'est en train de se faire en Amérique.

Mme Michelle GOBERT - Nous ne sommes pas en droit américain pour l'instant. Nous avons deux hautes juridictions : la juridiction administrative avec l'arrêt de 1980 et la juridiction judiciaire, la Cour de cassation. La conjonction des règles qui ont été dégagées fait que, pour l'instant, il n'y a vraiment aucun problème.

M. René GARREC, président - Vous avez donc votre réponse, Monsieur le Président Larché.

Mme Michelle GOBERT - J'entends dire que l'on est passé de l'obligation de moyens à l'obligation de résultat. Je trouve qu'il est très grave de dire cela.

M. Jacques LARCHÉ - On est en train d'y passer.

Mme Michelle GOBERT - – Non, monsieur le sénateur. Pour l'instant, il faut encore prouver les fautes. Dans les derniers exemples que j'ai donnés, les fautes n'étaient même pas contestées tant elles étaient évidentes. Certes, la Cour de cassation, dans certaines affaires récentes, a estimé qu'en cas d'infection nosocomiale, il y avait alors une obligation de résultat pour l'établissement public ou privé. Mais, pour l'instant, on ne peut pas dire que l'on est passé à une obligation de résultat.

C'est toujours la même chose : une faute au départ a été prouvée. A partir de ce moment-là, tout s'enchaîne pour la mère. La faute est là. Ce n'est pas

une obligation de résultat, c'est une obligation de moyens. C'est-à-dire qu'il faut prouver une faute pour arriver à être indemnisé.

La troisième question portait sur le handicap indécélable. Il n'y a pas de faute. Je ne vois même pas où est la question.

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT - A l'impossible, nul n'est tenu.

Mme Michelle GOBERT - Je dirai que c'est une question de société. J'ai été très impressionnée par le professeur Jean Hamburger, que j'admire beaucoup ; le premier à faire des transplantations rénales en France. Ce très grand humaniste a fait paraître en 1991 un livre prophétique dans lequel il parlait des belles imprudences. Parlant de cela, il tendait à montrer que tout l'honneur de l'homme avait été de renverser les lois de la nature. Vouloir revenir à la nature est risible car tout l'honneur de la médecine a été de grignoter les lois, comme dit Hamburger, "cruelles, féroces, inégales" de la nature. Il suffit de voir ce qui se passe chez les animaux pour connaître les lois de la nature.

Toute la médecine est là pour justement renverser la loi de la nature. La loi de l'homme renverse la loi de la nature. A partir de là -Jean Hamburger le dit en 1991 sans avoir été suffisamment écouté- il faut avoir conscience que beaucoup de ceux qui mouraient tout de suite après la naissance ou par les handicaps qui les frappaient sont aujourd'hui sauvés. Ils sont sauvés, mais dans des conditions qui font qu'ils ont quand même un handicap. Jean Hamburger disait qu'il faudrait s'attaquer à ce problème qui deviendrait important : la bio-sociologie. Dès lors que la médecine réalise de tels progrès, il est indispensable d'en tenir compte pour que la société sache qui elle veut prendre en charge et qui elle ne veut pas prendre en charge. C'est un problème de société. A mon niveau, je n'ai pas de réponse toute faite à donner, c'est au Parlement à savoir ce qu'il souhaite dans cette affaire.

M. Francis GIRAUD – J'ai été très intéressé par la charge violente contre le corps médical. Bien entendu, tout ce que vous avez dit sur les fautes commises dans les affaires citées est indéniable et n'est discuté par personne. Les

médecins peuvent parfois ne pas accomplir la totalité de leur mission ; ils peuvent aussi se tromper.

Il est vrai que la science et l'échographie ont fait des progrès stupéfiants. Il n'en reste pas moins que des personnalités éminentes du monde médical comme René Frydman, Jean-François Mattéi, reconnus de tous -et je m'honore d'avoir été le patron de Jean-François Mattéi- ont l'intelligence de comprendre et de dire que la médecine ne sera jamais une science exacte et qu'il y aura toujours des erreurs, même si les appareils d'échographie sont de plus en plus perfectionnés. Si l'on n'a pas cela à l'esprit, les raisonnements que l'on tient ne sont plus tout à fait adaptés à la réalité.

Nous sommes ici des législateurs et nous nous posons des questions, compte tenu de l'émoi causé par ces jugements qui ne touchent pas que le corps médical. Vous nous dites qu'il s'agit de la défense des échographistes. Le problème n'est pas là. La société se pose la question de l'indemnisation des handicapés, de leur prise en charge. Nous posons des questions concrètes sur la réalité de ce qui se passe.

Pour nous, la question est simple : faut-il que le législateur apporte un texte de loi qui permette aux juges de donner une réponse juridique à un problème posé par toute la société, mais bien entendu par l'intermédiaire du corps médical puisque c'est lui qui joue le plus grand rôle dans la sélection, dans le diagnostic ?

Notre problème est : faut-il légiférer ? Les avis peuvent être divers et variés. Les uns peuvent dire non ; les autres diront oui et comment procéder. C'était la question de notre président et que je réitère. C'est la seule chose qui nous intéresse. Ce qui se passe dans le corps médical, nous en sommes bien informés.

Mme Michelle GOBERT - Vous dites que j'ai mené une charge. Je l'ai fait parce que je ne suis plus d'accord. J'ai toujours été un très grand défenseur du corps médical, en particulier -et je suis connue pour cela- lorsque le problème de l'aléa thérapeutique s'est posé. J'avais fait un rapport sur ce problème pour montrer qu'il n'y avait pas de faute des médecins -alors que le Conseil d'Etat a

admis, en mettant beaucoup de conditions, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique- et qu'il ne fallait pas entrer dans ce système. Je fais la différence entre faute et aléa thérapeutique.

Vous me demandez si le législateur doit intervenir ou pas. Oui. Justement, la question se dédouble. C'est pourquoi j'y réponds alors que je parais avoir déjà répondu. En réalité, vous me demandez si vous devez donner des directives ou mettre à la disposition des magistrats un texte. Pour quoi faire ? Je ne sais pas.

Il y a deux questions : on doit venir au secours des "handicapés", c'est-à-dire enfin prendre ce problème à bras-le-corps -car les familles sont vraiment dans la difficulté- pour préparer une réponse. Mais à partir du moment où le problème est vraiment pris en compte et que la volonté politique est certaine, il faut être conscient que le problème ne sera pas résolu du jour au lendemain. Il faut mettre en place de quoi indemniser et organiser tout un système scolaire spécialisé.

Doit-on mettre dans ce pot commun ceux qui ont été victimes d'une faute médicale ? Je pense que ce n'est pas nécessaire puisque la Cour de cassation a tranché. Vous pouvez très bien décider que vous ne souhaitez pas que cela se passe de cette manière. Comme je me suis permise de vous le dire, si vous mettez tout le monde dans le pot commun, on se retournera de toute façon contre les médecins qui ont commis une faute. Qu'on le fasse directement ou qu'on le fasse après coup, le problème sera toujours le même. S'ils n'ont pas commis de faute, s'ils ont eu l'honnêteté de dire qu'ils ne sont pas en mesure de donner une réponse, que jusqu'à la dernière minute, le fœtus était positionné de telle manière qu'ils n'ont pas pu voir la colonne vertébrale ou les membres bouger parce que ceux-ci étaient le long de la paroi de la mère, il n'y a plus aucun problème.

Le problème se pose quand ils ont commis l'erreur de répondre alors qu'ils n'avaient pas eux-mêmes vu. Je n'ai jamais dit, malgré l'affirmation de M. Mattéi à la tribune de l'Assemblée concernant la très grande précision des échographies actuellement, que les médecins étaient infaillibles ; je n'ai jamais dit

que la médecine était une science exacte ; je n'ai jamais dit qu'il n'y aurait pas d'erreur. Sinon, nous ne sommes plus dans notre société, mais dans une sorte d'Eden.

M. René GARREC, président - Oublions le professeur Mattéi car nous n'avons pas à le juger ici. C'est un autre débat.

M. Jean CHERIOUX - Nous sommes en commission qui vous reçoit pour que vous répondiez à nos questions et non pas pour recevoir des leçons en permanence. D'autre part, je veux vous dire que j'ai été très choqué que vous considériez que la loi soit mise à la disposition des magistrats pour qu'ils puissent s'en servir. La loi est votée par nous et s'impose aux magistrats qui ont à l'appliquer. Voilà ma conception.

Mme Michelle GOBERT - Si quelqu'un est persuadé de l'importance du législateur, c'est moi.

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT - Je trouve très bien qu'il y ait des professeurs de droit, non pas pour donner des leçons de droit, mais pour expliquer ce qu'est le droit, notamment à ceux qui ne sont pas juristes.

Il y a eu un malentendu tout à l'heure : je n'ai pas entendu madame Gobert dire que les médecins faisaient des fautes ; elle a dit que dans les espèces qu'elle a citées, les fautes n'étaient pas contestées. Je la remercie d'avoir examiné les dossiers et de nous dire ce qu'ils contiennent car c'est ce qui m'intéresse personnellement.

Ma question est la suivante : vous avez dit que dans l'affaire Perruche, il y avait eu faute du laboratoire et des médecins. Vous avez précisé à un moment concernant les médecins qu'il y avait eu manquement au devoir d'information. C'est en effet ce que j'ai lu dans l'arrêt. Vous avez précisé quelle avait été l'erreur du laboratoire, mais vous n'avez pas précisé quelle a été l'erreur du médecin de manquer à son devoir d'information. Pouvez-vous nous le dire ?

Mme Michelle GOBERT - Je comprends que vous posiez cette question, monsieur le Sénateur. Dans la mesure où un premier résultat faisait

apparaître que la mère n'était pas immunisée et un second résultat quelques jours plus tard où le laboratoire disait qu'elle était immunisée, les tribunaux ont estimé qu'il aurait fallu que le médecin demande une vérification puisque les deux résultats ne concordent pas. Voilà où est la faute du médecin qui s'est fondé sur le deuxième résultat alors que celui-ci était différent du premier.

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT - Y a-t-il eu des expertises médicales dans ces affaires ?

Mme Michelle GOBERT - Oui, il y a eu des expertises médicales dans toutes les affaires. Dans les affaires de juillet, cela concernait un problème d'interruption thérapeutique de grossesse.

M. Nicolas ABOUT – Je souhaiterais aborder ici le risque de dérive. Un échographiste a dit à un couple que je connais bien que leur enfant in utero avait une tête trop grosse et que manifestement, il naîtrait avec beaucoup de troubles et d'anomalies et qu'il conviendrait de penser à une interruption de grossesse. Les parents ont réfléchi et ont refusé. Ils ont mené la grossesse à terme et l'enfant est né, remarquablement normal. C'est le cas réel d'un membre de ma famille. La dérive est donc possible, et toute personne, devant un risque de se tromper, aura tendance à majorer les risques de présence de handicap.

Vous avez dit tout à l'heure que toute faute devait entraîner une réparation. Vous avez parlé de la mère et de l'enfant ; vous avez dit les problèmes d'éducation, de manque d'établissements etc. C'est vrai que les parents ont à faire face à la vie d'un handicapé, à sa prise en charge, à son suivi tout au long de sa vie. Cela mérite indemnité puisqu'ils n'ont pas eu la possibilité d'y mettre fin, que l'on soit d'accord ou non avec cela au plan philosophique.

Donc, une faute a entraîné un préjudice. Sauf que dans le deuxième cas, celui de l'enfant qui naît avec son handicap, l'auteur de la faute est le virus de la variole ou le chromosome surnuméraire. La seule faute commise par le médecin est d'avoir permis sa vie. On ne peut pas dire que lorsque l'on indemnise l'enfant, on indemnise le handicap. On indemnise la vie car la faute du médecin a entraîné

la vie de l'enfant alors que les parents voulaient y mettre fin. Ils ne voulaient pas mettre fin au handicap, ils voulaient mettre fin à la vie.

L'interruption volontaire de grossesse, c'est mettre fin à la vie. C'est le médecin qui a permis cette vie et c'est cette vie que l'on indemnise. Le médecin n'a jamais voulu le handicap, il n'a jamais été au départ du handicap. Cela me paraît très dangereux de la part d'autorités de laisser penser que le médecin a voulu le handicap et qu'il en est coupable. Il est coupable d'avoir laissé la vie -par erreur en plus !- et de ne pas avoir permis aux parents de recourir à l'avortement dont on veut qu'ils soient ensuite les représentants de leur enfant ... C'est le dernier point, mais peut-être cette remarque est-elle trop provocatrice. Ce n'est pas un débat. Je veux bien m'arrêter, mais je crois que c'est tellement essentiel.

Vous avez parlé aussi du droit des parents de représenter l'enfant. C'est vrai sauf qu'il y a une situation curieuse, pour ceux qui ont souhaité la mort de l'enfant et qui regrettent sa vie, de se battre autant pour en assurer la représentation.

Mme Michelle GOBERT - C'est une façon de présenter les choses. Quand vous me parlez de l'expérience faite dans votre famille, et que je comprends, que voulez-vous suggérer ?

M. Nicolas ABOUT - Je veux dire : "Attention !" A simplement vouloir dire qu'il n'y aura qu'à indemniser, qu'il y a les assurances, les médecins trouveront une parade immédiate dans des excès de prudence qui iront contre la vie.

Il faut considérer l'"horrible" grossesse que l'on fait subir aux mamans en leur laissant penser qu'elles sont coupables de garder un enfant anormal.

Mme Michelle GOBERT - Je comprends très bien votre remarque, mais je pense qu'en réalité, c'est remettre en cause la loi sur l'interruption volontaire de grossesse. On a beau tourner et retourner le problème. Si vous ne souhaitez pas que l'on puisse ainsi interrompre une grossesse, je ne le discute pas.

M. Nicolas ABOUT - Je n'ai pas dit cela.

Mme Michelle GOBERT - Vous ne l'avez pas dit, mais depuis votre exemple, on ne voit pas la solution.

M. Nicolas ABOUT - J'ai dit que la faute du médecin était d'avoir permis la vie.

Mme Michelle GOBERT - On en revient toujours à cette symbiose comme l'a écrit Mme Viney : *"La constatation de l'existence du préjudice des parents implique a fortiori le préjudice de l'enfant"*. Comme elle est tout à fait logique avec elle-même, dans un premier temps quand il s'est agi de commenter l'arrêt du Conseil d'Etat, elle l'a critiqué de ne pas avoir indemnisé l'enfant en disant que les deux préjudices étaient tellement fondus que c'était inadmissible. Quand elle a commenté l'arrêt de la Cour de cassation, logique avec elle-même, elle a dit que les deux préjudices étaient tellement la même chose qu'en définitive, il ne fallait plus indemniser les parents.

C'est indubitable. Ou bien vous indemnisez les deux, ou bien vous n'en indemnisez aucun. Il y a une imbrication très forte des deux préjudices.

M. LE PRÉSIDENT – Il me reste à vous remercier. Votre tonus est tel qu'il a fini par susciter quelque émotion qui m'ont valu quelques rappels à l'ordre.

Rappel au règlement : je précise que nous sommes en audition et non pas dans le cadre de la discussion d'un rapport.

M. Jerry SAINTE-ROSE,
avocat général à la Cour de cassation

M. René GARREC, président – Nous allons maintenant entendre M. Jerry Sainte-Rose, avocat général à la Cour de cassation qui a requis dans plusieurs affaires soumises à l'Assemblée plénière. Je rappelle que nous avons souhaité entendre également un magistrat du siège d'un avis opposé. En tant que tel, il a estimé qu'il ne lui était pas possible de participer à cette audition.

M. Jerry SAINTE-ROSE – Monsieur le président, il se trouve que j'ai été l'avocat général, le représentant du ministère public dans toutes les affaires de responsabilité médicale qui sont venues devant les assemblées plénières de la Cour de cassation.

L'action dite de vie préjudiciable (*wrongful life*) est apparue aux Etats-Unis dans les années soixante. Elle ne se limitait d'ailleurs pas à la responsabilité médicale puisque l'expression a été utilisée pour la première fois par la cour d'appel de l'Illinois dans un litige qui opposait un enfant naturel à son père à qui il reprochait d'avoir séduit et abandonné sa mère. Ce type d'action qui a connu un certain succès auprès des tribunaux des juridictions inférieures a subi entre 1985 et 1995 une condamnation quasi générale par les cours suprêmes des États ou dans les textes législatifs locaux.

Les recherches auxquelles a procédé, sur ma demande, le Service des affaires européennes et internationales de la Chancellerie me permettent de dire que l'action de vie préjudiciable est pratiquement inconnue chez nos voisins européens. La Cour constitutionnelle allemande semble a priori l'exclure ; elle n'a pas été saisie directement, mais elle a eu l'occasion de juger que l'existence humaine ne devait pas être indemnisée. Depuis 1976, ce type d'action est interdit par la loi en Grande-Bretagne.

En France, malgré la résistance des juges du fond et à la différence du Conseil d'État –sur ce point, je veux exprimer mon désaccord avec les propos de Mme Gobert- qui a estimé qu'il n'y avait aucune relation causale entre la faute médicale et le handicap de l'enfant –il s'agissait en l'occurrence d'une trisomie 21-, la Cour de cassation a entrepris depuis quelques années de consacrer

l'action exercée au nom de l'enfant atteint d'une malformation congénitale contre le médecin qui n'a pas décelé cette malformation avant la naissance.

Le désormais célèbre arrêt Perruche du 17 novembre 2000 est bien la réitération d'un arrêt rendu en mars 1996, qui avait suscité moins de tollé médiatique mais qui avait fait l'objet de très vives discussions au niveau doctrinal. La question est de savoir si un enfant atteint d'une malformation congénitale peut exercer une action en réparation contre le médecin qui n'a pas décelé son handicap avant la naissance.

L'action de vie préjudiciable, qui ne doit pas être envisagée exclusivement sous l'angle juridique car elle possède une dimension éthique, philosophique et anthropologique, est la résultante de trois facteurs :

- d'abord, le besoin indemnitaire lié à l'insuffisance des aides publiques ;
- ensuite, les progrès spectaculaires de la médecine prénatale -les praticiens devraient cependant revoir leur discours trop optimiste sur la maîtrise de la procréation ;
- le troisième facteur est la loi de 1975 sur l'interruption de grossesse, mesure considérée naguère par ses promoteurs comme un mal nécessaire et qui, depuis, a été institutionnalisée. Je me suis livré à un exercice salutaire en consultant les travaux préparatoires de la loi Veil de 1975. Je me suis aperçu que la philosophie à la base de cette loi avait été profondément transformée. Elle a été institutionnalisée et même sacralisée.

Fallait-il étendre au-delà de ses limites naturelles, c'est-à-dire de la période de grossesse, cette loi spéciale qui n'a entendu régler que la question qu'elle posait et non le sort des personnes handicapées ?

On a dit de la jurisprudence Perruche qu'elle soulevait plus de problèmes qu'elle n'en résolvait. Cette assertion peut être vérifiée au regard des conditions de la responsabilité civile, de la mise en oeuvre de l'action de vie préjudiciable et de ses effets.

1) Au point de départ, les deux intervenantes précédentes ont indiqué qu'il y avait une faute médicale, généralement non contestée. Il faut reconnaître que dans ces actions, les médecins n'ont pas toujours su se défendre et ont parfois été pris au dépourvu. Il y a eu faute médicale, erreur d'un laboratoire d'analyse, mauvaise interprétation d'une échographie ou d'un test de dépistage.

Selon une jurisprudence bien établie, un accord tacite existe entre le patient et le praticien. Celui-ci a donc manqué à son devoir contractuel d'information envers la mère qui avait le droit d'être informée de l'état de son enfant. C'est la seule faute caractérisée par les arrêts de l'Assemblée plénière. Elle justifie que la mère ou plutôt les parents soient indemnisés du préjudice matériel et moral résultant de la naissance d'un enfant handicapé à laquelle ils n'étaient pas préparés dans la mesure où se trouve alourdie l'obligation mise à leur charge par la loi (articles 203 et 213 du code civil) d'assurer l'entretien et l'avenir de cet enfant. C'est la thèse que j'ai défendue en novembre dernier. Sur ce point, j'ai été suivi. J'estime que les parents peuvent se faire indemniser en raison de la faute commise par le médecin. Mais cette solution qui paraît juridiquement fondée n'est-elle pas discriminatoire à l'égard des parents qui accueillent sans réserves un enfant atteint d'une malformation connue à l'avance ou non ?

Reste à savoir comment la faute d'information –puisque'il n'y a que cette faute- a pu être la cause directe du handicap de l'enfant ainsi que l'affirme la Cour de cassation, le Conseil d'Etat disant le contraire ? L'explication est d'autant plus difficile que les juges du fond –il faut penser à mes collègues des juridictions dites inférieures- ont, en général, constaté l'évidence : le handicap est la conséquence de l'affection pathologique dont l'enfant a été atteint dès le début de la grossesse ; l'erreur fautive de diagnostic n'y a nullement participé dès lors qu'il n'existait aucune possibilité de traitement.

Pour tenter d'établir une relation causale entre la faute constatée et le handicap, on nous propose un raisonnement complexe, axé sur l'idée de l'inexécution fautive du contrat ayant causé un préjudice à un tiers, l'enfant. La fumée s'ajoute au brouillard. L'erreur commise par le praticien n'ayant pas permis

à la femme de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, le handicap serait alors la conséquence directe de la faute médicale puisque sans celle-ci, il n'y aurait pas eu d'infirmité car le fœtus aurait été avorté. C'est bien l'aveu que la suppression du malade était la seule méthode envisageable pour éviter la maladie, laquelle préexistait à l'intervention du praticien.

Le raisonnement proposé, qui me semble bien être celui de l'Assemblée plénière, repose sur deux postulats :

- On tient d'abord pour acquis que correctement informée, la femme aurait sans aucun doute mis fin à la grossesse. Son libre arbitre est alors dénié. Comment être sûr de la décision qu'elle aurait prise alors que des années se sont bien souvent écoulées depuis la naissance ? Certaines femmes se refusent à avorter. Il n'est pas rare que d'autres se ravissent. C'est cela aussi leur liberté.

Pour être indemnisable le préjudice corporel suppose une atteinte à l'intégrité physique, imputable à une personne déterminée. Or si l'enfant est dans un état dommageable, il n'a pas été victime d'un acte dommageable causé par un tiers, son handicap étant le fait de la nature. C'est donc bien sa naissance et sa vie qui sont considérées comme un préjudice.

- Second postulat : en l'absence d'alternative thérapeutique, on présume que l'avortement aurait été profitable à l'enfant. L'absence de préjudice quand on est infirme consiste à être mort.

D'où les réactions hostiles de nombre de personnes handicapées et de leurs associations représentatives ; réactions parfaitement justifiées à mon avis. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer la place que tient l'interruption de grossesse dans les arrêts de l'Assemblée plénière.

L'arrêt du 28 novembre 2001 qui a accueilli l'action de l'enfant relève essentiellement que le praticien n'avait pas contesté que les conditions de l'avortement pour motif thérapeutique -désormais médical- auraient été réunies. ce qui revient à mon sens, à renverser la charge de la preuve. Vous aurez observé

qu'il n'y a pas un mot sur la question du consentement de la mère, qui est par conséquent présumé.

Les trois arrêts du 13 juillet avaient écarté tout lien de causalité entre la faute médicale et le handicap au motif qu'il résultait des constatations des juges du fond que les conditions d'une interruption thérapeutique de grossesse n'étaient pas réunies. La causalité devient ainsi conditionnelle, ce qui constitue une innovation dans notre droit. Mais il apparaît surtout qu'en cas de contestation du praticien, les tribunaux devront faire rechercher par des médecins-experts si l'enfant n'aurait pas dû être avorté pendant la grossesse de sa mère. C'est purement extravagant !

J'avais écrit que cette recherche était discutable au regard de la déontologie médicale, mais elle est surtout attentatoire à la dignité de l'enfant au sens où l'entend le Conseil constitutionnel et qui est la reconnaissance de l'égale appartenance de chaque individu à l'espèce humaine. Il ne s'agit pas du tout, comme l'a laissé entendre Mme Gobert tout à l'heure, d'une question de niveau de vie.

Par conséquent, rechercher si un enfant n'aurait pas dû être avorté pendant la grossesse de sa mère revient à le retrancher de l'humanité ; c'est nier sa personnalité juridique, c'est en faire un mort vivant.

Par ailleurs, nous ne savons toujours pas ce que l'enfant a perdu -c'est la condition première de la responsabilité civile-, ni de quel intérêt juridiquement protégé il peut se prévaloir : celui de n'avoir pas été privé d'une vie jugée inopportune ? Et surtout quel droit subjectif dont il aurait été titulaire avant sa naissance aurait été violé ? Celui fantasmatique de ne pas naître ou de ne pas naître anormal ?

La vie est un don, elle nous est donnée ; ce n'est pas forcément un bienfait. Mais aucun de nous ne peut revendiquer un droit de ne pas naître.

L'évaluation du préjudice de l'enfant est tout aussi problématique. Puisque l'avantage pour lui aurait été d'être avorté, sa vie diminuée ne peut être

comparée qu'à l'inexistence qui, par définition, n'est pas évaluable. Ou alors les juges devront définir des critères de normalité qui seront nécessairement arbitraires. Comment, en effet, estimer l'incapacité permanente partielle ou totale de l'enfant alors qu'il n'a jamais eu de capacité ? Comment réparer les préjudices d'agrément ou esthétiques de l'enfant sans déprécier son existence ?

L'eugénisme "rampant" -non pas celui organisé ou réprimé par le Code pénal- n'est pas absent de l'idée selon laquelle il vaut mieux être avorté que de naître handicapé. Cette position induit une certaine attitude à l'égard de la vie naissante dont il est fait peu de cas.

J'attire votre attention sur l'arrêt Grosmanin de l'Assemblée plénière du 29 juin 2001 qui a brisé une jurisprudence plus que séculaire des juges du fond. Aujourd'hui, le fait de causer la mort *in utero* de l'enfant -serait-il proche du terme- n'est plus pénalement punissable.

Or, il y a un principe d'ordre public dans le Code civil auquel le conseil constitutionnel a conféré une certaine valeur constitutionnelle : celui du respect de la vie dès son commencement. La loi de 1975 y a apporté une exception : celle concernant l'avortement.

Aujourd'hui, n'importe qui, le premier automobiliste qui renverserait une femme enceinte, blessant légèrement la mère et tuant l'enfant, aura quelque "chance" de comparaître devant un Tribunal de police et d'être condamné à une peine d'amende. Si l'enfant *in utero* meurt sur le coup, il ne subira aucune condamnation. Voilà la situation idéale pour cet automobiliste . Si l'enfant survit, les ennuis commencent : l'automobiliste pourra faire l'objet de poursuites pour blessures involontaires. Si l'enfant survit, handicapé, imaginez l'importance des réparations que l'automobiliste pourrait encourir !

J'ajoute à l'attention des médecins qu'il n'est peut-être pas satisfaisant qu'un médecin qui par imprudence, négligence, cause la mort de l'enfant *in utero*, soit exempt de toute responsabilité. Supposez que le fait se produise au cours de l'accouchement : la mère ne sera pas blessée. Qu'aura-t-elle perdu ? Rien ? Le médecin qui cause la mort de l'enfant *in utero* aujourd'hui échappe à toute

responsabilité pénale. C'est grave parce que cela pourra générer toute sortes de soupçons.

Le législateur que vous êtes doit impérativement réfléchir à cette question.

La situation a été parfaitement résumée par M. le professeur J. Hauser en ces termes : "*..est puni civilement celui par la faute duquel le fœtus est arrivé à la vie et n'est pas puni pénalement celui par la faute duquel il est arrivé à la mort*". Quel paradoxe !

2) Ajoutons que cette jurisprudence Perruche sera à l'origine d'inégalités incompréhensibles entre handicapés alors qu'objectivement leurs besoins sont les mêmes. L'action de vie préjudiciable ne sera pas ouverte aux handicapés venus au monde dans les hôpitaux publics, puisque le Conseil d'Etat n'accueille pas cette action de vie préjudiciable.

Seuls bénéficieront d'une éventuelle indemnisation ceux qui peuvent invoquer une faute médicale et dont les parents expriment le regret qu'ils soient venus au monde en leur faisant dire qu'ils auraient mieux fait de ne pas exister. Dans ces cas, la représentation de l'enfant est-elle correctement assurée par les parents ? La question se pose.

Si contrairement à la lettre de la loi de 1975, confortée par les travaux préparatoires, qui autorise « à toute époque » le recours à l'interruption thérapeutique de grossesse dans tous les cas où l'état de santé de l'enfant est en cause, on devait maintenir le clivage opéré par le Cour de cassation entre l'avortement pour cause de détresse et l'avortement pour motif thérapeutique, les enfants qui auront échappé à l'avortement pour cause de détresse seront mieux traités que ceux qui auraient pu subir l'avortement pour motif thérapeutique puisqu'ils n'auraient pas à justifier de la gravité de leur handicap.

En tout cas, s'il est lucide, l'enfant comprendra qu'il est un préjudice pour lui-même comme pour ses parents.

Au total, l'impression prévaut qu'on ne peut être en faveur de l'indemnisation des handicapés -exposés du reste au recours subrogatoire de la Sécurité sociale- sans, d'une certaine manière, agir contre eux.

Procédant des meilleures intentions, une jurisprudence protectrice ne fera qu'ajouter aux mécanismes par lesquels les sociétés modernes les rejettent de leur sein. Quel sens peut avoir une vie humaine dont le droit déclare qu'elle est préjudiciable ?

Nul n'est fondé, croyons-nous, à juger en droit de la légitimité des vies humaines. Aucune norme ne permet de dire qu'une vie ne mérite pas d'être vécue ni qu'un individu est justifié à tenir son existence pour inutile. Personne ne peut le penser ni le faire savoir à sa place.

3) Enfin, les difficultés juridiques révélées par l'arrêt Perruche montrent bien que dans la mesure où notre système de responsabilité répond à un impératif minimum de cohérence, on ne peut manipuler excessivement une notion sans que l'ensemble, par une sorte de réaction en chaîne, ne s'en trouve affecté. Il serait vain de croire que le forçage ainsi réalisé des conditions de la responsabilité civile ne sera pas invoqué dans des litiges de nature différente.

L'arrêt Perruche donne une vision amère d'une jurisprudence obnubilée par une certaine forme de charité dont un juriste célèbre a dit qu'elle était devenue folle en rencontrant le droit.. L'enfance handicapée est un problème de distribution sociale, de justice distributive qui ressortit à la compétence de l'Etat. Chercher à le régler par le droit de la responsabilité conduit à une autre injustice : celle qui touche le praticien, camouflée par l'interposition de l'assureur.

En définitive, on ne peut fonder une politique sociale en faveur des personnes handicapées à partir de quelques condamnations à des dommages et intérêts qui seraient prononcées par les tribunaux. Le maintien de la jurisprudence Perruche qui encourage les parents d'enfants handicapés à agir contre les praticiens, incitera ceux-ci, soit à préconiser au moindre doute l'avortement et à éliminer nombre de foetus sains, soit à renoncer à certaines opérations de

dépistage, ce qui constituera une véritable régression en matière de médecine prénatale et multipliera le nombre des handicapés.

Pour toutes ces raisons, l'intervention du législateur me paraît indispensable.

M. Pierre FAUCHON, rapporteur - Je remercie l'avocat général. Je n'ai pas de question à poser. J'avais lu ses conclusions. Je veux signaler à nos collègues qu'il eût été intéressant d'entendre parallèlement et contradictoirement le point de vue du rapporteur, M. Sargos, qui est d'un avis différent. Vous avez rappelé, Monsieur le président, que la Cour de cassation a considéré qu'il n'appartenait pas à un magistrat du siège de venir s'expliquer devant cette commission sur les décisions de la Cour. Le rapport de M. Sargos figure néanmoins dans le dossier qui est à votre disposition.

M. René GARREC, président - La parole est à M. About.

M. Nicolas ABOUT - L'avocat général me laisse sans voix. Je me trouve en communion de pensée avec ses propos..

M. René GARREC, président - Monsieur l'avocat général, je voudrais vous dire ma satisfaction d'avoir eu réponse aux deux questions que nous nous posions :

1. Est-ce à la Cour de cassation de définir la politique sociale ?
2. Et, en l'espèce, devons-nous légiférer ?

Mme Marie-Sophie DESAULLE,
présidente de l'association des paralysés de France

Mme Marie -Sophie DESAULLE - Il ne sera pas facile de prendre la relève après la prestation de M. l'avocat général. Monsieur le président, je veux vous remercier tout d'abord de donner la possibilité aux représentants des personnes handicapées de s'exprimer sur ce thème qui soulève beaucoup d'émotion dans la société, en particulier chez les personnes handicapées et les parents d'enfants handicapés.

Nous sommes ici trois représentants des personnes handicapées avec parfois des sensibilités différentes, mais nous estimons tous que le débat est important et permet de poser la question de la place des personnes handicapées dans notre société.

Ce débat n'est pas facile car il touche à l'essence même de la vie. Avant d'essayer de répondre à la question "Faut-il ou non légiférer ?", je rappellerai quelques points importants pour l'Association des paralysés de France (APF).

Nous comprenons la démarche des parents qui cherchent à obtenir une indemnisation pour leur enfant avec le souci d'assurer une sécurité financière et une certaine qualité de vie à leur enfant même si nous ne sommes pas favorables à la judiciarisation de ces questions.

Je veux aussi rappeler notre attachement au fait que lorsqu'il y a faute médicale, il doit y avoir effectivement mise en jeu d'une responsabilité ; on ne comprendrait pas qu'il y ait irresponsabilité médicale lorsqu'il y a faute.

Par ailleurs, il n'y aurait pas recherche d'indemnisation si les moyens financiers consacrés par la solidarité nationale étaient suffisants pour assurer une qualité de vie aux personnes en situation de handicap. Il convient de rappeler le manque criant de places en foyer, en maison d'accueil spécialisé (MAS), en centre d'aide par le travail (CAT) pour les personnes les plus handicapées. Aujourd'hui, l'allocation adulte handicapée pour une personne qui ne pourra jamais travailler correspond à 50 % du SMIC, soit 3 700 francs par mois tout au long de sa vie. Je ne sais pas comment on peut avoir une vie digne avec de telles sommes.

Cela étant posé, comment réagir de manière positive ? L'intérêt de tous ces arrêts est d'avoir porté les préoccupations des personnes handicapées sur la place publique. Cela nous paraît en soi un point positif.

Nous sommes favorables à ce que ce débat ait lieu et qu'il puisse se poursuivre car c'est sans doute une bonne manière de faire évoluer le regard que l'on porte sur les personnes handicapées.

Sur la question de savoir s'il faut légiférer ou pas, nous ne sommes pas favorables à une loi de circonstance, votée dans l'émotion, construite sur de grands principes assez faciles à proclamer, et qui ne serait pas associée à la mise en place de dispositifs concrets permettant l'amélioration de la condition des personnes.

On connaît aujourd'hui en France le discours assez intégrateur vis-à-vis des personnes handicapées et la grande différence entre ce discours et la réalité de la vie des personnes. Je ne crois pas que l'on puisse, et que la représentation nationale puisse, se libérer de ce débat simplement en affirmant des grands principes.

Nous sommes aussi favorables à une disposition législative qui rappelle la valeur de toute vie ; disposition législative qui puisse rassurer une communauté médicale globalement déstabilisée par l'ensemble de ces arrêts. Nous sommes attachés et nous croyons aujourd'hui en la qualité de la communauté médicale, notamment dans le cadre du diagnostic anténatal. Pour les parents, il est important de bénéficier d'un diagnostic anténatal.

Nous sommes également favorables à une disposition législative qui compense, pour toutes les personnes, les conséquences du handicap.

Il faut savoir que ces arrêts créent de fait une inégalité de traitement entre les personnes dont le handicap peut être rapporté à une faute médicale, quand bien même cette faute médicale a causé directement ou non le handicap et les personnes dont le handicap est survenu lors d'une prise en charge médicale

adaptée, mais qui s'est révélée -c'est souvent le cas- soit impuissante à éviter le handicap, soit a permis la survie de l'individu au prix de séquelles lourdes.

On sait aujourd'hui que la réanimation néonatale peut entraîner des handicaps et des incapacités lourdes.

Il en va de même pour les adultes accidentés de la route pour lesquels la réanimation les laisse quelquefois tétraplégiques.

Le constat aujourd'hui est que le progrès médical avance plus rapidement que le progrès social. Ce n'est peut-être pas raisonnable.

Nous sommes favorables à une disposition législative rapide. Autant nous sommes favorables au débat, autant il ne nous paraît pas sain de laisser se développer trop longtemps des discussions et des affirmations sur la dignité ou la non dignité de la vie des personnes handicapées. Pour ma part, je pense que toute vie est digne d'être vécue.

Nous sommes plutôt favorables à une disposition législative que l'on retrouverait dans le projet de loi sur les droits des malades. Nous considérons que ce support est adapté du fait qu'il est déjà dans une navette parlementaire et qu'il permettrait d'aboutir assez rapidement.

En conséquence, je voudrais vous proposer une modification et un amendement à un article du projet de loi relatif aux droits des malades, traitant des responsabilités, de l'aléa etc..., à savoir l'article L-1142-2 du Titre II à propos de la responsabilité : *"Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement de santé ou d'un producteur de produit n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène..."*,

nous ajouterions : *"ou survenue lors d'une prise en charge médicale"*

"..ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale s'il présente le caractère de gravité -prévu à l'alinéa 2 lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soin et qu'ils ont eu, pour le patient, des conséquences anormales au regard de son état de santé, comme de l'évolution prévisible de celui-ci."

Nous ajouterions : *"ou lorsqu'ils sont survenus lors d'une prise en charge médicale en dépit d'une stratégie médicale préventive, diagnostique ou thérapeutique adaptée."*

Cela nous semble une manière de répondre à la question tout en donnant aux personnes handicapées les possibilités de bénéficier de la solidarité nationale et d'avoir une compensation des incapacités qui corresponde aux besoins de la personne et qui ne soit pas simplement de l'aide sociale ou de l'assistance.

Voilà la position que je souhaitais vous présenter au titre de l'APF.

M. René GARREC, président - Je vous remercie, madame la présidente.

La parole est M. le directeur général de l'UNAPEI.

M. Patrick GOHET,

directeur général de l'Union des associations de parents
et amis de personnes handicapées

. Patrick GOHET - Monsieur le président, mesdames et messieurs, merci de nous entendre. L'UNAPEI est sans doute l'association de fait la plus concernée par la problématique d'aujourd'hui. Les espèces que nous avons connues concernent à peu près toutes des enfants devenus ensuite adultes handicapés mentaux. Notre association regroupe 62 000 familles, accueille 180 000 personnes handicapées mentales et emploie 70 000 salariés. Dans ce milieu, l'émotion est forte aujourd'hui.

Mon propos sera divisé en quatre préalables, trois éléments d'analyse sur la situation et une conclusion.

S'agissant du premier préalable, il y a des amalgames à ne pas faire : aujourd'hui, l'évolution scientifique permet dans certains cas de déceler l'existence d'anomalies sur un fœtus ou de déceler la présence d'anomalies transmissibles au sein d'une famille. La société a le devoir, quand elle le sait, d'en informer les intéressés. Pour autant, la société n'a pas à indiquer à la famille concernée les conséquences qu'elle doit en tirer. Et la liberté de décision des familles doit être totale. A cet égard, il faut être vigilant sur certains comportements.

Le deuxième préalable, dont Mme Perruche mère a bénéficié est le suivant : lorsqu'il y a préjudice résultant d'une faute, le droit à réparation s'applique. Il ne saurait être remis en question. D'ailleurs cette première partie de l'affaire Perruche n'est pas remise en cause, car l'affaire Perruche, c'est deux éléments, et d'abord cela.

Troisième préalable : sans aucun procès d'intention ni remise en question de l'action entreprise par les parents concernés qui ont certainement cru bien faire et considéré que c'était là une manière de défendre les intérêts de l'enfant, demander et obtenir réparation d'un préjudice du fait de la naissance nous est incompréhensible. Je reprendrai l'expression d'une maman lors du dernier conseil d'administration de l'UNAPEI : "C'est absurde !"

Quatrième préalable : il ne faut pas faire de polémique avec la Cour de cassation ni faire dire à l'arrêt Perruche ce qu'il n'avait peut-être pas l'intention de

dire ; c'est une décision de droit positif qui intervient sur des cas d'espèce précis et qui se fonde sur le droit à réparation.

Cela dit, cette jurisprudence a induit un certain nombre de questions, provoqué un certain nombre de réactions ; elle est susceptible de faire naître ou d'encourager une évolution culturelle dans le regard que la société porte sur la personne handicapée. Il s'agit de cela. Ce n'est pas du domaine du prétoire mais du forum ; ce n'est pas du domaine de l'ordre judiciaire mais du domaine de la représentation nationale.

Mesdames et messieurs, le mandat que vous avez doit vous conduire à répondre à cette question.

Un certain nombre de questions se posent : Quelles sont les actions qui peuvent être entreprises demain par les enfants contre leurs parents ? Quelles actions peuvent être entreprises demain par des tuteurs contre les parents de leurs pupilles ? Tout peut s'imaginer.

Nous avons enregistré les réactions des professionnels et avons observé un certain nombre de positions des assureurs. On risque d'avoir deux catégories de personne handicapées : celles qui peuvent se prévaloir d'un préjudice réparable et celles qui ne le peuvent pas, les premières seront indemnisées, les autres pas !

Quatrième conséquence, pour nous la plus importante : la notion de vie, digne ou pas d'être vécue, se situe au coeur du débat culturel de notre société autour du handicap.

Pour nous, compte tenu de toutes ces questions induites, de toutes ces réactions enregistrées, de ce processus imaginé, non seulement il doit y avoir débat public, mais le législateur doit s'emparer de ces questions pour bien cerner l'ensemble des conséquences qu'implique la jurisprudence Perruche et pour prévenir un certain nombre de ses conséquences.

Par conséquent légiférer est indispensable.

Quelle est la situation aujourd'hui ? Nous pensons que l'on ne peut établir de relations de cause à effet entre l'absence de diagnostic ou l'erreur de

diagnostic et la présence d'une anomalie physiologique sur le fœtus ; celle-ci est antérieure, préexistante. Par conséquent, on ne peut pas considérer qu'il y a relation de cause à effet.

En revanche, il apparaît -il n'y a aucune raison d'en douter- que dans le protocole qu'aurait conclu la maman avec le praticien, elle avait fait savoir que si le diagnostic révélait une anomalie physiologique, et comme le loi le lui permet, elle aurait décidé d'interrompre sa grossesse. De quoi le défaut ou l'erreur de diagnostic sont-ils responsables ? De la naissance d'un enfant, pour commencer, et en situation de handicap pour terminer.

Par conséquent, ce que la société a le devoir de faire envers cet enfant, est de lui apporter la compensation qu'appelle son handicap pour que cet enfant puisse, petit ou grand, vivre dignement avec et parmi les autres. C'est là qu'est la responsabilité première et fondamentale de la société.

Deuxième élément d'appréciation : deux propositions de loi ont été déposées : une à l'Assemblée nationale et une au Sénat. Textes extrêmement voisins, pour nous, ce sont de solides bases de travail.

Je rejoins ce qu'a dit Mme Desaulle : il n'y a pas de loi de circonstance à adopter, mais je ne tiens pas ces textes comme étant de circonstance. M. Mattéi a déposé son texte il y a plusieurs mois dans un contexte qui n'était pas préélectoral. On ne peut donc créditer personne d'une arrière-pensée en la matière. Ces textes sont de solides bases de travail et sont tout à fait opportuns et sérieux.

Ensuite, il y a urgence à se prononcer. En effet, deux cents dossiers sont en instance devant les juridictions de première instance. Il y a urgence parce qu'il y a conflit d'appréciation entre la Cour de cassation et au moins deux cours d'appel : celles d'Orléans et d'Aix-en-Provence dont les positions divergent de celle de la Cour de cassation.

Dans ces conditions, quelle est la situation du justiciable qu'est la personne handicapée dans un tel contexte si la loi n'y met pas bon ordre ?

Je mets de la passion dans mon propos parce qu'elle est le reflet de ce qui se produit dans les milieux concernés qui sont heurtés, touchés.

Avant que le législateur ne se prononce définitivement, le comité d'entente des associations représentatives des personnes handicapées et de parents d'enfants handicapés s'est réuni ce matin pour demander -au delà d'une réunion aussi précieuse que celle-ci et les intéressés ne seront pas insensibles à l'intérêt officiel que votre assemblée manifeste sur cette affaire- que soit organisé, à l'initiative du Gouvernement, une table ronde ou un échange qui réunisse tous ceux qui sont concernés par cette affaire, c'est-à-dire les principaux professionnels de la santé, les associations représentatives des personnes handicapées et les parents d'enfants handicapés, des juristes, des représentants du législateur, etc...

Le comité consultatif national d'éthique a émis en la matière un avis essentiel aux yeux de l'UNAPEI : sur le sujet, il énonce la parole que doit tenir une société humaniste.

Ce débat est loin d'être un débat de circonstance. Notre société doit poser comme convention fondamentale que tous les individus qui la constituent ont une valeur égale, et si nous sortons de ce principe essentiel, nous allons vers un désastre.

Tous les individus ont une valeur intrinsèque égale. Voilà pour le premier point. Par conséquent, l'idée d'une vie qui ne mérite pas d'être vécue est inconcevable.

Pour conclure, cette affaire est comme un coup de poing administré dans toute la politique que nous pratiquons, les uns et les autres, avec nos sensibilités qui ont toutes leurs raisons d'être ; c'est notre culture, notre histoire, la spécificité des handicaps que nous représentons. Nous travaillons à ce que la société porte sur la personne handicapée un regard positif. Nous savons que ce combat ne sera jamais terminé, tant l'hydre de l'intolérance, lorsqu'on lui coupe une tête, en fait repousser une, voire deux, ailleurs.

Laisser entendre qu'il est des vies amoindries qui ne mériteraient pas tout à fait d'être vécues est une remise en cause de cet effort. Il est des moments où la société doit faire ses choix. A notre sens, le choix qu'elle doit faire aujourd'hui est celui de la pleine reconnaissance et de la pleine solidarité envers la personne handicapée. Je vous remercie.

M. René GARREC, président - Je vous remercie, notamment d'avoir rappelé que légiférer ne relevait pas de l'électoratisme ; nous légiférons continuellement face à l'évolution des problèmes sociaux ou des questions de société. Comme vous l'avez rappelé, plusieurs propositions de loi ont été déposées au Sénat et renvoyées à la commission des Lois, notamment celle initiée par notre ancien collègue Claude Huriet et cosignée par M. le Président About.

La parole est à M. Xavier Mirabel.

M. Xavier MIRABEL,
collectif contre l'handiphobie

M. Xavier MIRABEL - Je représente les familles qui se sont élevées dans les jours qui ont suivi l'arrêt Perruche. Je ne m'exprimerai pas ici en tant que médecin cancérologue -mes confrères se défendront dans cette affaire- mais au nom de ma petite fille Anne, trisomique 21, âgée de cinq ans et demi.

Le 17 novembre 2000, j'ai lu l'arrêt de la Cour de cassation en faisant ce que recommandait Mme Gobert. Ce texte précise : "dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire (...) avaient empêché Mme X... 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 son handicap et causé par les fautes retenues."

Je me suis demandé quelle est la conséquence de la faute médicale. La conséquence est que l'enfant est en vie avec son handicap. S'il y a faute, l'enfant est vivant avec son handicap ; s'il n'y a pas faute, l'enfant est mort avec son handicap. La conséquence de la faute n'est donc pas le handicap, c'est la vie.

Les parents ayant souvent le sang un peu chaud pour tout ce qui touche à leurs enfants, j'ai accusé le coup et puis je me suis un peu calmé, tout comme les familles rencontrées au CAMS, chez le kinésithérapeute, chez l'orthophoniste. Tout cela nous a amenés à nous mobiliser parce que l'enfant Perruche sera peut-être indemnisé du fait qu'il subirait un préjudice d'être en vie des suites d'une erreur médicale.

Les familles qui se sont exprimées à nos côtés dans les premiers jours ont clamé haut et fort : "la vie handicapée n'est pas un préjudice, elle est un défi." Préjudice par rapport à quoi ? Quelle est l'alternative pour cet enfant ?

Cet arrêt de la Cour de cassation en assemblée plénière a été répété à trois reprises, même si en juillet, il n'y a pas eu indemnisation ; les attendus du jugement ont rappelé les mêmes éléments et posé le principe que pour certains enfants, il aurait mieux valu qu'ils ne soient pas là. Nous avons été profondément blessés et il nous fut très difficile d'accepter ce regard -fondamental comme l'a rappelé M. Gohet- posé sur la personne handicapée.

Certains nous ont dit qu'on n'avait rien compris à l'arrêt de la Cour de cassation. Je veux vous rassurer : tous les parents d'enfants handicapés mentaux ne sont pas incapables de comprendre l'arrêt de la Cour de cassation ; certains sont capables de comprendre ! Si nous avons été blessés, c'est une réalité qu'il faudra bien prendre en compte.

On nous a dit aussi qu'il y avait un lien avec une erreur médicale. Justement, il y a un lien ! Quelle est la conséquence de l'erreur ? On insiste en nous disant qu'il y a faute. Justement, la conséquence de la faute, c'est la vie. Je ne peux pas entendre que l'on utilise cet argument.

Une proposition de loi a été déposée par M. Mattéi tout récemment ; une autre, similaire, est déposée au Sénat. Nous avons évoqué cette idée tout juste après l'arrêt Perruche. Plusieurs Députés et le Sénateur Huriet avaient repris un texte similaire.

Nous ne sommes pas attachés à leur lettre et si l'on nous dit que notre texte n'est pas optimal et que pour éviter la répétition de ce désagrément, il faut rédiger autrement, nous ne demandons qu'à l'entendre.

Cela dit, on nous répond qu'il ne faut pas légiférer dans l'urgence. Cela fait un an que ces questions sont posées. Il y a eu trois arrêts de la Cour de cassation. On a eu le temps de réfléchir. Mme Guigou avait demandé au Comité national d'éthique de s'exprimer et de réfléchir ; celui-ci a rendu son avis en juin dernier.

J'ai entendu aussi que la naissance handicapée est un préjudice. Mon enfant subit un préjudice. Suis-je responsable ? Que veut dire la société ? Sans être juriste, je comprends que là où il y a préjudice, il y a responsabilité. Est-ce moi qui suis responsable ?

Raisonné sur le fait de naître ou de ne pas naître est stupide puisqu'il faut déjà être né pour pouvoir se poser la question.

Cela m'intéresse de savoir combien cela coûte d'être en vie. Pour Nicolas Perruche, pour le trisomique 21, pour le bec-de-lièvre, pour un doigt en moins, qui va évaluer cela ?

Pour défendre l'arrêt Perruche, on nous a dit qu'indemniser l'enfant, c'est reconnaître sa dignité. Curieux argument ! Pour reconnaître la dignité de quelqu'un, on prétend qu'il aurait mieux valu qu'il ne vive pas. Je trouve cela un peu violent.

On nous a dit que l'arrêt Perruche est un arrêt d'espèce pour mieux aider une personne handicapée et pour qu'elle puisse vivre dignement. Je vous pose la question suivante : que dois-je faire, moi, pour que mon enfant puisse vivre dignement ? Doit-je aller au tribunal, faire quinze années de procédure en prétendant que j'aurais préféré que ma fille ne vive pas ? Je peux le faire, mais j'espère que j'aurai d'autres réponses que celles-là.

M. René GARREC, président - Ce n'est pas ce que l'on vous demandera.

M. Xavier MIRABEL - Si ces familles ont fait quinze années de procédure, c'est qu'elles réclament de l'aide. Elles appellent au secours. Il faut recevoir cet appel avec toute son intensité. On a parlé de la difficulté d'accueillir les enfants. Pour les parents, ce n'est pas la difficulté d'accueil des enfants qui est la plus rude, mais c'est de savoir ce que deviendront nos enfants quand nous ne serons plus là. C'est cela qui nous fait peur. Qui s'occupera de ma fille lorsque je ne serai plus là ?

La logique de l'arrêt Perruche, c'est l'abandon de la solidarité. Regardez l'argument qu'utilise la Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne. Il n'a pas été retenu, mais c'est écrit. L'avocat de la caisse primaire utilise l'argument. Il nous dit : "A supposer que Nicolas n'ait souffert d'aucun dommage imputable aux appelants, il n'en demeure pas moins qu'en raison de la naissance de cet enfant, la caisse primaire d'assurance maladie subit un préjudice propre résultant des nombreux versements qu'elle doit effectuer au profit de son assuré social."

Il est sûr qu'un assuré social mort coûte moins cher qu'un assuré social vivant. La question de fond est de savoir qui doit payer pour un assuré social qui n'aurait pas dû voir le jour.

J'attends des réponses politiques pour traiter cette question du regard posé sur la personne handicapée. Tout le monde sera d'accord pour dire que le seuil de tolérance, particulièrement face au handicap mental, ne cesse de baisser. On pourrait disserter sur les causes, mais c'est une réalité.

La société est ambivalente ; nous-mêmes, les parents, nous le sommes parfois. Certains jours, nous pensons que si notre enfant n'avait pas été là, la vie aurait été plus simple. Nous vivons avec l'ambivalence. Pour que l'on puisse accepter nos enfants et vivre avec eux dignement, il faut que soit posé sur eux un regard de respect. Il faut que l'on trouve une aide sociale raisonnable. Je préférerais un droit à compensation plutôt qu'une indemnisation. Je ne demande pas une grosse intervention tout de suite, je préfère ne pas avoir beaucoup d'aides actuellement où je n'ai pas beaucoup de besoins. Par contre, si nous mourons dans un accident de voiture, il faudrait que l'aide soit suffisante à ce moment-là. On ne demande pas de chose délirante, mais un soutien au quotidien en fonction des difficultés qui se posent le moment venu.

Je serai spécifique sur la trisomie 21, et je m'adresse aussi aux médecins qui sont présents : pour que l'accueil soit possible, il ne faut pas que les personnes handicapées soient exclues de la recherche médicale et de la santé. Quel signe d'exclusion dramatique que certaines maladies ne fassent plus l'objet de recherches parce que demain, il n'y aura plus de malades. Ce regard est excessivement violent. Pour la trisomie 21, on consacre 500 millions de francs tous les ans pour le dépistage et pas un centime pour apprendre à mieux soigner ces enfants. Il y a là un déséquilibre qu'il faudra bien un jour prendre en compte.

M. Pierre FAUCHON, rapporteur - Je remercie M. Mirabel d'avoir apporté un témoignage tout à fait essentiel, témoignage qui se situe au-delà du juridique, j'entends très au-dessus du juridique et auquel nous sommes très

sensibles. Notre problème est de raccorder ce témoignage au juridique. Nous en sommes conscients.

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT - Nous sommes tous très touchés par la blessure du dernier intervenant. Je voudrais qu'il soit convaincu que, quelle que soit la position des uns et des autres, nous avons à l'esprit la solidarité vis-à-vis de lui comme de tous ceux qui sont dans son cas. Quels sont ceux qui n'ont pas autour d'eux des gens qui sont dans le même cas ?

N'y a-t-il pas malheureusement inégalité entre ceux qui peuvent faire un recours et ceux qui ne le peuvent pas ? C'est vrai en matière de crimes et en matière de délits. D'abord, il faut que les auteurs soient identifiés. Ensuite, il convient que les victimes aient les moyens de faire un recours quand ce n'est pas l'Etat qui le fait pour ceux qui n'ont pas beaucoup de moyens. C'était vrai pendant des années en matière d'accidents de la circulation. Ceux qui avaient commis une faute en traversant la rue sans regarder ne touchaient rien alors que ceux qui n'avaient pas commis de faute touchaient beaucoup. La loi Badinter a mis un terme à cela puisque tous les piétons y ont droit. En matière d'accident du travail, en cas de faute inexcusable, il y a une majoration.

L'idéal serait que tous les préjudices soient compensés dans la mesure où ils peuvent l'être. Malheureusement, ce n'est pas le cas, mais il faut y tendre. Cette inégalité est fréquente. Il faut le moins de différence possible du fait de la solidarité. Nous en sommes tous d'accord.

Au-delà de l'émotion, si nous vous comprenons parfaitement, docteur, je voudrais que vous compreniez ceux qui ont un autre point de vue et qui le disent très sincèrement. Il ne s'agit pas de la réparation du fait d'être né. Cela ne change rien au regard que l'on peut avoir sur les personnes handicapées. Il s'agit de savoir si un handicap qui aurait pu ne pas être doit être réparé : ce n'est pas le fait d'être né, c'est le fait d'être né handicapé.

Vous avez dit qu'une vie handicapée n'est pas un préjudice, mais un défi. Je suis sûr que beaucoup de gens handicapés considèrent qu'ils subissent un

préjudice du fait qu'ils sont handicapés. Cela ne me choque pas qu'ils obtiennent réparation.

Vous avez aussi parlé de votre cas. Y avait-il eu faute médicale ? Y a-t-il eu refus d'IVG ? Les cas ne sont pas tous les mêmes. Vous dites que vous pouvez aussi faire un recours et plaider quinze ans. Je ne suis pas sûr que vous le puissiez. Je ne connais pas votre dossier.

Lorsqu'il y a faute, quand on peut aider à réparer un préjudice qui a été causé par une faute, c'est un principe de droit. Je veux bien légiférer pour dire qu'un enfant ne pourra en aucun cas plaider contre sa mère pour lui reprocher d'avoir refusé de se faire avorter. Je ne vois là aucune difficulté. Mais pour le reste, je voudrais que vous compreniez qu'avec la même solidarité humaine, avec le même regard sur ceux qui sont handicapés, on peut penser différemment de vous.

M. Xavier MIRABEL - Pour notre enfant, nous n'avons pas su avant la naissance. Quel aurait été notre choix si nous avions su ? Aujourd'hui, je peux vous dire que nous aurions gardé cet enfant. Mais puis-je en être bien sûr ?

Quoi qu'il en soit, vous savez aussi que je pourrai toujours dire que l'on ne nous a pas prévenus comme on aurait dû le faire. Il est clair que ce serait possible.

Si l'on reste dans cette jurisprudence Perruche, des centaines de familles vont courir l'indemnisation devant les tribunaux. Je comprends qu'il est nécessaire que les erreurs médicales soient assorties d'une réparation, mais il faut aussi comprendre la blessure que cela représente pour ces familles que de courir l'indemnisation. Bien sûr, dans certains cas, l'erreur médicale est directement en cause. Il n'est pas alors question de discuter. Pour les autres cas, permettez-moi d'être plus réticent.

Pour revenir à ce que disait la Caisse primaire d'assurance maladie, son droit de subrogation va s'exercer et si l'on croit que l'on aide les familles en faisant cela, on se trompe.

Mme Marie-Sophie DESAULLE - Vous avez raison de dire qu'il y a aujourd'hui une différence de réparation en fonction d'une cause fautive ou d'une responsabilité sans faute. Dans le projet de loi sur le droit des malades, on introduit l'idée de l'aléa thérapeutique. C'est l'idée qu'il peut y avoir réparation sans qu'il y ait faute.

On peut peut-être prolonger ce raisonnement pour permettre de compenser le handicap et les incapacités. Aujourd'hui, en France, on est en capacité d'évaluer les besoins d'un enfant ou d'un adulte handicapé et d'évaluer les moyens financiers nécessaires, non pas pour supprimer son handicap, mais pour rétablir une égalité des chances pour qu'il puisse être un citoyen à part entière.

M. Patrick GOHET - Vous êtes en charge du choix des priorités. Pour nous, la priorité doit être donnée à la compensation du handicap. Il est indispensable que nous ayons les moyens pour que ces hommes et ces femmes puissent vivre dans la société le plus et le mieux possible. Nous en sommes loin. Comme l'on ne peut pas tout faire, que l'on donne la priorité à la compensation du handicap ! Une personne handicapée sur trois n'a pas de solution.

Quels que soient les programmes, quels que soient les efforts incontestables qui sont entrepris tant par la collectivité nationale que par les collectivités territoriales, il reste beaucoup à faire. Nous vous demandons d'inscrire parmi vos priorités la solidarité envers les personnes handicapées. Au-delà du débat un peu sophiste que j'ai entendu tout à l'heure, il y a la vie. Je veux bien que l'on fasse du sophisme, mais il y a des limites à cela. Répondez à l'appel de la vie qui est d'être compensé pour pouvoir vivre dignement.

M. René GARREC, président - Le principe de l'audition, au contraire du rapport, est que ceux qui viennent s'expriment comme ils le veulent. Il nous appartient ensuite de nous faire notre propre opinion. Si nous n'entendions plus tous les points de vue, nous ne serions plus dans un débat démocratique et républicain.

M. Nicolas ABOUT - Je suis encore sous le choc des témoignages. Vous avez dit quelque chose de très fort en demandant d'aider votre enfant le jour

où vous ne serez plus. Le Sénat a voté il y a quelques jours la non récupération sur leur héritage des prestations versées aux handicapés. C'est important. C'est au moment où les parents ne sont plus là qu'il faut aider les enfants et non pas tenter de récupérer les héritages. J'espère que l'Assemblée nous suivra sur cette disposition car ce serait déjà la première marque d'un intérêt porté au monde du handicap et des handicapés. Je suis sûr que l'on parviendrait dans la prochaine loi sur les droits des malades à atteindre vos vœux, c'est-à-dire à faire l'effort supplémentaire. Mais faisons déjà ce premier pas de reconnaissance ; il sera déjà très difficile de la part de l'Assemblée nationale.

M. René GARREC, président - Madame, messieurs, il me reste à vous remercier de vos témoignages.

M. Didier SICARD,

président du Comité consultatif national d'éthique

M. Didier SICARD - Je serai très bref. Tout ce que vous avez entendu va dans le sens de ce que je souhaitais développer ; je ne reprendrai donc pas tous les arguments que le Comité a donnés dans sa réponse à Mme Guigou au mois de juin.

Le paradoxe, c'est que l'arrêt de la Cour de cassation, qui se voulait compassionnel, est vécu comme une insulte par les handicapés ! Quand la justice qui veut bien faire bouleverse ceux qui devraient être l'objet de la justice, cela pose problème. C'est une question de regard. On peut, sur des arguments juridiques très sophistiqués, trouver que cet arrêt n'indemnise pas le fait d'être vivant par rapport à celui d'être mort, mais l'important ce n'est pas ce qui est exprimé, mais ce qui est entendu.

Le regard porté sur le handicap est en effet beaucoup plus qu'une question de solidarité. Il est celui de la capacité d'une société à réfléchir sur ses fondements mêmes.

Une personne handicapée est autant blessée par notre regard -ce que j'appelle le regard "laser"- : *« il n'a pas de chance. Heureusement que je n'ai pas un tel enfant, que je ne suis pas comme cela »*, que par un regard compassionnel, paternaliste, apitoyé.

Dès lors que le regard change, devient un regard d'acceptation, dès lors que la société ne blesse pas le handicapé par son regard, mais l'accueille, ce regard -vous en feriez tous l'expérience si vous étiez dans un centre pour personnes handicapées-, est celui de notre fraternité et nous, nous ne ressentons plus de différence. Cette expérience est toujours bouleversante.

Sans reprendre tous les arguments entendus jusqu'ici, je crains qu'il n'y ait un risque d'acharnement de recours. Je suis médecin et il m'est fréquemment arrivé d'avoir à conseiller une femme sur la poursuite ou non de sa grossesse en fonction de telle ou telle maladie infectieuse, éventuellement génétique. Je l'ai toujours fait dans ma liberté professionnelle. Le sentiment que cette décision partagée sera systématiquement prise sous la pression des juges qui finiront par

essayer de toujours trouver une cause pour permettre une indemnisation est préoccupant.

Il y a un grand nombre de maladies où l'on sait qu'à l'échographie, une image peut s'accompagner dans 10 % des cas de séquelles neurologiques extrêmement sévères et dans 90 % d'absence totale de pathologie. On peut imaginer que dans ce domaine, la pression normative d'une société fera que les 90 % d'enfants qui n'auraient rien, seront interrompus dans leur évolution pendant la grossesse, car la mort seule ne peut pas ester en justice.

J'ai été bouleversé d'entendre aujourd'hui les représentants des associations de handicapés qui témoignent toujours dans le même sens ; certes on peut dire que l'on n'indemnise pas le fait d'être né, mais le préjudice ; mais ce qui est entendu, c'est qu'un handicap est désormais vécu comme un préjudice pour la société. Il est grave d'exprimer sans cesse un principe de solidarité et en même temps de le bafouer.

Je ne multiplierai pas les nombreux et excellents arguments que vous venez d'entendre. Aujourd'hui, j'ai reçu à l'hôpital Cochin une jeune femme handicapée de 32 ans et sa mère, vivant à Paris, dans des conditions de misère absolue, puisque la jeune femme handicapée développe le scorbut : abandon dans une pièce, à Paris, sans chauffage, sans toilettes, sans lit, avec des rats ! La mère m'explique qu'elle n'a plus de RMI parce que sa fille fait peur à la société et que la seule réponse de la société est l'indifférence absolue. Sans généraliser à partir d'un cas particulier, à Paris en 2001, une jeune femme handicapée est exclue, et sa mère avec elle !

J'ai reçu une lettre de ce même jour après l'avis du CCNE : *'Monsieur le président, non, non et non ! la société n'a aucun devoir vis-à-vis des handicapés. La solidarité a ses limites. Seuls les parents et les médecins sont responsables des erreurs de diagnostic ou de jugement qui aboutissent à ces déplorables naissances. La société a le devoir d'éviter à tout prix la naissance d'enfants handicapés qui sont une malédiction pour eux-mêmes, pour leurs familles et pour la collectivité. L'arrêt Perruche va dans le bon sens, et nous le soutiendrons de*

nos votes. Croyez ..." Bien sûr, une lettre n'a pas plus de sens qu'une autre. Elle traduit cependant une attitude plus commune qu'on ne le croit.

Il existe une tendance croissante de notre société à parler en termes généreux de dignité et de solidarité, mais dans les faits, à exprimer une pression normative pour qu'un enfant handicapé ne naisse plus, et s'il naît avec un handicap que ce soit en raison d'une faute médicale. Cette argumentation, sans cesse renouvelée, s'accompagne du paradoxe qu'il y a plus d'enfants handicapés qui naissent en 2001 qu'en 1980. Il semble en effet étrange que malgré les progrès de la médecine, le handicap continue à croître. C'est le paradoxe de la médecine qui, par des exploits thérapeutiques, des performances sur l'âge de la prématurité, aboutit à favoriser la naissance d'enfants handicapés.

D'une part, on demande à la médecine de supprimer tout handicap, de l'autre on lui demande aussi d'avoir des performances thérapeutiques telles qu'elles seront à l'origine de la naissance d'enfants handicapés.

Cet arrêt a bouleversé notre voisin, l'Allemagne. J'ai été auditionné au Bundestag il y a un mois dans une commission parlementaire, sur les questions qui se posaient en France, en particulier sur l'arrêt Perruche. J'étais surpris qu'ils soient aussi informés. Ils n'avaient pas été sollicités par l'appareil judiciaire. Ils m'ont dit avoir été profondément bouleversés par cette affaire –car l'Allemagne est particulièrement sensibilisée à ce sujet du fait de son histoire- et qu'ils allaient probablement légiférer. J'ai pu rencontrer quelques députés qui étaient prêts à déposer un projet de loi en ce sens.

J'étais d'abord réticent et méfiant s'agissant de l'irruption de l'éthique dans le droit -je me souviens du rapport Braibant concernant l'éthique et le droit il y a quelques années-. Il faut se méfier d'une société qui voudrait sans arrêt mettre de l'éthique dans le droit et qui aboutirait à ce qu'un juriste qualifie de « barbarie nouvelle ». Le droit étant ancré dans des siècles de tradition, on risquerait, à l'occasion de tel ou tel « progrès médical », d'être sensibilisé à certaines questions et d'introduire dans un droit positif, des questions qui seraient renouvelées ou détruites quelques années après.

Mais le temps passant, avec les conséquences qu'entraînent le regard d'exclusion de la société sur les handicapés, la mesure que vous avez annoncée il y a quelques minutes me paraît être une vraie mesure de solidarité, je pense qu'il faut légiférer mais sans le faire dans la précipitation. La France est actuellement regardée par les pays européens et étrangers avec une grande surprise comme si nous avions abandonné un certain nombre de nos références et que nous ayons décidé que le handicap à la naissance méritait réparation dès lors que le médecin avait failli à empêcher cette naissance. Cette interrogation européenne me touche en tant que citoyen français. Je vous remercie.

M. René GARREC, président - Je vous remercie. Y a-t-il des questions ?

M. Pierre FAUCHON, rapporteur - Je n'ai pas de question à poser.

M. René GARREC, président - Nous vous remercions pour votre intervention.

M. Michel DREYFUS-SCHMIDT – Je me demande si la lettre que M. SICARD nous a lue n'est pas une provocation.

M. Didier SICARD - Bien sûr !

M. René GARREC, président - Quoi qu'il en soit, nous n'en pensons rien de bon.

Je vous remercie mes chers collègues ainsi que tous les intervenants et participants présents aujourd'hui.

ANNEXES

- **proposition de loi n° 442** de M. Claude Huriet (2000-2001) visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né »
- **proposition de loi n° 103** de M. Bernard Fournier (2001-2002) tendant à interdire l'indemnisation d'un « préjudice de naissance »
- **proposition de loi n° 124** de M. Jacques Blanc (2001-2002) relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux

Proposition de loi n° 442

de M. Claude Huriet
et plusieurs de ses collègues¹
visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né »

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Le 17 novembre 2000, la Cour de cassation, pour la première fois en France, se déclarait favorable à l'indemnisation d'un enfant pour le fait d'être né handicapé. L'arrêt « Perruche » a suscité une émotion profonde dans l'opinion publique et particulièrement chez les parents d'enfants handicapés. Cette décision revient en effet à considérer que la vie humaine est susceptible de constituer en elle-même un préjudice et que l'on peut indemniser un enfant pour le préjudice d'être né.

La logique de cet arrêt amenait donc à considérer que certaines vies ne valent la peine d'être vécues et que la mort peut être préférable à une vie handicapée. Sur le plan de la doctrine juridique, de nombreux auteurs se sont exprimés, faisant état pour la plupart d'entre eux de sérieuses réserves sur la solution retenue critiquant une indemnisation sans causalité, sans préjudice réparable mais non sans risques pour la personne humaine, sa dignité et ses droits. On peut notamment citer l'analyse tout à fait pertinente du Professeur Catherine Labrusse-Riou : selon celle-ci, *« le fondement de l'arrêt, à savoir l'impossibilité pour la mère d'interrompre la grossesse en raison de l'erreur médicale, implique que le droit de l'enfant naît du fait de sa naissance, et que l'obligation de réparation ne serait pas apparue si l'enfant n'était pas né. Juridiquement cela révèle une véritable impasse logique et éthique, dans la mesure où la réparation en droit tend à remettre les choses en l'état, comme si le dommage ne s'était pas produit : or, en l'espèce la non-survenance du dommage ne réside pas dans l'interruption de la grossesse, ce qui signifie que l'enfant est soit admis à se plaindre de sa naissance, soit justifié à être euthanasié »*.

¹ MM. Nicolas ABOUT, Denis BADRÉ, Bernard BARRAUX, Michel BECOT, Daniel BERNARDET, Roger BESSE, James BORDAS, Louis BOYER, Dominique BRAYE, Louis de BROISSIA, Jean-Claude CARLE, Jean CHÉRIOUX, Jean CLOUET, Jean DELANEAU, Jean-Paul DELEVOYE, Jean-Léonce DUPONT, Hubert DURAND-CHASTEL, Daniel ECKENSPIELLER, Jean-Paul EMIN, Yann GAILLARD, François GERBAUD, Francis GIRAUD, Paul GIROD, Francis GRIGNON, Georges GRUILLOT, Hubert HAENEL, Roger KAROUTCHI, Pierre LAFFITTE, Lucien LANIER, Gérard LARCHER, Robert LAUFOAULU, Jean-François LE GRAND, Dominique LECLERC, Marcel LESBROS, Jean-Louis LORRAIN, Philippe MARINI, René MARQUÈS, Serge MATHIEU, Louis MOINARD, Georges MOULY, Paul NATALI, Jacques PELLETIER, Jacques PEYRAT, Henri de RAINCOURT, Victor REUX, Charles REVET, Philippe RICHERT, Martial TAUGOURDEAU et René TRÉGOUËT.

Trois autres affaires concernant l'absence de dépistage d'anomalies fœtales ont depuis lors été jugées par la Cour de cassation et les arrêts, rendus le 13 juillet dernier, tout en rejetant les demandes des familles concernées, ont confirmé, sur le plan des principes, la position adoptée par la Cour en novembre dernier, à savoir que *« l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est 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. »*

L'avocat général avait, quant à lui, souligné dans ses conclusions qu'il appartenait à la Cour *« afin d'éviter l'intrusion (!) du pouvoir législatif justifiée par les considérations évoquées se rapportant à l'éthique, au respect de l'être humain et à l'évolution de la santé publique, de ne pas confirmer une décision dont on a pu dire qu'elle soulevait davantage de problèmes qu'elle n'en résolvait »*.

La Cour ne l'ayant pas suivi, il appartient désormais au législateur de mettre un terme à la dérive eugéniste que de telles décisions ne manqueront pas de susciter, de réaffirmer la primauté de la vie et la valeur de toute vie.

Le Sénat, conscient des dangers induits par la jurisprudence de la Cour de cassation, avait pour sa part adopté le 28 mars dernier, lors de la discussion du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse, un amendement déposé par l'auteur de la présente proposition de loi, visant à inscrire dans le code civil que nul n'est fondé à demander une indemnité du seul fait de sa naissance. Lors de la discussion du texte à l'Assemblée nationale, ce texte avait été rejeté, à la demande du Gouvernement, qui estimait prématuré de légiférer sur cette grave question. Les arrêts rendus en juillet montrent au contraire à quel point une réponse rapide du législateur eût été opportune.

Il convient donc de prévoir qu'un enfant né handicapé ne peut obtenir la réparation du préjudice en résultant que si un acte médical, diagnostique ou thérapeutique, est la cause directe des infirmités qu'il présente. Tel est l'objet de la présente proposition, qui permettra de mettre un terme à la dérive instaurée par la récente jurisprudence de la Cour de la cassation.

Sans exclure la jurisprudence de la responsabilité sans faute, elle réaffirme en effet qu'un lien de causalité directe doit exister entre l'acte médical et le handicap pour déclencher un processus d'indemnisation de l'enfant.

PROPOSITION DE LOI

Article unique

L'article 16 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Sans préjudice des droits à indemnisation des parents, l'enfant né handicapé ne peut obtenir la réparation du préjudice en résultant que si un acte médical, diagnostique ou thérapeutique, est la cause directe des infirmités qu'il présente. »

Proposition de loi n° 103

de M. Bernard Fournier
et plusieurs de ses collègues¹
tendant à interdire l'indemnisation
d'un « préjudice de naissance »

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

La Cour de cassation, pour la première fois dans l'arrêt « Perruche » du 17 novembre 2000², puis à une seconde reprise le 28 novembre 2001 a accueilli ce que l'on pourrait appeler « une action de vie préjudiciable » et *in fine* jugé que la vie était susceptible de constituer un dommage pouvant être indemnisé.

En Assemblée plénière, c'est-à-dire dans sa forme la plus solennelle, sans doute pour marquer l'importance qu'elle attache à sa position, la Cour de cassation a non seulement confirmé sa jurisprudence mais elle l'a aussi aggravée en précisant que le praticien devait réparer intégralement le préjudice de l'enfant.

En l'espèce, il s'agissait de trisomie 21 : les auteurs de la proposition de loi considèrent qu'il s'agit de la négation de la dignité des handicapés puisque non seulement les préjudices physique et moral seront dorénavant indemnisables, mais encore les préjudices esthétique et d'agrément. Les personnes vivant avec un handicap se sentent humiliées, leurs parents et les familles qui les accueillent se sentent niées. Il y a donc urgence pour le Parlement de s'emparer de cette question.

¹ MM. Philippe ADNOT, Jean-Paul ALDUY, Gérard BAILLY, Roger BESSE, André BOYER, Mme Paulette BRISEPIERRE, MM. Louis de BROISSIA, Michel CALDAGUÈS, Robert CALMEJANE, Jean-Claude CARLE, Auguste CAZALET, Gérard CÉSAR, Marcel-Pierre CLEACH, Gérard CORNU, Xavier DARCOS, Philippe DARNICHE, Mme Sylvie DESMARESCAUX, MM. Michel DOUBLET, Alain DUFAUT, Jean-Léonce DUPONT, Louis DUVERNOIS, Daniel ECKENSPIELLER, Michel ESNEU, Hilaire FLANDRE, François GERBAUD, Francis GIRAUD, Paul GIROD, Alain GOURNAC, Louis GRILLOT, Georges GRUILLOT, Michel GUERRY, Hubert HAENEL, Pierre LAFFITTE, Christian de LA MALÈNE, Lucien LANIER, André LARDEUX, Robert LAUFOAULU, Jean-René LECERF, Dominique LECLERC, Philippe LEROY, Max MAREST, Pierre MARTIN, Serge MATHIEU, Mme Lucette MICHAUX-CHEVRY, MM. Jean-Luc MIRAUX, Georges MOULY, Bernard MURAT, Paul NATALI, Mme Nelly OLIN, MM. Georges OTHILY, Jacques OUDIN, Monique PAPON, Anne-Marie PAYET, Jacques PELLETIER, Jean-Marie POIRIER, Henri de RICHEMONT, Janine ROZIER, Victor REUX, Bernard SEILLIER, Bruno SIDO, Louis SOUVET, André TRILLARD, Alex TÜRK, Alain VASSELLE et Jean-Pierre VIAL.

² Cass. Ass. Plén 17 novembre 2002, Nicolas P.

Cette urgence se fait d'autant plus sentir que le principe d'égalité est quadruplement bafoué par les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation :

- **Première rupture du principe d'égalité** : entre les enfants diagnostiqués en secteur public et les enfants diagnostiqués en secteur privé . Le Conseil d'État a en effet adopté une position radicalement opposée à celle de la Cour de cassation en 1997¹. Il y a ici un hiatus inacceptable. En l'absence de juridiction suprême chargée d'unifier le Droit, il appartient donc au Parlement de veiller à cette unification. Les représentants du peuple sont débiteurs à l'égard des citoyens de l'obligation d'intervenir. Il est en effet insupportable de ne pas réagir à la divergence fondamentale qui sépare la Cour de cassation et le Conseil d'État. Cette divergence porte une atteinte historique dans notre Droit au principe d'égalité, et également à celui de la non-discrimination à raison de son état de santé. Le législateur est d'ailleurs, sur ce point, intervenu à plusieurs reprises. Les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation ne peuvent que profondément choquer les républicains qui ne peuvent se résoudre à laisser les juges définir la légitimité des vies humaines.

- **Deuxième rupture du principe d'égalité** : la jurisprudence de la Cour de cassation va bouleverser l'exercice des professions en charge du dépistage prénatal. Le secteur conventionné sera dans l'incapacité d'assumer les surcoûts des cotisations d'assurance afin de se prémunir contre les actions en justice. Au contraire, les professionnels exerçant dans le secteur à honoraires libres répercuteront sur la tarification des actes l'augmentation des polices d'assurance, ce qui entraînera nécessairement une médecine à deux vitesses. Il y aura donc les parents qui pourront faire face au coût d'une échographie fœtale et ceux qui ne le pourront pas. De manière plus lapidaire : les citoyens qui auront la faculté de se prémunir financièrement du « risque » d'avoir un enfant handicapé, et les autres.

- **Troisième rupture du principe d'égalité** : la jurisprudence de la Cour de cassation entraîne l'émergence d'une discrimination entre les enfants handicapés. En effet selon que les parents exprimeront l'acceptation ou le regret de sa naissance, l'enfant pourra être indemnisé ou non de son prétendu « préjudice de vie ». Paradoxalement, seuls seront indemnisés les enfants dont les parents auront engagé une action en responsabilité devant la justice, et qui auront exprimé le regret de cette naissance.

- **Quatrième rupture du principe d'égalité** : celle liée à l'évaluation du préjudice par rapport à « la » normalité. La technique juridique visant à évaluer un préjudice, doit forcément porter sur un objet évaluable ; or l'inexistence n'étant pas évaluable on est contraint de définir juridiquement des critères de normalité. En laissant le soin aux juridictions la latitude de définir ces critères, ceux-ci vont varier selon l'appréciation du juge, et donc entraîner des

¹ CE 14 février 1997 CHR de Nice c/ époux Q : la juridiction administrative se limite à indemniser le préjudice des parents lorsque la faute de diagnostic est « la cause directe des préjudices entraînés pour eux par l'infirmité dont est atteint leur enfant ».

différences de traitement selon les cours saisies. En plus de la rupture du principe d'égalité, le risque d'arbitraire se fait jour.

Le législateur doit manier avec la plus grande prudence ses velléités d'interventions dans le champ éthique tant le risque peut être grand de faire des lois de circonstance, sous le coup de l'indignation ou de l'incompréhension. Cependant, il est aussi incontestable qu'il appartient au Parlement de borner le Droit, d'indiquer clairement des choix éthiques et politiques. Les auteurs de la présente proposition de loi ont la faiblesse de penser, à l'instar d'Antigone, qu'il est des principes essentiels au service du bien commun auxquels la Loi au sens du droit positif¹ (jurisprudence et normes juridiques) ne peut déroger. La Cour de cassation en réduisant le principe de la sacralité du vivant à une dimension purement financière, en entrant dans la seule logique indemnitaire, a méprisé ces principes, et ouvert la boîte de Pandore du « prix de la vie ».

Notre société n'est pas celle de l'eugénisme, elle est celle du respect de la différence. Le Sénat et l'Assemblée nationale ont aboli la peine de mort il y a vingt ans parce qu'il s'agissait d'une négation fondamentale de la dignité humaine. Il ne peut être question aujourd'hui pour le même législateur d'entériner que la vie puisse, en quelque cas que ce soit, constituer un dommage.

Les auteurs de la présente proposition de loi considèrent soit que la Cour de Cassation se trompe en réaffirmant sa jurisprudence « Perruche » soit qu'elle procède à l'invitation à légiférer. C'est dans cette perspective qu'ils vous demandent d'adopter le texte qu'ils vous soumettent.

Il convient de rappeler les circonstances de la définition du « préjudice de vie » pour la haute juridiction : suite à une erreur médicale², l'enfant obtient une indemnisation, non du handicap qu'il subit, mais de son existence même. Or, en aucun cas « le handicap ne peut cacher l'enfant » qui doit être accueilli dans toute sa dignité. Ces décisions ont suscité une immense émotion dans l'opinion publique et particulièrement chez les jeunes vivant avec un handicap et chez leurs familles. C'est en effet pour eux un « regard de mépris » qui est posé sur leur vie.

Reprenant le support éthique des motifs de la Cour d'appel d'Orléans³, qui a refusé (tout comme celle d'Aix-en-Provence) de se plier à la jurisprudence « Perruche », les auteurs de la présente proposition font leur l'argumentation de cette juridiction qui considère « qu'à moins d'admettre comme vraie la proposition suivant laquelle le néant est un état qui puisse être revendiqué [...] [un enfant] ne peut soutenir avoir été privé d'un droit subjectif à ne pas naître qui aurait été lésé [du fait de l'erreur médicale]. » Il est souligné, fait rarissime dans notre histoire juridique, que des cours d'appel refusent de se plier à la jurisprudence de l'Assemblée plénière,

¹ Acception telle que définie par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

² le non-diagnostic d'une rubéole maternelle ayant entraîné la naissance d'un enfant handicapé dans l'affaire « Perruche »

³ C.A. Orléans 22.10.2001

ce qui illustre un malaise inédit au sein de la haute magistrature et ce qui constitue un appel clair au législateur.

Le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, intègre celui de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce dernier texte dispose que la Nation garantit que « tout être humain qui, en raison de son état de santé, de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité les moyens convenables d'existence ».

Notre société doit nécessairement faire plus de place à l'accueil des enfants handicapés, et plutôt que d'entrer dans la logique indemnitaire de la Cour de cassation et de réparer le préjudice que constituerait leur existence même, elle devrait mettre en place les structures adaptées, ouvrir des établissements de soins, leur offrir une perspective d'avenir, veiller et œuvrer à leur intégration parfaite dans le corps social de la Nation. Pour réparer le préjudice de handicap, la jurisprudence de la Cour de cassation s'est aujourd'hui basée sur la faute du médecin, mais la dérive indemnitaire peut aboutir à terme, comme elle l'a fait jadis à propos des accidents de la circulation, à une quasi-indemnisation systématique fondée sur la responsabilité sans faute. Cela signifierait un transfert des missions de la solidarité nationale vers les assurances du médecin : ce n'est pas envisageable.

C'est à la solidarité nationale de s'exprimer de manière significative à l'égard des familles et des personnes vivant avec le handicap. Notre société doit apprendre à considérer que l'argent n'est pas la seule réponse à une difficulté de vie, mais que l'amélioration des conditions d'accueil et des chances offertes à ces citoyens est la vraie solution aux problèmes posés.

Par leur raisonnement, les magistrats de la Cour de cassation en viennent à considérer que la vie humaine est susceptible de constituer, en soi, un préjudice. La Cour de cassation est parvenue à développer une sorte de sophisme juridique autour du « droit à l'indemnisation ».

Cette position est moralement, philosophiquement, et *in fine* politiquement inacceptable. Elle aboutit à opérer une échelle de la valeur de la vie humaine et débouche nécessairement à la conclusion – nauséabonde – que certaines vies ne valent pas la peine d'être vécues et que l'inexistence, voire la mort peuvent être parfois préférables à une vie handicapée.

L'interprétation sociologique de la jurisprudence dorénavant constante de la Cour de cassation, qui est restée sourde aux indignations soulevées par l'arrêt « Perruche », révèle des risques majeurs pour l'avenir. Il s'agit notamment de la possibilité pour les enfants de se retourner contre leurs parents parce que leur vie n'a pas répondu aux promesses qu'ils en attendaient. De la notion de « perte de chance » posée en lien de causalité avec la faute médicale à celle de « préjudice de vie » qui

transparaît en filigrane, il y a un fossé que le droit ne saurait franchir sans remettre en question des notions fondamentales de l'éthique de la société.

Sur un autre plan, «les risques de judiciarisation contre les médecins à toute occasion et les dérives eugéniques apparaissent manifestes ». Ces propos sont ceux du Dr KOUCHNER, Ministre de la Santé, s'exprimant devant le Sénat le 28 mars 2001 à propos de cette jurisprudence. L'enfant parfait n'existe pas, il ne peut pas naître « sur commande ». Il y a nécessairement une limite entre faute médicale, dépistage et responsabilité absolue du praticien. Le praticien est débiteur d'une obligation de moyens et non d'une obligation de fournir un résultat incontestable : l'enfant idéal.

Il faut que la Loi redonne toute leur place aux enfants vivant avec un handicap et à leur famille. Il est du devoir du législateur de se prononcer, d'autant plus que le Parlement Européen est saisi de la question et que l'Allemagne, émue par l'affaire « Perruche », va proposer une législation. C'est pourquoi nous vous demandons, Mesdames, Messieurs, d'adopter la présente proposition de loi.

PROPOSITION DE LOI

Article unique

L'article 16 du code civil est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« Nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance. »

« Lorsqu'un handicap est la conséquence directe et exclusive d'une faute, il est ouvert droit à réparation dans les termes de l'article 1382 du présent code ».

Proposition de loi n° 124

de M. Jacques Blanc
relative à la solidarité nationale
et à l'indemnisation des handicaps congénitaux

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité médicale en matière de diagnostic prénatal suscite de très nombreuses interrogations à la fois juridiques et éthiques : ce sont tout à la fois le rôle des médecins, l'accueil des personnes handicapées dans notre société et la reconnaissance par le juge que la vie peut être un préjudice, qui sont en jeu. Néanmoins, force est de constater que la position actuelle de la Cour de cassation appelle le législateur à réfléchir sur un approfondissement de la solidarité nationale au regard des personnes handicapées.

Après avoir créé, il y a un an, un véritable trouble dans l'opinion publique en jugeant dans son célèbre arrêt « Perruche » (Cass. Ass. Plén. du 17 novembre 2000, Nicolas P.), qu'un enfant atteint d'un handicap congénital pouvait être indemnisé dès lors qu'à la suite du diagnostic, sa mère n'avait pu recourir à l'interruption de la grossesse, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, malgré l'hostilité de la majorité de la doctrine et l'avis contraire du Comité consultatif national d'éthique, confirmé sa jurisprudence par un arrêt du 28 novembre 2001. Cet arrêt précise, en outre, que l'indemnisation du préjudice ne peut se limiter au seul préjudice matériel et que le praticien doit réparer intégralement le préjudice de l'enfant. Notre plus haute instance judiciaire avait déjà, par trois arrêts du 13 juillet 2001, réaffirmé le "principe" posé par l'arrêt Perruche tout en rejetant les pourvois formés par des parents d'enfants handicapés, au nom de ceux-ci, dont la demande d'indemnisation avait été écartée en cause d'appel. La Cour de cassation avait alors retenu que les conditions légales relatives à l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique (désormais médical) n'étaient pas réunies (existence d'une affection particulièrement grave et incurable attestée par deux médecins qualifiés).

Pour la Haute juridiction qui, contre la jurisprudence des juges du fond, a introduit dans notre droit l'action dite de la vie dommageable, selon un anglicisme reçu (*wrongful life*), la faute médicale est en relation de causalité directe avec le handicap. Toutefois, les arrêts précités ne caractérisent qu'un manquement au devoir contractuel d'information du praticien envers la mère qui

avait le droit d'être informée de l'état de l'enfant à naître. Or, de quelque manière qu'on la considère, la faute qui a consisté à ne pas détecter le handicap *in utero*, n'a pu être la cause de celui-ci qui est le fait de la nature et préexistait à l'intervention du médecin. Le lien de causalité exigé par l'article 1382 du code civil entre la faute du médecin et le handicap de l'enfant, qui justifie le déclenchement de la responsabilité du médecin pour faute, est donc absent. Soutenir le contraire est une contrevérité.

De fait, comme l'ont déjà écrit de nombreux commentateurs, dont le Comité consultatif national d'éthique, ce n'est pas ici la faute du médecin qui est à l'origine du handicap (contrairement à d'autres affaires dans lesquelles les médecins sont à l'origine directe du handicap par une mauvaise intervention chirurgicale (C.E., 27 septembre 1989, Mme K. c/ CPAM de la Marne : existence d'un préjudice indemnisable pour la mère d'un enfant né avec une grave infirmité à la suite de l'échec d'une interruption de grossesse, même solution de la Cour de cassation, 26 mars 1996, X et autres c/ Epx X.).

En effet, dans les affaires de novembre 2000 et 2001, le handicap ne provient pas directement d'une erreur médicale. Il est lié, dans l'affaire Perruche, à la survenue chez la mère, pendant sa grossesse, d'une rubéole qui est directement à l'origine des malformations chez l'enfant (tableau de rubéole congénitale), et dans l'affaire X. de novembre 2001 à une cause génétique survenue lors de la constitution des gamètes (spermatozoïdes ou ovules) entraînant dès la fécondation la présence de trois chromosomes 21 à l'origine de la trisomie 21 chez l'enfant. Ce n'est donc pas le médecin qui est responsable du handicap de l'enfant, et selon les articles 1382 et 1383 du code civil, il ne devrait pas être tenu responsable du préjudice dont la cause ne vient ni de son fait, ni de son imprudence, ni de sa négligence.

La solution est différente au regard du préjudice subi par les parents. En effet, la faute du médecin (absence ou erreur de diagnostic prénatal) entraîne une limitation de la liberté de choix des parents, et plus particulièrement de la mère, d'avoir recours à une interruption médicale de grossesse, selon la loi de janvier 1975. C'est d'ailleurs à ce préjudice que se limite la juridiction administrative depuis l'arrêt du Conseil d'État du 14 février 1997 (Centre hospitalier régional de Nice c/ Epx Q. : la faute de diagnostic étant "la cause directe des préjudices entraînés pour M. et Mme Q. par l'infirmité dont est atteint leur enfant").

On peut se demander si la Cour de cassation n'aurait pas voulu, en réalité, réparer le fait d'être né avec un handicap. Or, si la loi permet à la femme de mettre un terme à sa grossesse dans des conditions bien définies lorsqu'il s'agit de causes médicales, elle ne prévoit pas pour autant une sélection des personnes évoquant une dérive eugénique. Le handicap étant consubstantiel à la personne de l'enfant qui n'avait pas d'autre alternative que de naître handicapé ou de ne pas naître du tout, c'est donc bien sa vie qui est considérée comme un préjudice réparable. La référence constante de la Cour de cassation à l'égard de la loi sur l'interruption de grossesse est éclairante à cet égard : outre la légitime

réparation pour la mère de la privation de choix, elle cherche systématiquement à préciser une sorte de pronostic médical rétroactif afin de déterminer si l'enfant aurait ou n'aurait pas pu "bénéficier" d'une interruption de la grossesse. En somme, selon la jurisprudence «Perruche», c'est l'enfant lui-même qui souffre du préjudice lié à l'impossibilité pour la mère d'avoir mis fin à sa grossesse, ignorant par la faute du médecin, que l'enfant qu'elle porte est atteint d'une malformation : ce qui revient à reconnaître que l'enfant handicapé souffre du préjudice de vivre, puisque, faute d'information, sa mère n'a pu interrompre sa grossesse, alors que la vie telle qu'elle se présente ne méritait pas d'être vécue.

Ainsi, peut-être à son corps défendant, la Cour de cassation laisse-t-elle entendre que l'inexistence est préférable à la vie handicapée, ce qui n'est "ni logique ni pertinent" comme l'énonce un récent arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 22 octobre 2001 lequel, à la suite de celle d'Aix-en-Provence, s'oppose à la jurisprudence de l'Assemblée plénière. Pour notre part, nous estimons que nul n'est fondé à juger, en droit, de la légitimité des vies humaines.

La jurisprudence «Perruche» présente donc deux anomalies de droit, d'une part en considérant un lien entre la faute et le handicap, lien qui n'existe pas, et d'autre part en réparant un préjudice qui n'est pas indemnisable : la vie. Plus grave, elle avalise l'idée que l'interruption de la grossesse aurait été choisie systématiquement par la mère si elle avait su. Une probabilité se transforme en une certitude absolue et l'interruption de grossesse devient alors une règle admise *a posteriori*.

Outre ces points qui ouvrent une grave dérive de notre droit, une telle jurisprudence en matière de responsabilité médicale conduit nécessairement à plusieurs effets pervers.

D'abord, il faut bien reconnaître que l'action de vie dommageable heurte de plein fouet le principe d'égalité car elle multiplie les discriminations entre des personnes qui ont objectivement les mêmes besoins. D'une part, elle ne sera pas ouverte aux enfants nés dans les hôpitaux publics, le Conseil d'État se refusant à accueillir ce type d'action. D'autre part, ne bénéficieront d'une indemnisation que les handicapés qui peuvent invoquer une faute médicale et dont, paradoxalement, les parents auront exprimé le regret qu'ils soient venus au monde en leur faisant dire qu'ils auraient mieux fait de ne pas être là. Si l'on doit distinguer entre les enfants qui auraient pu subir un avortement pour cause de détresse et ceux qui ont échappé à l'avortement médical, les premiers qui pourraient être indemnisés quelle que soit la gravité de leur handicap seront mieux traités que les seconds pour qui tout découlera de l'appréciation de la gravité du handicap par les juges du fond, appréciation qui pourrait diverger d'une juridiction à l'autre. L'injustice au cœur de l'arrêt suscitera ainsi des discriminations difficilement acceptables pour les intéressés qui comprendront mal en quoi ces critères sont pertinents pour rejeter une indemnisation accordée à d'autres.

Les parents qui ont fait le choix d'élever un enfant avec un handicap connu ou non et qui, à ce titre, mènent un combat quotidien ne peuvent qu'être choqués qu'il y ait visiblement avantage à être né d'une erreur médicale et contre le souhait de ses géniteurs. Le comble serait qu'il leur soit reproché de n'avoir pas exercé l'action de leur enfant en méconnaissance de l'article 389-5 du code civil et de lui avoir ainsi causé un préjudice. On peut légitimement se demander si, en regard de la liberté d'interrompre sa grossesse pourrait persister la liberté de la poursuivre sous peine de risquer une action ultérieure en justice. **Ce sont les effets pervers d'inégalité.**

Ensuite, la Cour de cassation ne s'est toujours pas exprimée sur le caractère réparable du préjudice de l'enfant qui suppose que celui-ci a perdu quelque chose (mais qu'a-t-il perdu ?) et qu'il était titulaire, au stade fœtal, d'un droit subjectif qui a été violé. Il ne peut s'agir que du droit de ne pas naître, ce qui va à l'encontre du simple bon sens puisque la vie, même si elle n'est pas un bienfait, est donnée à chacun d'entre nous et qu'il est impossible de choisir de ne pas venir au monde. En réalité, si l'enfant est dans un état dommageable, il n'a pas été victime d'un état dommageable imputable à un tiers. Quant à l'évaluation du préjudice, elle est tout aussi problématique puisque l'avantage pour l'enfant aurait été d'être avorté. Les juges devront donc comparer la vie handicapée à l'inexistence qui, par définition, n'est pas évaluable ou alors définir juridiquement des critères de normalité qui seront forcément arbitraires. D'autant que l'étendue du préjudice indemnisable qui, selon l'arrêt du 28 novembre 2001, ne se limite pas au préjudice matériel qu'est le handicap, mais peut s'étendre au préjudice moral, voire esthétique, pose le problème des limites des demandes en indemnisation de personnes handicapées et des notions mêmes de handicap et de normalité. **C'est l'effet pervers de normalité.**

Enfin, la jurisprudence « Perruche » a des effets directs sur l'exercice du diagnostic prénatal par les médecins désormais tenus pour responsables du handicap par erreur ou insuffisance de diagnostic.

Les médecins s'orienteront vers la cessation de ce type d'activité. Le risque de fermeture de services d'échographie existe et se vérifie déjà dans la réalité. Outre le souhait de ne pas être engagés dans des actions en justice, ils seront, pour tous ceux exerçant en secteur 1 à honoraires fixés, dans l'incapacité d'assumer les surcoûts considérables des polices d'assurance déjà multipliées par un facteur 4 en peu de temps. Seuls les praticiens exerçant en secteur à honoraires libres pourraient éventuellement poursuivre leur activité en augmentant d'autant leurs tarifs, ce qui conduirait inévitablement à une médecine à deux vitesses. **C'est l'effet pervers d'inéquité.**

Les médecins pourraient également, afin de dégager leur responsabilité, développer la notion de doute après tout examen chez une femme enceinte laissant la femme seule devant ses responsabilités. L'IVG deviendrait ainsi le recours au maléfice du doute. **C'est l'effet pervers du doute.** Dans tous les cas c'est un désengagement obligé des médecins qui risque d'être, pour le coup, préjudiciable aux femmes enceintes.

On voit bien le caractère insupportable d'une telle évolution de notre droit. En effet, à partir du moment où le préjudice indemnisé est une vie qui, selon les requérants, ne mérite pas d'être vécue, il est alors nécessaire de se demander ce qu'est une vie qui mérite de l'être : définition qui ne peut être donnée sans tomber dans des considérations de type eugénique. Il s'agirait bien de définir à partir de quand un handicap est considéré comme réellement préjudiciable : aujourd'hui, il s'agit de handicap lourd, mais demain un pied-bot, un membre manquant, un bec-de-lièvre, un sexe qui ne correspond pas à l'état psychologique... Tous ces phénomènes pouvant constituer des troubles dans l'existence tels qu'ils constituent, si on en croit la jurisprudence actuelle, un préjudice indemnisable.

En réalité, la grande question à laquelle la Cour de cassation a été confrontée, est l'accueil des personnes handicapées dans notre société. En effet, loin de penser que la Cour de cassation se situe dans une perspective eugénique, il semble que la Haute juridiction n'a pas souhaité laisser ces personnes handicapées sans ressources sûres, les mettant grâce à une indemnité élevée à l'abri de toutes difficultés financières. Il semble même qu'elle appelle ainsi de ses vœux à une amélioration de l'accueil des handicapés dans notre société. Dès lors le législateur ne peut pas ne pas se sentir interpellé.

Comme le Comité consultatif national d'éthique, dans son avis du 29 mai 2001, nous appelons à une mise en œuvre *“ du devoir impérieux de solidarité de la société, en particulier en faveur des plus malheureux de ses membres... Ce devoir social doit s'appliquer sans distinction à ceux qui en ont besoin, sans préjudice des circonstances à l'origine du handicap ”*. Ce sort de la personne handicapée ne doit pas dépendre d'une éventuelle responsabilité humaine, quitte à ce que celle-ci soit en parallèle recherchée, mais il doit être assuré indépendamment d'elle, comme la manifestation de la responsabilité collective de la société envers ses membres fragilisés, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui considère que *“ tout être humain... a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ”*.

Or, force est de constater, et ce malgré la loi en faveur des personnes handicapées votée en 1975 et qui constitue l'étape législative fondamentale à laquelle nous avons eu l'honneur de contribuer, que l'accueil des handicapés, malgré les efforts successifs, ne leur procure pas toujours des moyens convenables d'existence. La jurisprudence « Perruche » pourrait prétendre mettre la personne handicapée, sa vie durant, à l'abri des difficultés matérielles, en particulier en cas de disparition de ses parents.

Mais cette mise à l'abri ne peut se limiter à des cas exceptionnels : elle doit être généralisée à toutes les personnes handicapées, en recherchant des solutions concrètes et humaines aux difficultés des handicapés, confrontés non seulement à leur handicap, mais aussi souvent à l'isolement et à la souffrance. Doivent être ainsi dénoncés le déficit en places d'accueil dans des structures spécialisées, et notamment pour des personnes handicapées vieillissantes,

l'absence de structure d'accompagnement pour les familles qui choisissent de garder leur enfant handicapé à domicile et le montant de l'allocation offerte à la personne atteinte d'un handicap profond, équivalant à peine à un salaire, montant largement insuffisant pour couvrir à la fois l'investissement en temps d'une personne aidante et les frais engagés.

Il est aussi possible de s'interroger sur l'action en récupération de l'indu menée par les C.P.A.M. en cas de faute médicale, démontrant ainsi la réticence des caisses d'assurance maladie, qui représentent pourtant la solidarité nationale, à couvrir les frais liés aux handicaps.

Il apparaît, en définitive, que les règles du droit de la responsabilité civile qui n'est pas un droit de générosité ne sont pas adaptées aux besoins des personnes handicapées. La justice ne peut apporter de réponse qu'à des situations particulières. L'accompagnement des personnes handicapées est un problème de distribution sociale et d'intégration qui ne relève pas des tribunaux mais de la solidarité nationale. Cette meilleure prise en charge du handicap par la solidarité nationale permettrait aussi d'assurer aux parents une véritable liberté de choisir ou non de porter jusqu'à son terme une grossesse d'un enfant présentant des malformations. En effet, bien souvent, entre la solitude, la souffrance et les difficultés financières liées à la naissance d'un enfant handicapé et une interruption de grossesse, qui n'est jamais un acte facile, le choix est rapidement fait si les structures environnantes ne permettent pas d'assurer une prise en charge complète et humaine de l'enfant handicapé. C'est la société toute entière qui doit être redevable de l'accueil de la personne handicapée, et solidaire des parents qui ont fait ce choix, au-delà de toute faute médicale.

Un effort conséquent de la part des pouvoirs publics en vertu de la solidarité nationale doit donc être mené à bien. Mais en vertu de l'article 40 de la Constitution, il ne nous est pas possible de proposer à la représentation nationale une amélioration des prestations versées aux personnes handicapées. En revanche, il vous est proposé de constituer un Observatoire de l'accueil des personnes handicapées en France, chargé de présenter des propositions, visant à améliorer la prise en charge des personnes handicapées.

De plus, la jurisprudence de la Cour de cassation est précisée notamment par la considération de l'irrecevabilité d'une demande en indemnisation du fait de sa naissance, limitant le droit à réparation du handicap lorsque celui-ci provient directement d'une faute.

Pour tous ces motifs, nous vous demandons, Mesdames, Messieurs, d'adopter la proposition de loi suivante.

PROPOSITION DE LOI

Article premier

L'article 16 du code civil est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« Nul n'est redevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance.

« Lorsqu'un handicap est la conséquence directe d'une faute, il est ouvert droit à réparation dans les termes de l'article 1382 du présent code. »

Article 2

Il est créé, dans des conditions définies par décret, un Observatoire de l'accueil et de l'intégration des personnes handicapées, chargé d'observer la situation matérielle, financière et morale des personnes handicapées en France et de présenter toutes les propositions jugées nécessaires au Parlement et au Gouvernement, visant à améliorer la prise en charge de ces personnes.

JURISPRUDENCE PERRUCHE :

FAUT-IL LÉGIFÉRER ?

L'arrêt Perruche rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000 et confirmé à plusieurs reprises par la suite suscite une intense émotion et des débats passionnés.

Un enfant né handicapé peut-il demander réparation d'une faute médicale, qui, sans être à l'origine du handicap, a empêché sa mère d'exercer son droit de recourir à une interruption volontaire de grossesse ? En répondant positivement à cette question, la Cour de cassation a accueilli de manière spectaculaire l'action dite « de vie préjudiciable ».

La commission des Lois du Sénat, saisie de plusieurs propositions de loi tendant à mettre fin à cette jurisprudence et qui s'est saisie pour avis du projet de loi relatif aux droits des malades qu'elle examinera prochainement, a souhaité compléter l'information du Sénat sur une question qui ne peut laisser quiconque indifférent.

Elle a donc procédé le 18 décembre 2001 à des auditions publiques au cours desquelles se sont exprimés des professeurs de droit, l'avocat général de la Cour de cassation ayant requis dans l'affaire Perruche, des associations représentant les handicapés et leurs familles, enfin le président du comité consultatif national d'éthique.

Afin d'alimenter une réflexion qui pourrait conduire à une intervention prochaine du législateur, la commission des Lois a décidé de publier le compte rendu intégral de ces auditions.