

L'arrêt Perruche est-il scandaleux ?

Denis Salas *

Je vais intercaler mon propos entre le professeur de droit et l'avocat général de la Cour de cassation. Je vais donc me situer plutôt dans une logique de discussion avec leurs positions d'autant que, personnellement, je me situe sur un plan un peu différent.

Cet arrêt m'a passionné parce qu'il nous révèle, comme une sorte de laboratoire permanent, la place que le juge et le droit jouent dans notre société démocratique et médiatique. En particulier, je me suis beaucoup interrogé sur la construction de cette affaire comme un scandale moral, c'est le titre de mon propos, par un déluge de protestations, souvent d'ailleurs parfaitement fondées et légitimes, qui a envahi peu à peu tout l'espace intellectuel disponible. Évidemment, cette affaire met en jeu à la fois des affects, des implicites philosophiques et moraux majeurs. On a demandé pour la première fois à un juge, à la demande d'un enfant, si sa naissance est un malheur tel que la mort serait préférable ; c'est en quelque sorte la demande qui a été formulée, et plus encore, en lui promettant réparation à l'égard de la demande qui est fournie, qui est fondée sur une naissance injuste et préjudiciable. Alors, on n'est plus dans le domaine de l'avoir, les juristes connaissent bien le domaine de l'avoir et ils peuvent développer des techniques d'objectivation, d'équivalence dans la logique de la responsabilité civile. On est dans le domaine de l'être, et, là, on est dans une situation extrêmement difficile pour y répondre avec les instruments juridiques habituels. On a à la fois un scandale éthique, une aporie philosophique – naître ou ne pas naître – et un débat fondamental autour de qualité de la vie d'un côté, sacralité de la vie de l'autre, sans qu'on puisse très bien deviner les perspectives qui s'offrent à nous. Scandale moral, certes, mais aussi cas tragique, et j'insisterai beaucoup sur cet aspect des choses parce qu'il met en scène la souffrance de parents abusés par l'erreur médicale d'un côté, et de l'autre le danger, dont a conscience la Cour de cassation, me

semble-t-il, d'entrer dans une logique de réparation infinie, où on accepterait toute réparation d'un préjudice qui serait lié à la naissance. On a développé cette argumentation en développant la réalité d'un danger contenu dans cet arrêt, autour de la promotion d'une normalité du corps humain d'un côté, autour d'une dérive eugénique qui conduirait à sélectionner, par médecin interposé, les naissances, sans voir suffisamment que dans cet arrêt on ne peut pas, à mon sens, déduire qu'une vie humaine est nécessairement un préjudice à partir du moment où elle est préjudiciable, mais qu'autre chose se joue, et que l'argumentation la plus intéressante de la Cour de cassation est de dissocier les conséquences de cette naissance de la naissance elle-même. Mais, pour reconstruire ce raisonnement un peu opaque, même pour le juriste que je suis, il faut reprendre sa cohérence.

Le premier point du raisonnement, c'est la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse et la reconnaissance d'un droit à l'avortement à la mère affirmé comme étant une liberté inaliénable et qui n'a nullement pour pendant le droit à la vie de l'enfant. C'est la mère qui est sujet de droit dans cette optique. Dans le raisonnement que la cour propose, la liberté d'avorter n'a pu être exercée en raison d'une double faute médicale, celle du laboratoire d'analyse d'une part, qui a donné des examens erronés, et celle du médecin, qui n'a pas respecté son devoir de conseil. Donc il y a là le constat majeur d'une impossibilité d'exercer un droit fondamental, un droit fondamental et non

*Il convertit
une impossibilité
logique moralement
choquante –
réparer
une naissance
malheureuse –,
en un rapport
juridiquement
pensable de créance
et de dette,
et c'est le travail
du droit précisément
que ce travail
de conversion
du registre moral
dans un registre
juridique*

pas un droit subjectif. Le deuxième aspect du raisonnement de la Cour de cassation, c'est qu'il situe le préjudice non pas sur le terrain d'un handicap inné qui aurait une origine biologique, mais davantage, et c'est le sens de cet attendu elliptique, dans le registre d'une causalité contractuelle où le médecin n'a pas respecté ses obligations éthiques et professionnelles induites par le contrat passé avec le patient. On est donc dans le registre d'une causalité contractuelle. Surtout, le juge s'attache à dissocier l'idée que le préjudice est lié à la naissance et il refuse de se laisser enfermer dans une alternative paralysante entre un choix de naître ou de ne pas naître ; au contraire, il décide d'indemniser non pas la naissance préjudiciable mais les conséquences dommageables de cette naissance pour les parents et pour l'enfant. C'est là le point qui nous semble devoir être analysé, c'est-à-dire qu'il se situe sur le terrain du handicap et il convertit une impossibilité logique moralement choquante – réparer une naissance malheureuse –, mais il convertit cette impossibilité en un rapport juridiquement pensable de créance et de dette, et c'est le travail du droit précisément que ce travail de conversion du registre moral dans un registre juridique. C'est à ce travail de conversion que le juge s'attache en construisant cet outil juridique. Il a effectivement choisi de juger le drame humain, de trancher le drame humain, le cas tragique, et il refuse au fond de se laisser enfermer dans un débat qui lui semble abstrait et sans issue.

* Secrétaire général de l'Institut des hautes études.

Nous n'avons pas le temps de rentrer dans les détails juridiques sur la comparaison qu'on pourrait faire avec la position prise par le juge administratif ; venons-en aux questions éthiques qui me semblent sous-jacentes à cette affaire. Il y a un premier conflit éthique et c'est un laboratoire formidable que cet arrêt Perruche puisqu'on peut en tirer toute une série d'analyses sur les enjeux majeurs du droit et de la morale aujourd'hui, mais il y a un premier conflit éthique entre l'équité et la dignité, entre le souci d'une réparation équitable, d'un côté, et d'un autre côté la dignité des personnes. J'ai retrouvé un dossier de la revue *Esprit*, publié il y a à peu près un an, qui montrait l'oscillation permanente qu'exprime la personne handicapée entre, d'un côté, son corps qui ne répond plus à ses demandes, d'un autre côté, la revendication d'une différence comme étant la seule manière de se situer comme ayant une identité dans un rapport interpersonnel et par rapport à une société qui l'exclut. Ce rapport de la personne handicapée au regard de l'autre comme devant exprimer une identité est extrêmement fort et une partie du scandale moral de cet arrêt semble reposer sur ce point. Il a été dit à plusieurs reprises que cet arrêt était une insulte à la cause des handicapés. Mais l'effort tenté par la Cour de cassation est précisément de démontrer qu'elle a voulu, en réparant le préjudice qui lui a été soumis, respecter la personne humaine et sa vie handicapée en permettant à cet enfant de vivre au moins matériellement dans des conditions plus conformes à la dignité humaine. Donc, il y a là un effort pour aller dans le sens d'une réparation. Le monde du droit est le monde des équivalences imparfaites où on substitue en permanence les mots aux maux et l'argent au préjudice. Mais, dans ce monde des équivalences imparfaites, la Cour de cassation, le juge civil en quelque sorte, s'engage d'une manière extrêmement audacieuse en poursuivant une œuvre très importante qui est l'extension jurisprudentielle.

Il y a un deuxième débat entre les droits subjectifs : liberté d'avorter d'un côté et, de l'autre côté, le droit à naître normalement. Là, on peut être inquiet, dans la mesure où on ne peut pas accepter que le champ judiciaire soit en permanence consacré à une guerre sans fin entre les droits subjectifs et où demain verrait tout enfant insatisfait de sa naissance, mais aussi de son origine sociale ou d'une disgrâce quelconque, entrer dans l'arène judiciaire et dénoncer ses parents pour mettre en accusation leurs insuffisances. La Cour de cassation donne un argument important en évoquant un seul droit subjectif, pour elle prioritaire, qui est celui de la mère et son droit à l'interruption volontaire de grossesse. La cour essaie précisément de neutraliser cette compétition de droit subjectif, d'un côté, en situant un sujet de droit et pas deux, en l'occurrence, afin d'éviter que la dérive ne s'enclenche.

Troisième zone extrêmement inquiétante que nous dessine cet arrêt : est-ce que les frontières des responsabilités juridiques ne deviennent pas indéterminées et floues ? Est-ce qu'il n'y a pas une confusion entre la responsabilité morale, la responsabilité subjective et la responsabilité juridique ? Est-ce que nous n'allons pas vers une réparation sociale sans limite ? Est-ce qu'il n'y a pas un grave malentendu à sortir du lit de la causalité et entrer dans une dérive de responsabilités qui seraient effectivement à la fois infinies et totalement imprévisibles ? C'est un risque. Je crains un autre risque, c'est le fait que l'imaginaire de marché aujourd'hui envahisse tous les champs du service public, toute

notre approche du domaine des biens non marchands : la santé, la justice, l'école ; dans tous ces domaines qui relèvent non pas du marché mais d'une logique qualitative, on attend un produit parfait, on attend un service après-vente qui va assurer la réparation et les malfaçons et ensuite une responsabilité généralisée qui nous prémunira contre les défaillances du produit. C'est ce contexte qui a permis l'émergence de ce scandale moral à travers une démiurgie de l'imaginaire de marché, qui tend aujourd'hui à envahir notre champ de pensée. La dérive est forte dans la mesure où on pourrait imaginer que, demain, un enfant pourra toujours être tenté de faire payer à ses parents le prix de sa naissance. Ayant été un certain temps juge des enfants, je connais bien ce genre de tentations et il faut avoir beaucoup d'énergie pour éviter que cette logique ne s'installe dans le conflit familial et que le conflit ne se durcisse autour de cet enjeu de paiement intergénérationnel. Je crois qu'il ne faut tout de même pas entrer dans la logique de l'effet pervers auquel cet arrêt nous conduirait inévitablement. Nous devons nous souvenir que nous avons, dans le droit de la responsabilité civile, une logique forte qui est le traitement des inégalités et leur correction par l'équité ; c'est là un acte de justice fort. Il n'y a pas dans cet arrêt qu'une logique de la compassion qui trouverait à s'exprimer.

Pour terminer, je voudrais vous proposer trois réflexions sur les enjeux philosophiques et judiciaires de cette décision, parce qu'il faut, au regard de notre débat, voir les enseignements qu'il nous propose. La première réflexion vient du fait que cet arrêt nous montre à quel point la place de la justice et du juge change dans notre société, et le type d'interrogation philosophique qui lui est proposé. Dans cette affaire, on retrouve quelque chose qui est très fort aux États-Unis, où le juge a un rôle déterminant dans les cas difficiles, des cas éthiques contradictoires qui ne se donnent pas comme ayant une solution allant de soi, mais qui supposent précisément de sortir de la règle, de prendre acte qu'une règle est contradictoire, qu'une règle ne contient pas nécessairement la solution, qu'elle peut être aussi floue et complexe et que tout va reposer sur une sorte de sagesse pratique, de raisonnement casuistique dont la bonne réponse va se déduire du cas lui-même. C'est toute une interrogation qu'ont pu avoir un certain nombre de philosophes du droit américain et qu'on retrouve dans beaucoup de dilemmes des soignants aujourd'hui, et qui rapproche singulièrement le juge de cer-

Est-ce qu'il n'y a pas une confusion entre la responsabilité morale, la responsabilité subjective et la responsabilité juridique ? Est-ce que nous n'allons pas vers une réparation sociale sans limite ? Est-ce qu'il n'y a pas un grave malentendu à sortir du lit de la causalité et entrer dans une dérive de responsabilités qui seraient effectivement à la fois infinies et totalement imprévisibles ?

taines équipes soignantes. Au nom de quoi trancher, dans certains cas, quand il faut en permanence osciller entre le bien espéré et le moindre mal, entre le gris et le gris, entre le mal et le pire ? Il y a là une nécessité à dépasser les dilemmes moraux par une éthique du moindre mal qui est orientée par la visée d'un bien que propose aussi cette décision. C'est pour ça que ce qui me frappe, dans cette décision, c'est moins la compétition des droits subjectifs que l'on veut effectivement mettre en scène que l'aspiration à réfléchir nos décisions, nos dilemmes, dans des principes fondamentaux qui aspirent ces décisions sans pour autant épuiser notre interrogation et notre raisonnement. Dans cette affaire, en particulier, le choix d'une réparation équitable a été le principe inspirateur du juge, en attendant un dispositif plus satisfaisant d'indemnisation. Il y a dans ce registre des principes fondamentaux, une volonté pour le juge, une posture du juge, qui voudrait au fond renverser le reproche qui lui a été fait de mépriser la dignité de la personne humaine pour affirmer que, grâce à son aide, l'enfant pourra vivre au moins dans des conditions humainement acceptables. Il s'agit d'un compromis éthique fragile, certes, discutable, certes, mais un compromis qui est inspiré par l'équité. Le juge sait qu'indemniser ne répare rien mais que ne pas indemniser serait peut-être pire. L'argent n'offre qu'un miroir d'indifférence à la souffrance humaine et au mystère de cette souffrance, mais c'est la pauvre équivalence que peut proposer la justice dans ce type de cas. C'est là une première interrogation d'ordre éthique que me suggère cet arrêt.

Une deuxième interrogation, une deuxième réflexion est ce passage prégnant et déterminant d'un État-providence à un État judiciaire. On peut s'interroger sur ce divorce entre assurance et solidarité, mais il faut s'interroger sur le fait que l'État-providence laisse les plaintes des victimes orphelines d'un traitement réparateur et situe au fond le juge comme l'interlocuteur principal de ces plaignants. On a là une réponse judiciaire qui va stimuler évidemment l'individualisation de la demande, mais qui va être la seule qui sera proposée aux victimes afin d'obtenir une réparation. Voilà à quel point il y a une dépolitisation du débat, d'un côté, mais qui a pour envers une judiciarisation des demandes individuelles qui fait que la figure du citoyen solidaire qu'on connaissait dans notre État providentiel disparaît derrière celle du citoyen plaignant qui va être animé

d'une philosophie de l'indemnisation judiciaire. Là, nous sommes dans une évolution lourde parce qu'il y aura toujours des victimes, il y aura toujours des plaignants, il y aura toujours une demande, et elle viendra se porter de plus en plus vers le monde de la justice. Je rappelle simplement que l'absence d'une indemnisation satisfaisante de l'aléa thérapeutique a été à l'origine, par le juge administratif, de la création d'un régime de responsabilité sans faute dans le cas des établissements hospitaliers, ce qui montre bien à quel point le juge devient une sorte de substitut au service public et au législateur, et à quel point l'équité vient se substituer à la solidarité.

Une dernière réflexion enfin : il y a, dans cette affaire, une montée en puissance de ce qu'on pourrait appeler un orchestre médiatique : mise en scène de l'enfant-victime aux stigmates visibles de la maladie d'un côté, un juge méprisant à l'égard de

vis-à-vis de l'opinion publique. Mais il faudrait que nous nous interroguions sur l'argumentation qui a été suivie, la motivation qui a été tenue, le débat qui a eu lieu, qui est totalement invisible vu de l'extérieur, et également sur la nécessité pour le juge aujourd'hui, et je dirai le juriste en général, de convaincre les publics auxquels il s'adresse – pas seulement les professeurs de droit, pas seulement les juristes, pas seulement la presse, mais aussi l'opinion publique en général – de la qualité de son argumentation et de la lisibilité de ses décisions. Nous sommes devant un redoutable défi, il faut à la fois une transparence des délibérations, une



la cause des handicapés d'un autre, et une presse salvatrice qui donne la parole à tous ceux qui s'indignent de cette décision. Démocratie d'opinion, donc, qui change la donne du débat éthique et qui inscrit les prises de position de part et d'autre qu'elle seule distribue dans cette affaire. On est frappé de la difficulté qu'a eue la Cour de cassation pour exprimer sa position, pour la rendre lisible, et pour donner à voir le sens de son argumentation. Il a fallu commenter de manière assez laborieuse une motivation extrêmement faible dans le caractère elliptique de ces décisions, d'une très grande pauvreté contrastant avec le débat très riche, interne à la juridiction, qui a opposé M. Sargos et M. Sainte-Rose. Mais le débat externe a-t-il eu lieu ? Je ne le pense pas, et en même temps, il n'y a pas eu restitution d'une discussion dont on a pu penser qu'elle a été difficile et houleuse au sein de la juridiction suprême. Cela a donné le sentiment, dans l'opinion publique qu'il y avait une prise de position provocatrice. Je pense que cet arrêt nous montre à quel point l'absence de motivation substantielle, réelle, l'absence de lisibilité du débat et aussi des opinions dissidentes, l'absence de lecture par la Cour de cassation elle-même et par l'opinion publique qui en est destinataire, me semblent devoir nous interroger sur les prises de position et sur l'attitude au fond de cette juridiction suprême à l'égard de ses devoirs

lisibilité des argumentations et des motivations, qui sont désormais consécutives de l'acte de juger ; j'ajoute également qu'il faut aussi que le juge convainque autrui, mais se convainque lui-même du rôle qu'il joue dans une société démocratique, et ce n'est peut-être pas forcément le plus aisé pour lui.

Débat après l'intervention de Denis Salas

Jerry Sainte-Rose (avocat général à la Cour de cassation) : Quelques mots pour resituer le débat, pour l'avoir vécu d'assez près, bien que je n'aie pas participé comme avocat général aux délibérés de l'assemblée plénière. La question qui prévalait, selon moi, est que la Cour de cassation a voulu assurer à tout prix l'indemnisation de l'enfant Nicolas Perruche et elle a statué, peut-être davantage – je prends la responsabi-

La Cour de cassation a voulu assurer à tout prix l'indemnisation de l'enfant

Nicolas

Perruche

lité de le dire – en équité qu'en droit, et je ne suis pas absolument sûr que la réflexion a été menée jusqu'à son terme, s'agissant de toutes les implications, de toutes les conséquences de cette décision. La Cour de cassation, dans son souci compassionnel, n'a pas hésité à bousculer les cadres traditionnels de la responsabilité civile. Prenez les fautes, bien entendu, elles ne sont pas contestées, elles n'étaient pas discutées devant la Cour de cassation, mais ces fautes constituaient un manquement au devoir d'information, dont seuls les parents étaient destinataires. On s'est servi de ces fautes pour fonder la responsabilité du médecin vis-à-vis de l'enfant. Monsieur Salas a évoqué, à juste raison, la rédaction de l'arrêt Perruche, pour lequel personnellement je n'étais pas d'accord sur le fond et que j'ai trouvé fort emprunté et embarrassé. En réalité, qu'a fait la Cour de cassation ? Elle a déduit la responsabilité du médecin vis-à-vis d'un enfant de la responsabilité du médecin vis-à-vis de la mère. Nous sommes dans un cas de responsabilité indirecte qui n'est pas usuel. Je reviendrai sur une réflexion qui a été faite sur la déclaration d'intention de la mère. Elle a été considérée comme intangible par la Cour de cassation, alors qu'il ne s'agissait que d'une simple déclaration d'intention. Sommes-nous certains que la mère aurait été jusqu'au bout de son projet abortif ? Il y a une forte probabilité en ce sens, mais quelle certitude ? Nous en arrivons à enfermer la femme dans le piège de ses propres déclarations, en ce sens que nous lui retirons toute possibilité de renoncer à avorter alors qu'elle est libre de le faire jusqu'au dernier moment. C'est une sorte d'atteinte, à mon avis, à la liberté de la femme. Je ferai aussi une observation qui n'a pas été faite par beaucoup de commentateurs. L'affaire Perruche a été traitée comme un cas particulier d'avortement dit de détresse ou de convenance ; certes, l'intervention médicale s'est située dans les débuts de la grossesse, l'assemblée plénière a estimé que la déclaration de la femme faisait foi de sa volonté et qu'il n'y avait même pas lieu de tenir compte des procédures informatives prévues par la loi en matière d'avortement dit de détresse, que l'on pouvait s'en tenir à cette déclaration. Les fautes médicales, je le répète, étant intervenues dès le début de la grossesse, nous étions donc dans la situation, j'allais dire, idéale de l'avortement de convenance. Mais est-ce exact ? Si on réfléchit bien, c'est l'état de santé de l'enfant qui est en cause. En pareille hypothèse, la loi prévoit qu'à toute époque peut intervenir une interrup-

tion de grossesse dite thérapeutique. Dans ce cadre, est nécessaire l'avis conforme de deux médecins. Alors, je me demande là encore si on n'a pas forcé les choses. On a forcé non seulement le cadre de la responsabilité civile, mais aussi quelque peu sollicité la loi sur l'avortement afin de parvenir à un objectif qui était précis : indemniser à tout prix. La Cour de cassation n'a pas obéi à une logique de caractère politique, elle n'y a même pas pensé – c'est une confiance que je vous fais. J'ai été frappé par le fait que la plupart de mes collègues n'ont pas perçu, sur-le-champ, les conséquences de l'intervention de la Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne. Cela a été passé sous silence. C'est après coup, dans des discussions de couloir, que certains se sont dit, mais à quoi sert cette décision puisque c'est la Sécurité sociale qui va, si j'ose dire, rafler la mise ? Donc, l'indemnisation n'est qu'apparente, elle risque de ne rester que de principe. Je disais tout à l'heure à Monsieur le professeur Aynes que la facture de la Sécurité sociale s'élevait déjà à 5 millions de francs en 1998 et qu'elle s'est encore alourdie. Que restera-t-il de l'indemnisation qui sera peut-être accordée par la Cour d'appel de Paris au jeune Nicolas Perruche ? Je n'en sais rien. Je ne sais pas comment mes collègues vont réagir.

Une question qui n'a pas été abordée mais qui est tout de même intéressante est de savoir comment on va évaluer ce préjudice. Évaluation de ce préjudice par rapport à quoi ? Par rapport aux normes habituelles ? Certainement pas ! Nous ne sommes pas dans le cadre d'un accident de la circulation dont serait résultée par exemple une infirmité, la perte d'un membre, ou que sais-je ? La situation tout à fait inédite pour les experts médicaux qui seront consultés, la situation consistera à comparer l'état actuel de l'enfant à son inexistence. Je plains les experts médicaux qui auront à faire ce genre de calcul. En tout cas, bien d'autres considérations peuvent entrer en ligne de compte. Mais je dis que la volonté était d'indemniser à tout prix et en sortant au besoin du cadre de la responsabilité civile. On ne s'est pas trop interrogés, Monsieur le professeur Aynes, sur le préjudice. J'avais abordé la question timidement, en disant simplement que, de mon point de vue, l'enfant était dans un état dommeable, c'est incontestable, mais qu'il n'avait pas été victime d'une atteinte portée par un tiers. Voilà le résultat un peu sommaire que j'avais retenu et qui n'a pas emporté la conviction. La folie réparatrice a tout balayé et je crois que, dans le débat, un certain nombre de considérations juridiques ont été totalement perdues de vue. Alors nous essayerons, le 6 juillet prochain, puisque je suis encore l'avocat général, de tirer parti de tout ce qui a été dit aujourd'hui, afin de reconstruire peut-être des conclusions plus pertinentes, plus convaincantes, plus efficaces, je l'espère. Mais le risque est redoutable de voir que l'assemblée plénière va être composée exactement comme le 17 novembre 2000, à une exception près ; le risque, c'est que mes collègues ne veuillent pas se déjuger. Pourtant, les situations sont un peu différentes et je voudrais avoir l'éclairage et de la salle et d'abord des professeurs de droit ; les situations sont un peu différentes parce qu'il sera difficile, cette fois, de s'appuyer sur les déclarations de la mère. Dans deux des affaires sur trois, la mère n'a rien dit. Et pour cause, elle ne pouvait pas savoir que son enfant serait né avec un bras ou une main en moins, rien ne permettait de le prévoir. Il y a une hypothèse dans un des trois cas, effectivement, la femme a déclaré qu'elle ne tenait pas à avoir un

troisième enfant si celui-ci devait être atteint d'une infirmité comme l'était son fils cadet. Alors bien entendu, il y a une déclaration de la mère. Mais cette déclaration – puisque nous sommes cette fois, indiscutablement, dans le cadre de l'avortement dit thérapeutique – ne suffit pas, me semble-t-il. La Cour de cassation va-t-elle passer outre l'avis médical en disant que si cet avis n'a pas été obtenu ni sollicité, c'est bien parce que la faute de l'échographiste qui n'a pas vu sur son écran que l'enfant Untel était atteint d'une malformation, n'a pas permis de mettre en route, si j'ose dire, la procédure d'avortement thérapeutique ? On peut aller très loin dans ce système, et avec la thèse de l'équivalence des conditions, qui est défendue par votre collègue M. Jourdain, on va très loin, parce que, après tout, qu'est-ce qui interdira à l'enfant d'imputer plus tard au médecin tous les malheurs de sa vie, à ce médecin qui l'a laissé naître infirme ? Il connaîtra peut-être des déboires sentimentaux, des déboires dans son travail, des déboires de toute sorte ; alors, pourquoi ne pas rechercher la responsabilité du médecin ? J'arrête là pour l'instant mon propos. Nous pouvons reprendre la discussion intéressante amorcée par M. Salas sur le plan éthique.

Danielle Moyse : Il est incontestable, parce que d'abord on ne va pas prêter aux gens des intentions qu'ils n'ont pas forcément et que la situation est suffisamment confuse pour qu'on ne donne pas en plus dans le procès d'intention – que l'intention qui anime la Cour est de faire quelque chose de bien, d'indemniser, de faciliter au quotidien la vie de l'enfant. Mais, quant à la dignité de cet enfant ou des personnes handicapées en général, on voit tout de même assez mal comment on pourrait fonder l'affirmation d'une dignité sur l'indemnisation du fait qu'on n'a pas été avorté ; c'est tout de même de cela qu'il est question. Et d'ailleurs, les personnes handicapées ne s'y sont pas trompées puisqu'au lendemain de l'arrêt, Jean-Luc Simon, qui est président du Groupement français des personnes handicapées, a, de façon très réactionnelle mais significative, lancé sur Internet un petit encart qui finissait par « Nous voulons vivre ». Il est tout de même évident que cet arrêt est une présupposition du désir de mourir obligatoire de la personne handicapée. Je ne peux que souscrire à l'impossibilité de reconnaître un droit subjectif de l'enfant à naître ou ne pas naître, impossibilité que j'ai dit dans mes mots de philosophe dans la revue *Esprit*, où j'ai essayé d'expliquer effectivement qu'il y avait présupposition d'un sujet antérieur à lui-même

et portant plainte contre sa propre vie, ce qui est un délire de toute-puissance qui s'inscrit dans tout un contexte. Je crois qu'il faut y ajouter que, en plus, ce droit n'est pas revendiqué par l'enfant lui-même. L'enfant ne dit rien. Il y a donc là une présupposition qu'il veut forcément mourir et les personnes handicapées que je connais prennent cela extrêmement mal. Évidemment, on peut les comprendre.

Jerry Sainte-Rose : J'ai lu avec beaucoup d'intérêt l'article que vous avez publié dans la revue *Esprit* et je me propose de citer vos propos dans mes conclusions à venir. Mais votre question sur la dignité est tout à fait intéressante. Je crois qu'il y a une confusion sur la notion de dignité au niveau de la Cour de cassation. La dignité telle qu'elle figure dans l'article 16 du Code civil, telle qu'elle figure dans la Constitution ainsi que la lit le Conseil constitutionnel, la dignité, qu'est-ce que c'est ? C'est l'appartenance au genre humain. Ce n'est rien d'autre. C'est l'appartenance à l'humanité. Et le risque, le danger, est de voir les handicapés en tant que tels exclus de la communauté humaine. Voilà ce que le Conseil constitutionnel entend par dignité. La Cour de cassation a une conception tout à fait différente de cette notion. J'allais dire que, sous l'impulsion de son rapporteur, elle en a fait un équivalent de qualité de vie. C'est la qualité de vie qui prime, d'où l'indemnisation, ce qui est peut-être louable d'une certaine manière, mais ce n'est pas la reconnaissance de la dignité de l'être humain en question. Cette indemnisation était destinée à assurer une meilleure manière de vivre à l'enfant handicapé. En réalité, cette conception très particulière de la dignité, confondue avec la qualité de la vie, aboutit à constituer des seuils de qualité de vie, donc, par là même, à discriminer les handicapés, physiques ou autres, à établir une sorte de discrimination qui joue en leur défaveur. Au fond, en termes de droits fondamentaux, il n'est pas évident que la solution soit juridiquement condamnable. Elle respecte notamment le principe de dignité de la personne humaine. Mais le souci indemnitaire l'a emporté, le besoin indemnitaire a fait tout céder, il n'y a plus de limite et c'est pourquoi il est à craindre qu'en face du besoin indemnitaire, même les liens familiaux ne résistent pas et qu'un beau jour – cela s'est fait en Australie – un enfant réclame à ses parents le préjudice résultant du fait qu'il est en vie. Cela peut arriver, la liberté de la femme qui est invoquée contre cet argument me paraît être un piètre

Quant
à la dignité
de cet enfant
ou des
personnes
handicapées
en général,
on voit
tout de même
assez mal
comment
on pourrait
fonder
l'affirmation
d'une dignité
sur
l'indemnisation
du fait
qu'on n'a pas
été avorté

argument. En fait, la liberté de la femme est mise à toutes les sauces. Elle est utilisée pour créer en quelque sorte un droit de l'enfant à ne pas naître, et à l'utiliser ensuite pour dire que la liberté de la femme lui permet de faire ce qu'elle veut, donc qu'elle n'aura jamais de compte à rendre à son enfant. C'est très étonnant, comme raisonnement.

Denis Salas : C'est vrai, mais c'est en même temps tout le pivot de l'argumentation de la Cour de cassation, qui, pour ne pas basculer dans une compétition infinie des droits subjectifs, pose cette liberté comme étant le point d'ancrage à l'égard d'un droit objectif. Première remarque, pour répondre à la question sur la dignité : je ne suis pas convaincu que les catégories du droit civil et de la responsabilité aient été si malmenées que cela. Je ne suis pas un spécialiste, mais en même temps, j'observe l'évolution du droit de la responsabilité civile depuis deux siècles, en particulier sous l'influence de ce qu'on pourrait appeler un récit jurisprudentiel d'indemnisation fort, qui tend à faire du droit civil aussi un droit social, aussi un droit qui tente de réparer, au nom de l'équité, des situations inégales. C'est un ressort profond de notre droit qui n'est pas fait sous l'influence du législateur, qui est fait sous l'influence du juge parce que le juge est confronté le plus immédiatement possible à la demande des plaignants qui viennent effectivement étendre de plus en plus ce champ. Alors on peut avoir l'inquiétude, comme l'a dit avec force Jean Carbonnier, qu'il y ait une sorte d'envahissement de la responsabilité morale qui vienne faire exploser la responsabilité civile. C'est vrai, mais il me semble tout de même que, dans cet arrêt, dans cette jurisprudence, il y a des paramètres moraux comme l'équité qui effectivement sont insaisissables, mais en même temps expriment un principe qui inspire l'attitude du juge à l'égard de sujets vulnérables, un principe qui n'est pas à mon avis compassion pure, qui est aussi volonté de réparer. Qu'est-ce que la justice, d'un point de vue anthropologique, si ce n'est réparer le mal ? J'interroge les spécialistes sur ce point. Je veux dire que la justice est aussi entrée dans une démarche de réparation du mal subi, Ricœur l'a dit bien avant nous. Elle mobilise des ressources imparfaites et qui ne sont jamais équivalentes au mal qui a été subi, et en même temps c'est sa vocation première. Alors là, je crois qu'il faut faire attention à ne pas enlever à la justice cette fonction anthropologique parce que c'est le sens même de sa vocation, même si elle est effectivement – et je suis d'accord avec vous – très discutable d'un point de vue de la dignité.

Nathanaël Majster : Si le rôle de la justice est de réparer le mal, comme tu viens de le dire, la difficulté qui se pose immédiatement va être de penser qu'il y a un auteur à tout mal. C'est-à-dire, comment venir situer une causalité attribuable et identifiable.

Denis Salas : Nous ne sommes pas au pénal. Il n'y a pas un auteur qui serait les médecins, assignés au pénal comme des bourreaux dont, effectivement, pour reprendre ta catégorie de tout à l'heure, les victimes seraient effectivement elles-mêmes victimes, si je puis dire. Donc, nous sommes au civil avec des catégories différentes.

Laurent Aynes : Pénal ou civil, ce n'est pas vraiment la question parce que dans le mécanisme de la responsabilité civile, il y a l'attribution du dommage à une faute individuelle. Donc même

cette attribution a une cause qui tient à une défaillance humaine, c'est le cœur même de la responsabilité civile. Pas seulement pénale. L'objectif de la responsabilité pénale est de punir, mais même pour réparer on a plusieurs voies, et la voie qui est choisie ici, c'est la voie de la responsabilité, qui implique qu'on trouve quelque part une défaillance, une faute, de quel qu'un. J'ai admiré votre exposé car, effectivement, c'était difficile, mais vous l'avez pris d'un point de vue plutôt sociologique et, là aussi, il y a des choses très intéressantes. Simplement, il y a une chose sur laquelle vous êtes revenu, que disent beaucoup de ceux qui ont inspiré cette décision, qui l'approuvent, c'est cette distinction entre l'indemnisation de la naissance préjudiciable et l'indemnisation du préjudice constitué par le handicap. Effectivement, on voit la Cour de cassation qui essaie absolument de dire : mais ce n'est pas la naissance handicapée, c'est le handicap. J'avoue que je ne comprends pas parce qu'il me semble que c'est un véritable sophisme. Parce que, qu'est-ce que vous lui reprochez ? Vous ne lui reprochez pas son handicap, au médecin, naturellement ; le médecin n'est pour rien dans le handicap lui-même. Vous dites : vous n'avez pas permis de prendre le remède qui aurait empêché ce préjudice. Qu'est-ce que c'est, ce remède ? C'est de supprimer la vie. Alors, on peut nous dire : je ne répare pas la naissance, je répare le handicap. Mais enfin, c'est fou, c'est exactement la même chose, dès lors que le seul remède possible contre ce handicap, c'était la suppression de la vie. Par conséquent, on peut dire : moi, je ne m'attache pas à la vie mais au handicap qui est dans cette vie. Je ne pouvais pas empêcher ce handicap sans empêcher la vie. Je vous reproche de ne pas avoir empêché la vie. C'est ça, la réalité concrète. Ça, c'est la première chose.

Deuxième point, la dignité. La dignité, effectivement, fait partie de ces principes qu'on peut utiliser pour ou contre. Les uns se réclameront de la dignité pour obtenir telle décision, et les autres, de cette même dignité pour obtenir la décision contraire. D'abord, je ne suis pas sûr que la dignité au sens juridique du terme ait eu quelque chose à voir dans cette affaire. Mais si on veut absolument parler de dignité, il me semble que ce qu'on appelle dignité et qui devient une espèce de valeur qui coiffe l'ensemble des droits extrapatrimoniaux, c'est la possibilité pour l'individu de ne pas être traité comme une chose ni comme un animal. La dignité humaine, qui vient au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, ce principe de dignité humaine, c'est ce sentiment, cette conviction qu'il y a dans l'homme quelque chose

L'arrêt viole le principe de la dignité humaine, parce qu'il conduit à dire que pour un être humain, sa vie peut être considérée comme un préjudice susceptible d'une indemnisation

qui ne figure pas dans l'animal ni dans la chose. Et la dignité est en cause toutes les fois qu'on maltraite l'homme – ça va des traitements dégradants à l'exploitation abusive de son image –, toutes les fois qu'on nie en lui ce qu'il a d'humain, c'est-à-dire qu'on le traite, même avec son consentement, comme une chose ou comme un animal. C'est là vraiment où la dignité est en cause. Mais, justement, cette dignité repose sur la conviction qu'il y a dans l'être humain quelque chose qui n'est pas dans le monde des choses, c'est-à-dire qui ne peut pas être traité comme un pour-soi – c'est une fin en soi, l'être humain – qui renvoie à ce fameux mystère dont on parlait tout à l'heure. Là, la dignité est vraiment en cause. Sous cet angle, je crois que l'arrêt viole le principe de la dignité humaine, parce qu'il conduit à dire que pour un être humain, sa vie peut être considérée comme un préjudice susceptible d'une indemnisation. C'est-à-dire qu'il nie ce qu'il y a d'exceptionnel, d'unique dans l'individu, fût-il handicapé. Et c'est dans ce sens que si on veut parler de dignité – personnellement, je n'en aurais pas parlé –, elle conduirait plutôt, semble-t-il, à dire qu'il y a bien à l'égard de l'être humain une impossibilité absolue qui tient au fait qu'il doit être traité comme une fin en soi ; c'est la conception kantienne de la dignité qui inspire tous ces textes, qui est de dire : sur sa vie, sur le principe de sa vie, n'y touchez pas. C'est une chose à l'égard de laquelle il est impossible de porter un jugement.

Denis Salas : C'est aussi toute la difficulté de contractualiser, de laisser à la disposition des sujets libres un certain nombre de biens qui sont inappropriables. C'est d'ailleurs ce qu'avait décidé une des cours qui avaient statué antérieurement, je trouve cette motivation très juste : « Si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de la vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques. » On voit bien là, inscrite dans la décision, la dignité humaine.

Simplement, sur votre première interrogation, je suis en désaccord, parce qu'il y a toute une jurisprudence administrative qui distingue bien le handicap inné du handicap provoqué, afin de bien marquer les zones du réparable et de l'irréparable.

Laurent Aynes : Oui, je sais bien, j'ai lu ça dans votre article,

c'est une autre question. C'est la fameuse question de l'erreur médicale qui cause le handicap au cours de la grossesse. Alors nous sommes dans un secteur complètement différent. Là, on peut dire que le fœtus a une intégrité. Il a en lui-même un droit subjectif à l'intégrité qui est violé par l'erreur médicale. On est dans un tout autre secteur. Ici, j'entre dans un domaine très classique de responsabilité civile. Il est conçu de manière intègre, voilà qu'un événement, une faute, cause un dommage à son intégrité, moi je suis tout à fait à l'aise pour dire : il y a un problème de responsabilité, c'est sûr. Ça c'est tout à fait autre chose. Mais parce que fondamentalement, son intégrité physique est bien un de ses droits subjectifs.

Catherine Labrusse-Riou : Je voudrais revenir sur un point concernant justement la signification vraiment différente d'une prise en charge du malheur par le jeu de la solidarité nationale et dans le cadre d'un véritable contrat social, et cette même prise en charge par le jeu de la responsabilité. Vous évoquez effectivement un mouvement sociologique de socialisation de la responsabilité individuelle, donc finalement une sorte de confusion des deux ordres. Il me semble quand même qu'il y a de grands risques à confondre trop, à ne pas voir finalement les arêtes qui permettent de distinguer les significations des deux ordres. On le voit très précisément dans l'affaire Perruche. Dans cette affaire, la réparation de l'enfant est subordonnée à la décision ou à la légitimité d'une interruption volontaire de grossesse. Dans toutes les hypothèses, il faut s'interroger sur la question de savoir si l'enfant devait ou ne devait pas accéder à la naissance. Dans un système de solidarité, on ne se pose pas ce genre de question. Jamais cette question ne pourrait être posée. L'enfant est là dans un certain état, il faudra bien effectivement établir des critères au regard desquels des allocations plus substantielles de prise en charge lui seront dues, mais on n'a pas à se poser la question : « Aurait-il dû ou aurait-il été possible ou légitime de le supprimer ? » Donc, il y a là quelque chose de fondamentalement différent qui fait que la société n'a pas à se poser la question de la légitimité de l'existence de l'enfant dans un système de droit social. Tandis que là, en matière de responsabilité civile, dans la mesure où tout est articulé à l'interruption de grossesse, on est obligé de se poser une question qui, à mon avis, est une question folle pour le droit. L'opposition n'est pas simplement entre équité et dignité, elle est aussi à travers le choix du système juridique par lequel la prise en charge du malheur sera assurée. C'est une question fondamentale d'égalité entre les enfants handicapés au regard de l'ensemble du système social. Ceux qui auraient pu ou qui auraient été avortés auront droit à indemnités et ceux pour lesquels on ne s'est pas posé la question et ceux qui sont en dehors du système, ceux-là n'auront droit à rien. Ça me choque profondément – indépendamment de la question de la dignité – sur le terrain précisément de l'égalité. Si on veut venir à la dignité, il me semble que le meilleur moyen pour le droit de consacrer implicitement la dignité, c'est justement de ne pas avoir de parole sur le sens ou le non-sens d'une vie humaine. Moyennant quoi, cette question est laissée complètement en dehors du champ du droit et, à partir du moment où on se pose la question de la légitimité de l'existence humaine, on pose une borne concernant le sens de la vie. Cette question, pour moi, ne doit pas entrer dans le champ du droit, précisément à cause de la dignité humaine, pour la laisser à la libre

conception de chaque individu. Ce n'est pas une question de droit, on voit qu'en juridicisant ces réparations par le biais du droit civil, cette prise en charge compassionnelle, qui est compréhensible dans un premier temps, amène le droit à tenir des propos qui sont en dehors de son champ de compétence et de légitimité.

Sandrine Jean-Calmettes : C'est une question qui s'éloigne peut-être du débat. Dans la pratique de pédopsychiatrie, le domaine de la protection à l'enfance est limité, notamment concernant les craintes de maltraitance pour un enfant à naître en tant que l'enfant à naître n'est pas considéré comme personne juridique, c'est-à-dire qu'on ne peut pas faire de signalement au juge des enfants parce qu'il n'est pas encore personne juridique. Donc, je ne comprends pas très bien comment, juridiquement, avant la naissance, peut exister la notion de préjudice puisque l'enfant à naître – c'est un être humain, certes – n'est pas encore une personne juridique.

Nathanaël Majster : C'est une question extrêmement intéressante, on est confronté en effet actuellement à une sorte de question inverse à celle de l'arrêt Perruche qui est celle de la réparation du préjudice causé aux embryons, notamment dans le cas d'accidents de la circulation. Peut-on reconnaître qu'un embryon est victime d'un homicide involontaire causé par un conducteur tiers, avec cette possibilité éventuellement de voir émerger un statut qui n'est pas celui de la personne juridique, mais qui est celui de l'être humain, du sujet de droit de l'embryon ? Alors là, le droit semble retrouver une vocation de protection de la vie humaine. Monsieur le procureur général ?

Jerry Sainte-Rose : Vous évoquez une affaire qui viendra sur mes conclusions, une fois de plus, en assemblée plénière, le 22 juin. Elle ne recoupe pas exactement celle qui nous occupe aujourd'hui. Il s'agit de savoir si un homicide involontaire peut être commis sur un fœtus ou un embryon. La question est d'importance. Vous voyez bien que les enjeux ne sont pas seulement juridiques, mais aussi philosophiques, religieux, scientifiques, métaphysiques même, et pour répondre à la question qui a été posée tout à l'heure, je me place dans cette affaire sur le terrain du droit pénal. Bien entendu, il n'est pas question de dire que l'embryon ou le fœtus a la personnalité juridique qui ne s'acquiert selon la doctrine classique qu'au moment de la naissance. Pour moi, le droit pénal a vocation à défendre la vie humaine sous toutes ses formes. La vie humaine dès son

commencement, nous enseigne l'article 16 du Code civil qui est d'ordre public, auquel le Conseil constitutionnel a conféré une certaine valeur constitutionnelle en le rattachant au principe de dignité ; je pense que, à partir du moment où il y a une unité dans le développement de la vie humaine, à partir du moment où nous avons la certitude, non pas seulement juridique, mais scientifique, que la vie commence avec la fécondation, eh bien, la vie d'un embryon ou celle du fœtus doit être pénalement protégée.

Michel Thibaut-Cornillon : En ce qui me concerne, j'avais lu dans cet arrêt un peu autre chose, c'est-à-dire la tentative pour le droit de saisir une situation qui se généralise de plus en plus, c'est-à-dire l'intervention de tiers spécialisés dans la conception. Et je dis bien conception et pas seulement gestation. Dans la gestation, bien sûr, avec toutes les méthodes d'imagerie, etc, mais dans la conception, c'est-à-dire bien avant même la conception telle que nous la connaissons. Et que ce soit sous la forme du choix des donneurs, des fécondations in vitro ou, bientôt, du clonage. Pour moi, c'est une tentative presque désespérée dans les cadres du droit, dont les fondements sont enracinés de façon très profonde dans cette espèce de conception humaniste de l'animal rationnel ; tentative désespérée pour essayer de rendre compte de ce qui est, à mes yeux, un des événements les plus profonds, c'est-à-dire la montée en puissance des techniques dans tous les domaines, et particulièrement en ce qui concerne la reproduction, la conception. Et cette montée en puissance ne va pas du tout dans le sens du cadre de cet humanisme classique ; entre autres, elle repose des questions comme – là, je vais abandonner très vite cet aspect philosophique – la convocation à la vie. C'est-à-dire que, cette fois, des équipes médicales ou de biologistes interviennent avant même la conception. Alors, il y a peut-être à réfléchir sur le statut des équipes médicales dans la conception et dans la gestation. Pour terminer simplement sur cette idée que tous les travaux qui sont faits, toutes ces choses dont nous discutons, sont du point de vue pratique, pour les gens qui le vivent, tout à fait importantes ; et, pour nous, se pose toujours de façon lancinante la question de savoir ce qu'on contrôle. Comment on régule une activité humaine qui, en tout cas en biologie, a pris une véritable accélération ? Voilà. Il ne s'agit en aucune manière de proposer des réponses, mais, à mes yeux, ce que cet arrêt Perruche, à travers toutes

À partir
du moment
où on se pose
la question
de la légitimité
de l'existence
humaine,
on pose
une borne
concernant
le sens de la vie

ces difficultés et ses contradictions, laisse apparaître, c'est la confrontation transversale, la traversée transversale à l'intérieur du droit d'une puissance technique extrêmement difficile à contrôler.

Marcel Czermak : Je voulais juste poser une question pour aller dans le sens de M^{me} Labrusse-Riou. On sent bien la difficulté et l'extrême grand écart produit dans cette affaire entre d'un côté des principes fondamentaux, et d'un autre côté ce qui a été évoqué, dans cet arrêt, comme le subtil alliage d'une logique compassionnelle et utilitariste, cependant que la victime supposée verrait son indemnité reversée à une solidarité nationale, en défense cependant qu'elle aurait quelque part à indiquer une victime, qui serait donc laquelle ? J'imaginais que notre haute juridiction avait des fonctions en droit pur. Or, je découvre avec un certain intérêt quelque chose qui est à proprement parler dans l'ordre des mécanismes de défausse et d'esquive qui viennent prévaloir de façon généralisée dans toute la vie publique. À cet égard, on pourrait se demander si notre haute juridiction n'est pas elle-même prise dans une mécanique qui la mettrait en défaut dans sa haute fonction.

Jerry Sainte-Rose : La question est embarrassante. Comment vous répondre ? Je ne pense pas que d'une façon générale la Cour de cassation se trouve en difficulté, comme vous semblez le croire. Bien entendu, cette affaire Perruche était en or, ce qu'elle n'a peut-être pas immédiatement réalisé. Mais, dans la généralité des cas, le savoir-faire est là, même si nos décisions peuvent être discutées par des juristes professionnels. C'est vrai, nous ne sommes pas toujours confrontés à des situations de ce genre, mais je crains que nous ne le soyons davantage tous les jours, parce que aujourd'hui on demande toujours plus au juge. Le juge devient une espèce d'élément régulateur de notre société et toutes les défaillances humaines, toutes les souffrances humaines, tout ce qui est humain, vient à nous et nous n'avons pas toujours, bien entendu, la réponse satisfaisante, car nous ne sommes que des hommes.

Denis Salas : Je voudrais faire lien avec la question qui a été posée tout à l'heure sur la question de la réparation. Ne sommes-nous pas aussi victimes d'une conception exclusivement réparatrice ou indemnificatrice de la responsabilité, de la réparation ? La réparation n'est pas seulement une indemnité. C'est aussi tout le travail de rituel judiciaire qui permet effectivement – et c'est non négligeable dans ce type d'affaire – d'entendre un son, dans l'audience, de mettre des mots sur la souffrance, d'accompagner, pendant une séquence temporelle déterminée, un travail de deuil. C'est tout le passage du temps qui seul – un passé qui construit un avenir – se joue dans cette affaire. Je crois que la réparation, c'est aussi une reconstruction du temps du sujet, même si effectivement, dans les cas que vous évoquiez tout à l'heure, ça a été plutôt par une non-réponse, une forme de destruction. Donc, je crois qu'il ne faut pas oublier cette fonction de reconstruction à travers le partage du temps. Une deuxième chose sur la fonction du juge : je suis frappé de voir à quel point, aujourd'hui, l'audience, enfin le juge en général, est destinataire. On a parlé de l'embryon tout à l'heure et on sait à quel point le législateur n'a pas tranché cette question, à quel point ces questions indécidables au fond viennent comme une sorte d'ultime destination échouer dans

le champ judiciaire. Et là, on est coincé parce qu'on est obligé de construire des compromis fragiles qui permettent effectivement à la société de trouver des issues à cette indétermination des normes dans lesquelles nous sommes plongés les uns et les autres. C'est pour ça qu'avant de condamner trop rapidement l'arrêt Perruche, il faut tout de même lui rendre cet hommage d'avoir proposé un compromis fragile sur un amas de normes qui lui étaient transmises, qui relevaient de l'indécidable, compromis qui permet effectivement d'engager une démarche de réparation par rapport à une réponse purement négative qui nous permettrait de penser qu'elle est sur la voie d'une destruction du sujet, comme vous l'évoquiez tout à l'heure.

Laurent Aynes : Je voudrais dire un mot justement du rôle de la Cour de cassation. J'ai bien aimé votre intervention, que je crois fausement naïve, qui consiste à dire : mais enfin, le juge devrait appliquer le système juridique. Comment se fait-il qu'il bricole le système juridique et que nous sommes entrés dans le secteur des approximations, des compromissions ? Je voudrais simplement dire que, d'abord, nos concepts juridiques sont souvent des concepts mous ; je veux dire par là, la notion de préjudice, la notion de causalité, la notion de faute, sont par définition mobiles, variables. Il y a donc nécessairement dans l'œuvre du juge une dimension politique, de politique juridique. Il peut conserver la conception ancienne en présence d'un phénomène nouveau, mais il peut aussi dire : mon concept peut très bien se nourrir de cela. Le droit ne repose pas sur des concepts durs, fermés. Dans toute l'histoire de la responsabilité civile, on a vu périodiquement des décisions de la Cour de cassation qui étaient des décisions politiques qui ont ouvert de nouveaux espaces, par exemple, la réparation des accidents du travail avec l'apparition de la notion de responsabilité sans faute, responsabilité pour risque ; ça, c'est un arrêt de la Cour de cassation, et Dieu sait que ça a eu une importance considérable. En sens inverse, indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, c'est pour avoir refusé dans certains cas cette indemnisation que la Cour de cassation a provoqué l'intervention du législateur. Donc, cette matière est semée et je crois que ça tient à la nature du droit, de l'acte de juger et de la responsabilité civile, de carrefours qui sont des carrefours politiques où la Cour de cassation se trouve en face d'une bifurcation qu'elle peut prendre ou ne pas prendre ; je crois qu'on ne peut pas lui reprocher de la prendre. Nous,

juristes, nous sommes habitués à ces hésitations et à tout ce qu'il y a de politique au sens juridique du terme dans l'art de juger, notamment auprès de la Cour de cassation. Les grandes questions, les questions fondamentales, ne connaissent que des réponses en conscience et on pourrait dire, par exemple sur cette question de la définition de la vie, que la question s'est posée : comment se fait-il que les législateurs ne disent rien, se défaussent sur le juge ? C'est peut-être inhérent à la nature même de la question. On a du mal à imaginer que sur ces questions essentielles – qu'est-ce que la vie ? Quand commence-t-elle ? Qu'est-ce que la personne ? – il y a d'autres réponses que des réponses en conscience. Finalement, d'un point de vue social, c'est le juge, cette réponse. Parce que l'autre solution, ce sont les comités, le Comité national d'éthique, par exemple, qui, là aussi, ont du mal à donner dans la généralité, donnent un certain nombre de guides ; mais le cas appelle, sous ces questions fondamentales, une réponse en conscience au fond.

Nathanaël Majster : Il est d'ailleurs extrêmement frappant, Monsieur le professeur, sur cette question, que finalement les interventions des hommes politiques aient été relativement discrètes, mise à part une initiative qui était celle du professeur Mattéi et de Maxime Gremetz ; on n'a pas compté beaucoup d'interventions publiques et on peut se demander si, là encore, les hommes politiques ne préfèrent pas laisser le soin aux juridictions, à la juridiction suprême, voire au Comité d'éthique, de discuter et de trancher de ces questions éthiques, ce qui d'ailleurs serait une singularité française. Je lisais récemment la vigueur et la hauteur du débat qu'a pris en Allemagne la question de la révision des lois bioéthiques : on voit le président de la République s'opposer avec le chancelier Schröder dans des articles de très haute tenue, le chancelier lui-même acceptant un désaccord avec son ministre de la Justice et des débats qui ont une importance publique, où interviennent les intellectuels, les écoles, Habermas, etc., alors qu'en France on a l'impression qu'il s'agit de déléguer ces questions à des organes techniques et que le politique – est-ce que ça tient à l'Histoire ?... Il vaudrait la peine de voir pourquoi des questions comme ça sont laissées finalement à des organes techniques. Je rebondis sur ce que disait Denis Salas, je ne crois pas qu'il y ait eu d'orchestration médiatique dans l'affaire Perruche. Je crois, au contraire, qu'il est bon que ces questions

*La notion
de préjudice,
la notion
de causalité,
la notion
de faute,
sont par
définition
mobiles,
variables*

appartiennent au débat public et soient débattues, critiquées et soulevées dans la sphère publique. Dieu merci, les journalistes peuvent jouer un rôle. Je crois qu'il ne faut pas nécessairement penser que ce sont des autorités, la Cour suprême ou quoi, qui sont attaquées, je crois qu'il est bon qu'on ait un débat public sur ces questions.

Denis Salas : Je n'entendais pas orchestre médiatique au sens d'une transformation du débat. Je pensais plutôt à un dosage des éléments du débat qui ne me paraissait pas satisfaisant, mais c'est aussi la logique d'une démocratie d'opinion qui est prompte à se lancer dans une unanimité dénonciatrice quand le mal est désigné en face d'elle. Donc c'est un phénomène qui est beaucoup plus général, dû à notre fonctionnement démocratique. Je pense que dans la question que vous posez, il y a dans cette affaire Perruche, aussi, la transformation d'une démocratie qui se lit. On ne peut pas considérer qu'aujourd'hui, la figure du législateur épuise la norme par une sorte de vision jacobine que nous connaissons bien. Nous habitons dans une démocratie pluraliste où les points de vue s'affrontent, où nous essayons tant bien que mal de trouver des médiations qui permettent de faire coexister des points de vue différents, les médias nous aident et ne nous aident pas, selon la posture qu'ils prennent. Par contre, cette démocratie qui s'autoalimente en quelque sorte et crée ses propres débats, il faut la prendre au sérieux ; c'est pour ça que les politiques sont un peu désemparés dans ce genre de logique parce qu'ils ont l'habitude effectivement de piloter par en haut un débat politique qui s'épuise dans une démarche législative. Non, nous ne sommes plus dans ce régime. Nous sommes dans un régime où d'autres médiations que le législateur ou le politique au sens classique du terme interviennent pour configurer un débat démocratique complexe où nous sommes face à un indécidable, face à des constats de positions religieuses ou éthiques extrêmement tranchées et où on ne peut pas comme ça donner une définition de l'embryon qui s'imposerait par la grâce d'un législateur souverain. C'est aussi ce deuil que nous devons faire d'un politique souverain par rapport à une société complexe et pluraliste. Voilà pourquoi montent en puissance des arrêts Perruche et il y en aura d'autres, où des points de vue s'affrontent et qui font le récit d'une démocratie qui en permanence crée des normes qu'elle élabore elle-même et qu'elle invente elle-même. C'est ça aussi, cette désacralisation qui est au cœur de ce type de démarche.

Laurent Aynes : C'est vrai, il y a un danger très profond qui est de dire que tout cela, c'est des questions purement techniques, et moi, politique, je vais nommer une commission de savants, d'experts, et de cette commission sortira la vérité. Ça a été très net quand il s'est agi de savoir si on allait définir la vie dans la loi ou pas. Je ne dis pas qu'il fallait le faire ou pas, mais il y a un danger très profond, là, et au bout du compte sans comprendre que, derrière ces questions, qui sont des questions fondamentales, est en jeu l'avenir de la société elle-même. C'est donc une question essentiellement politique et qui relève d'un choix politique. C'est vrai qu'il y a des aspects techniques, mais définir la vie ne relève pas plus des médecins que du juge.

Denis Salas : Je suis d'accord, simplement, ce que je dis, c'est que le politique n'a pas une sorte d'intuition de la bonne solution. Le juge, comme d'autres intervenants démocratiques, contribue à ce

que le politique prenne une décision. On est tous dans une situation où on contribue à un débat démocratique dont on sait très bien que nous n'avons pas la maîtrise ultime et où le politique peut donner effectivement la réponse par les décisions qu'il prend. Simplement, notre responsabilité à nous, c'est de permettre aux politiques de prendre les décisions qui nous semblent les meilleures, à partir de la qualité du débat que nous arrivons à nourrir les uns et les autres. C'est ça, le véritable enjeu. Et nous sommes actuellement beaucoup plus dans cette configuration que dans une configuration où nous attendrions du politique une sorte de réponse magique.

Marcel Czermak : Je voulais faire la remarque suivante à partir de ce que Monsieur le professeur Aynes vient de dire. Là encore, nous faisons cette expérience extrêmement intéressante, depuis longtemps, qu'on puisse se demander où est passé le savoir propre du politique, en tant que la vie politique, l'action politique est le niveau le plus élevé de l'action. Or, curieusement, nous constatons – et nous ne pouvons que le regretter – l'absence parmi nous de quelque

Il y a dans cette affaire Perruche, aussi, la transformation d'une démocratie qui se lit

homme politique que ce soit, cependant que, comme nous le savons, dans la vie de la cité, dès qu'il y a une difficulté, le savoir politique s'esquive par délégation à des comités d'experts dont on ne prend que ce qu'ils veulent bien dire, et d'ailleurs dont on sait très bien ce qu'ils diront préalablement et dont on se servira ou pas. Nous ne pouvons pas ne pas voir proliférer dans la vie de la cité tous ces comités, commissions, sages, experts, etc., qui servent à quoi au fond sur ces questions aussi fondamentales ? Je ne peux que rejoindre ceux qui disent : la question de la vie, ce n'est pas à proprement parler la question du juge ou du médecin. Alors, est-ce que la vie, parce qu'on ne sait jamais quand finit le politique et quand commence le technique, est-ce que la vie doit être calibrée sur le mode compassionnel, utilitariste ? Par exemple, c'est un choix politique.

Je voulais remercier infiniment ceux de nos amis juristes qui nous ont fait part à la fois de leur expérience, qui nous ont fait l'amitié de leur présence et qui nous permettent à nous-mêmes, enfin, des échanges dont il faut dire qu'ils nous sont assez rarement proposés. ■

Maurice Peyrot (chroniqueur judiciaire au journal *Le Monde*) : Depuis une dizaine d'années, dans ma profession, je vois grandir ce que j'avais appelé dans un article de l'époque *la judiciarisation de la morale publique*. J'ai l'impression que le droit s'est emparé de notre vocabulaire, de notre vie et de notre pensée. Et c'est dans la pensée, j'ai l'impression, qu'il fait les ravages les plus grands. Qu'un juriste raisonne en droit me semble normal, mais que tout le monde le fasse m'inquiète. Ça donne ce qu'on pourrait appeler une espèce de pensée codifiée. Cet arrêt, justement, a permis à beaucoup de ces gens qui raisonnent en juristes sans être juristes de se livrer à des exégèses étonnantes. On trouve des journalistes qui parlent comme des procureurs, des médecins qui parlent comme des juges, et des écrivains qui parlent comme des avocats. Est-ce que chacun ne pourrait pas parler pour ce qu'il est ? Est-on vraiment obligés de penser comme des juristes ? Il y a un espace pour le droit, mais le droit doit-il recouvrir tous les espaces ? C'est une question à laquelle on pourra peut-être répondre. Le droit me fait penser à une espèce de religion. Est-ce une religion ? Est-ce devenu une nouvelle religion ? Si c'est ça, j'ai bien peur que ça ressemble à une forme d'intégrisme judiciaire. La science elle-même semble nous avoir mis dans une situation impossible. Par un orgueil incommensurable, nous pensons pouvoir tout gérer, tout contrôler, tout maîtriser. Aussi, si, par hasard, la nature s'avise de reprendre les choses en main, avec son flot d'aléas, c'est qu'il y a quelque part un responsable dont on fera peut-être le nécessaire pour que ce soit un coupable. On l'a bien dit, même

en civil, ce n'est qu'un responsable, mais c'est un responsable que l'on va nommer, culpabiliser. Alors, je pose une question à propos de cette affaire et à propos de toutes celles qui lui ressemblent : le juge doit-il répondre à toutes les questions qu'on lui pose ? Le prisme judiciaire n'est-il pas réducteur, simplificateur ? En un mot, faut-il laisser croire qu'une vérité judiciaire, c'est la vérité ? Dans les cas semblables qui mettent en cause le principe de la réparation collective, ne pourrait-on pas soumettre de tels litiges à d'autres instances, qui restent peut-être à inventer ? On s'aperçoit que le politique, dont je regrette une fois de plus l'absence, ne se décide pas, ne se prononce pas. Il y avait pourtant en cette matière, et en ces matières qui vont maintenant se multiplier, il y a un rôle noble de la politique, qui me semble quand même largement aussi noble que de déterminer à longueur de séances nocturnes la taille de tel ou tel filet de pêche. Je pense qu'il y a là un rôle politique qui rendrait peut-être son idéal, sa noblesse à la politique. Je me demande vraiment si tout cela est un problème judiciaire. En terminant, je ferai une réflexion qui n'a peut-être pas sa place ici mais que je ne peux pas m'empêcher de faire. En dehors de fréquenter les enceintes judiciaires, je me promène dans le sud du Sahara depuis vingt-cinq ans. J'aurais du mal à expliquer une telle décision à ces gens qui vivent dans un autre monde. Je ne sais pas si ce que nous faisons est bien ou mal, mais je me demande si, dans certains moments, il ne faudrait pas relativiser et s'apercevoir que nos décisions sont parfois d'un luxe inouï et qui ne seraient pas traduisibles dans d'autres langues. ■