

« Les positions théoriques de la doctrine : retour sur l'affaire Perruche »

(Cédric Raux, A.T.E.R. au Collège universitaire français de Saint - Pétersbourg)

On ne traitera pas dans les lignes qui suivent de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000. Celui-ci a déjà fait l'objet de très nombreux commentaires, par des représentants de disciplines aussi différentes que le droit de la responsabilité civile, le droit public dans son aspect de protection des droits et libertés individuels, ou encore l'histoire et la philosophie du droit. Ce qui nous retiendra plus précisément, c'est plutôt la nature de ces appréciations et des positions théoriques qu'elles révèlent. Car au-delà de la controverse judiciaire qui a opposé la Cour de cassation aux juridictions d'appel, le débat doctrinal de grande ampleur, qui s'est déroulé à l'occasion de cette affaire, a été l'occasion pour les juristes de s'expliquer devant la société sur les principes et les fondements qui gouvernent leur manière de pratiquer et d'interpréter les normes juridiques.

Cependant, émettre un jugement sur la nature des positions théoriques affirmées ou sous-entendues dans cette affaire suppose de procéder à un éclaircissement préalable des présupposés qui commandent notre approche. Dans le cadre de cette intervention, une telle explicitation ne peut évidemment pas prendre la forme d'un exposé exhaustif des fondements théoriques sur lesquels on s'appuie. C'est à la lecture de l'ouvrage consacré par Olivier Cayla et Yan Thomas à l'affaire *Perruche*¹, que la portée « théorique » de celle-ci est apparue avec une plus grande évidence. Et c'est à partir de la réflexion globale à laquelle elle invite que nous avons conçu notre intervention. Car au-delà de la distinction entre « perruchistes » et « antiperruchistes » établie par Olivier Cayla pour rendre compte de la querelle juridique qui a opposé partisans et opposants de l'arrêt, c'est l'idée selon laquelle l'affaire marquerait rien moins qu'une relance particulièrement vive des critiques des principes démocratiques par un parti antimoderne totalement hostile à la révolution des droits de l'homme de 1789, qui mérite d'être fortement soulignée². Pour d'autres auteurs, l'affaire *Perruche* aurait fait ressurgir « deux conceptions du droit et de la société ». L'une qui conçoit le droit comme « pure fiction qu'il faut déconstruire pour en mettre à nu les ressorts idéologiques et les luttes de pouvoir sous-jacentes » ; l'autre qui voit dans les normes juridiques un fondement anthropologique de « l'institution de la raison humaine laquelle n'est pas donnée et pourrait donc être reprise »³.

¹ O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, Le Débat, 2002.

² *Ibid.*, p. 12.

³ F. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », *Droits*, n°35, 2002, p. 119).

D'une certaine façon donc, la controverse théorique sur l'existence d'une action de vie préjudiciable que la juridiction judiciaire suprême a fait surgir en déclarant recevable la plainte d'un enfant atteint d'un handicap congénital causé par la non-détection de celui-ci avant sa naissance, a débouché sur un débat plus général d'ordre politique et philosophique dont Olivier Cayla a bien montré qu'il permettait d'éclairer et « de comprendre ce qui détermine ultimement les décisions herméneutiques adoptées par les interprètes de l'ordre juridique »⁴. C'est précisément ce point que l'on voudrait reprendre ici, afin de souligner à nouveau l'indétermination dans laquelle sont susceptibles de nous laisser tous les débats d'ordre théorique dont les soubassements philosophiques et politiques ne seraient pas explicités corrélativement. On interrogera tout d'abord les multiples prises de positions qui sont intervenues au cours de l'affaire (I), avant de proposer une interprétation des enjeux théoriques que l'ensemble des débats a permis de révéler (II).

* * *

I – La nature des opinions doctrinales dans l'affaire *Perruche*.

Il est excessivement rare qu'un procès en responsabilité civile suscite des réactions aussi passionnées que celles qui furent exprimées à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 2000. Les raisons en sont multiples et expliquent que le litige, qui a opposé les parents du jeune Nicolas Perruche au médecin de la famille ainsi qu'au laboratoire médical ayant procédé aux examens fautifs, ait atteint la dimension d'une véritable affaire judiciaire. Des transformations que l'arrêt fait subir au droit de la responsabilité civile⁵ aux conséquences suscitées par la diffusion des techniques de procréation médicalement assistées en passant par la nécessaire évolution de la prise en charge des personnes handicapées⁶ jusqu'à l'affirmation du fameux « droit de ne pas naître » ou du risque d'un « eugénisme de précaution »⁷, l'arrêt a fait apparaître des enjeux graves où l'émotion et les considérations d'ordre éthique, théorique ou même philosophique se sont mêlées à l'analyse « proprement » juridique. On regroupera les diverses réactions en quelques catégories afin de dessiner une première grille de lecture

1 - Un premier groupe d'auteurs a paru situer son intervention sur le seul plan de la responsabilité civile tout en soulignant cependant le danger que faisait courir la reconnaissance d'un préjudice anténatal à laquelle la solution dégagée par la Cour semble conduire fatalement. C'est tout d'abord le problème de l'existence d'un préjudice dont le requérant devait apporter la preuve, afin que le mécanisme de la responsabilité puisse être engagé qui a été discuté. Pour la Cour, celui-ci est établi « dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix

⁴ O. Cayla, « Le droit de se plaindre. Analyse du cas (et de l'anti-cas) Perruche », *op. cit.*, p. 27.

⁵ D. Mazeaud, « Réflexions sur un malentendu », *D.* 2001, n°4, jur. p. 332

⁶ Par exemple, G. Mémeteau, « L'action de vie dommageable », *JCP.* 2000, I, n°279, p. 2280 ; Voir aussi les remarques de l'avocat général Sainte-Rose, dans ses conclusions sous l'arrêt : *JCP.* 2000, II, 10438, p. 2293s.

⁷ J. Hauser, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTDCiv.*, 2000, p. 83.

d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant avec un handicap »⁸. Les commentaires prennent alors des chemins différents : pour certains, seule la naissance étant la conséquence directe des fautes du laboratoire et du médecin, l'arrêt consacrerait au profit de l'enfant un « droit à ne pas naître »⁹. La solution choisie est aussi vue comme couronnant l'existence d'un « droit de naître normal »¹⁰ dont la conséquence la plus perceptible serait d'instituer une hiérarchie entre des vies qui valent la peine d'être vécue et d'autres qui ne le valent pas. De manière plus polémique encore, l'avocat général Sainte-Rose constate que « le dommage, c'est la vie et l'absence de dommage, c'est la mort. La mort devient ainsi une valeur préférable à la vie »¹¹. On a alors invoqué la violation du principe de dignité de la personne humaine que le droit à réparation de l'enfant atteindrait en son cœur, puisqu'il imposerait en quelque sorte à la mère une « obligation de recourir, en cas de diagnostic alarmant, à une interruption de grossesse »¹².

Mais c'est surtout la question du lien de causalité qui a fait l'objet des débats les plus virulents. La reconnaissance d'un droit à réparation exige en effet en droit civil, comme en droit administratif, qu'outre une faute et un dommage, soit établi un lien causal entre ces deux éléments. Or, en droit, cette question, très controversée, a reçu des réponses très différentes, les uns se référant à l'ensemble des faits qui jouent un rôle dans la commission du dommage, alors que d'autres estiment qu'il convient de ne retenir que la « causalité adéquate », c'est-à-dire celle qui constitue la cause prépondérante du préjudice. En l'espèce, on a fait valoir que ce qui avait causé le dommage de Nicolas Perruche n'était pas l'erreur de diagnostic du laboratoire médical, mais bien la maladie contractée par la mère au moment de sa grossesse. Ainsi que l'a fait remarquer un auteur, il est en effet difficile d'imputer aux « techniques de vision prénatale (...) l'origine des éventuelles déficiences des enfants à naître »¹³. C'est d'ailleurs la solution qu'avait cru devoir retenir le Conseil d'Etat dans une affaire similaire, en refusant d'admettre l'indemnisation de l'enfant au motif de l'absence de lien de causalité biologique entre le préjudice subi et la faute commise par le médecin¹⁴, tout en l'accordant au bénéfice des parents¹⁵. A cette argumentation, le conseiller-rapporteur Pierre Sargos avait par avance répondu que « la réparation du préjudice consécutif à un handicap d'origine endogène ne peut se faire sur le terrain simpliste, sinon erroné, du lien de causalité envisagé biologiquement »¹⁶. Pour les défenseurs de la position de la Cour, sans nier l'existence d'une causalité biologique¹⁷, il est patent que

⁸ Cass. Plén. 17 novembre 2000, *JCP*. 2000, II, précité.

⁹ C. Labrusse-Riou, B. Mathieu, « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *Le Dalloz*, 2000, n° 44, p. III-IV. Voir dans le même sens, J. Hauser, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTDCiv.*, 1996, p. 872.

¹⁰ G. Mémeteau, « L'action de vie dommageable », art. précité.

¹¹ J. Sainte-Rose, conclusions précitées.

¹² V. Pécresse, conclusions sous CE, 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/ époux Quarez*, *RFDA*, 1997, p. 379.

¹³ D. Moyse, « Naissance coupables. A propos de l'affaire Nicolas Perruche », *Esprit*, janv. 2001, p. 8-9.

¹⁴ CE, 14 février 1997, *époux Quarez*, précité.

¹⁵ Toutefois, l'indemnité accordée consistait en une rente mensuelle de 5000F pendant toute la durée de la vie de ... l'enfant. De ce fait, la différence entre les deux jurisprudences s'amenuisait considérablement.

¹⁶ « Rapport de M. Pierre Sargos, conseiller à la Cour de cassation », *JCP*. 2000, II, précité.

¹⁷ « Il est difficilement niable que la faute médicale n'est pas, en elle-même, la source du handicap : si la rubéole avait été correctement décelée, elle n'en aurait pas pour autant été moins nocive pour la santé du fœtus » (O. Cayla, « Le droit de se plaindre », *op. cit.*, p. 30). Voir dans le même sens, C. Radé, « Etre ou

le raisonnement juridique ne saurait s'aligner sur une causalité factuelle ou naturelle, puisque la spécificité du droit entraîne aussi bien des effets sur les institutions qu'il met en œuvre. Dans le cas de la responsabilité, la « causalité normative » impose un travail de construction qui relie un fait à son effet¹⁸.

2 - Dans un second temps, des risques de dérives ont pu être dénoncés, qui portaient tantôt sur le contentieux de la responsabilité, tantôt sur les périls eugénistes que ferait courir la décision d'indemnisation. On a ainsi invoqué une inflation du contentieux liée aux défauts de la détection des maladies prénatales, reflétant la crainte que l'arrêt Perruche ne conduise des enfants handicapés à intenter des procès en responsabilité à leurs parents, et en particulier à leur mère, dès lors que celle-ci aurait choisi de ne pas avoir eu recours à un avortement thérapeutique en dépit d'un diagnostic défavorable. Par ailleurs, la décision de la Cour pourrait inciter certains médecins à refuser de recourir aux pratiques de détection des maladies prénatales aujourd'hui rendues possibles par les biotechnologies, à un moment où la question de la responsabilité civile, voire pénale, des personnels médicaux revêt une portée sociale de plus en plus considérable. Le spectre d'une « politique eugénique » a pu, lui, être agité, en s'appuyant sur l'idée qu'en permettant à l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur médicale de demander réparation, on émettait l'opinion qu'il eût mieux valu qu'il ne naquît point. D'où l'affirmation que l'arrêt induit le passage « de la dépénalisation partielle de l'avortement afin de protéger l'autonomie de la femme à la promotion de l'avortement eugénique »¹⁹. D'autre part, selon l'Avocat général Sainte-Rose, « la multiplication des tests de dépistage liée à la découverte de nouveaux gènes va accroître les risques d'erreur et de dommage et renforcera l'eugénisme de précaution »²⁰. A cela, il a été répliqué qu'il convenait de ne point confondre « perspective de santé et perspective de sélection »²¹, dans la mesure où seule la seconde se situait dans le cadre d'une politique de « fabrication » d'êtres humains autorisée par les développements scientifiques. En rappelant la position du Comité national d'éthique selon lequel l'eugénisme se définit comme une « pratique collective institutionnalisée qui vise à favoriser l'apparition de certains caractères ou à en diminuer d'autres jugés négatifs »²², on a encouragé les pourfendeurs de l'arrêt à ne pas rejeter en bloc tous les apports de la médecine biomédicale en distinguant les pratiques qui permettraient d'améliorer des situations individuelles dont il revient au juge d'apprécier la conformité à l'état du droit en vigueur.

3 - On doit enfin rendre compte des répercussions sociales et politiques de l'arrêt auxquelles les positions doctrinales évoquées ont été loin d'être étrangères. La première

ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! (premières réflexions après l'arrêt Perruche), *Resp. civ et assur.*, 2001, chr. p. 5-6.

¹⁸ « Ce travail se situe dans le droit : si le handicap résulte de la faute commise, c'est parce qu'il y avait une règle qui prescrivait une conduite visant à contrecarrer la causalité naturelle ; C'est la violation de cette norme qui a créé le préjudice et qui a mis en mouvement le mécanisme de la responsabilité » (Ch. Apostolidis, « Lire l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 (affaire Nicolas Perruche) », *RRJ-Droit prospectif*, 2000-4, n° 90, p. 2057).

¹⁹ C. Labrusse-Riou, B. Mathieu, « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *op. cit.*, p. IV.

²⁰ Conclusions précitées.

²¹ Ch. Apostolidis, « Lire l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 », *op. cit.*, p. 2062.

²² Comité consultatif national d'éthique, avis du 27 novembre 2000. Le comité ajoute qu'une « pratique qui se limite à faire droit à des demandes individuelles ne relève pas de l'eugénisme ».

de ces conséquences fut bien entendu l'intervention du législateur (répondant ainsi favorablement aux critiques de la position de la Cour) après que la Cour de cassation eut réaffirmé sa jurisprudence dans plusieurs arrêts ultérieurs²³. Le titre I de la loi du 4 mars 2002, intitulé « Solidarité envers les personnes handicapées », énonce dans son article 1^{er} alinéa 1^{er} que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » et dans l'alinéa 2nd que l'enfant peut obtenir « réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer »²⁴. Le 3^{ème} alinéa de l'article 1^{er} prévoit enfin que les parents peuvent demander une indemnisation « lorsque la responsabilité d'un professionnel d'établissement de santé est engagée ». Cette indemnisation relève alors de la « solidarité nationale ». Là encore, la solution choisie n'a guère rencontrée d'échos favorables²⁵. Il a été dit que celle-ci pourrait contribuer à la déresponsabilisation du corps médical en faisant reposer sur « la solidarité nationale » la réparation que les parents peuvent demander²⁶. Par ailleurs, certains auteurs ont fait remarquer que les premières applications jurisprudentielles de la nouvelle « législation anti-Perruche » confirmeraient les nombreux doutes des commentateurs, notamment à travers la persistance du raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire Perruche. C'est en particulier dans l'attention portée à la parole de la mère en ce qu'elle constituerait l'élément fondamental de l'existence du lien de causalité entre le dommage subi et les fautes commises par les médecins, que cette fidélité de la Cour à sa volonté réparatrice se serait manifestée, laissant, de la sorte, la porte ouverte à l'indemnisation de l'enfant en son nom propre²⁷. Pour d'autres auteurs, les ambiguïtés des dispositions législatives pourraient même conduire au maintien pur et simple de la jurisprudence *Perruche*. En effet, la Cour de cassation ayant estimé que, si le handicap de l'enfant peut certes résulter d'une faute du médecin au cours de l'acte médical, il peut être aussi « en relation de causalité *directe* » avec la non-détection par le médecin de l'anomalie. Dès lors, « rien ne devrait pouvoir faire barrage à ce que l'action de vie dommageable [action en *wrongful life*] soit engagée sur la base de ce texte dont la raison d'être était pourtant de l'exclure »²⁸.

II – Les enjeux théoriques de l'affaire *Perruche*.

1 - Olivier Cayla et Yan Thomas l'affirment clairement : résoudre le litige relatif à la reconnaissance ou non de la légitimité de la plainte du jeune Nicolas Perruche n'est possible qu'au prix de l'acceptation que « la préférence à accorder à l'une ou à l'autre de

²³ Cass. Plén., 13 juillet 2001, arrêts n° 478, 479, 480, *D.* 2001, p. 2325, note Jourdain.

²⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO de la République française*, 5 mars 2002, p. 4118.

²⁵ Voir par exemple, P. Jourdain, « Loi antiperruche : une loi démagogique », *D.* 2002, p. 891 ; F. Dreiffus-Netter, « L'amendement Perruche ou la solidarité envers les personnes handicapées », *LPA*, 19 juin 2001, p. 101 ; S. Hennette-Vauchez, « Much ado about nothing ? Retour sur le dispositif anti-Perruche dans la loi du 4 mars 2002 », *AJDA*, 10 nov. 2003, p. 2049.

²⁶ M. Fabre-Magnan, « L'affaire Perruche : pour une troisième voie », *op. cit.*, p. 126.

²⁷ S. Hennette-Vauchez, « Much ado about nothing ? Retour sur le dispositif anti-Perruche dans la loi du 4 mars 2002 », *op. cit.*, p. 2051. Pour autant, dans l'affaire ayant fait l'objet du commentaire ci-dessus mentionné, l'enfant n'avait formulé aucune demande d'indemnisation et celle-ci n'est accordée qu'à la mère au titre du préjudice qu'elle a subi du fait de l'information erronée délivrée par le médecin.

²⁸ F. Bocquillon, « Fin de la jurisprudence *Perruche* ? », *Revue de dr. san. et soc.*, n°38, 2002, p. 366.

ces deux options ne saurait se prescrire du haut d'une quelconque science du droit qui les départagerait par de sentencieux et dirimants arguments techniques »²⁹. L'argument est particulièrement intéressant car il suppose que le différend, qui a opposé les partisans et les adversaires de l'arrêt *Perruche*, ne procédait pas primordialement d'un désaccord théorique entre défenseurs d'un certain positivisme juridique et sectateurs d'une science du droit assujettie à une « nature » donatrice de sens, mais davantage d'un choix de nature politique et philosophique. Encore convient-il de déterminer la nature des choix possibles. Or, dans l'espèce qui nous occupe ici, la polémique a semblé se focaliser sur une opposition dont les contours ont varié en fonction de ceux qui les énonçaient. Pour Olivier Cayla, l'affaire *Perruche* a permis de mettre à jour les contradictions de la notion de « dignité de la personne humaine » dont les développements récents n'auraient cessé de jouer contre les droits de l'homme au sens que lui avait donné la modernité politique : « ce modèle moderne des droits de l'homme est pris à *total contre-pied* par le concept contemporain de dignité de la personne humaine puisque celui-ci postule que ce qui caractérise la nature de l'homme n'est nullement la liberté mais au contraire, *l'obligation*, celle qui impose *d'emblée* à l'individu de se soumettre aux réquisitions de l'humanité qui est en lui, c'est-à-dire qui instaure comme étant un *fait de nature*, la subordination du soi particulier à la généralité d'un grand Autre, à la transcendance de l'humanité qui l'habite dès sa naissance, indépendamment de tout agrément de sa part »³⁰.

Par ailleurs, cette condamnation d'un droit de nature qui aliène la liberté de l'homme démocratique moderne a alors été mise en relation avec certains développements théoriques récents qui tendent à promouvoir la notion de « fonctions anthropologiques » dont le droit se ferait le véhicule³¹. Celles-ci, prenant appui sur les travaux de Pierre Legendre, rappellent que le droit ne saurait être totalement disponible à la volonté des individus ni dédié entièrement à la seule garantie de leurs droits subjectifs. Dans un article consacré aux réactions de la doctrine juridique dans l'affaire *Perruche*, Denys de Béchillon a entendu mettre en lumière les incohérences du recours à des « catégories anthropologiques fondamentales » par les juristes³². Selon lui, il ne saurait être fait appel, sinon indûment, à l'anthropologie pour en inférer l'existence de normes juridiques. Celle-ci n'aurait rien d'autre à offrir que des théories explicatives du fonctionnement des sociétés, mais certainement pas des « fonctions », qui dicteraient au droit les limites à l'intérieur desquelles il peut opérer. Pourtant, on doit se demander si le détour de la psychanalyse pour justifier son point de vue ne fragilise pas les critiques adressées à ceux qui utilisent lesdites « catégories » à des fins corporatistes et moralistes³³. Ceci est particulièrement visible lorsque Denys de Béchillon aborde la question de la capacité de Nicolas *Perruche* à exprimer une parole dont le droit pourrait alors se faire le vecteur. La psychanalyse s'opposerait à la « réification » de ce dernier, en affirmant non seulement « qu'un tel Sujet *est* éligible à une réelle compassion, mais

²⁹ *Du droit de ne pas naître*, op. cit., p. 25-26.

³⁰ *Ibid.*, p. 49.

³¹ A. Supiot, « Les fonctions anthropologiques du droit », *Esprit*, février 2001, p. 151s. Du même auteur, *Homo juridicus*, Paris, Seuil, coll. « Le bien commun », 2005.

³² D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTDCiv.*, janvier/mars 2002, pp. 47-69.

³³ *Ibid.*, pp. 58-64.

encore qu'il peut être bon pour lui de faire entendre sa plainte»³⁴. En d'autres termes, la reconnaissance de la personne de Nicolas Perruche passerait par l'acquisition de la qualité de sujet de droit. Outre qu'il y a là, une tentative d'aligner - pour ne pas dire, soumettre -, le droit à une discipline qui lui est *a priori* extérieure, on doit relever l'insistance mise sur la possession de la personnalité juridique, afin de garantir la dignité de la personne handicapée.

La condamnation de l'utilisation de cette même notion, qui est alors opérée ensuite, repose sur une conception qui tend à récupérer le concept afin de lui faire dire (prescrire) autre chose, à savoir que les parents dudit enfant ne sont pas nécessairement les mieux placés pour «représenter» celui-ci, et partant, pour le faire accéder à une certaine forme d'autonomie³⁵. Le recours à la psychanalyse, dont la fonction est de prendre en charge la douleur individuelle de la personne, paraît, dès lors, agir au relais d'une idéologie libératrice dont l'objet serait de permettre à l'individu de décider des grands "événements" qui lui échappaient jusqu'alors. Des questions telles que, «l'enfant est-il *toujours* bien cet Autre, dans le désir de ses parents, lorsque ce désir fait fi des conditions les plus probables de son existence?»³⁶, devraient ainsi être tranchées par un tiers «impartial» dont le juge serait chargé d'incarner la figure. N'est-ce pas là, une tâche exorbitante?³⁷ En tout cas, elle annonce des difficultés incommensurables. On le voit lorsque Denys de Béchillon évoque l'idée d'un «ghetto de handicapés de naissance» à laquelle pourrait conduire le refus de reconnaître la qualité de sujet de droit, «alors que le contexte strictement contentieux d'une action en responsabilité constitue la seule modalité de traitement juridique d'un dommage qui permette de *ne pas* créer de catégorie générale de personnes désignées *a priori* comme victimes, parce qu'elle est essentiellement déterminée par une *demande individuelle*, singulière, et donc relative»³⁸. Pourquoi ne pas concevoir alors, par exemple, la recevabilité d'une plainte déposée par un enfant (handicapé ou non) contre ses parents parce que ceux-ci ne disposaient pas des moyens matériels de lui offrir une vie meilleure?³⁹.

L'analyse que donne Yan Thomas de l'arrêt *Perruche* ne rend cette hypothèse nullement irréaliste. Au contraire, en soulignant la manière dont l'arrêt institue un sujet totalement abstrait des données proprement naturelles de sa naissance, il est montré que

³⁴ *Ibid.*, p. 57 (*C'est l'auteur qui souligne*).

³⁵ «Mais je suis tout aussi convaincu que cette représentation (...) n'accède à une certaine crédibilité qu'à la condition d'être placée entre les mains d'une puissance aussi neutre qu'il est possible de l'être : celle d'un tiers désintéressé et impartial (...) Et il en résulte que les parents sont *a priori* les plus mal placés pour prétendre remplacer objectivement l'enfant dans "sa" plainte» (*ibid.*, p. 53).

³⁶ *Ibid.*, p. 56.

³⁷ Surtout lorsque l'on prend acte de «l'irrépressible part de souveraineté et donc de liberté a-juridique dans tout geste juridictionnel de décision» (*ibid.*, p. 48).

³⁸ *Ibid.*, p. 57 (*C'est l'auteur qui souligne*).

³⁹ Le problème n'est alors pas tant de prévenir l'apparition d'une catégorie de victimes qui «résulterait beaucoup plus d'une loi générale d'indemnisation que d'une réparation accordée au contentieux dans le cas d'une personne qui demande à être reconnue *individuellement* comme victime» (*ibid.*), que de percevoir les comportements implicites de sélection eugénique que de tels droits autorisent (sur lesquels Denys de Béchillon hésite à prononcer un jugement ferme : voir la note 39, p. 57, où «une politique de sélection eugénique des seuls enfants conformes à une norme sociale préétablie» est qualifiée d'«inquiétant(e)», avant de reconnaître que «nous avons, depuis très longtemps, opéré (...) un choix de société eugénique, notamment en acceptant - à bon escient selon moi, s'il faut tout dire - l'interruption volontaire de grossesse»).

la fiction juridique agit dès l'instant où l'enfant vient au monde⁴⁰. De la sorte, alors que notre tradition juridique apparaissait jusqu'alors comme un "mixte" de nature et d'artifice⁴¹, l'arrêt du 17 novembre 2000 pousse la fiction «jusqu'à instituer, parallèlement à la naissance d'un enfant, une personne sur laquelle il prend appui pour affirmer, contre les tiers responsables de ses souffrances d'origine, son droit à un autre corps que le sien. Est franchie une borne jusqu'à présent interdite, celle qui assurait aux temps de la vie humaine, un unique commencement et un unique ancrage. Le temps même de la vie semble basculer maintenant dans l'empire du droit»⁴².

2 - Il semblerait ressortir de ces analyses l'idée que l'affaire *Perruche* a remis en scène la vieille querelle entre les adeptes d'une conception artificialiste du droit et les tenants d'un jusnaturalisme dont la dignité de l'être humain incarnerait le fondement paradigmatique. Pour les premiers, le droit se manifesterait à travers une série de distinctions binaires entre « l'impossible et l'interdit, autrement dit la *loi naturelle* [et] la *loi positive*, ou encore l'*éthique* [et] le *droit*, ou enfin le discours *descriptif* constatant ce qui est, [et], le discours *prescriptif* posant ce qui doit être »⁴³, tandis que pour les seconds, c'est la condition biologique de l'homme qui constituerait le mètre-étalon du droit en devenant le siège de la notion de dignité⁴⁴.

Il n'est pas anodin de noter qu'en ne prenant ses injonctions que dans la seule volonté des consciences individuelles censées pouvoir représenter tout à la fois elles-mêmes et le tout qu'elles incarnent dans une société donnée, la vue artificialiste se met hors d'état de justifier la reconnaissance des droits qu'elle entend accorder aux handicapés. Car, conférer une liberté égale au sujet handicapé, incapable d'exprimer une pensée compréhensible pour autrui, n'est pas plus rationnel que de la lui refuser, sauf à le faire au nom de ... la dignité de la personne humaine conçue dans le sens biologique que l'artificialisme entend précisément récuser. Par conséquent, le choix qui consiste à instituer la personne handicapée en un sujet de droit doté de la pleine et entière personnalité juridique, s'il participe peut-être à une forme de reconnaissance sociale de celle-ci, contribue, dans le même temps, à élargir la césure entre l'être dépendant et le devoir-être juridique que lui impose nécessairement son nouveau statut de droit⁴⁵. Plus

⁴⁰ «A l'instant où il naît, l'enfant est double» (Y. Thomas, «Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective», in *Du droit de ne pas naître*, op. cit., p. 108).

⁴¹ «Notre tradition juridique naturalise la personne, la confond avec l'individu lui-même. En même temps, elle l'en distingue. Dès lors, les sujets de droit se présentent comme un curieux mélange de réalité corporelle et d'abstraction» (*ibid.*, p. 145).

⁴² *Ibid.*, p. 147-148.

⁴³ O. Cayla, « Le droit de se plaindre », op. cit., p. 67 (*C'est l'auteur qui souligne*).

⁴⁴ Ch. Apostolidis, « Lire l'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 », op. cit., p. 2051.

⁴⁵ Une telle qualification n'emporte pas une naturalisation de la condition de la «personne handicapée» (l'expression générique est elle-même sujette à caution en ce qu'elle ne rend pas compte de la diversité des handicaps, et donc des incapacités qui peuvent en résulter). Elle prend acte de son absence totale d'autonomie dans ses relations avec autrui et partant, de l'artificialisme extrême qu'il y aurait à lui conférer, malgré tout, une autonomie juridique. Michel Virally notait il y a près d'un demi-siècle déjà que la notion de représentation (par laquelle la personne handicapée peut accéder à la qualité de sujet de droit) «a été considérablement obscurcie par les idées enseignées à propos du droit subjectif. Si celui-ci est uniquement un pouvoir de vouloir, la représentation est un non-sens, car la volonté ne se représente pas, elle est toujours celle du sujet qui l'exerce. Au surplus, l'institution doit servir précisément à suppléer l'absence de volonté chez le représenté. Si le droit subjectif est un intérêt juridiquement protégé, la représentation devient logiquement possible, mais on ne trouve dans cette définition aucun élément à

profondément encore, cette conception artificialiste de la personne juridique tend à promouvoir une vue nominaliste de la société pour laquelle cette dernière procède d'une « décision arbitraire »⁴⁶ des volontés de sujets considérés dans leur « liberté » originelle. Cette réitération du contrat social sollicite par là même l'idée que le droit se confondrait aujourd'hui avec le social, de sorte qu'en dehors de lui, il n'y aurait plus que de la « vie nue »⁴⁷. Ainsi, œuvre de fiction par excellence, le droit moderne agirait en même temps comme « instituteur » de la normativité sociale. De ces deux prémices, il résulte que, pour la théorie artificialiste, la société est « un lieu où des sujets qui lui préexisteraient auraient choisi d'habiter par commodité et dont ils pourraient s'éloigner à l'occasion »⁴⁸. Cette conception « a-normative » du social fait ainsi apparaître un espace hors du droit, lieu de liberté pour l'individu, en particulier dans « la relation de soi à soi »⁴⁹, et dont l'altération ne pourrait résulter que de la volonté de celui-ci. « La normativité est désormais perçue comme résignation raisonnable à la règle – c'est la loi sans la loi, la normativité dégradée en conformisme, (...) puisque cela revient à dire que nous obéissons à la règle parce qu'il est dans sa nature d'être obéie, et non parce que la vie sociale est intrinsèquement normative – mais dès qu'on a le dos tourné, dès qu'on se retrouve dans la certitude de son corps, on est seul, espère-t-on, on est libre »⁵⁰.

De l'autre côté, la protection de la dignité humaine, invoquée par la très grande majorité des pourfendeurs de l'arrêt, ne comporte pas moins de difficultés. D'abord, parce qu'elle tend à expliquer à l'individu handicapé que le respect de sa propre dignité passe par l'acceptation « passive » de son handicap, sans que le droit puisse y apporter un quelconque remède. Ensuite et surtout, parce que l'essentialisation de la personne, à travers la promotion d'un « sujet de dignité », introduit plus de confusions qu'elle n'en dissipe. La biologisation bouleverse en effet toutes les fondations anthropologiques sur lesquelles repose nos ordres juridiques. L'humanisme juridique pensait le sujet de droit non pas comme existence biologique, mais comme être doué de conscience, de morale et de raison (article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme). La substantialisation de la vie humaine, par son « élévation » au rang de dignité, tend à faire disparaître la « conscience », fondement de la conception moderne du sujet de droit. On a ainsi le sentiment d'assister à une réduction de la personne au plus petit dénominateur commun d'une dignité, sans consistance sociale, inapte, en tout cas, à fonder une appartenance à un monde commun⁵¹. Au point que celle-ci apparaisse comme l'ultime façon de réintroduire la nature humaine dans le droit, et de réactiver selon les termes de Daniel Gutmann, « l'idéologie du droit naturel » au fondement de

partir de quoi la construire» (M. Virally, *La pensée juridique*, (1960), Paris, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 1998, p. 127).

⁴⁶ O. Cayla, « Le droit de se plaindre », *op. cit.*, p. 83.

⁴⁷ G. Agamben, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997.

⁴⁸ S. Breton, « Norme juridique et normativité sociale », *Esprit*, juin 2002, p. 58.

⁴⁹ O. Cayla, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁰ S. Breton, *op. cit.*, p. 79.

⁵¹ Car, comme l'a montré Cornélius Castoriadis, « l'institution du monde commun est nécessairement chaque fois institution de ce qui est et de ce qui n'est pas, vaut et ne vaut pas, comme ce qui est faisable, aussi bien "à l'extérieur" de la société (relativement à la "nature") qu'"à l'intérieur" de celle-ci » (C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, (1975), Paris, Points Seuil Essais, 1999, p. 535). Ce pourquoi, la définition d'une telle communauté d'appartenance sur le seul fondement d'un respect auto-proclamé de l'être humain apparaît sans aucune consistance.

l'évolution du droit positif contemporain⁵². Ici, l'homme se voit contraint au respect de l'humanité qui est en lui et le transcende⁵³. Cette subordination des pratiques sociales et de la liberté humaine à une norme juridique intangible conduit à faire de la « personne humaine », considérée dans son aspect biologique, le référent unique de toute normativité. De la sorte, on retrouve le mythe d'un « sujet asocial », au fondement, non seulement de nos ordres juridiques, mais de l'ordre social tout entier. Ainsi, cette conception anthropologique retombe elle-aussi dans l'écueil d'une vie hors la société, auquel le droit « consentirait » à travers sa dimension instituante. En réalité, comme l'a montré Stéphane Breton, la société, comme le langage, sont « intrinsèquement normatifs », non pas, car ils contraindraient « par ailleurs à des normes ou des comportements normés, mais parce qu'il n'y a de significations communes que sur la base de règles d'entendement communes »⁵⁴.

3 – On terminera par quelques remarques d'ordre épistémologique qui ne constituent que le prolongement des développements qui viennent d'être faits sur le statut du droit dans la société. L'affaire *Perruche* a en effet permis de dévoiler un certain nombre de présupposés inhérents à la façon dont les juristes appréhendent aujourd'hui les évolutions du droit. Dans son analyse, Yan Thomas a bien fait ressortir la manière dont le droit se trouvait désormais requis, du fait de la force illocutoire attachée à ses qualifications, d'instituer une « autonomie morale absolue »⁵⁵ au bénéfice d'un sujet de droit ancré dans la certitude de sa singulière et inaliénable liberté. Si cette force du droit est susceptible de posséder une telle puissance « institutionnalisante », c'est d'abord parce qu'elle prend appui sur un constructivisme théorique qui tend à répandre l'idée que le droit se trouve au cœur, voire au fondement, des processus de régulations sociales dont il assure la part déterminante, en particulier par le moyen de l'interprétation juridique des faits qui assure au droit une prééminence, confirmée par le « sceau authentique » du souverain⁵⁶. C'est cette fonction instituante qui, dans son exclusivisme, nous paraît très largement excessive. Elle fait fi des conditions qui président à tout acte volitif, et laisse ainsi penser que la subjectivité juridique prendrait sa source dans l'arbitraire d'une pure décision politique (celle du souverain ou pire, celle intersubjective de quelques individus). Or, si le sujet de droit est bien toujours *institué* juridiquement, cette institution explicite fait fond sur des institutions plus profondes qui déterminent l'existence de chaque être humain dans sa plus grande part⁵⁷. En d'autres

⁵² D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit. Mélanges François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 332s.

⁵³ M. Lévinet, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH*, n°55, 2003, p. 1024.

⁵⁴ S. Breton, « Norme juridique et normativité sociale », *op. cit.*, p. 69.

⁵⁵ « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.*, p. 108.

⁵⁶ « La qualification juridique revêt un intérêt pratique éminent : elle donne efficacité à toutes les qualifications du discours ordinaire (scientifique, esthétique, moral, religieux, etc.) en portant remède à la paralysie où elles s'embourbent en raison du caractère *neutralisant* de leur logique conflictuelle (...). Le souverain est (...) celui qui jouit de cette faramineuse prérogative (...) consistant à pouvoir, au sein d'un seul et même acte, *qualifier tous les faits à la fois*, en même temps et en général », (O. Cayla, « Ouverture: la qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n°18, 1993, p. 12-13).

⁵⁷ « Avant tout pouvoir explicite, et, beaucoup plus avant toute "domination", l'institution de la société exerce un *infra-pouvoir radical* sur tous les individus qu'elle produit. Cet infra-pouvoir (...) n'est pas localisable. Il n'est certes jamais celui d'un individu ou même d'une instance désignables. Il est "exercé" par la société instituée, mais derrière celle-ci se tient la société instituante, et dès que l'institution est posée, le social instituant se dérobe, il se met à distance, il est déjà aussi ailleurs » (C. Castoriadis,

termes, il existe dans toute société un «pouvoir fondamental (...) dont tous les autres dépendent, (...) qui n'est ni localisable, ni formalisable», et qui échappe «pour l'essentiel à la législation»⁵⁸.

Si cette sujétion de la théorie à des fondements « socio-philosophiques » ne conduit nullement à invalider la pertinence des conflits théoriques, elle indique toutefois les limites inhérentes à une démarche qui entendrait entériner une séparation radicale entre l'autorité du discours juridique et la vérité de la connaissance. La réalité sociale, véritable matière sur laquelle le droit exerce son action, ne se laisse pas enfermer totalement dans les contraintes que la théorie voudrait lui imposer. De la sorte, cette construction réaliste, pour laquelle le travail d'interprétation comme celui de qualification constitue « une fonction de la volonté »⁵⁹, conduit à « une théorie de la vérité-correspondance qui fonde l'empirisme radical de cette conception : est vraie la proposition qui correspond à un fait réel »⁶⁰. D'une certaine façon, le programme positiviste retombe dans les ornières d'un donné naturel, que la science n'aurait plus qu'à consigner. Il nous paraît plus vraisemblable que le statut de la vérité ne puisse se passer d'un jugement de valeur, cette « qualité non empirique attribuée à une proposition » qui aboutit à « une théorie *normative* de la vérité »⁶¹. Maurice Merleau-Ponty avait probablement en vue une telle conception lorsqu'il écrivait que « l'être est ce qui exige de nous création pour que nous en ayons l'expérience »⁶². Si le constructivisme appelle un réalisme sur lequel il peut appuyer ses prétentions créatrices, cela signifie qu'il existe au bénéfice du second une préséance ou une priorité dans la genèse phénoménologique de la connaissance. Appliquée au sujet de droit, cela implique que «la subjectivité de celui qui acquiert la compétence langagière est toujours présente avant qu'il n'acquière la subjectivité comme forme nécessaire à cette compétence. La subjectivité est déjà présente avant le sujet, notamment comme texte, acte, langue et discours de l'autre»⁶³. L'accent mis sur les valeurs d'autonomie et de liberté du sujet de droit tend trop souvent à faire oublier qu'«il n'y a pas d'être humain extra social; il n'y a ni comme réalité, ni comme fiction cohérente d'"individu" humain comme "substance" a-, extra- ou pré-sociale», pas plus qu'il n'y a d'«individu sans langage» et de «langage» sans «création et institution sociale»⁶⁴.

«Pouvoir, politique, autonomie», in *Le monde morcelé, Les carrefours du Labyrinthe III*, Seuil, 1990, p. 118).

⁵⁸ Ce que C. Castoriadis nomme «l'imaginaire instituant» et qui s'incarne dans «la langue, la "famille", les mœurs, les "idées", une foule innombrable d'autres chose et leur évolution» (*ibid.*, p. 134).

⁵⁹ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, coll. «Léviathan», 2001, p. 71.

⁶⁰ O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 46.

⁶¹ *Ibid* (*C'est l'auteur qui souligne*).

⁶² M. Merleau-Ponty, *Le visible et l'invisible*, Paris, Gallimard, 1964, p. 251.

⁶³ J. Broekman, *Droit et anthropologie*, LGDJ, coll. «La pensée juridique moderne», 1993 p. 38.

⁶⁴ C. Castoriadis, «La démocratie comme procédure et comme régime», in *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du Labyrinthe IV*, Seuil, coll. «La couleur des idées», 1996 p. 222.