

## La trisomie: handicap et préjudice?

Axel Gosseries  
Chargé de recherches du FNRS

La Cour de cassation française ayant confirmé le 28 novembre dernier sa jurisprudence dite "Perruche", le gouvernement français estime qu'il faut légiférer. Tel est aussi l'avis de certains parlementaires belges. L'on ne saurait cependant réagir de façon appropriée sans comprendre où se situe exactement la difficulté tant juridique qu'éthique de ce type de cas. Prenez les faits de l'affaire du 28 novembre. Lionel est né trisomique. Pourtant, si le médecin avait communiqué les informations dont il disposait au début de la grossesse, sa mère aurait sans doute avorté et Lionel ne serait jamais né. La question est donc: un enfant né trisomique en raison d'une erreur médicale ayant privé ses parents d'une information qui aurait pu les amener à pratiquer un avortement est-il en droit d'obtenir, *en son nom propre*, une indemnisation pour préjudice au titre du droit de la responsabilité? La Cour a répondu par l'affirmative. Pourtant, baser cette indemnisation sur la notion de préjudice à l'enfant – plutôt qu'à ses seuls parents - n'a pas de sens. Pourquoi?

La difficulté ne réside pas tant au niveau de la causalité qu'à celui du préjudice. Prenons un accident de la route. Pour que la victime soit préjudiciée, sa situation après l'accident doit être *pire* que celle qui aurait été la sienne en l'absence d'un tel accident. De même, pour que Lionel soit préjudicié, il faut se demander si sa situation est pire que celle qui aurait été la sienne si l'erreur médicale n'avait pas été commise. Deux hypothèses sont envisageables. Soit les parents auraient décidé de garder l'enfant même s'ils avaient su qu'il était trisomique. Dans ce cas, l'erreur du médecin ne change rien à la situation de l'enfant. Soit les parents auraient décidé de procéder à un avortement thérapeutique s'ils avaient eu connaissance de la trisomie de leur enfant, et dans ce cas, Lionel ne serait pas né. L'erreur médicale est ici une condition nécessaire à l'existence de *cet* enfant. Dès lors, contrairement au cas de l'accident de la route, il nous est impossible de comparer deux états de la *même* personne. En effet, nous devons comparer l'état de trisomie de Lionel, non pas avec un état non trisomique qui aurait pu être le *sien* - puisque ce n'était pas possible - , mais avec sa non-existence. Or, la non-existence ne saurait être l' *état* d'une personne. N'est-il pas dès lors dénué de sens d'utiliser un concept de préjudice dans une situation où l'absence d'erreur médicale aurait été synonyme de non-existence de l'enfant prétendument préjudicié? A cette question, il faut répondre "non et oui".

Il existe en effet des hypothèses où un concept de préjudice *doit* malgré tout pouvoir être utilisé. Il s'agit des cas où la vie du nouveau-né se situe irréversiblement en dessous d'un seuil de dignité, par exemple si elle n'est faite que d'atroces souffrances. Dans ces cas, il y a un certain sens à affirmer que la vie de cet enfant est *pire* que de ne pas exister. L'établissement d'un préjudice nécessiterait ici non pas une comparaison entre deux états de l'enfant, mais entre l'état actuel de l'enfant et un seuil minimal de dignité. Une fois en dessous de ce seuil, il y aurait effectivement préjudice à l'enfant, même si l'absence d'un tel préjudice aurait aussi signifié l'absence d'existence de cet enfant. Ceci nécessite certes une avancée dans l'interprétation de la notion de préjudice. Ceci implique aussi, soyons en conscients, que des parents pleinement informés que leur enfant n'échappera pas à une telle vie "indigne" pourraient avoir l'obligation morale de pratiquer un avortement. Une telle avancée, effectuée avec prudence, est cependant à la fois concevable et souhaitable.

La trisomie de Lionel ne rend clairement pas sa vie indigne d'être vécue. Or, une fois acceptée l'idée qu'une personne ne peut être préjudiciée si sa vie n'est ni *pire* que celle qu'elle aurait pu avoir, ni incompatible avec sa dignité, Lionel ne peut être considéré comme préjudicié. Ceci ne signifie pas que ses parents ne puissent l'être, ni – élément essentiel – que Lionel ne puisse voir son *handicap* reconnu. C'est là l'élément troublant de ce type de cas. Certes, il y a *handicap* puisque Lionel a été privé par le

sort de certaines capacités. Certes, il y a aussi eu *faute* du médecin. Mais puisque *cet* enfant n'aurait pas pu naître sans être affecté de ce handicap, ce dernier ne saurait constituer un *préjudice*. Conséquence pratique: la solution aux difficultés de Lionel ne saurait être recherchée du côté de la responsabilité pour faute. C'est de la solidarité, telle qu'elle se traduit par exemple dans le droit social, qu'il faut attendre la prise en charge des coûts liés à son handicap congénital. La seule question qui doit nous occuper est alors la suivante: la société dans laquelle nous vivons offre-t-elle à des personnes comme Lionel des conditions matérielles et de reconnaissance aptes à leur offrir la vie qu'elles méritent? Il est permis d'en douter.