

LE JUGE, L'ENFANT À NAÎTRE ET L'OPINION PUBLIQUE : LE DISCOURS JUDICIAIRE COMME VOIRE D'ACCÈS À LA JUSTICE EN FRANCE ET AU CANADA

Anne-Françoise Debruche*

INTRODUCTION

Le domaine de la responsabilité civile extracontractuelle et les jugements qui lui donnent corps – et tout spécialement, parmi ceux-ci, les « grands arrêts » ou *leading cases* – représentent un terrain particulièrement favorable à l'étude de la justice perçue comme un enjeu pour l'opinion publique, pour évoquer un thème cher à Habermas¹. À cet effet, la présente contribution s'attache à la réception, par le grand public et la communauté juridique, de trois jugements rendus en matière de responsabilité à l'égard de l'enfant à naître par deux cours « suprêmes » de part et d'autre de l'Atlantique : la Cour suprême du Canada et la Cour de cassation française. En d'autres termes, il s'agit ici de s'interroger sur l'accueil réservé aux décisions judiciaires par le grand public et les juristes, dans la mesure où le degré et la qualité de cette réception permettent de conclure à une plus ou moins grande accessibilité à la justice. Lorsque les jugements réputés « difficiles », ou polémiques, sont bien compris par leurs destinataires, on peut affirmer que cette relative transparence œuvre dans le sens d'une justice plus accessible pour tous; dans le cas contraire, le manque de communication affaiblit l'accès à la justice. La dimension comparative de notre démarche permet de faire ressortir les deux termes de cette proposition, tout en mettant en parallèle les valeurs privilégiées par les juridictions suprêmes française et canadienne confrontées à un équilibre périlleux entre l'intérêt de l'enfant à naître et celui des femmes enceintes.

Dans la célèbre affaire « Perruche » (1992-2000), la Cour de cassation a fait prévaloir l'intérêt de quelques-uns (un enfant handicapé et ses parents) en sacrifiant formellement une valeur collective impersonnelle (la dignité des handicapés entendue de manière symbolique) au moyen d'un détournement du principe fondateur de la responsabilité civile extracontractuelle (l'article 1382 C.c.Q. fondé sur la faute). Cette décision a suscité l'incompréhension et a provoqué un tonnerre de protestations véhémentes, tant parmi les juristes qu'au sein des médias et du grand public (I). Parallèlement, dans deux arrêts remarquables de 1997 et 1999, la Cour suprême du Canada a dû trancher le conflit d'intérêts opposant l'enfant à naître à sa

* Professeure agrégée, Université d'Ottawa, faculté de droit, section de droit civil.

¹ Jürgen Habermas, *L'espace public : Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. de l'allemand par M.B. de Launay, Paris, Payot, 1978. L'auteure souhaite remercier le professeur Robert Jacob, directeur de recherche au C.N.R.S. et professeur aux Universités de Liège et Saint-Louis pour ses encouragements et ses conseils judicieux.

mère. Dans les deux cas, la majorité de la Cour a choisi de faire prévaloir une valeur collective extrêmement concrète – le droit des femmes à la maîtrise de leur corps et à l'avortement – sur l'équité individuelle du cas d'espèce. Ce choix difficile a toutefois été relativement bien compris et accepté par les juristes, les différents groupes de pression et le grand public (II).

Nous entendons montrer ici que l'une des clés expliquant la différence entre les dynamiques canadienne et française réside dans la forme et la motivation des arrêts rendus par la Cour suprême et la Cour de cassation. Il est certes possible d'en identifier d'autres. Ainsi, sur le plan juridique, la nature particulière de la common law d'origine judiciaire représente l'un des facteurs expliquant la réticence de la Cour suprême à intervenir en lieu et place du législateur, qui serait l'autorité normative la mieux placée pour intervenir et régler cette question délicate². Sur le plan sociologique, la question des droits des handicapés commande une pondération distincte qui ne se confond pas avec celle du statut de l'enfant à naître, cette dernière impliquant notamment de recourir aux lumières spécifiques proposées par l'analyse féministe. Enfin, l'aspect économique pèse sur les trois décisions étudiées au travers du coût du handicap infantile: qui paiera pour celui-ci – la collectivité, le corps médical, les parents ou les assurances privées? Cependant, notre propos se concentrera sur une dimension plus méconnue de la comparaison retenue: la capacité des juridictions suprêmes en matière civile à expliquer leurs motivations de manière à être comprises par le public comme par les professionnels du droit, et ainsi favoriser l'accès à la justice.

Au secours de l'équité individuelle contre une valeur collective abstraite : les motifs critiqués de la Cour de cassation française

L'affaire Perruche mettait en scène une problématique articulée autour de ce que certains ont qualifié de « droit de ne pas naître »³, qui a suscité la plus vive controverse, tant dans le milieu juridique qu'au sein du grand public, alors même que la Cour de cassation cherchait à défendre la même valeur que ses détracteurs: le droit pour les handicapés de vivre dans la dignité (1). L'une des explications de ce malentendu réside dans le laconisme des décisions de la Cour, ainsi que dans le statut de « simple fonctionnaire » imposé à ses membres (2).

² *Winnipeg Child & Family Services v DFG*, [1997] 3 SCR 925, 940-941 [Winnipeg].

³ Voir notamment l'ouvrage consacré à la controverse elle-même, *Du droit de ne pas naître – À propos de l'affaire Perruche*, par Olivier Cayla et Yan Thomas, Paris, Gallimard, Collection « Le débat », 2002 [Cayla et Thomas].

(A) La polémique autour du « droit de ne pas naître »

L'affaire Perruche, culminant dans une seconde cassation en 2000⁴, a défrayé la chronique et a suscité de vives émotions dans l'espace public français. Les faits en étaient aussi simples que tragiques. Madame Perruche, enceinte et redoutant d'avoir contracté la rubéole (qui, on le sait, entraîne un grave handicap pour l'enfant une fois né), se rend chez son médecin qui lui fait passer un test afin de vérifier. Elle a l'intention de demander un avortement thérapeutique si le test est positif. Or le laboratoire se trompe, Madame Perruche se pense en bonne santé, mais elle a effectivement contracté la rubéole et accouche d'un enfant gravement handicapé, Nicolas. Les parents de Nicolas réclament alors la réparation de leur propre préjudice devant la justice, mais aussi de celui causé à leur enfant né handicapé. Le juge de première instance leur donne raison par simple application du principe général de responsabilité fondé sur la faute : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » (art. 1382 C.civ.). La règle générale qui gouverne la responsabilité civile extracontractuelle en France repose en effet sur la combinaison de trois éléments : une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. La Cour d'appel réforme toutefois le juge de première instance relativement au préjudice subi par l'enfant, considérant qu'il n'est pas en lien causal avec la faute du médecin et du laboratoire. L'affaire monte alors par deux fois devant la Cour de cassation⁵, qui finit par affirmer en assemblée plénière que Nicolas « peut demander la réparation du préjudice résultant de [son] handicap et causé par les fautes retenues »⁶.

Tollé général dans l'espace public français. Au sein même du monde juridique, des cours d'appel font de la résistance (ainsi celle d'Aix-en-Provence). Une trentaine de juristes et de professeurs de droit signent un article commun où ils fustigent la « promotion de l'eugénisme » par la Cour de cassation⁷. D'aucuns

⁴ Une première Cour d'appel avait rejeté le recours des parents Perruche au nom de leur fils en 1993 (Paris, 17 décembre 1993, *Dalloz* 1993, inf. rap., p. 98). Cette décision avait été cassée (Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, *Bull. civ.* I, n° 156), mais la Cour d'appel de renvoi avait refusé de s'incliner et réitéré un jugement identique à celui de la première Cour d'appel (Orléans, 5 février 1999). L'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2000, qui casse la décision de la seconde Cour d'appel, était donc obligatoire pour la troisième Cour d'appel de renvoi.

⁵ La Cour de cassation n'est pas une cour d'appel. Elle ne juge que de l'application correcte de la loi par la Cour d'appel mise en cause. Si le pourvoi en cassation est rejeté, la décision d'appel est maintenue. Par contre, si la décision de la Cour d'appel est cassée et que le pourvoi est accueilli, l'affaire est renvoyée devant une autre Cour d'appel pour être jugée. Cette autre Cour d'appel n'a pas à suivre nécessairement l'interprétation indiquée par la Cour de cassation dans son arrêt de cassation. Mais si un second pourvoi est dirigé contre la décision de la seconde Cour d'appel, et qu'il aboutit à nouveau à une cassation, la troisième Cour d'appel devant laquelle l'affaire sera renvoyée est obligée de s'incliner devant la décision et l'interprétation de la loi privilégiées par la Cour de cassation. On dit alors que la seconde cassation est « obligatoire ». C'est précisément ce qui s'est produit dans l'affaire Perruche.

⁶ Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, *JCP* 2000, II, 10438. L'indemnisation du handicap associé à une faute médicale, et en particulier à un avortement raté ou non-demandé faute d'informations exactes, avait déjà été discuté dans la jurisprudence française de la Cour de cassation et du Conseil d'état : voir le rapport de Pierre Sargos et les conclusions de Jerry Sainte-Rose qui accompagnent l'arrêt Perruche dans *JCP* 2000, II, 10438.

⁷ *Le Monde* du 24 novembre 2000.

rappellent que lorsqu'ils évoquent l'arrêt devant leurs étudiants, s'élève après « un moment de stupeur », une « vive indignation »⁸; d'autres encore estiment la logique issue de la responsabilité à base de faute « inconvenante » en l'espèce, incitant à l'avortement et à l'euthanasie prénatale⁹. La levée de boucliers doctrinale, au sein même des Facultés de droit, se révèle « d'une vigueur inouïe et d'un rare acharnement »¹⁰. En toile de fond se profilent, inévitablement, la résistance à la loi Veil autorisant l'avortement (mais qui n'a pas éteint la controverse sur le point de savoir s'il existe « réellement » un droit à l'avortement chez les juristes français)¹¹ et le statut symbolique des handicapés: si la Cour de cassation « a du cœur », c'est au prix « de la dignité humaine »¹². Face au clan des « antiperruchistes », d'autres voix s'élèvent parmi les juristes pour défendre la position pragmatique adoptée par la Cour de cassation¹³, mais rien n'y fait et même l'observation neutre de cette guerre juridique irrite les combattants sur les deux fronts¹⁴.

Des cercles juridiques, l'émoi gagne la place publique. Dans les quotidiens à grand tirage, des intellectuels font part de leur « vertige »¹⁵ et ironisent sur le « préjudice pour inconvénient d'être né »¹⁶. Des médecins évoquent un « Hiroshima éthique »¹⁷, des politiciens une « barbarie judiciaire » (François Bayroux, UDF)¹⁸. De leur côté, les associations de handicapés s'indignent que l'on insinue que, pour eux, la mort est préférable à la vie et s'unissent en un « Collectif contre l'Handiphobie (CCH) », qui porte plainte contre l'État français et organise des manifestations pour lutter contre ce « racisme chromosomique »¹⁹. L'avocat général Sainte-Rose, qui représentait l'État français au sein de la Cour de cassation et avait rendu des conclusions défavorables préalablement à l'arrêt Perruche²⁰, jette de l'huile sur le feu

⁸ Gérard Mémeteau, « L'action de vie dommageable », *JCP* 2000, I, p 279.

⁹ François Terré, « Le prix de la vie », *JCP* 2000, I, p 2267.

¹⁰ Cayla et Thomas, *supra* note 2 à la p 8.

¹¹ *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*: voir le rapport de Pierre Sargos, Conseiller à la Cour de cassation, *JCP* 2000, II, 10438, pp 2295-96.

¹² François Chabas, note sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, *JCP* 2000, II, 10438, p 2312.

¹³ Par exemple Michèle Gobert, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori? », *Petites Affiches*, 8 décembre 2000, 4; Pierre-Yves Gauthier, « Les distances du juge – À propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *JCP* 2001, I, 286; Basil Markésinis, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche », *RTD civ.* 2001, 77 et en général les auteurs cités par Philippe Jestaz, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche) », *RTD civ.* 2001, 547 [Jestaz].

¹⁴ L'article de Denys de Béchillon, d'Olivier Cayla et de Yan Thomas (*Le Monde* du 21 décembre 2000) prétendait à une telle neutralité: il fit l'unanimité contre lui (Jestaz, *supra* note 13).

¹⁵ Bruno Frappat, cité par Denis Salas, « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *D.* 2001, Hors-série « Justices », p 14, note 1.

¹⁶ Jacques Julliard dans *Le Nouvel Observateur* du 22 novembre 2000.

¹⁷ Expression utilisée – entre autres – par le Professeur Israël Nisand, *La Fondation de service politique*, 16 mars 2001.

¹⁸ Propos rapportés dans *Libération* du 29 novembre 2001 par Sandrine Cabut [Cabut].

¹⁹ L'expression figurait sur une pancarte brandie devant le palais de justice à Paris: Cécile Calla, « La colère des familles d'enfants handicapés », *Le Figaro* du 29 novembre 2001.

²⁰ Jerry Sainte-Rose, *JCP* 2000, II, 10438, p 2308. Ces conclusions ne sont pas exemptes de procès d'intention insidieux (les parents d'enfants handicapés qui demandent réparation le font par « égoïsme », parce que l'enfant « ne répond plus à l'attente des parents » qui voulaient un « bel enfant »: pp 2302 et 2308), ni d'exagérations délibérées (la logique de l'action conduirait à une « obligation d'avorter »: p 2307). L'avocat général avait déjà lancé à l'audience l'expression « préjudice de vie », qui avait frappé

en accordant des interviews à la presse. Il y critique ce « droit de ne pas naître », qui crée une catégorie de « morts-vivants » en indemnisant « ceux qui auraient dû mourir »²¹. Lorsque la Cour de cassation réitère sa jurisprudence Perruche, au bénéfice d'enfants nés trisomiques en 2001²², les quotidiens rivalisent de titres fracassants destinés à provoquer l'indignation du public: « Délit de sale gueule *in utero* »²³, « La dictature de l'homme parfait »²⁴, « Vers la réification de l'être humain »²⁵, « La justice handicapée »²⁶, etc. Certains journalistes iront jusqu'à rendre l'arrêt Perruche responsable de l'écart entre pays riches et pauvres en raison des thérapies génétiques dont il assurerait la promotion²⁷. Le drame est à son paroxysme dans les médias: même le Pape dénonce « l'eugénisme » de la décision²⁸. Pour citer Denis Salas en effet, « tous les ingrédients sont là pour que l'orchestre médiatique entre en scène: l'enfant victime aux stigmates visibles de la maladie, un juge méprisant à l'égard de la cause des handicapés, une presse salvatrice tant elle a donné largement la parole à la cohorte des indignés. La démocratie d'opinion crée un scénario où les médias distribuent les bons et mauvais rôles à ceux qu'elle choisit seule »²⁹. Dans le langage imagé de Philippe Jestaz, « [l]'affaire *Dreyfus*, tout à coup, se répétait, mais en bégayant: après l'innocent injustement condamné, c'est l'innocent injustement indemnisé qu'on proposait à notre capacité d'indignation »³⁰.

En effet, aucun de ses détracteurs n'a souhaité voir que la Cour de cassation cherchait simplement, par le moyen de la responsabilité civile étirée jusqu'à son point de rupture, à réparer le mal subi³¹. Comme on a coutume de le dire en droit de la responsabilité, « il faut trouver un responsable qui a de l'argent » - et Nicolas, gravement handicapé, dont les parents iront en vieillissant, en a cruellement besoin pour vivre de manière décente. Ce n'est pas le système étatique de prise en charge des handicapés adultes, très insuffisant, qui le lui permettra. La Cour de cassation a ainsi cherché à remédier à un *hard case*, un cas d'espèce où l'application stricte de la norme générale heurte le sentiment d'équité. Car, comme l'affirmait le Conseiller rapporteur à la Cour, Pierre Sargos,

l'imagination des journalistes: Sandrine Blanchard et Cécile Prieur, « De l'arrêt à son abrogation – deux ans de politique passionnelle », *Le Monde* du 8 décembre 2002.

²¹ *Le Figaro* et *Libération* du 29 novembre 2001.

²² Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, *JCP* 2001, II, 10601 (3 arrêts).

²³ Catherine Petitnicolas, *Le Figaro* du 6 décembre 2001.

²⁴ Ivan Rioufol, *Le Figaro* du 30 novembre 2001.

²⁵ Israël Nisand, *Le Monde* du 12 juillet 2001.

²⁶ Cabut, *supra* note 18.

²⁷ Éric Dupin, « L'homme n'est pas une machine », *Libération* du 11 décembre 2001.

²⁸ Joseph Van Drisse, « Jean-Paul II dénonce l'eugénisme », *Le Figaro* du 24 novembre 2001. Les évêques et rabbins de France ne sont pas en reste: Guillaume Perrault, « Les grandes religions très critiques », *Le Figaro* du 29 novembre 2001.

²⁹ Denis Salas, « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *D* 2001, Hors-série « Justices », p 16.

³⁰ Jestaz, *supra* note 13.

³¹ « Dans l'esprit de la Cour, sa décision était humanitaire, mais nul ne l'a entendu ainsi » dans cet arrêt « mal compris »: Sandrine Blanchard et Cécile Prieur, « De l'arrêt à son abrogation – deux ans de politique passionnelle », *Le Monde* du 8 décembre 2002.

« où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie : dans le refus abstrait de toute indemnisation ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques? »³²

Mais si l'intention de la Cour était d'aider concrètement une personne handicapée, pourquoi une telle levée de boucliers sur la place publique?

(B) Des juges travestis en simples fonctionnaires

Entre autres choses, mais c'est l'élément primordial sur lequel nous insisterons ici, le langage et le discours de la Cour de cassation française ne lui permettent aucunement de s'expliquer clairement sur les motifs réels de ses décisions. Ses arrêts sont coulés dans une forme laconique³³ qui ressemble davantage à une équation fondée sur la loi qu'à une rhétorique susceptible de convaincre les récepteurs de la décision. Parce que dans le schéma traditionnel issu de la révolution française, le rôle du juge se limite en principe à celui d'un rouage appliquant la loi – le juge ne doit jamais être vu comme créant du droit – les arrêts de la Cour de cassation, dont la forme est imposée depuis sa création, donnent en conséquence l'illusion que le Code ou la loi a déjà décidé et que la cour ne fait que l'appliquer. Aucune opinion dissidente dans ce discours, aucune motivation fondée sur des arguments sociaux, économiques, politiques, etc.³⁴ La Cour de cassation ne peut s'expliquer: elle n'a pas la place pour le faire dans ses décisions déshumanisées où les articles de loi semblent occuper tout l'espace³⁵. Les documents internes qui accompagnent chaque arrêt de cassation et en éclairent partiellement le sens (le rapport du Conseiller rapporteur et les conclusions de l'Avocat général) sont en principe inaccessibles au public comme à l'ensemble de la communauté juridique. Mais leur communication ne réconcilie pas forcément l'espace public et l'espace interne du droit: dans l'affaire Perruche en effet, ces deux documents avaient été publiés aux côtés de l'arrêt lui-même sans parvenir à endiguer l'incompréhension populaire.

³² *JCP* 2000, II, 10438, p 2302, § 48.

³³ Denis Salas, « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *D.* 2001, Hors-série « Justices », p 19. On peut aussi qualifier la forme de « lapidaire »: François Terré, « Le prix de la vie », *JCP* 2000, I, p 2267.

³⁴ Au sujet de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, voir M. de S.-O.-l'E. Lasser, « Autoportraits judiciaires: le discours interne et externe de la Cour de cassation », in *Langages de justice*, Les Cahiers de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, Paris, Institut des Hautes Etudes sur la Justice, 1994, pp 28-38 (et pour une version anglaise extensive, « Judicial (Self-) Portraits : Judicial Discourse in the French Legal System » (1994-1995) 104 *Yale LJ* 1326-1410).

³⁵ Quelques plaidoyers pour une motivation plus explicite des arrêts de la Cour de cassation apparaissent périodiquement: Adolphe Touffait et André Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p 487; Raymond Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, p 2681.

L'arrêt Perruche a été mal reçu notamment parce que la Cour de cassation elle-même n'a pu s'en expliquer au sein de sa propre décision. Juristes et journalistes sont libres d'extrapoler de tels arrêts en fonction de leur sensibilité personnelle. La raison pour laquelle la Cour a choisi de détourner l'application du principe fondateur de la responsabilité civile extracontractuelle – aboutir à une solution humaine et équitable dans un cas particulier – n'apparaît en effet nulle part dans son arrêt laconique. Dès lors, l'application stricte des principes est susceptible d'être comprise comme un mépris sous-jacent de la classe des handicapés en général, dont la naissance pourrait être qualifiée de « préjudice » et à ce titre indemnisée. L'audience indignée ne peut ou ne veut savoir que la Cour a préféré égratigner une valeur dépersonnalisée et sans implications concrètes réelles, le sacro-saint « respect » dû sans engagement matériel aux personnes handicapées, pour faire en sorte que l'une de ces personnes bénéficie effectivement de conditions de vie décentes.

L'ineffectivité de telles déclarations d'intention transparaît dans l'échec de la loi adoptée en 2002 pour anéantir les effets de l'arrêt Perruche et de ses avatars. Sous le titre « Solidarité envers les personnes handicapées », elle affirme que toute personne handicapée a droit à la « solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale » et évoque le « conseil national consultatif » chargé d'évaluer la situation des handicapés et de « présenter toutes les propositions nécessaires au Parlement et au Gouvernement » pour les prendre en charge. Parallèlement, elle interdit à ces handicapés tout recours judiciaire calqué sur la jurisprudence Perruche au motif que « [n]ul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »³⁶. Or, à ce jour, le dit Conseil n'a toujours pas été créé et les associations de handicapés réalisent qu'elles ont en fait contribué concrètement, en soutenant le texte, à réduire leurs possibilités de dédommagement de la part du corps médical sans pour autant obtenir d'autres aides financières sur la base de la « solidarité nationale ». Les lobbys des compagnies d'assurance et des médecins en étaient bien conscients, eux qui avaient activement milité pour l'adoption du texte³⁷.

Par conséquent, face à l'inertie politique, les juges se sont à nouveau portés au secours des handicapés et de leurs familles. Au niveau européen d'abord, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit au respect des biens car la loi prétendait s'appliquer aux instances en cours et ainsi, priver les familles d'enfants handicapés de l'indemnisation attendue sur la base de la jurisprudence Perruche³⁸. Au niveau interne, ensuite, la Cour de cassation a su tirer profit de cette jurisprudence européenne pour exclure l'application de la loi non seulement aux instances en cours, mais aussi aux

³⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 1^{er}, JO n° 54, 5 mars 2002, p 4118.

³⁷Voir notamment « Loi Perruche – L'irresponsabilité médicale légalisée », dans *La Tribune de l'Assurance* du 1^{er} mars 2002, ou encore Blandine Grosjean, « Perruche, loi avortée par les médecins », dans *Libération*, 9 février 2002 et l'article récapitulatif « De l'arrêt à son abrogation – deux ans de polémique passionnelle » dans *Le Monde* du 8 décembre 2002.

³⁸ *Draon c France*, 6 octobre 2005, n° 1513/03.

dommages causés avant son entrée en vigueur³⁹. En dépit de l'incompréhension que suscitent parfois leurs arrêts, les cours ne désarment pas.

À cet égard, le Premier président de la Cour, Guy Canivet, regrettait que les arrêts de la Cour relatifs aux enfants à naître « n'aient pas été mieux et plus sereinement lus et leurs conséquences plus objectivement étudiées en terme d'éthique, de responsabilité et d'économie médicales »⁴⁰. Mais lorsque la décision met en cause des valeurs conflictuelles, cette démarche interprétative repose en fin de compte sur le bon vouloir de chaque lecteur. Le procès d'intention est facilité par la motivation générale et elliptique qui corsète et étouffe les raisons véritables du jugement, dans un malentendu qui scelle l'incommunicabilité relative entre la Cour de cassation et l'espace public et à travers celle-ci, l'accès déficient à la justice française.

Le maintien de la règle générale au détriment de l'équité individuelle : les motivations transparentes de la Cour suprême du Canada

Comparons à présent cette incommunicabilité et cette relative inaccessibilité de la justice à la relative harmonie caractérisant, au Canada, la réception de décisions difficiles relatives à l'enfant à naître (mettant en cause la responsabilité de la mère à l'égard du fœtus) par l'opinion publique (1). L'origine de cette harmonie réside notamment dans la manière dont la Cour suprême rédige ses décisions, ainsi que dans la manière dont elle a délibérément aménagé ses rapports avec les médias (2).

(A) Le problème de la responsabilité de la mère face à l'enfant qu'elle porte

Les deux arrêts retenus aux fins de la comparaison mettaient en cause la difficile question de la responsabilité civile extracontractuelle de la mère face à l'enfant qu'elle porte. Dans *Winnipeg Child & Family Services v. D.F.G.* (1997), une femme autochtone enceinte sniffait de la colle et les services sociaux voulaient l'interner au nom de la protection de l'enfant à naître⁴¹. Dans *Dobson v. Dobson* (1999), une mère était assignée en responsabilité au nom de l'enfant handicapé dont elle avait accouché suite à un accident de voiture; le handicap était consécutif à la naissance provoquée prématurément par l'accident et l'action était menée par le grand-père dans le but de forcer la compagnie d'assurance à intervenir⁴². La common law de la négligence (l'équivalent de la responsabilité civile extracontractuelle à base de faute) était invoquée dans les deux cas. La liste des intervenants externes, qui reliaient diverses facettes de l'intérêt public à la manière du Procureur général près la Cour de

³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008, *Bull. civ.* I, n° 190.

⁴⁰ Propos recueillis par Cécile Prieur dans *Le Monde* du 14 janvier 2002.

⁴¹ [1997] 3 SCR. 925.

⁴² [1999] 2 SCR 753.

cassation française⁴³, rend compte de l'intérêt de différents groupes d'opinion intéressés par ces affaires : associations religieuses, de protection des droits des femmes, de défense des libertés civiles, de soutien aux femmes autochtones, et notamment de militants pour et contre l'avortement.

Dans son jugement majoritaire, la Cour suprême du Canada rejette ces deux actions en responsabilité. Elle refuse également d'appliquer les règles de la responsabilité civile quasi-délictuelle à la femme enceinte vis-à-vis de l'enfant qu'elle porte. Sous la plume de la juge McLachlin⁴⁴, les raisons de ce rejet sont clairement et longuement explicitées⁴⁵. En premier lieu, compte tenu du mode d'élaboration de la common law au fil des précédents judiciaires, l'appréciation au cas par cas ne laissera-t-elle pas un pouvoir trop grand entre les mains des juges? Le législateur est en définitive mieux placé pour régler ces questions au terme d'un débat public et d'une loi de portée générale⁴⁶, qui prendra en compte le financement de l'aide aux handicapés et des soins de santé⁴⁷. La Cour reconnaît qu'au-delà de l'équité du cas d'espèce, qui indique clairement la solution « juste » (particulièrement dans *Dobson*, où il ne s'agit que d'obliger l'assureur à dédommager un enfant handicapé de telle sorte qu'il puisse vivre dignement), une question plus large se profile: la responsabilité des femmes enceintes à l'égard du fœtus (dépourvu de personnalité juridique en droit canadien suite à la reconnaissance du droit à l'avortement⁴⁸), et le contrôle juridique susceptible d'en découler. En deuxième lieu en effet, si les femmes enceintes sont susceptibles d'être déclarées civilement responsables de tel ou tel préjudice encouru par l'enfant et révélé à la naissance, quels seront précisément les comportements fautifs ou négligents? Le fait de renifler des produits toxiques est sans conteste un geste dommageable, mais qu'en est-il de ceux qui résultent du mode de vie privilégié par la mère – fumer, boire, faire beaucoup d'exercice, conduire dans la neige?⁴⁹

« [Une femme] pourrait [...] être tenue responsable pour tout comportement qui, en cours de grossesse, a pu nuire au fœtus, y compris le fait de ne pas manger convenablement, de prendre des médicaments délivrés sur ordonnance ou en vente libre, de consommer de la drogue, de fumer, de boire de l'alcool, de s'exposer à une maladie infectieuse ou à un risque professionnel, de se livrer à des rapports sexuels ou à des exercices immodérés,

⁴³ Sur permission de la Cour, des groupes représentant un intérêt collectif peuvent intervenir dans le litige si celui-ci met en cause l'intérêt qu'ils défendent: arts. 18 et 55-59 des *Règles de pratique de la Cour suprême du Canada*. Pour une discussion, voir par exemple *R c Finta*, [1993] 1 RCS 1138 et Séverine Menétrey, « L'immixtion de tiers amicaux dans le mécanisme juridictionnel », (2004) 45 *C de D* 729.

⁴⁴ Dans *Winnipeg*, *supra* note 2 au 933 ss.

⁴⁵ La juge McLachlin a réitéré ces motifs dans un jugement distinct (*concurring opinion*) dans l'affaire *Dobson v Dobson* ([1999] 2 SCR 753, 799 ss. [*Dobson*]), où le jugement de la majorité est rendu par le juge Cory.

⁴⁶ *Winnipeg*, *supra* note 2 au 940 et *ibid* 801-802.

⁴⁷ *Ibid* au para 782 par le juge Cory.

⁴⁸ Sous réserve des droits civils traditionnellement reconnus rétrospectivement, en droit civil comme en common law, aux enfants nés vivants et viables.

⁴⁹ *Winnipeg*, *supra* note 2 949-950 et dans le même sens, *Dobson v Dobson*, [1999] 2 S.C.R. 753, 771 et 780 par le juge Cory.

de résider en haute altitude pendant des périodes prolongées ou d'avoir recours à un anesthésique général ou à des médicaments pour accélérer le travail lors de l'accouchement »⁵⁰.

À cet égard du reste, les vérités médicales quant à ce qui est nocif et ce qui ne l'est pas évoluent constamment, ce qui obligerait les juges à ce tenir à la pointe de l'actualité médicale et à se transformer en arbitres pour départager les écoles divergentes le cas échéant⁵¹. En troisième lieu, les femmes enceintes les plus stigmatisées seront nécessairement celles qui appartiennent aux groupes socio-économiques les plus démunis, ainsi les femmes autochtones⁵². En quatrième lieu, la dépendance à certaines substances toxiques n'est bien souvent pas un choix délibéré : la fonction dissuasive de la responsabilité civile échouerait à les prévenir⁵³. Recourant à nouveau à la doctrine, la juge McLachlin explicite davantage sa pensée en citant les mots d'une auteure :

« [L]a femme enceinte qui se drogue ne le fait pas par indifférence envers le fœtus. Tout comme les autres toxicomanes, elle souffre d'une dépendance. Au surplus, l'un des effets de la dépendance est de rendre la consommation irrésistible...

Considérer la femme enceinte toxicomane comme une personne infligeant des mauvais traitements au fœtus, c'est passer sous silence les circonstances qui concourent à l'existence de problèmes comme la toxicomanie et la malnutrition, notamment l'insuffisance de soins prénatals de qualité, la pauvreté et l'absence de traitements destinés aux toxicomanes »⁵⁴.

En cinquième lieu, la surveillance des femmes enceintes par la société en général tendrait à prendre la forme d'une véritable gestapo à l'affût de tout comportement jugé « nocif » par l'entourage ou les tiers : « [c]onjoints, parents, amis et voisins font partie des personnes susceptibles d'épier la femme enceinte afin de s'assurer qu'elle respecte les paramètres établis par la loi »⁵⁵. Sans compter que « [l]a difficulté de déterminer quelle conduite est acceptable ou ne l'est pas pourrait donner lieu à des conflits entre les intéressés et la femme enceinte, voire entre les intéressés eux-mêmes »⁵⁶. L'avortement progresserait, les femmes redoutant ce fardeau accru pesant sur la grossesse, qui n'est déjà pas nécessairement une partie de plaisir

⁵⁰ Dawn E. Johnsen, « The creation of fetal rights : Conflicts with women's constitutional rights to liberty, privacy, and equal protection » (1986) 95 Yale LJ 599, 606-607 (traduction de la Cour).

⁵¹ Winnipeg, *supra* note 2 950.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, 950-951, et également Dobson, *supra* note 45 au p 772 par le juge Cory.

⁵⁴ Julia E. Hanigsberg, « Power and Procreation: State Interference in Pregnancy » (1991) 23 RD Ottawa 35, 53 (la traduction est celle de la cour).

⁵⁵ Winnipeg, *supra* note 2 au p 951. Voir aussi dans le même sens Dobson, *supra* note 45 au p 772 par le juge Cory.

⁵⁶ Winnipeg, *supra* note 2 au p 951.

pendant neuf mois; corrélativement, les femmes qui auraient le plus besoin de soin n'oseraient plus s'adresser aux centres de santé de peur d'être privées de leur liberté⁵⁷. Enfin, au regard de la liberté garantie par la *Charte canadienne*, la femme cesserait d'être maîtresse de son propre corps (principe affirmé en 1988 par la Cour suprême elle-même en relation avec le droit à l'avortement⁵⁸). Et quant au droit à l'égalité, « [d]ire que les femmes choisissent de devenir enceintes n'avance à rien. La grossesse est essentiellement liée au fait d'être une femme. Elles ne doivent pas être pénalisées parce qu'elles appartiennent au sexe qui porte les enfants », sous peine de « renforcer l'inégalité dont elles font l'objet par la fiction du consentement réputé et la négation de la nature même de la femme »⁵⁹. Alors que la société bénéficie, à titre collectif, du rôle joué par les femmes enceintes, le fait d'autoriser des actions en responsabilité civile de la part des nouveaux-nés contre leur mère nuirait au bien-être émotionnel et psychologique des uns comme des autres⁶⁰: à cet égard, la mère n'est pas assimilable à n'importe quel tiers⁶¹.

(B) Des juges nomothètes

Ainsi, la Cour suprême du Canada parvient à s'expliquer non seulement sur les fondements réels de sa motivation, mais aussi sur ses propres doutes et délibérations internes. Elle jouit de l'espace pour le faire, à la fois parce que la forme des décisions de common law est libre, mais aussi parce que le langage en est clair et parce que le système des opinions « concurrentes » permet à chaque juge de faire valoir d'autres raisons s'il le juge nécessaire – ainsi la juge McLachlin dans *Dobson*, relayant son jugement majoritaire dans *Winnipeg Child & Family Services v. D.F.G.*⁶² De leur côté, les opinions dissidentes prêtent une voix et des arguments à ceux qui, dans l'espace public, auraient favorisé l'application du droit de la responsabilité civile à la femme enceinte dans ces deux affaires. Le juge Major s'est ainsi fait leur porte-parole en avançant que les femmes enceintes ont choisi de l'être (au lieu d'avorter, ce qui est permis au Canada), que la règle selon laquelle le fœtus n'a de droits qu'une fois né vivant et viable est périmée au regard des avancées de la médecine moderne, que les comportements négligents imputables à la mère peuvent être déterminés au cas par cas et qu'il appartient au juge de protéger ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes (par une application extensive de la compétence des cours *patria*⁶³).

En tout état de cause, on est loin ici du quasi-mutisme de la Cour de cassation française, baillonnée par le style codé de ses arrêts et incapable de défendre elle-même ses décisions. Tout est affaire de motivation, ou de rhétorique qu'il faut avoir l'espace pour déployer afin de faire le tour de la question. Les interventions

⁵⁷ *Ibid* au p 952.

⁵⁸ *R v Morntaler*, [1988] 1 SCR 30.

⁵⁹ *Dobson*, *supra* note 45 au p 800-801.

⁶⁰ *Ibid* au p 781 par le juge Cory.

⁶¹ *Ibid* au p 769-770 par le juge Cory.

⁶² Respectivement *Winnipeg*, *supra* note 2 à la p 933 ss. et *Dobson*, *supra* note 45 à la p 799 ss.

⁶³ *Winnipeg*, *supra* note 2 à la p 961 ss. et *Dobson*, *supra* note 45 à la p 802 ss.

externes contribuent d'ailleurs à ce qu'aucun aspect intéressant le public ne soit laissé dans l'ombre.

Par ailleurs, les juges de la Cour suprême du Canada réfléchissent en nomothètes, non en simple exécutants de normes juridiques créées en-dehors d'eux par le législateur. Parce que la matière mise en cause par ces deux arrêts ressortissait de la common law de la négligence (donc d'un droit d'origine judiciaire, fondé sur des cas décidés antérieurement), non d'une loi quelconque, c'est en tant qu'auteurs de la norme qu'ils en examinent l'application et se prononcent contre l'extension de celle-ci en l'espèce. Leur légitimité à en discuter les termes est indéniable, puisqu'il s'agit de leur propre production normative. Ils sont également habilités à se demander quelle autorité – législative ou judiciaire – est la mieux placée pour mettre en place la solution souhaitée. La Cour de cassation française, à laquelle il est défendu de créer du droit sous la forme de règles générales⁶⁴ puisqu'il n'existe en France qu'une seule source formelle de droit (le législateur), ne dispose évidemment pas de la même latitude.

Comment les arrêts *Dobson v. Dobson* et *Winnipeg Child & Family Services v. D.F.G.* ont-ils été reçu par la communauté juridique et par la presse? Dans les revues spécialisées, certains auteurs se sont concentrés sur le droit de la négligence⁶⁵, d'autres sur la question générale du statut juridique des femmes enceintes et du fœtus⁶⁶; en tout état de cause, la solution concrète des deux affaires n'a pas suscité de réactions passionnelles. Quant à la couverture de ces deux affaires par la presse, le contraste avec le tumulte émotionnel provoqué par l'affaire Perruche est frappant, alors même que l'une des questions fondamentales posées par l'arrêt *Dobson* était la même (assurer un niveau de vie décent à un enfant handicapé et par extension, à sa famille). Or, au contraire de la Cour de cassation, la Cour suprême a choisi de ne pas promouvoir cette solution équitable au détriment d'une autre valeur garantie par la common law de la négligence (l'autonomie des femmes enceintes). Mais les raisons de ce choix difficile ont été clairement relayées par la presse, qui cite les juges eux-mêmes à cet effet: leurs arguments sociologiques, économiques et psychologiques sont formulés en termes simples, et se prêtent à l'exercice. En effet, lorsqu'ils rendent un jugement dans une affaire susceptible de diviser l'opinion, les juges de la Cour suprême s'astreignent à être aussi compréhensibles que possibles

⁶⁴ Art. 5 C. civ.

⁶⁵ Par exemple Erin Nelson, « One of these things is not like the other: Maternal legal duties and the Supreme Court of Canada », dans Lionel Smith, ed., *Ruled by law*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2003, p 31; Françoise Baylis, « Case comment and note: Dissenting with the dissent: *Winnipeg Child & Family Services v. D.F.G.* », (1998) 36 *Alta LR* 785; Teresa Foley, « *Dobson v. Dobson*: Tort liability for expectant mothers? », (1998) 61 *Sask LR* 177; Ian Kerr, « Pre-natal fictions and post-partum actions », (1997), 20 *Dalh LJ* 237.

⁶⁶ Ainsi, parmi d'autres contributions, Alison Diduck, « Conceiving the bad mother: 'The focus should be on the child to be born' », (1998) 32 *UBC LR* 199; Laura Shanner, « Case comment and note: Pregnancy intervention and models of maternal-fetal relationship: Philosophical reflections on the *Winnipeg C.F.S.* dissent », (1998) 36 *Alta LR* 751; Mélanie Randall, « Pregnant embodiment and women's autonomy rights in law: An analysis of the language and politics of *Winnipeg Child & Family Services v. D.F.G.* », (1999) 62 *Sask LR* 515.

pour les non-juristes⁶⁷. Les journalistes eux-mêmes se sont bornés à répéter les propos nécessairement antagonistes des avocats des parties, de certains groupes d'intervention (notamment les militants pour et contre l'avortement) et de l'un ou l'autre politicien (comme la ministre de la justice de l'époque) sans entrer dans une quelconque polémique. Cette relative neutralité conduit à des articles d'une grande uniformité, qui se répètent souvent d'autant plus qu'un même journaliste peut vendre le même article à différents journaux au Canada⁶⁸. Les titres sont descriptifs, sans effet racoleur destiné à indigner ou à émouvoir outre mesure : ainsi par exemple, « Mother versus child – Behind a Supreme Court of Canada ruling yesterday lies a troublesome story of an unborn child, a mother and a society struggling to do the right thing »⁶⁹, ou encore « Supreme Court sidestepping fetal-rights minefield »⁷⁰.

Outre la forme des décisions rendues par la Cour suprême, combinée au prestige et à la confiance dont elle jouit dans l'espace public canadien⁷¹, l'harmonie relative qui caractérise ses relations avec la presse provient aussi des efforts déployés par la Cour elle-même pour gérer sa communication médiatique. À la suite de la publication d'un titre de mauvais goût dans un journal à grand tirage, en relation avec une décision de la Cour suprême à la fin des années 1970, le juge en chef Laskin avait pris conscience du danger et créé en 1981 un comité de relations avec les médias. Depuis 1997, les audiences de la Cour sont diffusées intégralement sur une chaîne de télévision publique. Les séances d'information destinées aux journalistes se sont multipliées, et en 1984, le poste d'adjoint exécutif juridique a vu le jour. Occupé le plus souvent par des universitaires qui agissent à titre de consultants indépendants, la fonction permet d'expliquer aux médias la substance de chaque décision de manière à limiter les dérapages dûs à l'incompréhension⁷².

« Les juges sont en effet convaincus que le public a besoin, pour comprendre, de connaître les raisons derrière une décision ou une dissidence. Pour conserver sa légitimité, la Cour doit démontrer que ses décisions reposent sur un raisonnement solide et qu'elles ne sont pas arbitraires ou partisans. Les motifs forment la base de son pouvoir »⁷³

⁶⁷ Florian Sauvageau, David Schneiderman et David Taras, *La Cour suprême du Canada et les médias: À qui le dernier mot?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p 259.

⁶⁸ Voir par exemple Janice Tibbetts, « Court refuses to recognize fetal rights », *Kingston Whig-Standard* du 1^{er} novembre 1997 et « Court denies fetal rights – Pro-choice groups laud ruling », *The Windsor Star* du 10 juillet 1999; Kim McNairn, « High Court's ruling over rights of fetus draws mixed reaction », *Star-Phoenix* du 1^{er} novembre 1997; Valerie Lawton, « Boy denied right to sue his mother – Supreme Court rules on liability for fetal injury », *Toronto Star* du 10 juillet 1999.

⁶⁹ Vivian Bercovici, « Mother versus child Behind a Supreme Court of Canada ruling yesterday lies a troublesome story of an unborn child, a mother and a society struggling to do the right thing. », *The Globe and Mail* du 1^{er} novembre 1997 D2.

⁷⁰ Janice Tibbetts, *The Gazette* du 9 décembre 1998.

⁷¹ Qui explique aussi en partie le ton modéré des journalistes lorsqu'ils évoquent ses arrêts: Florian Sauvageau, David Schneiderman et David Taras, *La Cour suprême du Canada et les médias: À qui le dernier mot?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, pp 258-273.

⁷² Pour de plus amples explications, voir *ibid* aux pp 251-258.

⁷³ *Ibid*, à la p 259.

C'est donc à condition d'être comprise que la justice peut être représentative, et susceptible de s'intégrer pleinement à l'espace public comme l'un de ses porte-paroles légitimes. Ainsi, dans un entretien télévisé sur CTV le 9 juillet 1999, l'avocat du petit garçon handicapé dans *Dobson v. Dobson* admettait « ne pas voir dans ce litige les mêmes questions fondamentales que le reste du pays y voit ». De la sorte, la décision de la Cour suprême semblait se confondre avec celle des Canadiens en général. Les affaires *Winnipeg* et *Dobson* illustrent cette symbiose, et garantissent par là-même une certaine accessibilité à la justice entendue dans son sens large, sous l'angle de l'accès à l'information judiciaire. Par contre, lorsque la communication ne dispose pas du canal adéquat, l'image même de la justice peut être compromise; une telle rupture étant de nature à causer un trouble considérable dans l'opinion⁷⁴. Tel était malheureusement le cas dans l'affaire Perruche, au prix de l'accès à la justice défini largement.

En conclusion, la compréhension – ou l'incompréhension – de décisions difficiles, opposant une valeur collective à l'intérêt en équité de quelques-uns, dans l'espace public dépend essentiellement du mode de communication à la disposition de la Cour qui rend de telles décisions. Or, l'accès à la justice est tributaire d'une communication aussi effective et transparente que possible : la Cour suprême du Canada semble parfaitement outillée pour faire face à ce défi quotidien, alors que la Cour de cassation française demeure muselée par la forme restrictive que doivent revêtir ses décisions.

⁷⁴ Geneviève Viney, « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion », *JCP* 2001, I, 286.