

YVES-ALBERT BISMUTH
SPECIALISTE EN DROIT COMMERCIAL ET EN DROIT
DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE
CHARGE D'ENSEIGNEMENT À LA FACULTÉ DE
DROIT DE PARIS 13

OLIVIER COSTA
MATHIEU MARTIN
AVOCATS ASSOCIÉS

AUDREY CHOUTEAU
AUDREY BRONKHORST

MIREILLE NAUSSAC
JACQUES HARDY
PROFESSEUR AGREGÉ DE DROIT PUBLIC
AVOCATS À LA COUR

AN MORTENKAMP & CO
ROGER-MICHEL
MEDOUZE
SOCIÉTÉ AU CAPITAL SIMPLÉMENT ENGAGÉ
AVOCAT À LA COUR D'APPEL
DE FORT DE FRANCE

L Y O N
63 AVENUE DE SAXE
BP 3167
69486 LYON - CEDEX 03
TÉL. +33 (0)4 72 60 53 93
FAX +33 (0)4 72 60 53 94
TOUTE FRANCE

P A R I S
23 RUE D'AHJOU
75006 PARIS
TÉL. +33(0)1 40 07 90 46
FAX +33 (0)1 42 60 53 94
TOUTE FRANCE

L O N D R E S
INTERNATIONAL HOUSE
1-6 YARMOUTH PLACE
LONDON W1J 7BU
TÉL. +44 (0)20 3145 3681

bismuth@bismuthassociés.com

www.bismuthassociés.com

SPÉCIAL DU DROIT COMMERCIAL ET DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE
S O C I É T É D ' A V O C A T S
23 AVENUE DE SAXE
69486 LYON - CEDEX 03
TÉL. +33 (0)4 72 60 53 93
FAX +33 (0)4 72 60 53 94
TOUTE FRANCE

AVOCATS ASSOCIÉS

L'acharnement thérapeutique De l'éthique au droit

Le 2 juin 2009, le centre hospitalier d'Orange, établissement public de santé a vu sa responsabilité retenue par le tribunal administratif de Nîmes pour « *obstination déraisonnable au sens des dispositions du code de déontologie médicale constitutive d'une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital* » (M. et autres n° 0622251).

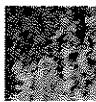
Ceci semble constituer une première dans notre contentieux de la responsabilité des établissements publics de santé même si des requérants ont déjà tenté, sans succès, de faire dire au juge administratif que l'acharnement thérapeutique pouvait constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité du service public hospitalier (CAA Marseille 4 octobre 2007 N° 05MA03291).

Les faits à l'origine de la décision rendue à Nîmes le 2 juin 2009 sont les suivants.

L'enfant, dont l'âge gestationnel n'est pas précisé, est né en décembre 2002 en état de mort apparente. Au cours du travail, le monitoring a révélé une brusque décélération du rythme cardiaque. L'enfant est né naturellement par voie basse trente minutes plus tard. Les médecins ont immédiatement entrepris une réanimation qui pendant vingt-cinq minutes n'a donné aucun résultat. Dès lors le gynécologue est allé prévenir les parents du décès de leur enfant. Pendant ce temps, l'équipe a finalement obtenu des battements cardiaques et l'enfant a pu être transféré au service de réanimation néonatale du CHU de Nîmes.

Dès lors, le tribunal relève que « *l'enfant s'est présenté à la naissance en état de mort apparente ; que les médecins ayant conduit les opérations de réanimation, s'ils ont à juste titre entrepris celle-ci dès la naissance de l'enfant, ne pouvaient ignorer les séquelles résultant pour cet enfant de l'anoxie cérébrale de plus d'une demi-heure antérieure à la naissance et de l'absence d'oxygénation tout au long de la dite réanimation* ». Fort de ces constatations, le tribunal a donc estimé qu'« *en pratiquant ainsi sans prendre en compte les conséquences néfastes hautement prévisibles pour l'enfant, les médecins ont montré une obstination déraisonnable (...) constitutive d'une faute médicale de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier d'Orange* ».

Mon projet ici, ce matin, n'est pas de commenter cette décision qui, à n'en pas douter, suscitera, comme l'arrêt PERRUCHÉ en 2000, de nombreux articles dans les revues juridiques. Mon propos n'est pas d'en ajouter un mais plutôt de réfléchir, à partir de cet évènement et avec vous, à ce qui peut aider les praticiens à penser *a priori* ces situations d'extrême urgence, cette confrontation avec l'inférel dilemme : renoncer à faire vivre ou courir le risque du handicap.



Dans ce contexte très particulier, la décision juridictionnelle peut, dans sa brutale formulation, être mal comprise par les praticiens prompts à relever l'incapacité des juges (des juristes) à apprécier la complexité médicale avec laquelle il leur faut composer. Le procès en légitimité n'est jamais bien loin qui impute aux juristes la constante volonté de substituer une obligation de résultats à la traditionnelle obligation de moyens qui règle l'exercice de l'art médical.

Je voudrais donc montrer qu'en l'occurrence, les outils utilisés par le juge ne sont pas pure invention de légistes ou de magistrats éloignés des réalités et des connaissances médicales mais qu'ils sont construits à partir d'un matériau infra juridique nourri de recommandations professionnelles et de principes éthiques et que chacune des composantes du *corpus* ainsi constitué est en forte congruence avec toutes les autres. Cette convergence n'existe pas toujours (cf. le décalage entre certaines pratiques médicales et l'interdiction de l'avortement dans la France des années 1970 par exemple ou le débat récurrent sur l'euthanasie relancé par les récentes réformes de la législation aux Pays Bas ou en Belgique).

Nous allons donc envisager ici, du point de vue du droit, le très délicat problème des handicaps qui, au lieu d'être le fruit de la nature sont le résultat d'actes délibérément entrepris par des médecins dans le but de préserver la vie. Il faut, pour ce faire, scruter un espace de réflexion et d'action compris entre la certitude de la mort (si rien n'est entrepris) et l'incertitude quant à l'état futur de l'enfant survivant (si une réanimation et/ou des soins intensifs sont mis en route). Nous allons donc essayer de comprendre ce que le droit peut apporter dans ces situations où une équipe médicale est confrontée à ce que l'on appelle la « *détresse du nouveau-né* ».

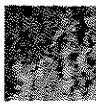
Il faut d'abord, avec humilité, essayer de comprendre ce qui se joue concrètement et, pour ce faire, distinguer les situations.

Avant tout, se rappeler qu'ici l'enfant est né et qu'il ne s'agit pas de penser la situation du fœtus mort dans le ventre de sa mère. Le droit connaît d'ailleurs cette distinction depuis la loi (n° 93-22) du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant prévoyant, sur le fondement d'une recommandation de l'OMS, que les enfants nés vivants et morts avant leur enregistrement à l'état-civil ne seront plus considérés comme morts nés et feront l'objet d'un certificat de décès spécifique mis en place en 1997.

Ensuite, souligner que les causes de la détresse constatée au moment de la naissance ou dans les heures qui la suivent sont multiples et que certaines sont prévisibles, alors que d'autres ne le sont pas. Dans le premier cas, la prévention a permis soit de prendre des décisions d'évitement (l'avortement thérapeutique par exemple) soit de se préparer à accueillir l'enfant au plan médical mais aussi d'un point de vue « *parental* » et il a sans doute été possible de décider, ensemble, de la conduite à tenir. Dans le second cas, l'urgence est absolue (les médecins parlent « *d'urgence vraie* ») et l'équipe médicale se retrouve assez seule pour prendre des décisions lourdes de conséquences qui, dans un monde éthiquement parfait, ne devraient être prises qu'après avoir obtenu le consentement éclairé des parents.

Enfin, mettre en évidence le fait que, depuis les années 1960, les conquêtes successives du savoir et du savoir faire des médecins reculent les limites de ce qui, à un moment donné, paraissait être le *possible*. Un exemple en sera donné en considérant la décision de réanimer et de soigner les grands prématurés. La recommandation la plus couramment admise aujourd'hui est qu'en dessous de 23 semaines et/ou d'un poids de 400 grammes, rien ne doit être entrepris pour assurer la survie de l'enfant (en France on s'en tient plutôt à 26 semaines). En 2000, c'est-à-dire il y a moins de 10 ans, on considérait que la grande prématurité commençait en dessous de 33 semaines. Nous sommes donc dans cette situation où la résignation devant les aléas de la naissance n'est plus de mise, où l'art médical permet de mettre en œuvre des moyens sophistiqués pour tenter d'assurer la survie des nouveau-nés en détresse vitale au risque de séquelles lourdes. Faut-il tenter quelque chose ? Faut-il commencer une réanimation ? Faut-il l'arrêter ? A quel moment la poursuite d'un protocole risque-t-elle faire disparaître le bienfait derrière le risque du handicap irréversible ?

Comme le souligne le CCNE dans son avis du 14 septembre 2000 intitulé « *Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale* » : « *Ces questions sont un excellent exemple de ce qu'est un dilemme éthique* » c'est-à-dire, en philosophie morale, une situation dans laquelle, quel que soit le choix opéré, il ne permettra probablement



pas de remplir simultanément deux obligations qui s'imposent également : *faire vivre* d'une part, *ne pas nuire* d'autre part.

Il me semble que dans le calme propice d'une réunion comme celle-ci, ce « *dilemme éthique* » peut être pris en charge, pensé, sinon résolu, au travers d'un corpus assez fourni qui, schématiquement, se divise en trois composantes :

- les recommandations professionnelles ;
- les principes éthiques ;
- les règles de droit.

Car les décisions à prendre devant la détresse du nouveau-né constituent évidemment des questions médicales et les réponses contiennent leur lot de controverses entre spécialistes mais, ce sont aussi des questions éthiques parce qu'il y va de la vie d'un être humain, enfin, ce sont des questions juridiques parce qu'elles peuvent déboucher sur une recherche de responsabilité(s). Mon propos est de mettre en évidence le contenu de ces différents éléments du *corpus* pour mettre à jour leur congruence ou leurs éventuelles divergences et les rapports qu'ils entretiennent entre eux.

Les recommandations professionnelles

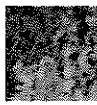
Elles occupent un espace de réflexion et de délibération qui, sauf trouble manifeste à l'ordre public, échappe et doit échapper au droit. La Cour de cassation ne s'y est pas trompée qui censure la cour d'appel de Nîmes estimant en 2005 qu'un enfant de 500 grammes né à 22 semaines ne peut, pour ces raisons, bénéficier des dispositions précitées de l'article 79-1 alinéa 2 du code civil au motif qu'il serait mort né. (Cour de cassation, Première chambre civile, 6 février 2008, N° 06-16.499). Les motifs de la décision rendue méritent d'être brièvement cités :

« Il résulte de l'article 79-1, alinéa 2, du code civil que lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil et à défaut de production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie qui énonce le jour, heure et lieu de l'accouchement et cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès.

L'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse.

Attendu que pour confirmer cette décision, l'arrêt attaqué énonce qu'il s'évince de l'article 19-1 du code civil que pour qu'un acte d'enfant sans vie puisse être dressé, il faut reconnaître à l'être dont on doit ainsi déplorer la perte, un stade de développement suffisant pour pouvoir être reconnu comme un enfant, ce qui ne peut se décréter mais doit se constater à l'aune de l'espoir raisonnable de vie autonome présenté par le fœtus avant son extinction, qu'en l'état actuel des données de la science, il y a lieu de retenir, comme l'a fait l'officier d'état civil, le seuil de viabilité défini par l'Organisation mondiale de la santé qui est de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou d'un poids du fœtus de 500 grammes et qu'en l'espèce ces seuils n'étaient pas atteints ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel, qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas, l'a violé ».



Pour autant s'il n'en est pas le (co)producteur, le juge peut se fonder sur les recommandations médicales pour apprécier l'existence d'une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public hospitalier :

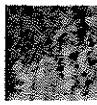
« Considérant qu'il résulte de l'instruction que Mme X a donné naissance à Ludovic X le 3 février 1979 à l'hôpital Jean Verdier de Bondy, lequel n'a pas de personnalité juridique distincte de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ; qu'à sa naissance, à la suite d'un accouchement prématuré à 34 semaines et d'un travail de cinq heures, Ludovic X est né cyanosé avec une détresse respiratoire ; que, malgré la prise en charge de cette détresse respiratoire au centre hospitalier Jean Verdier de Bondy et son transfert au service de réanimation néonatale de Montreuil, Ludovic X demeure atteint du syndrome de Little ; qu'il ressort du rapport d'expertise du professeur Jacques Y que, pour toutes les maternités en 1978 et 1979, « la bonne pratique consistait à transporter par SAMU vers les services de réanimation néonatale non pas les mères mais les nouveau-nés très prématurés ou atteints de souffrance néonatale. », que l'organisation des soins obstétricaux actuels n'exige l'orientation vers une maternité dotée d'un service de réanimation néonatale que pour les naissances de moins de 32 semaines, sauf malformations fœtales qui requièrent une prise en charge immédiate spécialisée et qu'« on ne peut donc pas reprocher au centre hospitalier Jean Verdier de Bondy de n'avoir pas fait transférer Mme X près d'un service de réanimation néonatale. » ; que dès lors, c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a jugé que la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris était engagée au motif que le centre hospitalier Jean Verdier avait commis une faute en ne prévoyant pas un accouchement à proximité immédiate d'une unité de soins spécialisés ou en n'organisant pas, durant l'accouchement, un transfert in utero de l'enfant ; » (CAA Versailles 29 juin 2006 M. X. c/ AP-HP n° 02VE02587)

« qu'en égard à la gravité du risque qu'impliquait un accouchement prématuré de jumeaux de vingt-trois semaines, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits soumis à son examen en estimant que les HOSPICES CIVILS DE LYON, en n'admettant pas, le cas échéant en surnombre, Mme X... à l'hôpital Edouard Herriot ou, à défaut, en n'affectant pas à l'accouchement dans un autre hôpital des spécialistes en réanimation néonatale, ont commis une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service de nature à engager leur responsabilité, alors même que l'hôpital de la Croix-Rousse aurait utilisé au mieux les moyens humains et matériels dont il disposait » (CE 16 juin 2000 HCL n° 196255)

« Considérant enfin que l'absence sur place d'un service de néonatalogie n'était pas compensée par la présence, au moment de l'accouchement, de spécialistes en réanimation néonatale ; que, dans ces conditions particulières, la prise en charge des enfants à la naissance n'a pas été adaptée à un contexte d'accouchement à très haut risque, parfaitement connu en l'espèce (jumeaux à 31 semaines) ; qu'en ne prenant pas les mesures adéquates pour répondre efficacement aux complications que laissait craindre un tel contexte d'accouchement, le service hospitalier a privé les enfants X... des garanties médicales qu'ils étaient en droit d'attendre de lui ; que ce défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service qui est la cause directe des graves dommages subis par eux, est de nature à engager la responsabilité des Hospices Civils de LYON ; que, dans ces conditions et sans qu'il soit besoin de procéder à la nouvelle expertise demandée par les Hospices civils de LYON, ces derniers ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement susvisé en date du 9 avril 1996, qui est suffisamment motivé, les premiers juges les ont déclarés responsables de l'intégralité des conséquences dommageables des suites d'accouchement de Mme X... » (CAA Lyon 5 mars 1998 HCL n° 96LY01606)

Le corps médical s'est donc donné des repères (je n'ose parler de règles car cela nous entrainerait inmanquablement dans un débat sans doute prématuré à ce stade de l'exposé) en forme de recommandations qui semblent internationalement reconnues même si, comme on peut légitimement s'y attendre devant des questions aussi complexes, les méthodes et la pertinence de leur mise en œuvre dans certaines situations cliniques fournissent la matière d'un débat permanent entre professionnels. C'est ainsi que, selon une étude conduite en 2004, certains services refusent de prendre en charge les prématurés de moins de 25 semaines (poids inférieur à 700 g) tandis que d'autres le font.

Au plan international ont été publiées des recommandations du comité de liaison international en réanimation : « *Prise en charge et Réanimation du nouveau-né en salle de naissance - Recommandations de l'International Liaison Committee on Resuscitation (ILCOR) pour les professionnels de la naissance - Traduction et adaptation : P. Bétrémieux, P. Pladys, A. Beuchée CHU de Rennes - Septembre 2001* »



Dans les systèmes de santé comparables au notre en termes de capacité de prise en charge de la détresse du nouveau-né, il existe des recommandations nationales (1994 aux Etats-Unis, 1997 en Grande Bretagne, 1999 en Allemagne, 2007 en Suisse par exemple).

En France le *Groupe Francophone de réanimation et urgences pédiatriques* a publié des « *Repères pour la pratique* » des limitations et arrêts de traitement en réanimation pédiatrique en 2002 complétés par un article portant le même titre et publié en 2005 dans les Archives de pédiatrie. On trouve également de nombreuses publications sur ce thème du « *dilemme éthique* » du côté des pédiatres (2000 « *Dilemmes éthiques de la période périnatale - Recommandations de bonnes pratiques pour l'abstention, la limitation, l'arrêt des traitements et l'arrêt de vie* » - Fédération Nationale des pédiatres Néonatalogistes (FNP) -)

A la lecture de ces différentes recommandations il apparaît nettement que la volonté unanime des professionnels est de bannir la performance pour la performance et de mettre à l'écart ce qu'on y dénomme *l'obstination déraisonnable* préférée à *l'acharnement thérapeutique* pour désigner les comportements médicaux non justifiés par l'intérêt de l'enfant. Car, comme le souligne le Pr. Michel DEHAN (Hôpital A. BECLERE à CLAMART) dans une communication faite en 1998 dans un congrès de néonatalogie : « *le but ultime de la réanimation néo natale est d'offrir à un nouveau né en détresse vitale la possibilité de survivre sans séquelle* ».

Les recommandations internationales envisagent chronologiquement les décisions à prendre :

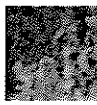
Faut-il mettre en œuvre une réanimation pour un grand prématuré ou un enfant malformé sachant que « *les actions et interventions ne doivent pas être différées après évaluation de la première minute* », l'abstention conduit à la mort de façon certaine, la mise en œuvre expose à des séquelles de façon aléatoire qu'il s'agisse de leur survenance, de leur nature (retard de croissance, troubles cognitifs, du comportement, infirmités motrices cérébrales) ou, de leur gravité.

Dans certains cas (avant 23 semaines/moins de 400 grammes/trisomie 13 ou 18) il est recommandé d'y renoncer. Dans d'autres cas, elle est déconseillée (infection amniotique, hypoxie, ischémie fœtale, malformations congénitales graves). En présence de pronostic incertain, de taux de survie marginaux, de morbidité élevée, de risque de séquelles lourdes, les souhaits parentaux éclairés doivent guider l'équipe médicale.

En France, même si cela fait débat chez les néonatalogues, après 26 semaines, la réanimation est mise en œuvre pour « *attendre* » et décider jusqu'où aller dans la prise en charge, avec le consentement des parents lorsque les circonstances le permettent. Car comme le rappelle le député LEONETTI (par ailleurs médecin) « *La concertation de la famille prévue dans la loi de 2005 ne peut intervenir que dans un contexte chronique, apaisé, pas dans l'urgence* ». On notera qu'aux Etats-Unis, la réanimation est systématiquement mise en œuvre, quel que soit l'âge gestationnel de l'enfant ou son état clinique jusqu'à ce que l'on établisse que la poursuite du traitement n'est pas bénéfique pour lui (SUREAU 2006).

Lorsque la réanimation est mise en œuvre, les dix premières minutes *d'efforts continus et bien conduits* doivent conduire à l'arrêt du traitement en l'absence de battements du cœur et d'efforts inspiratoires puisque, dans cette situation, le risque de handicap neurologique sévère s'élève considérablement et que, comme le souligne le GFRUP dans l'article précité de 2005, « *toute décision de limitation d'arrêt des traitements actifs exige d'avoir comme premier souci l'enfant lui-même. Ce repère garantit avant tout que les décisions ne seront pas subordonnées à des pressions familiales, sociales ou professionnelles* » avant de souligner la difficulté de l'exercice car « *lorsque l'on tente d'évaluer la qualité de vie attendue pour l'enfant, les difficultés et les biais sont nombreux et doivent être mis à jour* ». L'Académie de médecine ne dit pas autre chose lorsqu'elle estime que « *ne pas poursuivre la réanimation devant les chances de survie inexistantes ou laissant présager de lourdes séquelles doit être l'obsession du néonatalogue* » (rapport SUREAU 2006).

Au-delà des débats techniques et de leur complexité - trop sommairement évoquée ici - et sans sous estimer le fait qu'il n'y a pas de consensus parfait sur ces questions, on retiendra l'intérêt des professionnels pour l'élaboration de recommandations, le fait que celles-ci placent l'intérêt de l'enfant au centre des préoccupations médicales et que l'obstination déraisonnable doit en être toujours exclue.



Les prescriptions éthiques

Au moment d'aborder cette partie du viatique permettant de penser (pour ne pas dire « régler ») les situations dans lesquelles une équipe médicale est confrontée à la détresse du nouveau né on ne peut qu'être intimidé devant la profusion des matériaux offerts à l'analyse.

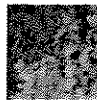
L'éthique (une des trois parties de la philosophie avec la logique et la physique) est un champ aux contours incertains travaillé par de multiples et infinies controverses. Et notre époque tragique en même temps que scientifique fait une consommation extravagante de ce mot mis au service d'objectifs multiples et brandi de toutes parts pour servir des intérêts très divers (bioéthique, entreprises éthiques, éthique des affaires ; éthique sportive, éthique professionnelle...)

Pour essayer de s'y retrouver et être à la fois court et aussi clair que possible, je prends le risque, pour mieux me faire comprendre, de prendre un raccourci qui, je l'espère, ne vous choquera pas : l'action des expérimentateurs nazis ou japonais pendant le second conflit mondial n'est pas éthique parce qu'elle témoigne d'une absence totale de compassion pour les victimes que furent les sujets d'expérience. Il ressort de ce monstrueux constat qu'un comportement est éthique lorsqu'il est essentiellement motivé par le respect de l'autre, la compassion (Schopenhauer 1851 « *Éthique, droit et politique* »). Le droit positif jurisprudentiel utilise cette grille d'analyse lorsque, par exemple :

- le Conseil d'Etat juge que ne respecte pas le code de déontologie qui impose le respect de la personne humaine le médecin qui conduit des expérimentations sur une personne maintenue en état de survie somatique alors qu'elle est en état de mort cérébrale sans le consentement préalable du sujet ou celui de sa famille (CE 2 juillet 1993 Alain X...c/ Conseil national de l'Ordre)
- La Cour de Cassation estime que justifie sa décision au regard des dispositions de l'article 223-8 du code pénal, la cour d'appel qui, pour déclarer un médecin coupable de recherche biomédicale non consentie, retient qu'il a entrepris cette recherche sur un patient très affaibli et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'a été recueilli ni par écrit ni par une autre façon (Cass. Crim 24 février 2009 X...c/ SENEKE).

La compassion qui est la marque du comportement éthique peut être manifestée de deux façons : en s'abstenant de nuire à son prochain ou en cherchant à le rendre heureux. Dans le cas qui nous occupe, il semble bien que seule la première branche de l'alternative puisse constituer un objectif. En effet le réanimateur ne peut espérer *faire le bonheur* de ce nouveau né qu'en lui *garantissant* une vie sans handicap. Toute autre proposition est source de malheur : la vie handicapée ou la mort. Le praticien et son équipe semblent donc condamnés à ne pas nuire. Le raisonnement éthique ramène à la préoccupation qui est au cœur des recommandations médicales : placer l'intérêt de l'enfant au centre des décisions et bannir toute obstination déraisonnable parce que non seulement elle éloigne le patient du bonheur mais elle peut lui nuire. Il y aurait donc là une espèce d'impératif catégorique « *ne pas nuire* » (le fameux *Primum non nocere*) guidant l'action des équipes médicales et permettant d'apprécier leur comportement : tout ce qui n'a pas pour conséquence de ne pas nuire doit être regardé comme contraire à l'éthique.

Il arrive que le droit s'empare de ce principe de compassion comme le fait la CAA de Paris dans une décision du 9 juin 1998 relative à des transfusions faites contre la volonté clairement exprimée par un patient dans un contexte de risque vital en affirmant que « *l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer (...) trouve (...) sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu* » position confirmée, à l'époque, par le Conseil d'Etat (26 octobre 2001 Mme X... n° 198546) avant donc la promulgation de la loi du 4 mars 2002.



Le corpus éthique disponible sur cette question est dense et il serait illusoire de vouloir en rendre compte ici. J'ai donc choisi d'isoler deux éléments au sein de cet ensemble, deux prises de position :

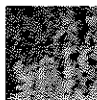
- l'avis rendu par le CCNE le 14 septembre 2000 intitulé « *Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale* » ;
- le commentaire produit officiellement par l'Ordre des médecins à partir des dispositions du code de déontologie qui sont en rapport avec notre objet d'étude.

Après avoir pris la mesure de la question à traiter et rappeler combien le regard que nous portons sur l'enfant à naître a évolué au fil du temps de l'indifférence relative à l'attachement passionnel, le CCNE note que « *de manière consensuelle, les équipes médicales considèrent qu'elles doivent interrompre la réanimation lorsqu'elles constatent que la survie est impossible car, retarder la mort est un acharnement thérapeutique* » qu'il avait défini dans un autre avis (n° 63 en 1999 « *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie* ») comme « *une obstination déraisonnable refusant par un raisonnement buté de reconnaître qu'un être humain est voué à la mort et qu'il n'est pas curable* ». Dès lors, le CCNE focalise son avis sur l'application à la réanimation néonatale du « *Primum non nocere* » qui doit conduire à « *éviter l'apparition d'un handicap majeur qui remettrait en cause le principe de bienfaisance* » et se prononce de façon claire en affirmant que :

- lorsqu'à la naissance, les possibilités de survie sans séquelles sont nulles ou faibles, la mise en route systématique d'une réanimation d'attente pose le problème de l'acharnement thérapeutique ;
- l'arrêt de la réanimation peut, dans certains cas, être regardé non pas comme l'interruption de la vie mais l'interruption de la suspension artificielle de la mort (il trace ainsi la ligne de partage entre l'euthanasie (geste destiné à provoquer la mort) et l'arrêt d'une partie des traitements ayant pour conséquence certaine la mort ;
- devant un nouveau-né qui n'acquiert pas d'autonomie respiratoire et est, de ce fait, exposé à des lésions cérébrales sévères le CCNE tout en relevant que cela est illégal préconise l'arrêt médicalisé de la vie c'est-à-dire, au minimum, l'arrêt des traitements et, au maximum, l'administration de substance permettant de mettre fin à la vie sous réserve d'une décision médicale collégiale associant les parents.

Commentant en 2006 l'article 37 du code de déontologie médicale modifié pour tenir compte des prescriptions issues de la loi Leonetti du 22 avril 2005, l'Ordre affirme pour sa part qu'au moment de décider de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés « *le médecin en charge du malade reste libre de sa décision, il doit rester seul responsable de celle-ci et doit pouvoir la justifier a posteriori* » après avoir respecté la procédure collégiale (consultation de l'équipe médicale et para médicale en charge, consultation d'un autre médecin extérieur à l'équipe, consultation des parents si l'urgence le permet) prévue à l'article 37 du code de déontologie. Cet individualisme de la décision médicale est particulièrement affirmé lorsque « *chez un malade hors d'état de communiquer, lorsqu'il s'agit d'entreprendre un traitement en urgence, le médecin décide de son opportunité et peut s'abstenir de toute thérapeutique ou investigation qu'il juge inutile. L'absence d'indication d'un traitement dans ces conditions ne relève pas de la procédure collégiale* ».

Il fallait sans doute clore (provisoirement) cet inventaire des ressources disponibles pour penser ces situations par ce retour à la responsabilité individuelle dont on sait la place qu'elle occupe dans la culture médicale et dans la représentation qu'ont les professionnels de santé de leur(s) responsabilité(s). Il faut aussi noter la grande convergence qui existe entre les recommandations professionnelles et les prescriptions éthiques : ne pas nuire en refusant l'obstination déraisonnable parce que l'intérêt de l'enfant est au centre des préoccupations du médecin en charge et de son équipe.



Le corpus juridique

Il apparaît tout d'abord indispensable de faire l'inventaire des ressources dont disposent les juristes en interrogeant, comme le veut notre méthode : les textes et, subsidiairement, la jurisprudence.

S'agissant des textes, on rappellera tout d'abord que depuis les faits de l'espèce (l'accouchement a eu lieu le 14 décembre 2002), le droit a évolué puisque la loi a été modifiée.

Le concept « *d'obstination déraisonnable* » figure en effet aujourd'hui dans la partie législative de notre code de la santé publique depuis la promulgation de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005.

L'article L1110-5 qui, dans sa rédaction antérieure née de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 ne l'évoquait pas, dispose en effet :

Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté.

*Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une **obstination déraisonnable**. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.*

Les dispositions du premier alinéa s'appliquent sans préjudice de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu tout fournisseur de produit de santé, ni des dispositions du titre II du livre 1er de la première partie du présent code.

Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée.

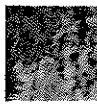
Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort. Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical.

Et l'article R4127-37 modifié par Décret n°2006-120 du 6 février 2006 fixe la procédure qui doit être appliquée avant de prendre la décision médicale de limitation ou d'arrêt des traitements dispensés.

I. - En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement. Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie.

II. - Dans les cas prévus aux articles L. 1111-4 et L. 1111-13, lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut décider de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés sans avoir préalablement mis en œuvre une procédure collégiale dans les conditions suivantes :

La décision est prise par le médecin en charge du patient, après concertation avec l'équipe de soins si elle existe et sur l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est demandé par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile.



La décision prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans des directives anticipées, s'il en a rédigé, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée ainsi que celui de la famille ou, à défaut, celui d'un de ses proches.

Lorsque la décision concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre, selon les cas, l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation.

La décision est motivée. Les avis recueillis, la nature et le sens des concertations qui ont eu lieu au sein de l'équipe de soins ainsi que les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient.

Si des faits comparables à ceux qui ont donné lieu à la décision du tribunal administratif de Nîmes devaient être aujourd'hui portés devant une juridiction à l'appui d'une recherche de responsabilité, le juge disposerait donc de ces prescriptions législatives et réglementaires pour se prononcer et déclarer, le cas échéant, à l'instar du TA que la décision d'entreprendre, de continuer (c'est-à-dire de ne pas arrêter) la réanimation constitue une « *obstination déraisonnable* » et donc, une faute. A l'époque il n'a pu fonder sa décision que sur les dispositions de l'article 37 du code de déontologie médicale dans sa rédaction issue du décret du 6 septembre 1995 prescrivant « *en toutes circonstances (...) d'éviter toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique* ».

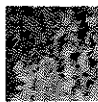
La décision rendue ramène à des catégories familières aux juristes pour qui la matérialité d'une responsabilité suppose réunies trois conditions :

- un dommage ;
- un lien de causalité ;
- un fondement.

Dans les cas qui nous occupent le **dommage** ne résulte pas du fait d'être né, pas plus que du fait de vivre mais du fait d'être handicapé, de ce que le tribunal appelle « *les conséquences néfastes hautement prévisibles pour l'enfant* ».

La loi du 4 mars 2002 a interdit d'invoquer le préjudice d'être né et ses dispositions ont été inscrites par la loi du 11 février 2005 dans le code de l'action sociale et de la famille qui dispose « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* » (art. L114-5). Cette voie était donc fermée d'autant que, en fait, ce n'est pas la naissance qui est ici à l'origine des préjudices puisque l'enfant est né en état de mort apparente et, peut-être, déjà handicapé. C'est le fait de l'avoir sorti de cette mort apparente, de lui avoir donné la vie qui place l'enfant dans la situation du handicap effectif. Il n'était pas non plus envisageable de soutenir que la vie (handicapée) constitue un préjudice et de plaider un quelconque droit à ne pas vivre dont l'enfant aurait été privé par les traitements entrepris. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a fermé cette voie dans le célèbre arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 en se prononçant pour la première fois sur la question de l'interdiction pénale de l'aide au suicide (*formulée par le Suicide Act de 1961 au Royaume-Uni*). La requérante, souffrait d'une maladie incurable et ne pouvait sans l'assistance d'autrui mettre fin à ses jours. La Cour a rejeté la requête car, selon son interprétation, l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui garantit le droit de toute personne à la vie, ne garantit pas symétriquement le "droit de mourir". Reste donc le handicap médicalement constaté comme préjudice indemnisable.

A la différence des faits qui sont à l'origine de l'arrêt PERRUCHE rendu par la Cour de cassation en novembre 2000, le handicap n'est ici pas entièrement né de l'action de la nature. Il est imputable à « *l'obstination déraisonnable* » des médecins ce qui fournit au juge le lien de causalité. Dès lors, aux termes de la loi, le préjudice est indemnisable puisque l'article L 114-5 du code de l'action sociale et de la famille précité dispose que « *La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la 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* » et ajoute : « *Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières*



déoulant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale. ». La requête visait donc à obtenir une indemnisation pour l'enfant handicapé et une indemnisation pour ces parents et chacun d'eux obtient en effet une provision.

Le juge estime en effet qu'il « ne peut pas statuer sur les préjudices résultant uniquement pour l'enfant et ses parents de la faute commise par le centre hospitalier » dès lors que les experts ont mis en évidence des symptômes permettant d'évoquer un « syndrome de Dubowitz » responsable habituellement d'un retard mental avec dysmorphie et troubles de la déglutition. En demandant, sur ce point, une expertise avant dire droit, le tribunal entend pouvoir faire la part des handicaps naturels et des handicaps imputables à la faute. Ce faisant, comme l'y invitent les dispositions de la loi précitée, il indique clairement, à la différence de ce que disait l'arrêt PERRUCHE que le handicap naturel (non repéré il est vrai au cours de la grossesse à la différence de la rubéole de la mère dans l'arrêt précité) n'est pas un préjudice indemnisable. Il y a là, on le sait, une source d'émotion pour les associations qui soulignent le caractère stigmatisant d'un droit jurisprudentiel qui assimile le handicap « naturel » à un préjudice.

À ce stade du raisonnement juridique, l'assimilation de l'« obstination déraisonnable » dûment constatée à une « faute médicale de nature à engager la responsabilité » de l'hôpital n'est pas une surprise.

Les observateurs attentifs de la jurisprudence administrative ont noté qu'au fil du temps la responsabilité des établissements de santé à raison des actes chirurgicaux ou médicaux a été de plus en plus largement retenue par le juge. On rappellera ici simplement le renoncement à la faute lourde en 1992 (CE Ass. 10 avril 1992 Epoux V...), le développement de la responsabilité sans faute fondée sur le risque (CE 9 avril 1993 Bianchi) ou de la présomption de faute dans le cas des infections nosocomiales (CE 9 décembre 1998 Cohen). Ce mouvement n'est pas isolé puisque le législateur lui-même est intervenu pour faire en sorte que toute « conséquence dommageable » imputable à « des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins » puisse être indemnisée :

- soit par le juge lorsqu'une faute peut être mise à la charge d'un professionnel ou d'un établissement de soins ;
- soit par l'ONIAM en l'absence de faute, au nom de la « solidarité nationale » et dans le cadre d'une procédure non juridictionnelle.

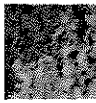
Dans ce contexte, il n'est donc pas surprenant que dès lors qu'elle a des conséquences dommageables et qu'elle paraît avérée « l'obstination déraisonnable » soit qualifiée de faute de service même si la possibilité de retenir une faute personnelle détachable du service ne semble pas devoir être exclue à la lumière des faits de l'espèce.

D'ailleurs, faute sans doute d'une bonne connaissance du partage des compétences entre les deux ordres de juridiction, dans l'espèce précitée les parents ont demandé la condamnation solidaire du centre hospitalier, de son assureur et du médecin. En bonne logique juridictionnelle, le tribunal administratif a expliqué que ces demandes ne pouvaient qu'être rejetées comme ayant été portées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Le tribunal administratif a néanmoins répondu de son point de vue en admettant la faute de l'établissement et en ne retenant pas la notion de faute détachable du service du fait de sa gravité. De manière implicite, il reconnaît ainsi indubitablement la difficulté devant laquelle se sont trouvés et se trouvent toujours placés les praticiens confrontés à ces situations de détresse du nouveau né.

Reste qu'il est évidemment impossible de prédire le sort que réserverait le juge judiciaire à une action des parents dirigée directement contre l'assureur de l'hôpital ou du médecin (art. L 121-12 du code des assurances) ou contre le médecin lui-même. Il est certain qu'il ne refuserait sans doute pas de rechercher la faute constituée par l'acharnement thérapeutique pour peu que les requérants le lui demandent.

La Cour d'appel de Nîmes (chambre civile, 1^{re} chambre b) le fait devant des séquelles graves après un accouchement par césarienne et déboutent les requérants au motif que à l'instar de ce qu'écrivent les experts, il lui apparaît que le médecin a effectué tous les gestes indispensables de réanimation et qu'il ne peut lui être reproché un acharnement thérapeutique. (12 mai 2009 N°08/03871). La Cour de cassation ne fait pas autre chose même si le vocabulaire varie puisqu'elle parle de « fuite en avant thérapeutique » pour qualifier les décisions successives d'un médecin qu'elle juge inadaptées à la situation du patient (Cass. Crim. 21 mars 2006 N° 05-83320)



Personne ne sera surpris de constater que dans de telles espèces le juge judiciaire, comme le juge administratif d'ailleurs, tous deux très dépendants des faits de l'espèce s'en remettent largement à la parole des experts qui, deviennent d'une certaine façon coproducteurs de la décision ce qui nous ramène au poids relatif des recommandations professionnelles, de l'éthique et du droit dans le règlement de ces affaires et au constat que le dernier se nourrit très largement des deux premières et, spécialement, des bonnes pratiques élaborées par les professionnels.

En définitive, l'examen du corpus disponible fait donc apparaître une forte congruence entre les recommandations professionnelles, les prescriptions éthiques et les règles juridiques : dans tous les cas, la compassion commande de ne pas nuire et exclue donc toute décision qui ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant et pourrait s'analyser comme *une obstination déraisonnable refusant par un raisonnement buté de reconnaître qu'un être humain est voué à la mort et qu'il n'est pas curable.*

Revenir à la médecine donc, à la décision médicale prise en conscience qui, en principe, ne pourra jamais constituer une faute dès lors qu'elle est fondée, à partir des données cliniques disponibles, sur la compassion.

C'est sans doute le meilleur conseil que les juristes puissent, aujourd'hui, donner aux médecins confrontés à la détresse du nouveau né puisque les recommandations professionnelles, l'éthique et le droit s'accordent sur le *Primum non nocere.*

Jacques Hardy
Avocat à la Cour