
CONCLUSIONS DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DE L'E.E.H.U DE LILLE
Réunions du 06.12.11 et du 07.01.12.

Saisine : Dans le cadre d'un master 2 "Droit, Santé, Ethique", le demandeur sollicite l'avis d'une vingtaine de groupes éthiques de C.H.U.

Cas clinique

Une jeune femme de 35 ans, sans antécédent, enceinte de 27 SA, G1P0, est admise à l'hôpital pour œdème de l'hémiface, céphalées, vomissements. En quelques heures elle présente des convulsions et sombre dans le coma. Le diagnostic après transfert en réanimation est celui d'une méningite avec choc infectieux. Quatre semaines plus tard soit à 31 SA le bilan clinique est le suivant : destruction du parenchyme cérébral de la mère avec un coma irréversible glasgow4, troubles neurovégétatifs sévères (tests cliniques et para cliniques à l'appui), bonne vitalité du fœtus qui semble indemne. La famille, informée quotidiennement (époux, fratrie, parents) souhaite un non acharnement thérapeutique et réitère à deux reprises, à une semaine d'intervalle, en présence d'un avocat la seconde fois, sa volonté de non dissociation du sort de la mère et de son fœtus. Cette patiente est mariée, le couple est en harmonie selon les proches et d'un bon niveau socio-culturel. Outre la disponibilité de l'équipe médicale, un soutien psychologique a été proposé d'emblée à l'ensemble de la famille. La parturiente n'a pas émis de directives anticipées, il n'y a pas de personne de confiance désignée. Une équipe multidisciplinaire neurologue, pédiatre, médecin légiste, extérieures au service, ont attesté de l'atteinte cérébrale irréversible chez la mère et de la bonne viabilité fœtale. Au total : Coma irréversible pouvant relever de l'arrêt des thérapeutiques actives - Fœtus à 31 SA apparemment indemne - Epoux, fratrie, mère et père de la patiente ne souhaitant ni d'acharnement, ni dissocier le sort du fœtus de celui de sa mère.

Précisions apportées ultérieurement par voie électronique 7 décembre 2011°:

- 1/ **A quoi correspondait le "non acharnement"?** Le "non acharnement" demandé par la famille, c'était l'arrêt des thérapeutiques actives chez la malade, c'est à dire: extubation et sédation terminale. L'extubation rendant la ventilation spontanée guère efficace compte tenu des lésions neurologiques.
- 2/ **Quel était le rôle de l'avocat?** Le rôle de l'avocat était celui de conseil, il a été requis par les membres de la famille pour préciser leurs droits et les recours éventuels si la naissance était décidée malgré la demande formulée.
- 3/ **Il y a t'il eu plusieurs rencontres avec la famille?** Oui, outre l'équipe de réanimation, les pédiatres et les obstétriciens ont rencontré la famille à plusieurs reprises. Une information claire sur la viabilité et la bonne vitalité fœtale a été donnée.
- 4/ **Le père a t'il été vu seul ?** Oui, le père a été rencontré également en dehors des autres membres de la famille. Toutes les possibilités ont été formulées: décès du fœtus avec sa mère, abandon de l'enfant à la naissance, moyens d'assistance du père si il décidait de garder l'enfant.
- 5/ **Il y a t'il d'autres enfants?** Non, pas d'autre enfant
- 6/ **Quelle était la composition de l'équipe médicale?** L'équipe médicale comprenait : réanimateurs, pédiatres, neurologues, infectiologue, neuroradiologues, médecin légiste, psychologue.

Les remarques et réponses de la commission consultative apparaissent en « police bleue » - « surligné gris »

Remarques préalables :

Les membres présents de la commission consultative décident d'examiner la saisine en acceptant les données telles qu'elles sont présentées sans remettre en question leur véracité : elles sont présumées « vraies » (cf. qu. 7 - commentaires).

Cependant, avant de répondre au questionnaire, il est convenu d'adopter une **démarche de réflexion collective**. Par ailleurs, la commission souhaite attirer l'attention de ses interlocuteurs sur le fait suivant : **la réflexion éthique ne se structure généralement pas par le biais d'un questionnaire**, en particulier lorsque le questionnaire propose de scinder les réponses par catégories socioprofessionnelles (sachant que les catégories proposées ne sont pas forcément représentatives : il manque, par exemple, les paramédicaux) : Il n'y a pas lieu de distinguer les avis selon les catégories socioprofessionnelles non seulement parce que l'avis rendu par la commission, au terme de ses réflexions, est le résultat d'un processus de co-construction mais aussi parce qu'il n'y a pas lieu de postuler l'existence d'une homogénéité de points de vue à l'intérieur d'une même catégorie socioprofessionnelle (médecins et autres peuvent, dans leur catégorie, avoir des points de vue sensiblement voire très différents). Ce genre de support irait presque à l'encontre de la visée de consensus que poursuit une commission consultative. Il semble donc important de formuler cette remarque sur le plan méthodologique.

De manière générale, dans leur contenu même, le cas et le questionnaire interpellent le groupe sur deux points notamment :

D'une part, tel qu'il est énoncé, il semble que le cas sous-tende certains présupposés et oriente le positionnement attendu dans le questionnaire. Par exemple, que veut dire « bon niveau socioculturel » ? Cela nous indique-t-il le bon niveau de compréhension de la famille ou cela influence-t-il, d'une quelconque manière, la décision à prendre (cette décision serait-elle différente si le niveau socioculturel n'était pas « bon » ?)

D'autre part, la décision ne relèverait pas de notre commission consultative. En revanche, conformément à ses statuts, celle-ci est une **instance d'aide à la réflexion relative aux enjeux éthiques d'une décision**. Son objectif n'est pas d'indiquer au demandeur ce qu'il doit faire, mais de l'accompagner dans son questionnement sur la décision à prendre, dans le cadre de sa fonction. Notre commission n'a pas pour vocation de trancher les conflits entre personnes, mais d'apporter un éclairage, en différé, lors de situations de crise porteuses d'enjeux éthiques, une aide à l'analyse contextuelle pour les hospitaliers et/ou les universitaires.

S'agissant de la méthode suivie par la commission, nous avons procédé en 2 temps : une première réunion d'analyse, de questionnement et d'échange à l'issue de laquelle il a été convenu de faire appel à des consultants. Ainsi, lors de la seconde réunion, un obstétricien et une sage-femme ont été entendus.

Questionnaire :

Question 1 : Avez-vous rencontré un cas semblable dans votre pratique ? Θ / \underline{N}

Les médecins et sage-femme, membres ou personnes-ressources de la commission, ont rencontré des situations quasi-similaires (du moins proches), pour lesquelles, toutefois, l'époux et la famille souhaitaient la naissance de l'enfant. En ce sens, les cas étaient donc bien différents en raison de ce positionnement familial. Or, **on ne peut faire l'économie de l'écoute du positionnement familial : c'est un élément à prendre en compte dans la délibération**.

En effet, plusieurs cas de figure ont été rencontrés :

- Pour des raisons d'urgence vitale pour l'enfant (en raison de son état ou de l'état de la femme), des césariennes ont été réalisées, avec l'accord des conjoints (les femmes décédant naturellement ensuite ou à la suite d'une LAT).

- Il est également arrivé que la vie de patientes enceintes dans le coma soit artificiellement prolongée de quelques semaines, pour atteindre la viabilité ou davantage, cela avec l'accord du conjoint ou de la famille, en concertation avec les autres membres de l'équipe médicale (obstétriciens, pédiatres ...). Ce délai peut s'avérer indispensable au développement du fœtus (en fonction du nombre de S.A). Si la vie du fœtus n'est pas menacée de manière urgente, ce délai permet de s'assurer de son état indemne (afin que les séquelles, si séquelles il y a, soient visibles à l'échographie fœtale ou à l'I.R.M).

- Il se peut également qu'un travail commence de manière spontanée chez la patiente, avec des contractions allant jusqu'à l'accouchement nécessitant néanmoins l'intervention (geste actif) de l'équipe obstétricale (pour un accouchement par voie basse ou, plus souvent, une césarienne). Et, dans le cas d'un accouchement spontané, aucun avis, accord ni autorisation n'est demandé.

Dans des situations où le conjoint et la famille souhaitent la naissance de l'enfant, ce dernier est véritablement attendu (situation rare mais classique) : sa naissance représente un moment émotionnel fort, pour la famille, comme pour l'équipe soignante.

Question 2 : Si oui quelle décision a été prise ?

Question 3 : Dans le cas qui vous est proposé, quelles décisions envisagez vous ?

La commission remarque que le terme « décision » est au pluriel pour la question 3 (ce qui pourrait s'expliquer par la scission de la question en a, b et c), alors qu'il est au singulier dans la question 4. Ce détail pourrait avoir une importance et orienter les réponses apportées au questionnaire. De quelle décision est-il donc question ? S'agit-il de se prononcer sur la Limitation ou l'Arrêt des Traitements (LAT) chez la mère ou s'agit-il de dissocier le sort de la mère et du fœtus et, par conséquent, de le faire naître ou non ?

Par ailleurs, conformément à notre remarque préliminaire, nous n'envisageons pas de décision : « décider à la place de » ne relève pas de nos missions. Quelle serait notre légitimité à décider ? Nous vous communiquons cependant notre analyse explicitée ci-dessous, dans la partie « commentaires ».

- a / pour la mère,
- b / pour le fœtus,
- c / pour la famille.

Question 4 : Selon vous une telle décision relève :

a / de l'équipe médicale seule : Θ / N

Si le médecin décide, c'est à l'issue d'une délibération* collégiale qui prend en compte les avis des personnes concernées (patient / directives anticipées, famille / proches, personnes de confiance, membres de l'équipe soignante, consultant si nécessaire)

b / de l'avis du comité d'éthique local : Θ / N

c / de l'avis du comité d'éthique national : Θ / N

Il est également question de légitimité. Ces comités donnent des avis utiles dans la délibération sans prendre de décisions.

d / du mari et père du fœtus : Θ / N

e / des parents de la patiente : Θ / N

Le conjoint et les parents doivent être consultés : ils peuvent avoir un avis à donner et l'équipe médicale doit en tenir compte. Toutefois, cette dernière doit « éclairer » leur positionnement en communiquant les éléments nécessaires à la compréhension de la situation et de ses conséquences. L'échange et le dialogue sont indispensables et requièrent du temps et des temps.

f / d'un magistrat exclusivement : Θ / N

Si le magistrat peut apporter un éclairage juridique certain et nécessaire, la décision demeure d'un autre ordre : c'est une décision médicale, la prise en charge et les gestes sont médicaux.

Argumentez si nécessaire

Question 5 : Après analyse de ce cas dans votre espace éthique, et même si un consensus s'est dégagé,

Acceptez-vous de dissocier les réponses recueillies selon les catégories professionnelles représentées au sein du comité ?

- a / réponses apportées par les médecins (spécialités),
- b / réponses apportées par les juristes,
- c / réponses apportées par les représentants de la communauté religieuse,
- d / réponses apportées par les philosophes,
- e / réponses apportées par les usagers.

La commission n'accepte pas de dissocier les réponses selon les catégories professionnelles représentées. Quels en seraient la légitimité et l'intérêt ? Avec ou sans consensus, la démarche se veut collégiale.

* La délibération précède la décision. Si la délibération peut être collective, la décision reste individuelle [7].

Question 6 : Quelles sont les catégories professionnelles représentées dans le comité le jour de l'analyse (spécialités)

Conformément à la méthode décrite dans les remarques préalables, l'examen s'est déroulé en deux temps :

Le 06.12.11 : 1 P.U.PH (chirurgien), 2 P.H (pédiatre et réanimateur-pédiatre), 1 directeur juridique, 1 Cadre Supérieur de Santé, 1 assistant du service social, 1 anthropologue, 3 représentants des courants de pensées religieuses ou non, 1 administratif.

Le 07.12.11 : 3 P.U.PH (chirurgien, généticien et membre du C.P.D.P.N, obstétricien), 2 P.H (pédiatre et réanimateur-pédiatre), 1 sage-femme, 1 directeur juridique, 1 Cadre Supérieur de Santé, 1 assistant du service social, 3 représentants des courants de pensées religieuses ou non, 1 administratif.

Question 7 : commentaires ?

I. Analyse clinique et contextuelle :

1. **La femme** est en coma profond et son pronostic est très sombre. Il s'agit probablement d'une méningite fulminante à pneumocoque. Avec un score Glasgow à 4, à un mois d'évolution d'un coma d'origine médicale (à l'inverse d'un coma post traumatique), il est raisonnable de prévoir une évolution vers un état végétatif chronique ou un état pauci-relationnel, si elle survivait. Sa survie n'est d'ailleurs pas garantie, puisqu'il est fait mention de troubles neurovégétatifs : elle peut décéder malgré les efforts médicaux, de son état neurologique directement, ou d'une complication (infection par exemple), qu'il y ait ou non limitation ou arrêt des traitements (LAT).

C'est une situation dans laquelle il est courant qu'une décision de LAT soit prise, en fonction du contexte singulier. Sur le plan théorique, elle n'a rien de systématique. Si l'arrêt des traitements prend la forme d'une extubation, un décès est prévisible en quelques heures, très vraisemblablement sans accouchement spontané.

2. **Le fœtus** est indemne et l'on suppose qu'au regard du délai écoulé, les examens nécessaires ont pu être réalisés pour s'en assurer. En effet, à ce terme, une I.R.M fœtale a pu donner des renseignements fiables, et sa croissance a pu être vérifiée pendant quatre semaines. A 31 SA, il serait viable s'il était extrait ou si un accouchement spontané survenait, à condition qu'il y ait une assistance médicalisée. En effet, en cas d'accouchement spontané, des manœuvres d'extraction seraient très probablement nécessaires pour pallier l'absence de participation maternelle et faire naître cet enfant dans de bonnes conditions (pour sa santé...). Si on décidait de le faire naître, il y aurait peut-être un intérêt à retarder la naissance de trois ou quatre semaines, si l'état hémodynamique et infectieux de la mère le permet (une souffrance fœtale pourrait survenir si ce n'était pas le cas).

3. **Le mari** (ainsi que les parents et la fratrie de la femme) ne souhaite pas dissocier le sort du fœtus de celui sa mère et demande une LAT avant la naissance. Pour le cas clinique, il nous faut admettre que toutes les possibilités de dialogue ont été épuisées (au moins pour un temps).

L'avocat répond probablement à une demande d'information et de conseil de la part de la famille. Sa présence représente un signal : la famille, qui a peut-être le sentiment de ne pas être entendue, confirme en ce sens son positionnement. Cette présence peut également être perçue comme la fin des possibilités de dialogue, voire comme une menace, dans une perspective d'emblée contentieuse. Du point de vue de l'analyse, doit-on donc supposer que la famille a eu le temps et reçu les informations nécessaires (sur le plan médical et juridique) pour comprendre la situation et mûrir sa décision irrémédiable ? Cela marque-t-il la fin de la relation thérapeutique ?

II. Quelles sont les questions posées ?

1. La question est-elle « doit-on décider une LAT chez la mère ? » OU « doit-on faire naître l'enfant avant la LAT ? » ?

En effet, lors de nos discussions, la recevabilité éthique de la demande de LAT pour la mère n'a jamais été contestée en tant que telle. Le fait qu'elle vienne du mari est recevable juridiquement - il a le droit de déclencher la procédure collégiale [1], et moralement. Par ailleurs, le statut de « grossesse » ne confère aucune particularité « juridique », en plus ou en moins, à cette femme.

En d'autres termes, dans ce contexte, au regard des éléments communiqués, il y aurait obstination déraisonnable (« le fait de refuser par un raisonnement buté qu'un homme est voué à la mort et qu'il n'est pas curable » [2]) si l'on maintenait cette femme artificiellement en vie dans le seul but de la maintenir en vie. Or, le but n'est pas celui-ci. Le questionnement porte donc sur la poursuite de la grossesse dans le but de permettre la naissance de l'enfant. Ce qui implique, par conséquent, une dissociation du sort de la mère et du fœtus.

La patiente n'étant plus en mesure de donner son avis sur cette dissociation et sur la décision à prendre quant au sort du fœtus, qui peut décider ? Qui en a la légitimité ? Sont-ce les médecins qui maîtrisent les techniques permettant de prolonger la vie de la femme pour permettre à la grossesse de se poursuivre et à l'enfant de naître ? Est-ce le mari ou la famille qui respecte peut-être (ou pas) le présupposé positionnement de la mère ? Sans connaître celui-ci et, par conséquent, indépendamment de lui, qui peut décider du sort de ce fœtus de 31 S.A ?

2. Si l'on décidait de faire naître cet enfant, une seconde question se poserait : à quel terme ? Autrement dit, devrait-on prolonger encore la gestation ?

III. Modes de résolution théoriques (énoncé des options)

On peut rappeler tout d'abord, que s'il n'y avait pas d'opposition du mari, il n'y aurait pas d'obstacle éthique à faire naître cet enfant. Ce serait conforme à la fois à la disposition « naturelle » des soignants (leur éthos avec un η) et à ce qu'ils ont appris à faire, leur habitude (leur éthos avec un ξ) : préserver la vie. Si le fœtus n'est pas une personne, il est néanmoins vivant. De plus, à la différence d'un greffon dans le corps de sa mère, il deviendrait une personne si on l'extrayait. Le stade de la grossesse représente également un paramètre important à la fois sur le plan théorique et pratique.

Le conflit est donc issu du positionnement du mari qui va à l'encontre de la disposition « naturelle » et professionnelle des soignants, d'autant que dans notre société, les enfants sont à ce point désirés qu'ils sont parfois déjà considérés presque comme ou comme des personnes avant même d'être nés.

1. Faire droit à la demande du mari et de la famille.

Action envisagée : « on » accepte d'extuber cette patiente au motif que la ventilation est disproportionnée au regard de son avenir. Le décès est prévisible dans les heures qui suivront par inefficacité de la ventilation et troubles neurovégétatifs. Une sédation peut être prescrite si on a le moindre doute sur une souffrance quelconque chez la mère (la question se poserait-elle pour le fœtus ?), même si elle risque d'avancer le moment du décès [1]. Il y aura mort fœtale in utero. Ce n'est pas un « fœticide » sur le plan juridique puisqu'il n'y a pas d'action directe sur le fœtus.

« Avantages » : une moindre violence ressentie pour tous les protagonistes. Une « satisfaction » du mari. Il semble plus simple qu'un réanimateur qui ne verra jamais l'enfant extube cette femme, plutôt qu'un obstétricien présente l'enfant à un homme qui s'opposait à la dissociation du sort de la mère et du fœtus et, par conséquent, à la césarienne. On est en conformité avec la loi Kouchner de mars 2002 [3] qui a institué le patient ou son représentant comme décideur de l'acte médical proposé (en l'absence de personne de confiance, le mari est le bon interlocuteur) et avec la loi Leonetti [4]. Le médecin est à l'abri des poursuites judiciaires, d'autant plus qu'il accepte la demande.

« Inconvénients » : La responsabilité morale de la décision repose sur le mari. On privilégie son autonomie au sens d'autodétermination (c'est son choix, sa « préférence »). Une dérive possible serait alors l'indifférence médicale telle qu'elle a été décrite dans l'avis N° 87 du CCNE [5] sur l'autonomie en citant Axel Kahn : « A la condition d'avoir fait ce que le malade voulait, le médecin peut se considérer comme dégagé de toute responsabilité dans une évolution défavorable [...] » [6]. Pour garantir le mari contre l'indifférence, il est nécessaire que l'équipe soignante (au minimum le médecin responsable la décision et de l'acte) fasse sienne cette demande en tant que « moins mauvaise option ».

Dans une perspective philosophique :

C'est parce qu'on ne délibère que des actions possibles que la question se pose de savoir si l'on peut et doit faire naître l'enfant contre l'avis du mari. Si cette possibilité n'était pas techniquement envisageable, l'obstacle moral à l'interruption de la vie du fœtus pourrait tomber puisqu'on ne délibère pas d'actions impossibles, en référence à Aristote [7]. Dans un système de type aristotélicien, cette décision pourrait être considérée comme moralement recevable, et être interprétée comme un moindre mal, une moindre violence, en vertu d'une certaine sagesse pratique (phronêsis).

En revanche, si l'on s'inscrit dans un système de type kantien (au regard de l'impératif catégorique « Agis toujours de telle sorte que la maxime de ton action puisse être érigée en loi universelle »), peut-on universaliser [8] le principe de non dissociation de la mère et du fœtus indépendamment du contexte, des positionnements (voire des directives anticipées) et du terme de la grossesse ?

Ou encore faudrait-il poser qu'une des conditions nécessaires et suffisantes à la viabilité d'un fœtus (qui permettrait donc de poursuivre la grossesse et de le faire naître) serait que ce fœtus réponde au projet d'un couple vivant lui aussi : la demande du mari serait alors d'emblée une demande de père. Si la grossesse était issue d'un adultère notoire dans un couple en instance de divorce, le mari aurait-il la même légitimité dans sa demande ou davantage ? Et s'il s'agissait d'un couple de femmes homosexuelles pacées ayant bénéficié d'une insémination artificielle, quelle aurait été la position et la légitimité de la compagne ; considérerions-nous de la même manière la non-dissociation du sort de la mère et du fœtus ? Pour caricaturer, faudrait-il accepter une Interruption Médicale de Grossesse pour les veuves enceintes de leur défunt mari qui le demanderaient parce que l'enfant n'aurait pas de père ?

Si l'on adopte une vision conséquentialiste et utilitariste (qui évalue une action en fonction de ses conséquences et qui vise le maximum de bonheur et le minimum de souffrances pour le plus grand nombre), l'on considère que la décision doit être conforme au positionnement du mari et de la famille. Toutefois l'on se heurte à l'impossibilité de prédire comment le mari vivra sa décision à l'avenir, une fois le deuil terminé. Regrets et remords de sa part ne sont pas à exclure a priori. S'il n'y a pas de doute sur la persistance de sa demande, puisqu'il a été vu régulièrement, on ne peut écarter l'hypothèse d'une aliénation au moins partielle par la souffrance. Peut-on poser que faire droit au mari est un moindre risque pour lui ? L'irréversibilité des conséquences sur le fœtus sera un obstacle à la solidarité que la société de ses semblables pourra lui témoigner. En effet, en l'absence de naissance il n'y aura d'autre support à cette solidarité que la discussion autour d'une décision passée. Il est probable qu'on s'adressera au système de santé, soit directement au médecin responsable de l'acte, soit par le biais d'une psychiatrisation. Le médecin responsable de l'acte, s'il est sollicité, n'aura d'autre choix éthique que de conforter le veuf dans les éléments de son « bon/juste » choix antérieur, sauf à être coupable d'inhumanité envers une personne vulnérable.

2. Refuser la demande du mari.

Action envisagée : On refuse la demande de pratiquer une LAT chez la femme avant d'avoir fait naître l'enfant. Ce qui implique la dissociation entre les sorts du fœtus et de la femme. Le corps de la femme continue d'être soigné et maintenu artificiellement en vie afin que le fœtus puisse continuer à se développer et afin que la naissance puisse être envisagée. C'est l'état de la gestation qui sera le guide pour choisir le moment de l'extraction : on raisonnera en termes de bénéfices/risques pour le fœtus. Une LAT sera pratiquée chez la femme après l'extraction. Le mari deviendra père, puis veuf.

« Avantages » : Cette option est en accord avec la disposition « naturelle » des soignants (comme décrite ci-dessus). Il s'agit d'une position morale fondée sur le respect de la vie humaine qui présuppose légitime de faire naître un fœtus indemne de 31 SA, sans connaître le positionnement de la mère et contre l'avis du mari et de la famille. En théorie, le mari aura le choix entre devenir père et abandonner l'enfant en vue d'adoption. L'on suppose alors que son intérêt est de devenir père et d'assumer son rôle dans une construction familiale positive. Nul ne peut néanmoins présumer de la réaction immédiate et de la considération différée de cet homme pour l'enfant. De la même manière, l'on suppose que l'intérêt de ce fœtus est de naître et de vivre. Nul ne peut néanmoins présumer des éventuelles conséquences affectives ou psychologiques de cette décision (et de son contexte) sur cet enfant.

« Inconvénients » : Il s'agit d'un scénario d'une violence extrême puisqu'il passe par une opposition frontale à celui qui est reconnu par la société et la loi comme le plus légitime dans la hiérarchie des proches de la femme. Elle pose clairement la question du pouvoir médical et de sa légitimité. Il ne protège pas les soignants contre des poursuites juridiques sous forme de

référé. Pour faire une césarienne contre l'avis du père, il faudrait invoquer l'urgence et prouver la proportionnalité de l'acte. L'on ne peut d'ailleurs prédire la décision judiciaire : le réanimateur serait dans son droit en refusant une LAT, mais l'obstétricien pourrait être condamné pour la césarienne sans consentement si l'urgence n'était pas reconnue. Le pire scénario que l'on peut imaginer serait un refus de LAT par le réanimateur et une interdiction de césarienne par référé. Le risque de mort in utero ou lors d'un accouchement spontanée sans manœuvre serait maximal, sans parler du risque de séquelles pour l'enfant.

De la même manière que nous nous interrogeons précédemment, sans pouvoir présager des conséquences émotionnelles et psychologiques sur l'enfant, sans pouvoir présager de l'accueil et la place qui lui seraient faits au sein de sa famille, nous pouvons nous demander quelle solidarité la société de ses semblables pourrait lui témoigner autre que la discussion autour d'une décision passée, voire une psychiatrisation. Comment cette même société viendrait en aide au père qui pourrait se retrouver démuné (dans tous les sens du terme) ?

Dans une perspective philosophique :

Dans ce scénario, l'on peut considérer que le corps de la femme est instrumentalisé au bénéfice du fœtus qu'elle porte, reconnu en tant que destiné à vivre et future personne. Cette instrumentalisation contreviendrait à l'impératif catégorique kantien « Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans tout autre, toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen », sachant que « fin » est à entendre comme une fin à respecter et non une fin à réaliser : la fin à respecter est ce qui nous permet de parler de dignité de l'être humain indépendamment de son statut social, ses valeurs, ses convictions, son utilité et même ses actions ; la fin à réaliser serait, par exemple, que la finalité de la femme est de mettre au monde des enfants, dans l'optique d'une éthique dite cosmologique que l'on peut retrouver dans la philosophie d'Aristote ou de Platon où le juste est ce qui est « ajusté » au modèle inégalitaire mais harmonieux de la Nature. En revanche, cette décision peut s'avérer conforme à la volonté de la mère qui aurait peut-être souhaité que son enfant naisse et vive, à ce prix (au prix d'une grossesse poursuivie dans un corps maintenu artificiellement en vie et au prix d'une vie sans mère biologique vivante). Mais on ne peut qu'en faire l'hypothèse, cette femme ayant perdu toute autonomie pour le dire. L'équipe médicale prend une décision à l'encontre du positionnement du mari. C'est l'autonomie de cet homme qui est alors mise à mal, au sens de sa capacité à choisir et à s'autodéterminer (se donnant sa loi morale). Dans cette configuration, la décision de l'équipe médicale lui impose d'assumer son devoir moral de père (dans une optique éthique déontologique : c'est son devoir envers cet enfant à venir et un devoir envers lui-même), présupposant qu'assurer ce devoir lui permettra de se reconstruire (dans une perspective à la fois déontologique et téléologique, en référence à l'éthique aristotélicienne).

Dans une optique conséquentialiste et utilitariste, supposant que le conjoint se trompe au moment de son positionnement, l'équipe médicale considère non seulement qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de naître et de vivre, mais aussi dans l'intérêt de cet homme de devenir père. Or, c'est précisément sur sa capacité de résilience que l'on compte puisqu'on espère qu'il va finir par vouloir ce qu'il doit. Le paradoxe est donc qu'il faut avoir recours au paternalisme (sans jeu de mot) : on est le considère comme « aliéné » pour lui laisser un espace de reconstruction future.

IV. Conclusion

Dès que l'on cherche à conclure, on touche à la **limite d'un avis théorique donné hors de la relation thérapeutique** : c'est, en effet, la limite du cas théorique (qui a été soulignée par tous), mais ce serait également la limite d'un avis d'une commission d'éthique clinique sur un cas réel et contemporain.

D'un point de vue général et théorique, en sachant que le fœtus est indemne et sans séquelle neurologique (pas de lésion cérébrale grave et irréversible), à ce terme de la grossesse, en supposant que le projet d'enfant était partagé par la femme et l'homme, il semblerait préférable, malgré l'instrumentalisation du corps de la femme (mais peut-être conformément à son désir de donner la vie), de permettre la naissance de cet enfant en cherchant l'accord du conjoint s'envisageant comme père (même s'il était un mari en deuil). Néanmoins, **ce point de vue se heurte à la faisabilité**. En effet, plusieurs cas de figure pourraient être imaginés rendant, en pratique, « infaisable » cette perspective. **Le positionnement de l'époux et de la famille reste un élément de poids dans la décision**. Le dilemme ne pourra se résoudre que dans le cadre de la relation thérapeutique qui est, par définition, une relation intersubjective.

Ainsi, la seule conclusion légitime qui peut être proposée par la commission est qu'il est éthiquement indispensable que le médecin en charge de la patiente (et si possible l'équipe de soins toute entière) donne un sens à la décision dont il endossera la responsabilité et qu'il l'expose au mari. La pire faute morale serait qu'il se défausse de sa responsabilité et qu'il devienne indifférent.

De nombreux questionnements et enjeux éthiques se dégagent de ce cas singulier : ils concernent, par exemple, la responsabilité, notamment la responsabilité morale, le statut de la femme, le statut du fœtus (pas uniquement du point de vue juridique), la parentalité (Quand est-on mère ? Quand est-on père ?), la place et la légitimité des proches, le pouvoir médical.

Pour la Commission Consultative de l'E.E.H.U de Lille :

Rédacteurs : Dr Robin CREMER et Sylvie VANDOOOLAEGHE.
Relecteur : Pr François-René PRUVOT.

Références

1. Décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement Journal Officiel de la République Française N° 25; 2010; 30 janvier 2010: 1869.
2. Louis René dans son commentaire du Code de déontologie médicale.
3. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Journal Officiel de la République Française du 5 mars 2002: 4118.
4. Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. Journal Officiel de la République Française du 23 avril 2005: 7089.
5. Comité Consultatif National d'Ethique. Avis n° 87. Refus de traitement et autonomie de la personne. disponible en ligne sur <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis087.pdf>. 2005.
6. Kahn A. Et l'Homme dans tout ça ? Plaidoyer pour un humanisme moderne. 2000, Paris: NIL éditions.
7. Aristote. Livre III. Le consentement, la décision, la responsabilité, in Ethique à Nicomaque. 1994, G.F. Flammarion. p. 144 - 50.
8. Kant E. Fondements de la métaphysique des mœurs, trad. V. Delbos. 1907, Paris: Delagrave.



Pôle Recherche (Faculté de Médecine de Lille 2) - Face à l'Hôpital Huriez (C.H.R.U)
1 place de Verdun - 59 045 Lille
contact.eehu@chru-lille.fr / contact.eehu@univ-lille2.fr / sylvie.vandoolaeghe@chru-lille.fr
Tél. 03.20.62.34.43 / Fax. 03.20.62.34.42.

Médecine & Droit 2011 (2011) 12–16 : Actes de colloque

La vie après la mort. De l'incertitude juridique à l'interrogation éthique

Fetal life after parental death. From legal uncertainty to ethical interrogation

Claude Sureau (membre du Comité national d'éthique, ancien président de l'Académie de médecine)

1, carrefour de la Croix-Rouge, 75006 Paris, France

1. Introduction

L'incertitude est grande en effet : il s'agit de l'être humain « non né » ou, plus précisément, non encore né, et par voie de conséquence de son « statut » juridique et des interrogations éthiques qu'il suscite ; se trouve alors posée la question de la place que la médecine est amenée à lui reconnaître ou à lui dénier au sein de la société. Cette interrogation n'a surgi qu'au cours des dernières décennies et les progrès de la médecine la rendront sans nul doute chaque jour plus angoissante ; elle est de définir la place de cet être, qui possède la particularité étrange de pouvoir « bénéficier » selon les circonstances d'une autorisation médicale de destruction, comme une quelconque tumeur, ou d'une action médicale de sauvegarde, afin de protéger sa vie future, et sa « dignité » humaine ; dignité que lui reconnaît l'article 16 du Code Civil.

La question, probablement impertinente, que nous nous posons est donc de déterminer s'il peut, et doit, exister une « troisième catégorie » du droit, propre à ces étranges êtres humains, non encore nés ; on sait qu'il existe en effet seulement deux « catégories », les personnes, sujets de droit, totalement protégées, sous peine de sanctions graves, et, en contre point, non pas comme on le dit trop souvent les « choses », mais les « biens » objets de droit, et donc aliénables. Doit-on donc reconnaître l'existence d'une telle troisième catégorie, propre à la vie prénatale ? C'est là une question que se posent de nombreux praticiens, au premier chef les obstétriciens, confrontés à des interrogations et souvent des angoisses qu'ils partagent avec leurs patientes et les conjoints de celles-ci.

Colloque «Avancées biomédicales et protection des libertés, Grand'Chambre de la Cour de Cassation, 4 juin 2010, Paris. Première table ronde « Évolution de la médecine de la reproduction ». Adresse e-mail : c.j.s@wanadoo.fr

2. Légitimité de la mise en œuvre d'une thérapeutique prénatale

Une telle thérapeutique est fort diverse, et commence, depuis quelques années à connaître d'importants développements ; je n'en citerai que quelques exemples : un des plus récents et des plus spectaculaires est probablement celui que Yves Ville a réalisé lors de son séjour à Londres (Ville, 1997) : la ligature par voie endoscopique des anastomoses vasculaires entre deux jumeaux ; avant que celle-ci n'ait été mise au point, le sort de ces fœtus était fréquemment compromis : les échanges sanguins entre eux conduisaient à un déséquilibre circulatoire, aboutissant à une « pléthore » sanguine chez l'un et à une « soustraction » chez l'autre, dont l'issue terminale était une forte mortalité et une non moins forte morbidité. La section des vaisseaux anastomotiques permet de sauvegarder efficacement la vie de ces « enfants à naître », leur survie atteignant alors 76% et la morbidité néonatale étant divisée par 3. Mais il existe bien d'autres situations où l'action médicale a permis de protéger la vie fœtale : il suffira de rappeler les temps anciens où la découverte des effets pervers dus à des passages de globules et d'anticorps entre la mère et le fœtus, entraînant anémie fœtale par destruction des hématies, ictère néonatal associé à des lésions neurologiques graves, a conduit à mettre en œuvre des thérapeutiques curatives et surtout préventives, auxquelles sont associés les noms de Maurice Lacomme, Thérèse Boreau et tout particulièrement Georges David. D'autres enfin se développent depuis quelques années, elles concernent par exemple la prévention d'anomalies neurologiques par l'administration d'acide folique, les tentatives de traitement chirurgical in utero de spina bifida (absence de fermeture du canal rachidien), d'atrésie trachéale ou de hernie diaphragmatique ; il n'est pas question de décrire ici en détail l'ensemble de cette évolution chirurgico-obstétricale ; mais ce qui ressort nettement de celle-ci, c'est que le fœtus in utero n'est plus un « passager clandestin », un « objet fœtal non identifié », mais, tout simplement, un être humain que la médecine s'obstine, souvent avec succès, à protéger. Est-il nécessaire de rappeler ici que cette observation de l'existence du fœtus en tant qu'être humain vivant est relativement récente puisqu'elle remonte à la découverte essentielle que fit Jacques Alexandre Le Jumeau de Kergaradec, lorsqu'il put entendre par l'auscultation obstétricale, les bruits du cœur fœtal, démontrant ainsi pour la première fois la certitude de la vie prénatale¹ ; c'était une première étape qui conduisit malgré les réticences et les critiques à l'élaboration de ce qui est aujourd'hui l'un des éléments majeurs de l'appréciation de la santé fœtale, fondée sur l'enregistrement électronique du « rythme cardiaque fœtal », et grâce à lui à la quasi-disparition, dans nos régions au moins, de la mort fœtale au cours du travail de l'accouchement. Il faut d'ailleurs être juste : les remarques qui viennent d'être faites concernent les fœtus, leur protection, leur vitalité, leur destruction parfois comme nous le verrons plus loin ; on peut aussi s'interroger sur l'attitude médicale, sociétale et juridique vis-à-vis non plus de ces fœtus « viables », mais aussi des fœtus non viables, qui ont fait l'objet de décisions juridictionnelles sur lesquelles nous reviendrons et plus encore des embryons préimplantatoires sur la nature et le destin desquels nous devons nous interroger. Mais le problème majeur qui surgit alors est lié à l'éventualité d'un conflit entre la protection de cet être et l'existence d'une volonté parentale visant à sa destruction.

3. Nature du conflit

Quelques exemples médicaux précis en seront donnés.

3.1. Le refus de césarienne

Une femme est en train d'accoucher, un problème obstétrical survient, prenons un exemple, spectaculaire et banal : une procidence du cordon, c'est-à-dire une descente du cordon ombilical au devant de la partie du fœtus qui se « présente » ; le cordon est comprimé, la circulation fœtale compromise, une altération du rythme cardiaque fœtal est observée, on dispose de peu de temps pour agir ; il n'est pas question d'extraire l'enfant par les voies naturelles car la dilatation du col n'est pas complète, la seule solution est la césarienne, et pour des raisons qui sont les siennes, la parturiente s'oppose à cette décision ; un mot d'explication à ce sujet : les raisons de cette opposition

peuvent être diverses, la crainte de l'intervention, de ses complications éventuelles, et surtout de ses suites ; cette crainte est loin d'être absurde, car la femme sait que son utérus comportera une cicatrice, et que cette cicatrice pourra, éventuellement, se rompre lors d'un accouchement ultérieur ; une telle éventualité soulève peu de difficultés dans de nombreux pays, dans d'autres la demande de césarienne est même réclamée comme un droit et les taux de césariennes atteignent des niveaux qui nous paraissent déraisonnables ; mais il est des contrées où la pratique de la césarienne comporte, d'une part, une sorte de dévalorisation de la femme, « incapable d'accoucher », et surtout un risque non négligeable de rupture de la cicatrice, aux conséquences mortelles, lors d'un accouchement ultérieur survenant dans un environnement plus précaire que celui prévalant sous nos climats. Que faire dans une telle circonstance ? D'un côté, l'« autonomie » de la patiente, sa liberté totale de décision, la conduisant éventuellement à s'opposer à une telle agression ; de l'autre la vie de ce fœtus, à qui n'est pas reconnue la qualité de « personne » et que tout délai peut compromettre ; dans une situation analogue, un tribunal britannique a réuni, en urgence, les « représentants » de la parturiente, et ceux du fœtus, et la décision jurisprudentielle fut d'une remarquable habileté : elle décida que, en raison de l'existence des douleurs de l'accouchement, l'« autonomie » et les facultés décisionnelles de la patiente étant altérées, son opinion ne pouvait être prise en compte et donc que l'intervention pouvait avoir lieu ; ce qui fut fait ; décision audacieuse, et rare, car en de nombreuses autres circonstances de ce type, la position anglo-saxonne est de respecter totalement cette autonomie, et de laisser le fœtus à son destin inévitable, la mort, qui n'est pas un homicide, puisque ce fœtus n'est pas une personne.

3.2. La césarienne post-mortem

Ici je fais allusion à une situation réelle survenue à Paris, il y a de nombreuses années : une patiente, enceinte en fin de grossesse, meurt subitement alors qu'elle se rendait dans un établissement de soins ; par un hasard assez extraordinaire, son accoucheur est sur place, et pratique rapidement une césarienne qui permet d'extraire un enfant, en parfait état et dont la vie ultérieure sera fertile en événements ; il n'y avait en l'occurrence aucune hésitation quant à la conduite à tenir ; mais imaginons, et de telles situations ont existé, que, par exemple pour des raisons successorales, le procréateur se soit opposé à la réalisation de cette césarienne post-mortem ; choix délicat : d'un côté, une abstention fondée sur la prise en considération du respect du corps de la patiente, dont l'intervention eut constitué une profanation (sans omettre celle des intérêts bien compris de ses héritiers éventuels. . .) ; de l'autre, une action chirurgicale motivée par le désir de protéger l'avenir d'un « enfant » certes, mais qui n'était pas « encore » une personne. Cruel dilemme qui, incidemment, pouvait exposer l'accoucheur aux risques juridiques, soit de non-assistance, soit de non-respect du corps de la défunte. Et voici une autre aventure dans laquelle je fus indirectement impliqué : une femme, célibataire, est enceinte, et atteinte d'une affection neurologique grave ; son avenir est fort incertain ; ses parents sont âgés et parfaitement conscients qu'en cas de poursuite de la grossesse de leur fille, et de son accouchement, puis de l'éventualité de son décès, la charge de l'entretien et de l'éducation de son enfant leur incombera, et qu'ils sont dans l'incapacité de le assumer ; ils insistent pour obtenir une interruption de grossesse, alors que la patiente n'a bien entendu pas demandé une telle interruption, avant de sombrer dans ce coma. Imaginons dès lors divers scénarii : la patiente meurt, enceinte ; la question est résolue ; autre éventualité : les parents obtiennent des praticiens impliqués que soit réalisée l'interruption qu'ils réclament ; puis la patiente sort du coma, et s'interroge sur le devenir de l'enfant qu'elle attendait ; elle apprend que l'interruption a eu lieu (bien entendu sans son autorisation) ; la demande expresse parentale était-elle suffisante pour légitimer cette interruption ? (rappelons qu'il n'y avait pas de procréateur impliqué) ; quelle va être sa réaction ? Poursuivre ses parents, ou l'équipe médicale ? C'est à cette occasion que mon avis avait été sollicité, et j'avais suggéré que le cas soit soumis aux autorités judiciaires, mais en sachant qu'elles hésiteraient à prendre parti quant à une décision médicale dans un tel contexte évolutif ; il y a bien des années, dans un contexte certes différent (il s'agissait d'un refus d'intervention sur un nouveau-né dont les parents étaient Témoins de Jéhovah), j'avais obtenu une réponse peu reconfortante : « faites ce que vous croyez devoir faire, et la justice appréciera. . . ». Finalement, dans le cas évoqué plus haut, je conseillai malgré les menaces parentales de poursuites, de ne pas interrompre la grossesse ; la patiente sortit du coma, accoucha d'un enfant en bon état, et tous se réjouirent ; mais que fut-il advenu dans le cas contraire ? Si bien que l'on ne peut échapper à la question angoissante qui constitue la trame du débat : quelle est la « valeur » humaine, et juridique, de cet être, ni personne, ni bien, que l'on peut, en fonction des circonstances, traiter, sauver peut-être, ou détruire ?

4. Quelques réponses issues de la jurisprudence

Je ne ferai qu'en rappeler quelques unes, très médiatisées, riches en rebondissements et à l'origine d'importantes décisions législatives. L'affaire Parpalaix, où s'affrontaient les règlements régissant le fonctionnement des Cecos (Centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains) et la demande d'une patiente d'obtenir une fécondation avec le sperme de son mari récemment décédé² ; demande qui fut acceptée, ne fût pas suivie d'effet, l'insémination ayant échoué, et conduisit ensuite à une interdiction législative. La très célèbre affaire Pirès où il s'agissait non d'insémination posthume comme précédemment, mais de transfert posthume d'embryons conçus au sein d'un couple, détruit par la mort accidentelle du conjoint, avant que le transfert n'ait pu être effectué ; la décision juridictionnelle (TG13 et C.A4. de Toulouse, Cour de Cassation⁵), puis législative fut le refus de transfert de ces embryons ; on ignore ce qu'ils sont devenus, et qui a éventuellement pris l'écrasante responsabilité morale de les détruire ; on sait en revanche que nombre d'instances, dont le CCNE à deux reprises, s'étaient déclarées en faveur de la prise en considération de la motivation clairement exprimée du couple avant la mort du procréateur, dans des limites chronologiques à définir. Une autre affaire eût un retentissement plus discret, mais conduisit à une interrogation concernant, dans de telles situations délicates, la cohérence juridictionnelle : c'est l'affaire dite d'Angers (1992) où, après une première fécondation in vitro réussie du vivant du procréateur, le décès ultérieur de celui-ci alors que ses embryons étaient cryopréservés conduisit sa veuve à demander, et à obtenir du Tribunal l'autorisation de transfert d'un embryon ; transfert aboutissant ainsi à la naissance d'un enfant deux ans après la mort de son père, enfant dont la filiation légitime fut juridiquement reconnue. En contrepoint, l'évocation de cette aventure juridico-médicale française conduisit à celle d'une autre, survenue en Grande Bretagne : Diane et Stephen Blood étaient mariés et désiraient un enfant ; Stephen entre dans le coma à la suite d'une affection neurologique qui devait l'emporter ; il n'avait exprimé aucune demande formelle concernant sa filiation avant le début de ce coma ; sa fin approche et Diane demande et obtient que soit réalisée une électro-éjaculation afin d'obtenir des échantillons de sperme qui se révéleront remarquablement féconds ; la discussion juridictionnelle quant à la légitimité d'une telle procédure fut longue, et aboutit à l'autorisation d'insémination artificielle, à la condition, qui peut paraître étrange à nos esprits latins, que la procédure ait lieu hors du territoire britannique ; ce qui fut effectivement réalisé en 1997, conduisit à la naissance de Liam en 1998, puis à une deuxième fécondation, et à la naissance de Joel en 2002. Ces décisions jurisprudentielles concernaient des procédures de fécondation, par insémination ou transfert, dans un objectif clair d'obtention d'un enfant au sein d'un couple, existant, ou récemment détruit. Il convient maintenant d'envisager la réciproque d'une telle attitude, celle où l'interrogation concerne non plus la création d'une vie mais sa destruction. Un premier exemple est fourni par l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Douai⁶, sur une décision du Tribunal Administratif d'Amiens : il s'agissait d'un accident technique survenu en milieu hospitalier et qui avait abouti à la

destruction de 512 embryons congelés, en raison d'un dysfonctionnement du dispositif de congélation ; la plupart des couples concernés avaient accepté ce coup du sort qui les privait d'une possibilité de procréation ; un couple demanda réparation ; le Tribunal lui accorda une indemnisation pour cette perte de chance d'avoir un enfant grâce à cette procédure ; la décision fut cassée par la Cour en raison de son appréciation concernant « la perte d'embryons dont les requérants ne peuvent sérieusement soutenir que ceux-ci constituent des êtres humains. . . ». Une telle décision comporte une signification importante : la négation de toute valeur accordée à ces embryons cryopréservés. Les autres exemples concernent quatre arrêts de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, ayant trait à des morts prénatales, d'origine médicale ou accidentelle. Pour deux d'entre eux, il s'agissait d'accidents de la circulation, ayant entraîné des dommages corporels, justifiant une indemnisation, mais surtout, et c'est là le point qui nous interpelle, des morts fœtales in utero imputables à ces accidents ; ce sont les deux arrêts sur pourvoi de la Cour de Metz, en 2001 et 2006. La décision de la Cour de Cassation fut claire : la mort in utero de ces fœtus ne justifiait aucune indemnisation de ce fait, puisque n'étant pas nés, ils n'étaient pas des « personnes ». Dans le même cadre, mais concernant cette fois des accidents de nature médicale, on évoquera l'affaire de Lyon (Arrêt de 1999) où une confusion de noms de patientes conduisit à une interruption de grossesse, alors que la patiente devait subir une ponction de liquide amniotique ; et d'autre part l'affaire de Versailles (2002) où la conjonction d'un défaut de surveillance et d'une erreur d'interprétation du rythme cardiaque fœtal conduisit à une mort in utero. Dans ces quatre situations, la décision juridictionnelle fut que les fœtus étant morts avant la naissance, ils n'étaient pas des personnes, sujets de droit, et que par voie de conséquence leur disparition ne pouvait, de ce fait, conduire à une sanction, ni donner lieu à une indemnisation. Ce point capital mérite de retenir notre attention : il n'est pas question de critiquer la décision jurisprudentielle, parfaitement fondée en droit ; mais on ne peut, d'un point de vue humain, éviter de se poser la question de ce que ressentent les parents d'un tel enfant ainsi disparu et à qui la société déclare, en toute sérénité : « il ne s'est rien passé » ; on ne peut s'empêcher de penser, à titre de comparaison dont je reconnais le caractère audacieux, voire provocateur, que la destruction accidentelle ou volontaire, d'un animal de compagnie, ou celle d'une espèce protégée, voire celle de certaines plantes, voire même, horrible amalgame, d'une « paillote corse », peut conduire à des sanctions judiciaires, mais qu'il n'en va pas de même pour un fœtus humain. La conséquence qui s'impose alors à l'esprit n'est-elle pas de chercher à définir la valeur de cet « être », qui n'est certes pas une personne, dont le passé était bref et récent, mais l'avenir potentiel immense, et que des erreurs humaines ont condamné à la disparition.

5. Quelques tentatives législatives

On le voit bien par ces quelques exemples : nous nous interrogeons sur le sens de cette « vie prénatale » que les parents potentiels attendent avec impatience, angoisse parfois, que les accoucheurs s'ingénient à surveiller, protéger, analyser, et dont ils sont, parfois également, amenés à envisager la destruction, que ce soit pour des raisons médicales, ou « sociales » ; on comprend dès lors la motivation d'un certain nombre de parlementaires éminents, désireux de trouver un équilibre entre la nécessaire protection de cette vie et l'affirmation juridictionnelle selon laquelle sa destruction constitue un sorte de « non-événement ». Cette motivation explique les tentatives de MM. Gaillard en 2002, Hunault en 2002 également, Garraud enfin en 2003. Aucune d'entre elles ne fut suivie d'effet, en raison de la crainte, d'ailleurs parfaitement illégitime, de remettre en cause la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse.

6. Poursuite de la réflexion

On se rappelle cette circulaire de l'OMS (datant de 1977, confirmée par les circulaires ministérielles de 1993 et 2001) qui établissait, de manière certes pragmatique, mais quelque peu arbitraire, le « seuil » définissant la « viabilité » de l'enfant à venir : 500 g et/ou 22 semaines à partir du premier jour des dernières règles, « à l'exclusion de tout autre critère tel que la malformation ou l'absence d'organes vitaux ». Or, le 6 février 2008, la première Chambre Civile de la Cour de Cassation, a affirmé le caractère irrégulier de l'application de cette circulaire ; elle a rappelé 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 est parfaitement dans son rôle et l'on ne peut que s'incliner devant son autorité ; mais on est alors conduit à s'interroger sur la signification de ce concept de « viabilité », traditionnel en France depuis plus de deux siècles ; et l'on regrettera que l'évolution des techniques, en particulier médicales, n'ait pas conduit à initier une réflexion approfondie sur cet être étrange, embryon ou fœtus, dont la nature exacte semble échapper tant à la jurisprudence qu'au droit positif ; j'en donnerai quelques exemples :

- un anencéphale (enfant dépourvu de cerveau et d'une grande partie du crâne) n'a qu'une espérance de vie réduite, quelques heures, quelques jours, mais sa mort est inéluctable ; peut-il être pourtant déclaré « viable » s'il est encore vivant avant la limite chronologique de déclaration à l'état-civil ?
- un autre enfant, porteur d'une grave malformation cardiaque pourra survivre un peu plus longtemps, mais sa mort est également inéluctable, il sera pourtant déclaré « vivant et viable ».

L'incertitude demeure et n'a pas été levée par les deux décrets et les deux arrêtés du 22 août 2008 ; un dernier exemple en sera donné : l'article 79-1 ne fixe aucune limite de poids ni de terme ; n'est-on pas alors amené à s'interroger sur la nature des embryons congelés, voire celle des êtres issus d'interruptions spontanées très précoces de grossesse, dont on sait qu'un certain nombre sont emportés par le flux menstruel, sans même que leur présence soit reconnue ; ce qui incidemment conduit ceux (dont je suis) qui croient à l'existence de l'âme à une autre interrogation angoissante, concernant le moment de l'« animation ». C'est bien la raison pour laquelle une réflexion approfondie sur la nature de cet être prénatal mérite d'être poursuivie ; elle le fut dans le cadre du document de l'Office Parlementaire (17 décembre 2008), de la proposition 497 de Valérie Pécresse, non suivie d'effet, des propositions 40 et 90 du CCNE ; l'incertitude s'est accrue lorsque les « Études » du Conseil d'État, en 1988 et 2009 s'opposèrent au transfert post-mortem d'embryons congelés, opposition confirmée dans le texte diffusé le 31 août 2010 sous l'égide du ministère de la Santé, alors que l'éventualité en avait été acceptée par le même Conseil en 1999. La conclusion qui s'impose est celle d'une certaine incohérence ; celle-ci ne nous surprendra pas, puisqu'elle met en jeu la force des convictions et des dogmes, donc des oppositions de principe ou de foi ; une réflexion approfondie, dépourvue d'a priori, et orientée vers la résolution des problèmes humains qui se posent aujourd'hui à nous, où s'intriquent les convictions, mais aussi les contraintes, les espoirs mais aussi les drames, apparaît plus que jamais nécessaire, et urgente.

7. Et pour compliquer encore la situation...

Ne convient-il pas aussi de se pencher sur une situation très particulière, non pas celle que nous venons d'analyser où le procréateur, réel ou potentiel, est décédé, mais celle où il se trouve en imminence ou en risque plus ou moins immédiat de mort ; nous y avons fait allusion plus haut en évoquant le cas de Diane et Stephen Blood ; une situation assez comparable est survenue en Israël en 2002, celle du soldat Cohen :

parti aux armées, vivant en concubinage, il est soucieux de sa descendance et fait congeler son sperme ; il est tué, sa partenaire disparaît et sa mère demande, et obtient des autorités judiciaires, l'autorisation de faire féconder une volontaire (et les volontaires furent nombreuses) par le sperme congelé de son fils ; il en résulta une naissance et l'identité de la « porteuse » n'a pas été révélée ; on peut s'interroger sur la légitimité d'une telle procédure qui choquera certains ; mais si on réfléchit bien à celle mise en œuvre dans le cadre facilement accepté du don de sperme, on ne peut s'empêcher de penser qu'un nombre probablement non négligeable, mais en tout cas inconnu, d'enfants sont nés d'un tel don, alors que leur géniteur était décédé ; la demande du soldat Cohen et de sa mère paraît alors moins surprenante ou choquante qu'on aurait pu le penser au départ. Un problème comparable est posé par l'éventualité d'un transfert d'embryon « premortem », embryon conçu du vivant du procréateur, dont la fin est proche, qui en est parfaitement conscient ainsi que sa partenaire, et qui néanmoins désire procréer ; on a observé dans ce cadre, en France, de la part des divers Cecos, comme dans d'autres pays, des décisions très variées, qui rendent bien compte de l'incertitude générale qui prévaut dans ce domaine.

8. Conclusion : de l'incertitude à l'interrogation

L'incertitude juridique est donc grande ; l'interrogation éthique ne l'est pas moins ; comment devons-nous considérer cet être prénatal, embryon ou fœtus, situé in utero ou in vitro, que la loi nous permet de détruire, que la science nous permet de sauver ? Faut-il légiférer à son sujet ? Convient-il de créer, comme nous l'évoquions plus haut, « une troisième catégorie du droit », avec ses règles propres ? ou préférer la réflexion, et l'aide à la décision, d'une commission ad hoc, peut-être plus à même de répondre à des interrogations concernant des situations complexes ? Il y a près de vingt ans, dans un contexte différent certes, mais toujours d'actualité (il s'agissait du problème si délicat de la maternité dite de substitution), l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation avait affirmé : « Il importe en cette matière particulièrement sensible, qui touche à un délicat problème de société et d'éthique, que soit mis fin à des divergences jurisprudentielles majeures et que la sécurité juridique soit assurée⁸ ». Finalement la question que la Société ne peut s'empêcher de poser est celle de la détermination du plus grand risque : le risque de dérive est-il plus grand que le risque d'injustice et de souffrance humaine ? Certes, l'exemple de nombreux pays étrangers nous conduit à nous interroger sur ces risques de dérive ; ils sont réels ; mais ceux que provoque une référence excessive à « la force injuste de la loi » ne le sont pas moins et la phrase que Jean Bernard écrivit en 2003 nous revient en mémoire : « Jamais, au grand jamais, on n'aurait du faire des lois de bioéthique . . . chaque cas est un cas particulier, unique . . . une loi est inapplicable ». Dans ce domaine, extraordinairement incertain et mouvant, la réflexion éthique ne saurait conduire valablement à des positions dogmatiques, supposées éternelles ; les pires turpitudes existent, nous le savons bien, et l'on doit les condamner, d'un point de vue moral plus que judiciaire ; les attitudes les plus généreuses existent aussi et méritent d'être encouragées et admirées ; il est difficile dans ce domaine d'établir une échelle comparative de valeurs ; j'aurais tendance par exemple à préférer, lors d'un projet procréatif, une congélation de cellules sexuelles à celle d'un embryon, mais je comprends parfaitement que cette préférence soit discutée ; dans un tel domaine, si fluctuant, si personnel, la réflexion comme l'expérience conduisent à considérer les « grands principes » avec circonspection, et à tenter de résoudre les drames humains avec générosité ; c'est ce qu'avait fait, avec prudence et humanité, la Cour de Toulouse lors de l'affaire dite de Martin Guerre, dont on fit un film superbe⁹ ; cela ne peut être réalisé qu'au sein d'équipes multidisciplinaires dont la réflexion et le conseil sont fondées sur l'expérience et la générosité, plus que sur une application brutale de dispositions législatives dont nous avons déploré au fil de ces lignes la fréquente inhumanité.

¹ Communication à l'académie royale de médecine le 26 décembre 1821.

² TGI de Créteil. 1er août 1984.

³ 11 mai 1993.

⁴ 18 avril 1994.

⁵ 9 janvier 1996.

⁶ Arrêt du 6 décembre 2005. Jugement du T.A. d'Amiens du 9 mars 2004.

⁷ Rapport <fn0035>n2832 de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, 25 janvier 2006.

⁸ Arrêt 326 P du 31 mai 1991.

⁹ Le retour de Martin Guerre, film de Daniel Vigne, 1982, avec Gérard Depardieu et Nathalie Baye.