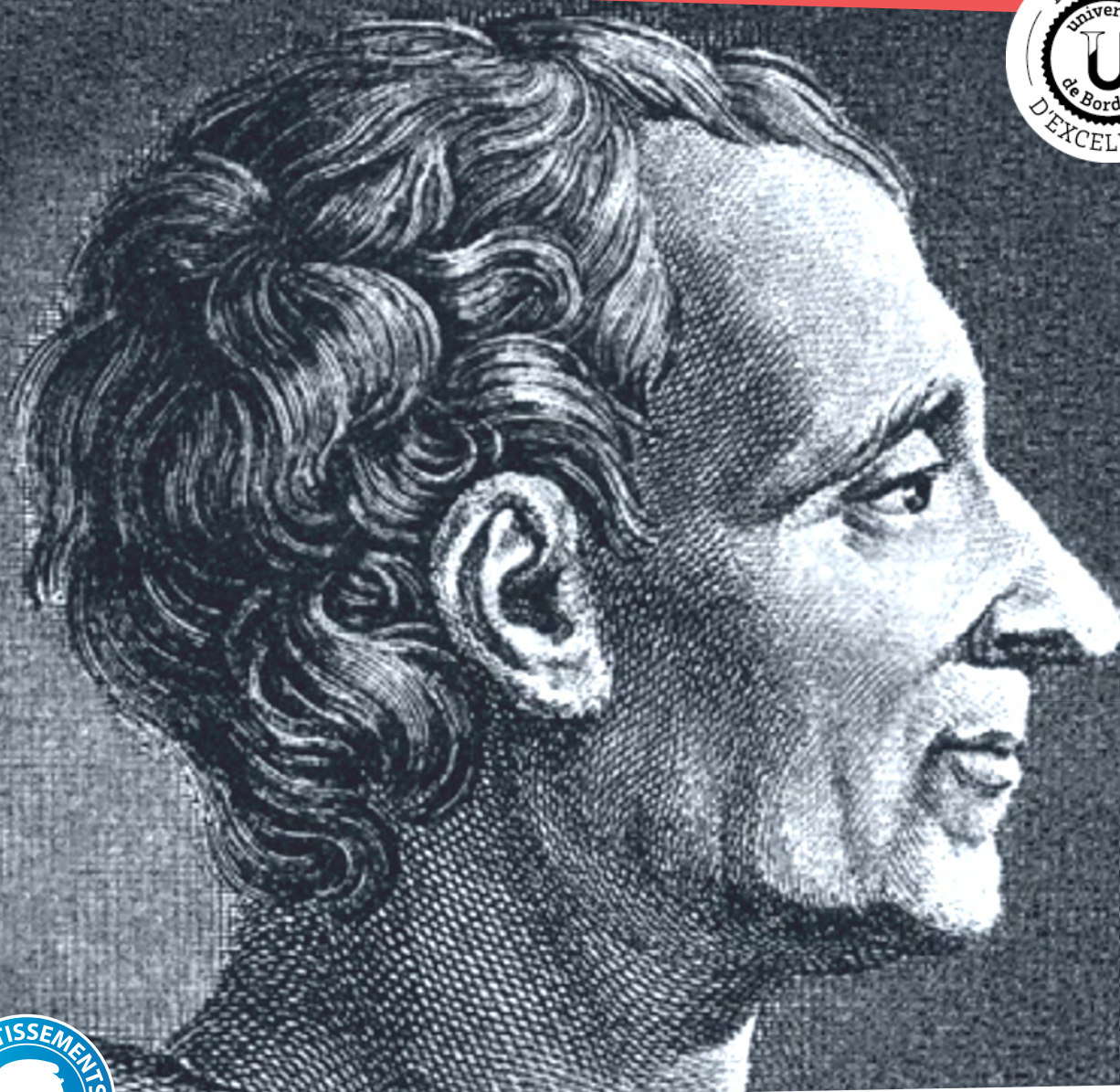


No. 5 | Mars
2017

Montesquieu Law Review

Les malades en fin de vie
Cécile Castaing et Marie Lamarche



Programme financé par l'ANR
n°ANR-10-IDEX-03-02

FORUM
MONTESQUIEU
Faculté de droit et science politique

université
de **BORDEAUX**

Droit civil :

Les malades en fin de vie

Cécile Castaing, Maître de conférences HDR en droit public, Université de Bordeaux

Marie Lamarche, Maître de conférences HDR en droit privé, Université de Bordeaux

Parmi les questions posées par le droit de la santé, celle de la fin de vie est une des questions les plus particulières parce qu'elle touche aux convictions de chacun, à des choix de société, à l'ordre public et aux droits fondamentaux des personnes.

La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (1) a marqué une étape importante en France dans l'accompagnement des patients en fin de vie, l'interdiction de l'obstination déraisonnable et la régulation juridique de la décision de fin de vie. Maintenant l'interdiction de causer la mort d'autrui, elle a posé un certain nombre de règles, pour l'essentiel procédurales, s'imposant au médecin dans la prise de décision d'interrompre ou de ne pas entreprendre les traitements ou les soins. La particularité des questions concernant la fin de vie se manifestant notamment dans la revendication perpétuelle de nouveaux droits à conquérir, le débat sociétal s'est poursuivi. Une réflexion a été lancée sur la nécessité de compléter le dispositif existant et a été reprise par le candidat à la présidence de la République François Hollande qui s'était engagé à proposer, s'il était élu, que « *toute personne majeure en phase avancée ou terminale d'une maladie incurable, provoquant une souffrance physique ou psychique insupportable, puisse demander, dans des conditions bien précises et strictes, de bénéficier d'une assistance médicalisée pour terminer sa vie dans la dignité* » (2).

Une fois élu et conformément à cet engagement, le président de la République a mis en place une mission de réflexion sur la fin de vie, confiée au Professeur Didier Sicard, qui a remis son rapport « *Penser solidairement la fin de vie* » le 18 décembre 2012. D'autres rapports ont suivi (3) et une Conférence de citoyens a été lancée mi-novembre 2013 pour réfléchir sur la fin de vie (4). Quelques constats unanimes ressortent de ces travaux : une mauvaise connaissance de la loi du 22 avril 2005, une insuffisance des dispositifs retenus, une inculture palliative et l'existence de situations exceptionnelles non envisagées par la législation actuelle. L'ensemble de ces réflexions a été perturbé par l'« affaire » Vincent Lambert et le procès de Nicolas Bonnemaison entre 2013 et 2015 qui, étant largement médiatisés, ont contribué à alimenter le questionnement autour du droit de la fin de vie.

C'est un long processus qui a alors commencé et, après plusieurs mois de travaux parlementaires, d'échanges entre l'Assemblée nationale et le Sénat, la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie a été adoptée et promulguée le 2 février 2016 (5). La loi énonce ou renforce un certain nombre de droits fondamentaux de la personne et apporte des précisions sur les procédures d'arrêts des traitements. Elle dispose de façon explicite que la nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements et affirme le droit de toute personne de recevoir sur l'ensemble du territoire les traitements et soins garantissant le meilleur apaisement de la souffrance. Les évolutions annoncées les plus marquantes seraient la reconnaissance d'un droit à la sédation profonde et continue et le droit au respect des directives

anticipées. La loi a remis la personne au cœur du dispositif d'arrêt des traitements et de fin de vie là où il avait été reproché à la loi du 22 avril 2005 de n'être qu'une loi de procédure pour entourer la décision des médecins. Mais, pas plus qu'elle ne légalise de nouvelles pratiques médicales, elle ne modifie pas véritablement les équilibres dans la décision relative au malade en fin de vie, qu'il s'agisse de la décision d'arrêt des traitements ou de la décision de fin de vie.

I. La décision d'arrêt des traitements

Le législateur a codifié en 2002 le droit du patient à consentir aux soins et, allant au-delà, a fait du patient un véritable acteur dans la relation de soin puisqu'il participe désormais aux décisions concernant sa santé (6). Cette affirmation ne vaut que pour autant que le patient est en état de s'exprimer et la loi est moins nette sur les conséquences à en tirer notamment quand le patient refuse un traitement. La loi de 2005 a fixé une procédure d'arrêt des traitements, mais n'a pas levé cette ambiguïté et la question est véritablement celle de savoir qui décide de l'arrêt des traitements.

Il faut dès lors distinguer deux situations, selon que le patient est ou non en état de s'exprimer. Cette distinction est fondamentale puisque, au moins jusqu'à la loi de 2016, le médecin retrouvait son entier pouvoir décisionnel lorsque la personne n'était plus en état de s'exprimer. Mais déjà la question se pose de la détermination d'une personne « *hors d'état d'exprimer sa volonté* », le législateur ne se précisant pas cette situation. Un amendement avait été proposé à l'Assemblée nationale au moment de la discussion relative au texte qui allait devenir la loi du 4 mars 2002, indiquant que le fait d'être hors d'état d'exprimer sa volonté « *doit provenir d'une altération de la conscience* » pour éviter que le médecin se dispense de recueillir le consentement de personnes qui seraient atteintes de paralysie ou de dysarthrie (7). L'amendement n'a pas été adopté. Il semble que l'intention du législateur soit bien d'assimiler la personne hors d'état d'exprimer sa volonté à la personne inconsciente. Une première indication en ce sens figure dans une parenthèse du rapport d'information sur la loi de 2002 qui énumère de façon non exhaustive trois situations pouvant qualifier la situation d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté : coma, inconscience, handicap mental (8). Une autre indication est dans l'exposé des motifs de la proposition de loi du 22 avril 2005 (9), dans lequel les auteurs distinguent le malade « *conscient* » du malade « *inconscient* ». La formule retenue par la loi de 2016 reste pourtant la même et contraste avec les conséquences juridiques très précises attachées à cet état.

La décision d'arrêt des traitements lorsque la personne est en état d'exprimer sa volonté

Le droit de consentir aux soins a nécessairement pour corollaire le droit de les refuser. Le médecin respecte cette volonté tant que le refus n'engage pas le pronostic vital de la personne qui l'exprime. Dans le cas où la volonté du patient d'interrompre ou de ne pas entreprendre un traitement mettrait sa vie en danger, le droit antérieur à 2016 établissait seulement que le médecin devait tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables. C'est en exploitant cette carence du législateur que le juge a pu conférer une valeur simplement relative au droit de refuser des soins. Le juge administratif en particulier a ainsi admis au nom du caractère sacré de la vie que le médecin qui outrepassa le refus de traitement exprimé par son patient dans le but de lui sauver la vie ne commet pas de faute (10). Tout en refusant de faire prévaloir de façon générale l'obligation médicale de sauvegarder la vie humaine sur le respect de la volonté du malade, le Conseil d'Etat a invité les praticiens à agir en conscience et au cas par cas. Cette jurisprudence a été maintenue après l'adoption de la loi du 4 mars 2002, puis après celle du 22 avril 2005 (11).

La loi du 2 février 2016 a renforcé la prise en compte de la volonté de la personne de refuser un traitement en précisant les conséquences juridiques liées au droit au consentement : il est désormais expressément prévu que « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement* » et que le médecin « *a l'obligation de respecter* » sa volonté après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité (12). Poursuivant dans le sens d'une plus grande autonomie de la personne, la loi a supprimé la disposition imposant au médecin de tout mettre en œuvre pour convaincre la personne d'accepter les soins indispensables. Si la loi a entendu améliorer la prise en compte de la volonté de la personne qui refuse un traitement, même lorsque cette volonté engage son pronostic vital, la question de l'interprétation ou l'application qu'en fera le juge se pose. Il apparaît en effet très difficilement concevable que le juge revienne sur sa jurisprudence et considère que le médecin qui délivrerait les soins indispensables à un patient dans le seul but de le sauver commettrait une faute de nature à engager sa responsabilité, l'apport de la loi se mesurant alors en terme de communication juridique et non d'autonomie renforcée.

La décision d'arrêt des traitements lorsque le patient n'est pas en état d'exprimer sa volonté

Dans ce cas et jusqu'à la loi de 2016, le patient n'était plus acteur de sa santé et la volonté qu'il aurait pu exprimer avant cet état ne liait en aucune manière le médecin. Certains y ont vu un vestige du paternalisme médical, d'autres un moyen de protéger la famille de décisions parfois difficiles à prendre ou de protéger le patient de décisions qui seraient guidées plus par l'intérêt de la famille que son propre intérêt. Poursuivant dans son intention de renforcer la prise en compte de la volonté de la personne, la loi de 2016 comporte un certain nombre de dispositions en ce sens y compris lorsque celle-ci a été exprimée avant l'état d'inconscience. Ce n'est que si cette volonté n'est pas connue que le médecin pourra décider, après le respect de la procédure collégiale, de l'arrêt des traitements lorsqu'ils traduisent une obstination déraisonnable.

La personne de confiance, de même que la famille ou les proches, n'exprime plus un « avis » mais un « témoignage ». La position ainsi exprimée est par conséquent réputée être celle du patient lui-même. La loi confirme en outre que « [le] *témoignage* [de la personne de confiance] *prévaut sur tout autre témoignage* », marquant ainsi que la patient a exercé son droit de désigner une personne de confiance pour lui confier sa volonté au cas où il ne serait plus en état de s'exprimer : l'exercice de ce droit justifie la prévalence de ce témoignage sur celui des autres membres de l'entourage. Mais la loi ne lui a pas transféré la responsabilité de la décision qui, en l'absence de directive anticipée, relève du médecin sous réserve du respect de la procédure collégiale. Ce n'est que lorsque des directives anticipées ont été rédigées que la loi confère une valeur contraignante à la volonté ainsi exprimée, valorisant ainsi le dispositif. La loi précise désormais que les directives anticipées « *s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement* » (13). Il n'y a pas de consensus en Europe sur le caractère contraignant des directives anticipées et le cadre juridique des pays ayant adopté une réglementation est très hétérogène (14). Le choix fait par le législateur français en 2016 est de renforcer la portée des directives anticipées et de les rendre « *opposables sous certaines conditions* » (15). Elles n'indiquent plus un souhait qui pourra être ou non satisfait, mais traduisent la volonté de la personne qui ne pourra plus être ignorée. La loi a cependant assorti cette règle d'exceptions. Une approche trop générale et systématique du caractère contraignant comportait des risques, notamment si la situation clinique du patient n'est pas la même que celle décrite dans la directive anticipée, et ôtait au médecin toute responsabilité puisqu'il n'aurait plus eu à évaluer la situation médicale du patient. La loi a donc prévu deux cas dans lesquels les directives anticipées ne s'imposeront pas. Le premier est celui de « *l'urgence vitale* ». Dans cette hypothèse, le médecin doit pouvoir se dégager des directives

« pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation ». Le deuxième cas est celui dans lequel la directive anticipée apparaîtrait « manifestement inappropriée » ou « non conforme à la situation médicale » : le médecin peut décider de s'en délier, à condition que cette décision soit prise à l'issue de la procédure collégiale. Quel que soit le cas retenu, l'urgence vitale, le caractère manifestement inapproprié ou la non-conformité de la directive à la situation médicale, l'appréciation relève du seul pouvoir médical. Donc le principe du caractère contraignant ou opposable des directives anticipées est finalement, si ce n'est un leurre ou un vœu pieux, au moins dépendant de l'appréciation du médecin, ce qui ne change pas fondamentalement avec l'ancienne version selon laquelle le médecin devait « tenir compte » des directives anticipées dans les décisions d'arrêt des traitements.

II. La fin de vie

Si la loi du 2 février 2016 crée de « nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », le législateur n'a pas franchi le pas que certains attendaient. Parmi ces droits, ne figure pas le droit de mourir : les défenseurs de l'assistance au suicide ou d'une quelconque exception d'euthanasie n'ont pas obtenu gain de cause (16). Pour autant, la mise en œuvre d'« une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès » est désormais possible, énoncée à l'article 1110-5-2 du Code de la santé publique. Ce qui a pu apparaître comme un compromis par rapport au refus de l'euthanasie ou du suicide assisté, a été présenté comme un véritable progrès en termes d'autonomie du patient. La qualification de « droit à la sédation profonde et continue », « droit nouveau tout à fait majeur » (17), a souvent permis de penser que l'objectif était atteint « d'assurer à tous les malades en fin de vie la certitude de pouvoir bénéficier d'une telle sédation » (18).

C'est cependant au travers des conditions posées pour recourir à la sédation profonde et continue que l'on peut percevoir les situations dans lesquelles la décision peut être prise. L'autonomie de la personne par rapport à sa fin de vie apparaît alors en réalité très limitée. Il n'est pas question pour la personne d'imposer une véritable « décision de fin de vie » mais simplement de demander ou « bénéficier », à certaines conditions d'une sédation profonde et continue lorsqu'elle est en fin de vie. Un raccourci trop rapide conduirait à croire que la sédation profonde et continue provoque la fin de vie, alors qu'il faut inverser le raisonnement et établir d'abord la fin de vie avant de pouvoir recourir à la décision de sédation. Les nouvelles dispositions législatives obligent donc à retenir une définition plus objective et plus restrictive de la fin de vie : la fin de vie n'est pas provoquée, il s'agit d'une durée très limitée mais encore incertaine, de vie. La réunion des conditions posées par la loi pour déterminer la situation de fin de vie susceptible de donner lieu à une sédation profonde et continue s'inscrit toutefois dans un laps de temps relativement bref qui sépare la décision de sédation de la mort. La fin de vie devient une période limitée dans le temps, et la mort peut dès lors apparaître programmée.

La sédation sous condition de fin de vie

L'article 1110-5-2 du Code de la santé publique qui encadre la mise en œuvre de la sédation profonde et continue, distingue deux hypothèses. La première hypothèse semble faire place à la volonté du patient puisqu'elle vise « la demande du patient », pour la seconde, « le patient ne peut pas exprimer sa volonté » (19).

La toute fin de vie ne dépend pas ici de la volonté du patient mais d'une affection qui le frappe. Pour pouvoir demander (et non décider) une sédation profonde et continue, le patient doit tout

d'abord être atteint d'une affection grave et incurable. Il faut ensuite que son pronostic vital soit engagé et ce, à court terme (soit directement du fait de l'affection, soit du fait d'un arrêt d'un traitement décidé par le patient) (20), ce qui correspond finalement à une fin de vie proche. Il faut enfin que le patient présente « une souffrance réfractaire aux traitements » (dans le cas d'un pronostic vital engagé à court terme du fait de l'affection grave ou incurable) ou que la décision d'arrêter un traitement soit « susceptible d'entraîner une souffrance insupportable ». La demande de sédation profonde et continue associée à un analgésique est considérée par l'équipe soignante dans le cadre d'une procédure collégiale. Cette procédure permet de vérifier que les conditions précitées sont remplies. L'appréciation des conditions (affection, pronostic vital engagé à court terme, souffrances) relève donc d'une véritable décision médicale et non de celle du patient qui ne saurait imposer au médecin sa volonté. Sont exclues les personnes qui sont atteintes d'une maladie grave et incurable mais ne sont pas en fin de vie (le pronostic vital n'est pas engagé à court terme), les personnes qui ne souffrent pas (même si elles sont en fin de vie) parce que notamment leurs souffrances peuvent être apaisées.

La fin de vie provoquée, constitue la deuxième hypothèse prévue par la loi. Lorsque le patient ne peut exprimer sa volonté, que les médecins, au titre du refus de l'obstination déraisonnable, arrêtent un traitement de maintien en vie (21), la fin de vie est alors d'une certaine manière provoquée. Le patient n'est pas forcément atteint d'une maladie grave ou incurable avec un pronostic vital engagé à court terme, comme dans l'hypothèse précédente, mais sa vie dépend d'un traitement qui cesse. Le recours à la sédation profonde et continue semble alors s'imposer (« celui-ci applique une sédation » (22)), qui découle de la décision d'arrêt d'un traitement de maintien en vie, *a priori* lors d'une seule procédure collégiale. On notera que le texte prévoit une sédation « provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie », ce qui montre que la loi du 2 février 2016 a bien entendu distinguer la personne qui ne peut exprimer sa volonté (critère objectif de la situation) et l'altération de la conscience (sous l'effet des produits de sédation). Il convient aussi de souligner que les directives anticipées sont ici ignorées. Cela semble logique dès lors que ces directives ont pu être prises en considération *ab initio* pour la décision d'arrêt du traitement de maintien en vie. Cela peut sembler moins évident si l'on considère que le fait de refuser un traitement de maintien artificiel en vie, n'implique pas forcément la volonté de bénéficier d'une sédation profonde et continue automatique. La volonté du patient n'apparaît pas plus ici respectée et l'obligation légale du médecin de recourir à la sédation ne peut être qualifiée de « droit du patient ». C'est une conception restrictive de la durée de la fin de vie qui est en réalité retenue et en ce sens, la loi de 2016 paraît apporter une définition plus précise de la fin de vie. Pour autant, la sédation profonde et continue ne met pas fin à la vie. Il ne s'agit que d'un « aménagement » des conditions de fin de vie. Le décès peut cependant sembler programmé.

La sédation dans le cadre d'une fin de vie programmée

Dès lors que la sédation ne peut intervenir que dans un cadre temporel très restreint (pronostic vital engagé à court terme ou arrêt des traitements de maintien en vie), il est tentant de croire que le choix de cette sédation permet de surmonter l'aléa de la mort, de choisir sa fin de vie, ce qui constituerait un progrès pour l'autodétermination de la personne. En réalité, il semble que si la fin de vie, au sens du décès, peut être programmée, c'est essentiellement le médecin qui peut déterminer de façon plus ou moins précise sa date. La décision d'arrêt des traitements de maintien en vie (particulièrement l'alimentation et l'hydratation artificielles) permet en effet au médecin de savoir que le décès est désormais proche.

Ce constat peut être relié à la question du prélèvement d'organes et des critères du décès déterminés par la loi. Il convient de rappeler en effet que le prélèvement sur personne décédée a obligé le législateur à préciser les critères du décès et plus exactement désormais de la mort dite encéphalique (23). Le problème du manque de « donneurs », c'est-à-dire de greffons permettant de procéder à des transplantations, incite, à l'étranger comme en France, à se reposer la question des critères du décès. Des médecins ont ainsi travaillé à partir de 1995, à l'hôpital universitaire de Maastricht, pour initier des greffes réalisées à partir d'organes prélevés sur des personnes décédées par arrêt cardiaque irréversible (on parle aussi de « donneurs à cœur non battant »). De ces études résultent quatre catégories (Maastricht I à IV) qui correspondent à des situations d'arrêts cardiaques contrôlés ou non. La catégorie III vise l'arrêt cardiaque d'une personne hospitalisée, survenant à la suite d'une décision d'arrêt des traitements. Le prélèvement sur personnes décédées des suites d'un arrêt circulatoire dans le cadre d'un arrêt des traitements est déjà effectif dans plusieurs pays européens (notamment au Royaume-Uni et aux Pays-Bas) et fait l'objet en France d'un protocole expérimental auprès de certains établissements pilotes, encadré par l'Agence de Biomédecine, sous l'impulsion de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (24).

Si l'on met en parallèle la modification annoncée des critères de la mort pour procéder à un prélèvement et la programmation du décès par arrêt des traitements de maintien en vie et la sédation profonde et continue, il est possible de s'interroger. Ne peut-on craindre que pour un patient qui n'est pas encore décédé, mais en arrêt de traitement et en sédation profonde et continue, la procédure de prélèvement ne puisse être déjà enclenchée ? Cette crainte peut être – avec bien évidemment beaucoup de prudence – mise en perspective avec l'autre loi de 2016, la loi dite Touraine, qui a modifié l'article L1231-1 du Code de la Santé Publique relatif au prélèvement d'organes (25). L'objectif d'augmentation du nombre de greffons a conduit le législateur à renforcer la « présomption de consentement au don », le médecin ne devant plus s'en tenir qu'au refus exprimé par la personne de son vivant et non pas aux déclarations des proches du défunt qui seront normalement à partir du 1^{er} janvier 2017 au plus tard, simplement informés (26). Il ne faudrait pas alors que certaines personnes, et particulièrement les personnes vulnérables, acceptent par avance les prélèvements, pour pouvoir bénéficier d'un arrêt des traitements et d'une sédation profonde et continue (27). La question se pose en Belgique avec l'accès à l'euthanasie. Le droit de mourir non reconnu en France ne saurait être négocié et obtenu au prix des organes dont on manque pour les vivants. Les progrès annoncés par la loi du 2 février 2016 pour l'autonomie du patient peuvent rapidement devenir illusoires, sinon dangereux.

Notes :

- (1) Loi n° 2005-370, JORF n°95 du 23 avril 2005 p. 7089.
- (2) Proposition 21 du candidat François Hollande à l'élection présidentielle 2012.
- (3) Conseil national de l'Ordre des médecins, 8 février 2013 ; Comité national de suivi du développement des soins palliatifs, Bilan du plan « Soins palliatifs » 2008-2012, juin 2013 ; Comité consultatif national d'éthique, 13 juin 2013.
- (4) Avis remis le 14 décembre 2013.
- (5) Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n° 0028 du 3 février 2016.
- (6) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p. 4118. Art. L 1111-4 CSP.

- (7) AN, Discussion en séance publique, 2ème séance du 3 octobre 2001, Compte-rendu analytique. Amendement 128.
- (8) Rapport d'information, AN n° 3688, 11 avril 2002.
- (9) AN n° 1882, 26 octobre 2004.
- (10) CE 26 oct. 2001, *Mme Senanayake*, n° 198546.
- (11) TA Lille, 25 août 2002, n° 02-3138 ; CAA Nantes, 20 avril 2006, n° 04NT00534.
- (12) Art. L. 1111-4 CSP, al 2 et 3.
- (13) Art. L. 1111-1 CSP.
- (14) Voir Note méthodologique et synthèse documentaire « Pourquoi et comment rédiger ses directives anticipées ? », HAS, avril 2016.
- (15) Rapport sur la proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, AN n° 2585, 17 février 2015.
- (16) Il convient de rappeler que ni le rapport Sicard (préc.), ni l'avis n° 121 du CCNE rendu le 1er juillet 2013, « Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir », n'avait formulé de telles préconisations. Dans le cadre de la Conférence des citoyens sur la fin de vie (14 décembre 2013) certains en revanche s'étaient déclarés favorables à ces solutions. Plus tard dans le débat législatif, des amendements visant à autoriser « l'assistance médicalisée active à mourir » ou le suicide assisté furent successivement rejetés.
- (17) V. par ex. C. Bergoignan Esper, « La loi du 2 février 2016 : quels nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie », *RDSS* 2016, p 296 et s.
- (18) *Ibidem*. Il convient de rappeler que le médecin pouvait déjà mettre en œuvre des traitements notamment antalgiques et sédatifs permettant « d'accompagner le mourant jusqu'à ses derniers instants » (Article R. 4137-37, dernier alinéa CSP).
- (19) V. sur cette situation de la personne « hors d'état d'exprimer sa volonté », *supra*.
- (20) Les deux hypothèses sont envisagées au 1° et 2° de l'article L. 1110-5-2 CSP.
- (21) V. *supra* partie I.
- (22) Article L. 1110-5-2, al. 4, CSP.
- (23) Un décret du 31 décembre 1941 avait fixé le critère de l'arrêt de la circulation sanguine, puis une circulaire du 24 avril 1968 avait substitué au critère de l'arrêt de la circulation sanguine celui de mort cérébrale et selon un décret du 2 décembre 1996 - article R. 1232-1 à 4 CSP - , le constat de la mort, dans le cas de personnes présentant un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, doit reposer sur trois critères cliniques simultanément présents (absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, abolition de tous les réflexes du tronc cérébral, abolition de la respiration spontanée). Un examen clinique attestant du caractère irréversible de la destruction encéphalique (mort cérébrale) doit être réalisé si la personne est décédée cliniquement mais est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique (circulation cardio-vasculaire).
- (24) Sur l'ensemble de ces questions, v. <http://www.agence-biomedecine.fr/Arret-circulatoire-suite-a-un> et le guide du protocole et un guide pédagogique.
- (25) Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé
- (26) L'article 192 de la loi du 26 janvier 2016 renvoie à des décrets pris en Conseil d'Etat, la question des conditions dans lesquelles est établi le constat de la mort et « les modalités d'interdiction ou de suspension des protocoles mentionnés à l'article 1232-3 par le ministre chargé de la recherche ainsi que les modalités de transmission par l'Agence de biomédecine, des informations dont elle dispose sur lesdits protocoles.
- (27) Sur l'analyse comportementale du droit, v. A. Alemanno, G. Hellinger, A.-L. Sibony, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *D.* 2016, p. 911.