



HAL
open science

L'euthanasie est-elle pensable en droit ?

Stéphanie Hennette-Vauchez

► **To cite this version:**

Stéphanie Hennette-Vauchez. L'euthanasie est-elle pensable en droit?. Les cahiers de la Sécurité Intérieure, 1997, 3e trimestre 1997 (29). halshs-04117559

HAL Id: halshs-04117559

<https://shs.hal.science/halshs-04117559>

Submitted on 5 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

NOTES ET ÉTUDES

L'EUTHANASIE EST-ELLE PENSABLE EN DROIT?

Stéphanie Hennette
Université Paris I - Sorbonne

Cet article se présente comme une analyse des argumentaires juridiques théoriques avancés à l'encontre de l'intégration de l'acte euthanasique à l'ordre juridique. L'hypothèse de travail tend à montrer que ces déconstructions théoriques de la juridicité de l'euthanasie ne sont pas tant développées pour les arguments qu'elles apportent, que pour des raisons moins visibles, qui résident dans la volonté de défendre un ordre juridique où la référence à des valeurs supérieures aurait sa place.

Les revendications autour d'un « droit à la mort » apparaissent aujourd'hui comme venant couronner un mouvement qui, depuis environ une vingtaine d'années, confronte le droit à une volonté de l'homme de maîtriser le destin de son corps. Face à la pression croissante de cette revendication, les juristes ont été amenés à développer nombre d'arguments tendant à justifier le refus catégorique que le droit oppose aujourd'hui à l'euthanasie. Ce sont ces arguments que nous nous proposons d'analyser ici, en précisant au préalable un certain nombre de points concourant à la définition de notre sujet.

Tout d'abord, nous entendrons, tout au long de ce développement, le terme « euthanasie » comme l'acte par lequel il est délibérément mis fin aux jours d'un individu, sur sa demande, par une action positive (ex : injection d'une substance létale) - réalité qui est également parfois dénommée « euthanasie active ». En outre, cette réflexion sur l'euthanasie se situera exclusivement dans le cadre de la relation médicale, comme objet du contrat qui lie le patient à son médecin.

En analysant les arguments invoqués par la littérature qui vise à condamner juridiquement l'euthanasie, on identifie essentiellement deux optiques distinctes. Le premier type de raisonnement rencontré présente le choix de la mort délibérée comme un motif illicite *per se* de tout acte juridique : l'homme ne peut disposer de son corps au point de disposer de sa vie ; l'euthanasie est illicite. Or il nous semble, et c'est ce que nous tenterons de montrer dans un premier temps, que cette solution est en contradiction avec la façon dont ce choix est par ailleurs pensé en droit : ce concept ne nous semble pas être un objet spécifique et partant, ne nous semble pas pouvoir être déclaré illicite en soi. Le second type d'argument se concentre, non plus sur l'objet de la convention d'euthanasie, mais sur le schéma juridique qui y préside. Il raisonne en termes de relation juridique et tente de montrer que le contrat juridique qui vise à la disparition d'un des deux cocontractants ne peut être pensé en droit, car cela équivaudrait à la négation du principe d'altérité, condition d'existence de tout rapport juridique. Là encore nous verrons que cet argument nous semble pouvoir être contourné.

Notre ambition ici n'est pas de rédiger un plaidoyer pour la reconnaissance juridique de l'euthanasie. Nous souhaitons simplement présenter l'hypothèse selon laquelle ces argumentations juridiques qui sont aujourd'hui élaborées peuvent utilement être analysées en termes plus politiques que proprement théoriques ; il nous semble en effet que leur portée est bien plus grande, et que leurs motivations sont bien plus techniques, que ne le laisse croire l'objectif affiché de déconstruction théorique de la relation euthanasique en droit. Nous paraît décelable, derrière ce débat « technique », la confrontation entre des logiques juridiques opposées (la résistance naturaliste à l'euthanasie *versus* le fatalisme exprimé par le positivisme) ; dans cette optique, le débat juridique sur l'euthanasie est un terrain de réflexion particulièrement propice à l'enjeu philosophique que représente la question de l'adaptation du droit au fait.

LA MORT DÉLIBÉRÉE EST-ELLE ILLICITE EN SOI ?

Un des premiers types d'arguments aujourd'hui rencontré dans la littérature juridique dénonçant l'euthanasie se base sur la théorie de la cause comme critère de licéité du contrat ; et aboutit, ce faisant, à la condamnation de la mort délibérée comme cause de la relation patient/médecin. Le fondement juridique invoqué à l'appui de cette déclaration fait référence au concept d'ordre public.

Pour comprendre l'applicabilité de cette notion à la question qui nous préoccupe, il faut resituer les revendications de « droit à la mort » dans le cadre théorique plus large des droits de l'individu sur son propre corps. Traditionnellement, le corps humain a été pensé en droit comme indisponible : le sujet ne peut lui imposer sa volonté en en disposant librement. Certains aménagements

ont toujours été portés à ce principe, afin de permettre la vente de lait maternel, la coupe des cheveux, etc. Plus récemment, ces aménagements se sont faits plus fondamentaux (maîtrise des capacités reproductrices de l'homme, dons d'organes, expérimentations biomédicales, etc.), et le besoin s'est fait ressentir de réfléchir à un cadre juridique des droits de l'homme sur son corps.

Il semble qu'une forme de « consensus » ait été rencontrée, plaidant pour l'acceptation des actes de disposition du corps humain, dans la limite des conditions de « conservation de la personne »⁽¹⁾. Ainsi, si la conservation de la personne est une des conditions de « pensabilité » juridique des actes relatifs au corps humain, on comprend que l'euthanasie apparaisse comme l'archétype de la relation juridiquement impossible. C'est donc, dans notre perspective, ce consensus qu'il s'agit de questionner. Il nous semble en effet que cette limite aux pouvoirs de disposition de son corps dont dispose l'individu que constitue la « conservation de la personne » n'est pas absolue : l'homme nous semble avoir des moyens, reconnus par le droit, de mourir délibérément.

La mort délibérée et le droit : l'existence d'« espaces de tolérance »

Certes, le suicide vient ici immédiatement à l'esprit. En effet, le suicide n'est pas réprimé par le droit⁽²⁾ ; il ne constitue pas une infraction. Conséquemment, l'assistance au suicide n'est pas non plus condamnée⁽³⁾, puisqu'il est impossible de la définir, en l'absence d'une infraction première.

La principale interférence juridique dans cette « sphère de non-droit » est alors constituée par l'incrimination de non-assistance à personne en danger⁽⁴⁾, biais par lequel on pourrait imaginer que soit limitée la « liberté » de se suicider. Cependant, l'application de cette notion au contrat médical ne constitue guère une forte incitation pour le médecin à prévenir ou lutter contre la mort choisie

(1) Voir notamment la thèse de DECOCQ (André), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, LGDJ, 1960, dont c'est un concept-clef. L'ensemble de la doctrine semble s'accorder sur ce point ; voir par exemple ARNOUX (Irma), *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1995 ; VISSER'T HOOFT (H. Ph.), *Les actes de disposition du corps humain : quelques remarques philosophiques*, Archives de Philosophie du Droit, Tome 24, Sirey, 1979 : « On tend à n'admettre une faculté de disposition que dans les limites dictées par les nécessités de fonctionnement du corps comme totalité », p. 91 ; François Chabas évoque comme limite « apportée à la licéité des actes relatifs au corps humain le risque pour la vie », d'où « l'euthanasie nous paraît devoir être condamnée sans conditions : CHABAS (François), « Le corps humain et les actes juridiques », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées belges, 1975, p. 231.

(2) Dans les limites que constituent l'article D390 du Code de procédure pénale (qui autorise l'alimentation forcée de détenus grévistes de la faim), et de l'article 63 du Code pénal, qui en fait un délit de la non-assistance à personne en danger.

(3) À distinguer de la provocation au suicide, qui tombe sous le coup de la loi pénale depuis la loi n°87-113 du 31 décembre 1987.

(4) article 63 du Code pénal (art. 223-6 du nouveau Code pénal).

par suicide. La Cour de Cassation n'a en effet, en 1973, reconnu ⁽⁵⁾ aucune faute professionnelle à l'encontre du médecin qui n'avait pas prodigué de soins à une patiente ayant absorbé une dose massive de somnifères au motif que celle-ci avait au préalable fait connaître par écrit sa volonté de ne pas en recevoir.

Certains concluent de cet état de droit à l'existence d'un « droit au suicide » ; ainsi pour Gilles Lebreton « le droit de se suicider est donc implicitement reconnu » ⁽⁶⁾. Cette formulation n'en est pas moins excessive, puisque, si un tel droit existait, il faudrait admettre la recevabilité d'une action en justice dirigée par le suicidant contre toute personne ayant constitué une entrave à son projet - hypothèse absurde. Cela étant, s'il apparaît excessif de formuler le suicide en termes de « droit à », on peut être tenté de comprendre son encadrement juridique comme évocateur d'une liberté de l'individu, ou à tout le moins d'une « tolérance » juridique : « la mort confirme le caractère exclusif du droit reconnu à l'homme sur son être physique : il est seul à pouvoir mettre volontairement fin à sa vie » ⁽⁷⁾. On dit volontiers que le suicide est essentiellement indifférent au droit.

Quelle que soit la qualification que l'on retienne *in fine*, il est important cependant de garder à l'esprit que l'encadrement juridique du suicide n'a pas toujours été si libéral ; c'est notamment l'évolution des incriminations du suicide qui nous intéresse. Or très longtemps, la réprobation des autorités religieuses a été traduite en droit ⁽⁸⁾ ; ainsi, lorsque la religion chrétienne privait le suicidé de sépulture en terre consacrée, le droit organisait la saisie de ses biens. Cette évolution de l'encadrement juridique du suicide tend bien à montrer que la mort délibérée n'est plus en soi, une cause de condamnation par la loi pénale ; pour autant, le suicide est essentiellement un acte solitaire. Or il importe pour notre raisonnement d'identifier des espaces juridiques dans lesquels la mort apparaît comme cause d'une convention juridique, et non seulement résultat d'une décision individuelle.

Le droit au refus de traitement

Nous songeons alors au droit au refus de traitement que le patient peut opposer au corps médical. Ce droit du patient, volontiers qualifié de fondamental, trouve sa source dans la qualification juridique retenue de la relation patient /

(5) Cass. Crim 3 janvier 1973, Bull. Crim 73 n°2, p. 4.

(6) LEBRETON (Gilles), *Libertés Publiques et Droits de l'Homme*, Armand Colin, 1995, p. 244.

(7) RIVERO (Jean), *Les libertés publiques*, Tome 2, Thémis, 1977, p. 94.

(8) En France, jusqu'en 1789 seulement, mais il est nombre de pays où le suicide et/ou la complicité de suicide ont été réprimés jusqu'à des époques bien plus tardives, comme la Grande-Bretagne (le suicide n'est plus un crime depuis le « Suicide Act » de 1962) ou certains États des États-Unis.

médecin. En effet, cette relation est depuis 1936 qualifiée de contractuelle ⁽⁹⁾, en conséquence, le contrat étant par définition un accord de volontés, le médecin doit toujours obtenir le consentement de son patient préalablement à une intervention, quelle qu'elle soit, sur le corps de ce dernier ⁽¹⁰⁾. Le droit au refus de l'intervention est dès lors le revers naturel de cette exigence de consentement. Conséquences logiques de la qualification contractuelle de la relation thérapeutique, ces notions de consentement et de droit au refus de traitement sont cependant à repenser, et prennent une autre dimension, lorsqu'appliquées au cas du traitement indispensable à la survie du patient : le droit au refus de traitement ne devient-il pas alors un « droit à la mort » ?

Plus rarement évoqué par la littérature relative au « droit à la mort », le droit au refus de traitement peut pourtant être interprété comme étant une déclinaison de celui-ci. Une illustration classique de ce droit est constituée par le refus constant opposé par certains groupes religieux, comme les Témoins de Jéhovah, aux transfusions sanguines ⁽¹¹⁾. Pour autant, ce droit est reconnu à tous les patients compétents, et formulé, dans la jurisprudence de droit médical, en termes généraux : « la volonté du patient adulte jouissant de son intégrité intellectuelle doit constituer une limite infranchissable ⁽¹²⁾ » à l'action du médecin, ou encore : il est « inadmissible de contraindre un patient » ⁽¹³⁾. Et la Cour de cassation a jugé que le délit de non-assistance à personne en péril ne peut être retenu contre un médecin dont le patient a obstinément refusé les soins. S'il est exprimé des réserves quant à ce droit au refus de traitement, ce peut être dans le cas du patient incompétent, voire en cas d'urgence médicale, mais nullement en fonction de l'importance du traitement vis à vis des probabilités de survie du patient ⁽¹⁴⁾ : en somme, « le refus sciemment mortel ne peut être vaincu » ⁽¹⁵⁾. Forme de suicide contre lequel le médecin ne peut et ne

(9) cf. Cass. 20 mai 1936.

(10) Il existe également une autre formulation des sources du droit au refus de traitement. Le corps humain étant par définition inviolable, et la relation thérapeutique impliquant, par définition également, une ou des atteintes à l'intégrité corporelle du sujet, il est trois conditions pour que ces atteintes soient licites : la permission de la loi ; l'existence d'une nécessité thérapeutique ; le consentement du patient. Le résultat est cependant le même, puisque, dans ce schéma également, le consentement étant un fait justificatif de l'atteinte médicale au corps, l'absence de consentement constitue une barrière infranchissable pour le médecin, et, partant, un droit au refus de traitement pour le patient. Rappelons encore qu'au cas d'urgence où le médecin agit pour porter assistance à une personne en danger, le consentement de celle-ci peut-être simplement présumé.

(11) ex. Cass. crim. 30 octobre 1974, La Gazette du Palais, 28 janvier 1975.

(12) D. Penneau, note sous Conseil d'État du 27 janvier 1982, Dalloz 1982, Inf. Rap. p. 276.

(13) René Savatier, note sous Cour d'Appel, Lyon, 6 juin 1975, Dalloz 1976, p. 415.

(14) Notons que cette lecture absolutiste du principe d'inviolabilité du corps humain applicable au contrat médical ne fait pas l'unanimité. DECOCQ (André) notamment, *op.cit.*, § 399.

(15) MEMETEAU (Gérard), allocution au 5^e Congrès de l'Association Mondiale de Droit Médical, Gand, 1979, cité par DIJON (Xavier), *Le sujet de droit en son corps - une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Thèse, Bruxelles, Larcier, 1982.

doit, théoriquement ⁽¹⁶⁾ rien, le droit au refus de traitement constitue un second élément faisant peser des doutes sur la spécificité de la mort délibérée, comme cause *per se* de condamnation par la loi pénale.

Ces deux exemples du suicide et du droit au refus de traitement nous permettent d'exprimer des doutes relativement au fait que ce soit parce que la mort délibérée serait en soi illicite que le droit condamne l'euthanasie, puisqu'il est des figures juridiques au sein desquelles la mort délibérée se trouve, sinon légitimée, du moins tolérée en droit ⁽¹⁷⁾. Si ce n'est pas sur la cause de la relation que le droit fonde son refus de l'euthanasie, ce doit donc être sur la façon dont cette relation juridique s'élabore en vue de réaliser ce but : nous nous proposons d'étudier désormais les analyses faites du schéma juridique présidant à l'acte euthanasique.

LE « CONTRAT » D'EUTHANASIE COMME IMPENSABLE EN DROIT

Comme nous l'annoncions en introduction, il est également un deuxième type d'argument juridique caractéristique du discours juridique contre l'euthanasie. Ce raisonnement argue du fait que le droit ne peut entériner un accord de volontés ayant pour objet de nier l'altérité qui a présidé à l'établissement du rapport entre les deux parties. Cette argumentation, dont l'hypothèse est la nécessité de l'altérité pour que naisse un rapport de droit, se résume dans la formulation choisie par Xavier Dijon : « comment pourrait-il ne pas être contradictoire qu'une relation (celle-là même que suppose le droit) serve à supprimer une relation ? » ; l'euthanasie suppose « une relation [qui] est affirmée pour aussitôt être supprimée » ⁽¹⁸⁾. Marie-Angèle Hermitte reprend la même argumentation : « Seul le contrat d'euthanasie a un objet illicite en soi ; il est une négation des fondements mêmes du droit qui ne peut entériner un accord de volontés ayant pour objet de donner la mort, donc de nier l'altérité qui a présidé à l'établissement du

(16) DIJON (Xavier), *op.cit.*, évoque combien la doctrine est réticente à reconnaître ce droit au refus de traitement de façon absolue, même si la jurisprudence (*cf.* exemples cités) y est à ce jour incontestablement favorable. Il écrit « si le médecin intervient tout de même [contre ou sans consentement] sur la personne de son patient [...], il n'est pas sûr que ce praticien encoure une quelconque responsabilité pénale ou même civile », p.621 notamment. Voir aussi p. 641.

(17) Nous aurions également pu réfléchir sur l'existence d'un certain consensus sur la mort « indirectement » provoquée ; une théorie dite du « double effet » a été élaborée pour justifier l'impunité du médecin qui, augmentant les doses de calmants (morphine, par exemple) administrées à son patient souffrant, accélère la mort de ce dernier, sans que cela ait été son but premier (soulager la douleur). Voir par exemple, DIJON (Xavier), *Entre le droit et la mort*, Journal des Tribunaux (Bruxelles), 19 janvier 1985.

(18) DIJON (Xavier), *op.cit.*, notamment p. 620-621. Notons cependant que tout le raisonnement de cet auteur se place dans une réflexion sur la notion spécifique de droit subjectif. Nous ne considérons pas en revanche le problème sous cet angle, et analysons le contrat d'euthanasie sans passer par le droit subjectif.

rapport entre les parties. L'ordre juridique peut se désintéresser de la sanction de ces pratiques ; il ne peut les légitimer sans se détruire lui-même » (19).

L'hypothèse des deux moments du contrat

Pour autant, il nous semble que si l'altérité ayant présidé au rapport de droit entre deux individus disparaît du fait de la mort de l'un d'entre eux, elle n'en a pas moins existé au moment de la formation du contrat, celui-ci étant alors pensable. En effet, la formulation choisie par Xavier Dijon revient à considérer que, si l'altérité disparaît dans la réalisation de la convention, alors, la convention ne peut exister. Cela ne nous semble pas convaincant, puisqu'il nous paraît au contraire possible de dissocier le moment de l'échange de volontés (la formation du contrat), de celui de sa réalisation même (l'acte euthanasique et ici seulement la disparition de l'altérité). C'est en tous cas l'optique générale, nous semble-t-il, des manuels de droit civil traitant des contrats et des obligations, que de séparer la formation et l'exécution des contrats (20). Ainsi, ni l'exécution du contrat, ni, *a fortiori* ses conséquences, ne sont des éléments permettant de juger de l'existence d'un contrat ; celui-ci est réputé existant dès lors qu'il a un objet et une cause licites, et que les parties y ont consenti librement.

On peut également, pour vérifier notre analyse, tenter de raisonner par analogie. On constate alors qu'il existe des rapports de droit, conventionnels, entre deux entités, dont la réalisation entraînera la disparition d'une des deux personnes juridiques l'ayant conclu. Le droit des sociétés, et plus spécifiquement le contrat de fusion par absorption, nous semble être un exemple de ce schéma juridique. Si un contrat est établi entre une entreprise A et une entreprise B dans le but que les deux fusionnent, on retrouve bien un schéma juridique - contractuel - dont la réalisation - l'opération de fusion proprement dite - entraînera la disparition de B dans A (21). Il y a bien disparition de la personne juridique qu'était l'entreprise B, et survivance de la personne juridique de A. Nul n'arguerait que ce contrat est impensable en droit.

Ces différents raisonnements nous mènent à considérer que si l'euthanasie est aujourd'hui illégale, ce n'est peut-être pas tant pour des raisons de technique juridique, mais, plus simplement, parce qu'elle tombe sous l'incrimination

(19) HERMITTE (Marie-Angèle), *Le corps hors du commerce, hors du marché*, Archives de Philosophie du Droit, Tome 33, Sirey, 1988, p. 329.

(20) Par exemple, GHESTIN (Jacques), *Traité de droit civil - le contrat : formation*, L.G.D.J., 1988 ; STARCK (Boris), ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Obligations*, Tome 2, « Contrat », Litec, 5^e édition, 1995 ; SERIAUX (Alain), *Droit des obligations*, P.U.F., Coll. Droit Fondamental, 1992.

(21) RIPERT (Georges), ROBLLOT (René), *Droit Commercial*, L.G.D.J., 14^e édition, 1991, Tome 1, p. 275.

pénale du meurtre. De même, ce n'est peut-être pas non plus à partir d'une prétendue spécificité du choix de la mort délibérée qu'il faut raisonner pour comprendre le refus opposé par l'ordre juridique à l'euthanasie : ce n'est pas ce choix en lui-même qui paraît contraire à l'ordre public, mais bien plutôt sa déclinaison en droit à l'euthanasie. Ce sont bien les moyens utilisés qui sont saisis en droit.

Les « tolérances » dont nous avons fait état trouvent leurs limites lorsque l'intervention active d'un tiers est nécessaire à la réalisation de ce choix individuel de mourir. L'article 295 du Code Pénal ⁽²²⁾ dispose : « l'homicide commis volontairement est qualifié de meurtre ». En outre, « la circonstance qu'une tentative de meurtre a été le résultat du désir manifesté par celui sur lequel cette tentative a eu lieu ne constitue pas une excuse, mais peut seulement être considérée comme une circonstance atténuante » ⁽²³⁾ ; et « si le suicide n'est pas punissable, le fait de donner la mort à un tiers sur sa demande constitue en droit un homicide volontaire » ⁽²⁴⁾. Ainsi est constitué l'arsenal pénal, œuvre du législateur complétée par la jurisprudence, pour condamner l'euthanasie. Ces dispositions nous paraissent être des fondements juridiques suffisants.

Il nous semble alors que ces différents argumentaires présentés pour expliquer la condamnation juridique de l'acte euthanasique sont essentiellement inutiles : puisque la loi pénale assimile l'euthanasie à un meurtre, on ne voit pas pourquoi d'autres arguments juridiques seraient nécessaires. Mais l'on doit alors se demander pourquoi, si la loi pénale suffit, des tels efforts de déconstruction théorique de l'euthanasie ont été entrepris. Et l'on rencontre alors un enjeu important, puisqu'aussi bien ces efforts peuvent apparaître comme d'ultimes tentatives de résistance du système juridique face à une réalité qu'il semble avoir du mal à maîtriser.

LE DROIT PEUT-IL (ET DOIT-IL) RÉSISTER AUX FAITS ?

La mansuétude des tribunaux

Il semble que l'expression « mansuétude des tribunaux » soit devenue un point de passage obligé pour toute la littérature contemporaine sur l'euthanasie ; on la rencontre constamment ⁽²⁵⁾. Elle désigne l'apparente réticence des juges -

(22) Voir article 221-1 du Nouveau Code Pénal.

(23) Cour de Cassation, ch. crim. 21 août 1851, D.P. 1851.5.237.

(24) Toulouse, 9 août 1973, Dalloz 1974.452.

(25) *In*, entre autres exemples, REGOURD (Serge), *Les droits de l'homme face aux manipulations de la vie et de la mort*, Revue du Droit Public, 1981 ; BARRERE (I.), LALOU (E.), *Le dossier secret de l'euthanasie*, Le Seuil, 1978 ; BAUDOUIN (Jean-Louis) et BLONDEAU

jurés au cas de comparution devant les cours d'assises - à faire réellement application de la loi pénale aux personnes se rendant coupables d'actes euthanasiques. Et les auteurs de dénoncer le plus souvent le « divorce » entre la loi et la réalité sociale, pour ensuite plaider en faveur soit d'une réconciliation entre la norme sociale et la norme juridique, soit de la création par la loi pénale, d'une incrimination spécifique à l'euthanasie. Examinons ces deux plaidoyers.

Il faut tout d'abord dire que ceux qui plaident en faveur d'une incrimination spécifique à l'euthanasie sont les moins nombreux ; et leur argument n'est pas nécessairement permissif. Ils analysent en effet cette « mansuétude » des juges comme une sensibilité de ces derniers à l'existence d'une différence entre crime crapuleux et meurtre par pitié, qui les inciterait à refuser d'appliquer au geste « bon » les peines prévues pour sanctionner le « mauvais ». Ainsi, ce raisonnement estime que, s'il existait une incrimination spécifique à l'euthanasie, les juges l'utiliseraient, et assureraient ainsi une plus grande sécurité juridique. En tout état de cause, cette position passe le plus souvent par l'admission du fait que les peines sanctionnant l'euthanasie devront être inférieures à celles sanctionnant le meurtre de droit commun.

Mais en réalité, la plupart des auteurs qui utilisent cette dialectique du « divorce » entre la norme juridique et la réalité sociale se situent dans un courant de positivisme sociologique ⁽²⁶⁾ et concluent à la nécessaire adaptation du droit au fait ; si les juges ne condamnent pas l'euthanasie, dont la légalisation est, par ailleurs, appelée de ses vœux par la société civile, voilà deux arguments qui doivent conduire le droit à s'adapter à cette réalité sociale - telle est, en substance, l'argumentation avancée. Cette théorie du droit définit la légitimité de la règle juridique comme dépendante de sa capacité à refléter les « aspirations de la conscience collective » ; elle prétend ainsi élaborer un système ouvert aux valeurs, et résister ainsi aux critiques adressées aux théories purement positivistes du droit. Elle estime en outre son attachement aux valeurs supérieur à celui présent dans les théories de droit naturel, en ceci que les valeurs qui guident l'élaboration du droit dans le schéma du positivisme sociologique ne tombent pas dans le « piège de la métaphysique », mais se nourrissent de la réalité sociale. On comprend alors la position de ce courant de pensée par rapport au débat sur l'euthanasie. Comme le formule Gilles Lebreton : « Il lui faudra [au droit] se résoudre à reconnaître le droit à l'euthanasie [...]. La solution la plus sage, et la plus conforme aux aspirations de la conscience collective, consisterait sans doute à réserver l'euthanasie aux personnes qui, étant sur le point de mourir, en font la demande libre et réité-

(Danièle), *Éthique de la mort et droit à la mort*, P.U.F., 1993 ; et les exemples donnés par ROBERT (Jacques), *Le corps humain et la liberté individuelle*, in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Belges, 1975, p. 470 ; MERLE (Roger), VIRTU (André), *Traité de droit criminel*, Editions Cujas, 1982, Tome 2, p. 1366.

(26) Voir par exemple LEBRETON (Gilles), *op. cit.*

rée, et dont les souffrances physiques sont jugées insupportables, durables et irrémédiables par au moins deux médecins [...]. Cette évolution, répétons-le, paraît inévitable » (27).

Sans insister plus avant sur les aspects théoriques de cette conception de la fonction du droit, il est important de voir combien ce schéma de pensée est sollicité dans le débat sur l'euthanasie.

En France, nous l'avons vu, cela se traduit par la référence à la « mansuétude des tribunaux ». Mais il est notoire que l'on retrouve le même type d'argumentations dans les justifications apportées à la dépénalisation partielle de l'euthanasie aux Pays-Bas (28), ainsi que dans le débat qui entoure actuellement la décision attendue de la Cour Suprême des États-Unis sur le suicide médicalement assisté. (Le suicide médicalement assisté - *physician assisted suicide* - se distingue de l'euthanasie passive en ceci que, dans ce cadre, le médecin se contente de fournir à son malade les moyens de mettre fin à ses jours ; sa participation n'y est pas plus active).

Dans le cas des Pays-Bas, il est fréquent aujourd'hui de lire que la première étape du mouvement de dépénalisation réside dans une décision judiciaire par laquelle ce « divorce » entre le droit et le fait s'était originellement exprimé ; ainsi la loi de 1993 est « la reconnaissance légale d'une pratique que la Cour de cassation néerlandaise avait admis en 1986 » (29). Cette décision aurait été à l'origine d'un mouvement qui, passant par une sensibilisation de l'opinion, et diverses autres décisions similaires, aurait finalement abouti au vote de la loi du 30 novembre 1993 : le droit ici est un acteur comme un autre, et, à ce titre, plie comme les autres sous le poids des faits.

Quant à la Cour suprême américaine, elle est à l'heure actuelle aux prises avec la question de la légalité du suicide médicalement assisté. Elle a en effet déclaré recevable un recours contre deux arrêts des Cours d'appel des États de Washington et de Californie (30), condamnant des médecins ayant procuré ou prescrit, en connaissance de cause, à leurs patients en phase terminale de maladie, des doses de médicaments dont ils se seraient servis pour se suicider. Or

(27) LEBRETON (Gilles), *op. cit.*, p. 245.

(28) Dépénalisation partielle (sous conditions, euthanasie et suicide assisté demeurant incriminés à la lettre du Code pénal néerlandais) opérée par la loi du 30 novembre 1993. Cf. DILLMANN (R.J.M.), LEGEMAATE (J.), *Euthanasia in the Netherlands : the state of the legal debate*, European Journal of Health Law, 1994, Vol. 1, p. 81-87.

(29) BONNIN (Vincent), *La mort voulue pour soi-même*, Revue de la Recherche Juridique, 1995-1, p. 207-243. En l'espèce, 1986 est l'année où la Cour d'Appel de La Haye admit pour la première fois qu'un médecin pouvait aider à mourir une personne âgée de 95 ans, ne supportant pas sa déchéance, alors même qu'au sens strictement médical du terme, elle ne se trouvait pas dans un état désespéré.

(30) *Compassion in Dying v. State of Washington*, 79 F. 3rd 790 (9th circuit, 1996), et *Quil v. Vaco* F. 80 3rd 716 (2d circuit 1996).

il se trouve que l'argumentaire développé dans la majorité des mémoires présentés devant la Cour suprême par les *amici curiae* font du fait que le suicide médicalement assisté existe en pratique un de leurs arguments centraux pour plaider en faveur de sa légalisation.

Ces différents exemples auront donc pu montrer que derrière l'apparemment innocente référence à la « mansuétude des tribunaux », c'est bien souvent la doctrine du positivisme sociologique qui se fraie un chemin. Or, sur la question de l'euthanasie, cette doctrine ne peut que conclure à sa nécessaire légalisation, puisque tant les juges que l'opinion - fréquemment sollicitée par des sondages sur ce point - semblent vouloir faire droit à l'euthanasie.

En ce qui concerne la position « positiviste sociologique » sur l'euthanasie, il suffit de poursuivre la lecture de l'ouvrage de Gilles Lebreton. En effet, après avoir présenté une vision fataliste (« cette évolution, répétons-le, paraît inévitable »), le droit devant nécessairement se soumettre au fait de l'acceptation de l'euthanasie, il poursuit en exprimant une forte gêne par rapport à son propre propos : « Elle [cette évolution] n'en est pas moins effrayante. [...] Sur le plan des principes, la reconnaissance de l'euthanasie constitue un pas dangereux vers la désacralisation de la vie humaine, et pourrait mener la société plus loin qu'elle ne pense. Tout repose au fond sur la conception que l'on se fait de la dignité humaine. Peut-être la véritable dignité consiste-t-elle à porter sa croix jusqu'au bout... »⁽³¹⁾.

N'est-ce pas avouer qu'il y a, derrière cet enjeu, inévitablement une question de valeurs ? Peut-être vaut-il mieux accepter que le droit pose, en certaines instances, des jugements de valeur, que de s'enfermer dans une vision où il se les fait dicter par les aspirations de la « conscience collective »⁽³²⁾, au prix de craindre l'insécurité juridique et, fondamentalement, l'erreur.

La dignité de la personne humaine : le droit doit-il résister au fait ?

Dans ces circonstances, on comprend mieux l'existence des discours de déconstruction théorique de l'euthanasie analysés plus haut ; leur ambition, en tentant de montrer que la relation euthanasique ne peut être une relation juridique, pourrait bien être une tentative de négation des faits mêmes dont il est estimé dangereux que le droit les entérine. En effet, si l'euthanasie n'est pas pensable en droit, que ce soit parce que la mort délibérée est *per se* contraire à la loi pénale, ou parce que l'euthanasie ne peut trouver de place dans le schéma juridique qui lie le patient à son médecin, alors le danger est écarté. Les

(31) LEBRETON (Gilles), *op. cit.*, p. 245.

(32) Aspirations de la conscience collective dont on peut douter, au reste, de notre capacité à les appréhender de façon fiable. Opinion publique, presse, sondages, etc. apparaissent comme un reflet mouvant s'il en est.

sondages peuvent être ignorés, les décisions de justice « permissives » discréditées, puisque fondées sur une erreur fondamentale. Mais, il faut alors se demander si cette solution est satisfaisante - tant juridiquement qu'intellectuellement.

Il semble qu'en réalité, si l'euthanasie est condamnée par la loi pénale, et si on a pu montrer que les justifications théoriques de cette affirmation ne sont pas sans failles, c'est que cette affirmation relève bien plus en réalité du « principe », de l'« hypothèse directive »⁽³³⁾, que de la norme sèche. Car enfin, c'est bien, derrière cette condamnation de l'euthanasie, toute une vision de l'homme, une conception de sa dignité qui s'expriment : on ne doit pas pouvoir tuer l'homme. Posant des valeurs suprêmes, une telle position face à la question de l'euthanasie semble relever d'une théorisation juridique ennemie du positivisme : le *jusnaturalisme*. Sans vouloir ici mentionner davantage l'opposition séculaire entre positivisme et *jusnaturalisme*, nous souhaiterions nous demander si, appliquée de la façon exposée ici à la question de l'euthanasie, ces deux théories ne rencontrent pas une impasse.

Il faut bien admettre également que la position plus « naturaliste » que nous avons également présentée ici, ne relève pas mieux le défi. Au lieu de poser des principes, d'afficher les valeurs au nom desquelles elle récuse l'euthanasie, elle les déguise dans une argumentation juridique, purement technique (la cause, la relation juridique). Or comme tout raisonnement dont les hypothèses et la démonstration sont définies en fonction d'un but recherché, il présente des incohérences, et des fragilités. Surtout, au plan pratique, judiciaire, on ne voit pas en quoi cette position permet de résoudre le problème. Il ne semble pas en effet que la mobilisation de quelques auteurs autour d'une entreprise de déconstruction théorique de la possibilité d'existence juridique de l'euthanasie soit d'une quelconque utilité pour obtenir une plus grande homogénéité et sécurité juridique en termes de décisions judiciaires. Le débat est probablement de faible influence sur les difficultés que continuent de rencontrer le juge aux prises avec cette question de l'euthanasie.

Il est aujourd'hui des faits face auxquels le droit ne peut rester totalement insensible. La mobilisation de régimes juridiques étrangers (Pays-Bas, États-Unis dans la proportion que nous évoquons, Australie)⁽³⁴⁾, la mobilisation des populations civiles (la fédération des associations militant pour la reconnaissance du « droit de mourir dans la dignité » recense en 1995 plus de 523 000 adhérents)⁽³⁵⁾, la fragilité du refus des systèmes juridiques (nous

(33) Expression employée à ATIAS (C.), LINOTTE (D.), *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, Dalloz, 1978, chronique XXXIV.

(34) En 1996, le territoire Nord de l'Australie a légalisé l'euthanasie, mais la lecture des journaux en avril 1997 nous a appris que cette loi avait été condamnée par une cour de justice fédérale.

(35) DOURLÉN-ROLLIER (Anne-Marie), « Panorama des situations juridiques dans le monde », in *Panoramiques*, 3^e trimestre 1995, « Pour une mort plus douce ».

avons évoqué le cas de la France, mais il est nombre de pays dans lesquels des réticences judiciaires à appliquer la loi pénale au cas d'euthanasie)⁽³⁶⁾, sont autant de manifestations d'une demande, issue en outre de réelles transformations des conditions de la mort dans les pays occidentaux en cette fin de XX^e siècle, à laquelle on peut reconnaître une légitimité.

Pour autant il ne s'agit pas nécessairement de tomber dans une logique selon laquelle le droit est inexorablement soumis au fait. L'enjeu est aujourd'hui un enjeu de « politique juridique »⁽³⁷⁾, et diverses solutions s'offrent à nous : le *statu quo*, qui tolère la « mansuétude » des juges, mais compte sur la loi, même inappliquée, pour exercer un frein sous forme de menace potentielle⁽³⁸⁾; la création d'une incrimination spécifique à l'euthanasie ; la dépénalisation sous conditions, selon le schéma néerlandais.

(36) Cf. le cas désormais célèbre de HUMPHREY (Derek), auteur de *Final Exit*, Penguin, Victoria, 1991, qui, traduit en justice, n'a pas été condamné par le système judiciaire britannique pour avoir fait boire à sa femme, atteinte d'un mal incurable et en grande souffrance, une potion létale.

(37) Pour reprendre -encore !- l'expression de ATIAS (C.), LINOTTE (D.), chronique citée.

(38) Cf CARBONNIER (Jean), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible Droit*, LGDJ, 8^e édition, p. 133.