

VIIème Congrès de l'AFDC

25-26-27 septembre 2008

Projet de communication – Atelier n°8 « Constitution, droits et devoirs »

Emmanuelle BORNER

Allocataire-Moniteur au GERJC

Sujet : le droit à la vie et la recherche d'un droit de mourir dans la dignité – Etude comparée Afrique du Sud, Canada, Etats-Unis.

Les progrès à double-tranchant de la science et de la médecine, conjugués aux avancées toujours plus novatrices de la technique, permettent aujourd'hui de soigner certaines affections autrefois incurables, et de maintenir en vie une personne victime soit d'un accident grave soit d'une maladie dégénérante. Pour autant, loin de faciliter les choses, cette possibilité de survie artificielle a donné matière à de nombreuses polémiques sur le fait de savoir s'il convenait ou non d'accorder un droit de renoncer à ces moyens techniques, en d'autres termes si l'on pouvait prétendre à un droit de ne pas être maintenu en vie envers et contre tout. Partant de là, un débat opposant entre eux hommes politiques, juristes, médecins, malades mais aussi simples citoyens, a vu le jour, celui de l'euthanasie.

Sur ce point, quelques définitions s'imposent, afin d'être au clair sur les termes employés par la suite dans le présent document. En effet, le mot euthanasie recouvre plusieurs significations, selon l'adjectif qu'on lui appose. C'est au britannique Francis Bacon¹ qu'est attribuée la première utilisation du mot « euthanasie », association des termes grecs « *eu* » et « *thanatos* », (respectivement « bon » et « mort »), pour qualifier une notion nouvellement dégagée par lui : celle de mort douce. Aujourd'hui², il existe essentiellement deux formes d'euthanasie, l'une réclamée par les uns, décriée par les autres, une deuxième dans l'ensemble acceptée par tous. En premier lieu est-il ainsi question d'euthanasie « active » qui peut se définir³ comme étant « la mort donnée par un soignant ou par un proche pour soulager une vie déclarée insupportable par le malade » et suppose donc l'intention de donner la mort suivie de

¹ Tout à la fois Chancelier, médecin et philosophe, Francis Bacon dégagea la notion de mort douce dans son ouvrage intitulé « *Novum Organum* », dans lequel il développa l'idée qu'il « appartient au seul médecin de faciliter et d'adoucir de leurs propres mains les souffrances de l'agonie et de la mort ». Pour de plus amples développements sur l'élaboration du mot « euthanasie » et sur l'évolution de sa signification, voir les ouvrages de B. Legros, « L'euthanasie et le droit, état des lieux d'un sujet médiatisé », Les Etudes hospitalières, coll. Essentiel, 2004, p.14 et de E. Gibson, « Dossier constitutionnel : droit à la vie, droit à la mort en Grande-Bretagne », Politéa n°3, 2003, « droit à la vie, droit à la mort, un droit constitutionnel ? », p.188

² Le mot euthanasie a certes connu une évolution au fil des siècles, mais ce n'est pas le propos ici ; pour approfondir ce point, voir les ouvrages cités dans la note précédente, ainsi que celui de F. Sarda, « Le droit de vivre et le droit de mourir », éd. du Seuil, 1975, pp.151-152

³ Bien évidemment il se trouve de nombreuses définitions des différentes formes d'euthanasie, toutes plus ou moins semblables, et il n'est pas ici question de prétendre détenir l'unique sens des termes, mais d'en proposer une approche possible

l'administration d'une substance mortelle de par sa nature ou de par sa quantité⁴. L'euthanasie active peut être réalisée à la demande du malade, ou non, ce qui la distingue du suicide assisté⁵, lequel implique obligatoirement le consentement du patient et parfois même sa participation⁶.

En second lieu existe une forme dite « passive » d'euthanasie, encore appelée « orthothanasie » et qui cette fois correspond à l'arrêt d'un traitement de survie artificiel, comme par exemple le retrait d'un respirateur artificiel ou d'une sonde permettant une alimentation et/ou une hydratation artificielle. Sur ce point, il y a eu et il y a encore, débat. Le fait de débrancher un appareil revient à poser un acte, c'est pourquoi certains contestent le qualificatif « passif ». Peut-être conviendrait-il mieux de parler d'euthanasie directe et indirecte, ou volontaire et involontaire au lieu d'active et de passive. Toutefois, étant donné que c'est sous ce vocable que la distinction est la plus connue, c'est celle-ci qui sera utilisée tout au long de cet exposé.

Si l'euthanasie semble un sujet si sensible, c'est sans nul doute parce qu'il touche de près au droit fondamental à la vie, que la Cour européenne des droits de l'Homme considère comme « condition même de la jouissance des autres droits garantis par ce texte »⁷. Définir ce qu'est une vie touchant à sa fin et poser une limite à la vie est épineux. La difficulté réside en partie sur le point de savoir qui peut disposer d'une vie parvenue à son terme, ou à un tel stade qu'il paraît nécessaire d'en abrégier le cours. La frontière séparant l'acte bienveillant de l'acte criminel lorsqu'il s'agit d'aider quelqu'un à mourir continue de faire débat et d'opposer partisans et détracteurs de l'euthanasie. L'opinion publique demeure divisée, jusqu'aux législateurs mêmes qui d'un pays à l'autre ne légifèrent pas dans le même sens⁸. Il a alors été demandé au juge de se saisir de la question, sans que cela ne résolve pour autant le problème. Un des juges de la Cour suprême américaine, le juge Scalia, a par ailleurs rappelé la difficulté rencontrée par les tribunaux à se prononcer sur ce sujet⁹.

Le droit à la vie jouit d'une protection renforcée¹⁰. Pour qu'une restriction puisse y être apportée, du moins dans le domaine de la fin de vie, une notion a été introduite dans le débat, celle de dignité. Le nœud de la discussion s'est déplacé, et il ne s'agit plus vraiment de revendiquer un droit de donner ou de recevoir la mort, mais davantage un droit de mourir dans la dignité. Toutefois, tant partisans qu'adversaires de l'euthanasie s'appuient sur cette notion, mais en lui attribuant un sens différent. La dignité, qui se trouve être à la fois le cœur et les

⁴ CHARDOT (C.), Définitions et distinctions médicales indispensables à la réflexion éthique sur les fins de vie, possibilité de consulter le dossier sur le site www.genethique.org/doss_theme/dossiers/euthanasie/definitions.htm

⁵ *Ibid.*

⁶ Ainsi, la loi belge permet par exemple, pour ce qui est du suicide assisté, « l'acte pratiqué par un tiers, qui met fin intentionnellement à la vie d'une personne, à la demande de celle-ci », tandis que l'Etat américain de l'Oregon impose que le malade soit capable de s'administrer lui-même la substance létale (certes prescrite par un médecin).

⁷ PETTITI (L-E), « La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article », Economica, 2^e édition, 1999

⁸ Ainsi les Pays-Bas et la Belgique ont-ils admis toutes les formes d'euthanasie, tandis que certains Etats comme la Suisse ne permettent « que » le suicide assisté. D'autres enfin, et parmi eux la France, n'ont adopté de lois favorables qu'à l'euthanasie passive

⁹ BARON (C.), « Droit constitutionnel et bioéthique. L'expérience américaine » Economica-PUAM, 1997

¹⁰ Parmi les droits fondamentaux, et bien que ceux-ci ne souffrent aucune hiérarchie entre eux, quatre sont dits intangibles et bénéficient d'une protection renforcée. Parmi eux se trouve le droit à la vie, aux côtés du principe de légalité des délits et des peines, de l'interdiction de la torture et de l'interdiction de l'esclavage.

contours de la discussion sur le droit de choisir sa mort, pose le problème de sa définition. Pour les uns¹¹, elle est qualité inhérente de l'homme, caractère intrinsèque de la personne humaine. Ceux-là ont de la dignité une vision absolue. Les autres¹² lui accordent une valeur plus relative, faisant de la dignité un droit non plus accordé à la personne humaine mais à l'individu. Elle se définirait dès lors selon les qualités et les facultés de chacun. Toujours est-il que, notion au paramétrage imprécis, la dignité se présente davantage comme une valeur que comme un droit fondamental, n'ayant pas (encore ?) été consacrée comme tel¹³. Mais une valeur d'une importance telle qu'elle a su modifier le cours du débat, en permettant que soient reconnus certains aspects de l'euthanasie, notamment passive.

Tout l'enjeu est de maintenir une haute protection du droit à la vie, en se fondant sur la dignité de tous et donc même du mourant ou du paralysé, tout en admettant une fin de vie digne. Et la question est de savoir comment cet équilibre peut être assuré.

Il apparaît qu'en France, l'euthanasie active demeure prohibée par le Code pénal, de même que le suicide assisté¹⁴. En revanche, la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie autorise l'arrêt des traitements en cours, la prescription de doses à double-effet¹⁵ et encourage le développement des soins palliatifs¹⁶. Il semble intéressant cependant de s'éloigner de la sphère française pour étudier la situation dans d'autres Etats, en particulier dans les pays de common law. La doctrine anglo-saxonne s'est en effet avérée plutôt prolifique dans le domaine de la fin de vie, étant à l'origine des diverses doctrines dites du consentement éclairé¹⁷, du double-effet¹⁸, ou encore de *mercy killing*¹⁹. En outre, la retentissante affaire Pretty trouve son origine en Grande-Bretagne, avant son examen par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le Royaume-Uni offre une jurisprudence plutôt fournie en la matière²⁰. Toutefois, il conviendra d'étudier non pas le chef de file des pays anglo-saxons, mais plutôt les Etats qui en suivent le modèle. L'abondance du contentieux constitutionnel en la matière aux Etats-Unis, au Canada et en Afrique du Sud permet une comparaison intéressante qui sera développée en deux temps.

¹¹ Il convient ici de citer les auteurs tels que Kant, qui écrivait dans son *Fondement de la métaphysique des mœurs* que « ce qui est supérieur à tout prix et par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité », également Cicéron, Pascal, Lévinas, Mounier ou encore Gabriel Marcel.

¹² Cette fois-ci c'est entre autre Hobbes et Hegel qu'il faut citer, le premier affirmant que ce qui constitue la dignité de l'homme, c'est le prix qui lui est accordé par les autres, c'est « ce qu'on donnerait pour disposer de son pouvoir » (T. Hobbes, « Léviathan », F. Tricaud, 1999, I, 10, p.83), le second posant que l'homme n'a aucune valeur propre et qu'il trouve sa dignité dans son dépassement au service de l'Etat (Hegel, « *Rechtsphilosophie* », Zusatz 152 ad. Par. 258, 259, 331)

¹³ A noter toutefois qu'en France, la dignité trouve sa place au sommet de la hiérarchie des normes, le Conseil constitutionnel en ayant reconnu la valeur constitutionnelle à l'occasion de la décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, dite Bioéthique.

¹⁴ Toutefois, il faut rappeler que si de lourdes sanctions sont encourues, elles ne sont plus désormais prononcées, en témoignent les diverses affaires Humbert, Druais,...

¹⁵ Le premier effet est celui de soulager la souffrance, l'effet secondaire (mais qui n'est qu'éventuel quoique fort probable) est le décès du patient

¹⁶ Ces soins constituent un accompagnement à la fois médical, psychologique, social et parfois spirituel de la personne en fin de vie.

¹⁷ Consentement éclairé, ou consentement informé : cette doctrine prévoit l'obligation d'établir que la personne qui demande l'arrêt d'un traitement (ou renonce à sa mise en œuvre), présente la lucidité nécessaire quant aux enjeux résultant de sa décision.

¹⁸ Voir note 13

¹⁹ Davantage notion que doctrine, cette expression recouvre la mort préméditée infligée à autrui mais inspirée par la compassion, voire la pitié.

²⁰ Pour une étude approfondie du sujet au Royaume-Uni, se reporter aux travaux présentés par Aurélie DUFFY à l'occasion du colloque « La fin de vie », novembre-décembre 2007, Aix en Provence (publication à paraître)

Il s'agira d'étudier en premier lieu comment ces Etats entendent maintenir une protection renforcée du droit à la vie (I), pour ensuite observer comment le juge a su préserver la dignité de la personne en fin de vie (II).

I. Le maintien d'une protection renforcée du droit à la vie dans le contentieux constitutionnel de common law

Le juge de common law est intervenu à plusieurs reprises pour faire savoir son refus d'admettre l'euthanasie sous sa forme active, maintenant ainsi une protection accrue du droit à la vie. Pour ce faire, il s'est appuyé sur la doctrine dite du « caractère sacré de la vie » (A), mais il a également invoqué la protection due aux personnes qualifiées de vulnérables, comme les personnes âgées, les personnes porteuses d'un handicap,... (B). Enfin, ce même juge n'a jamais reçu l'argument de « l'euthanasie par compassion » (C).

A. La doctrine du caractère sacré de la vie

Il a déjà été fait la remarque de la profusion de doctrines dont les pays de common law peuvent revendiquer la paternité. Ainsi en est-il cette fois-ci de la doctrine du caractère sacré de la vie, également connue sous le vocable anglais « *the sanctity of life* ». Elle constitue un argument souvent invoqué par la Cour suprême tant américaine que canadienne, mais également par le juge sud-africain, notamment pour toutes les questions qui touchent au droit à la vie, et plus particulièrement à sa fin. Même les juridictions inférieures sont irriguées par cette doctrine et en font un appui à leur argumentation. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'affaire *Quill et al. v. Koppell*²¹, le juge américain (ré)affirma que le « *caractère sacré de la vie, que protègent les dispositions législatives touchant l'homicide criminel, est menacé si une personne se montre prête à aider à provoquer la mort d'autrui, même si l'acte est accompli avec le consentement de la victime* ». Cela appelle plusieurs conclusions. La première est que le juge américain refuse l'euthanasie active, qu'il continue d'assimiler à un crime. La deuxième est qu'il n'admet pas plus le suicide assisté puisque le consentement de la victime n'est d'aucun secours pour justifier l'acte du médecin ou du proche. Enfin, il montre l'importance accordée à la doctrine du caractère sacré de la vie, aujourd'hui encore invoquée.

Les détracteurs de cette notion en font un argument d'ordre religieux plus que juridique, ainsi que le fait remarquer la Commission sud-africaine invitée à réfléchir sur la fin de vie²², puisque cette thèse postule que la vie humaine est sacrée et inaliénable²³. Afin de parer à cette critique, le terme « sacré » est désormais remplacé par « inviolable »²⁴. La doctrine sud-africaine fait par ailleurs valoir que la prohibition de l'assassinat (auquel demeure assimilé

²¹ *Quill et al. v. Koppell*, Civil.No. 94-5321 (TPG), slip.op. (SDNY, Dec. 15th 1994)

²² South African Law Commission, rapport « *Euthanasia and the Artificial Preservation of Life* », 1998

²³ CORMACK (M.), « *Euthanasia and Assisted Suicide in the Post-Rodriguez Era : Lessons from Foreign Jurisdictions* », article, 38Osgoode Hall L.J. 591, Winter, 2001

²⁴ South African Law Commission, *Op.cit.*

²² « *the current law in South Africa prohibits active voluntary euthanasia and physician assisted suicide* », rapport de la SALC, 1998, qui précise plus loin “*in our law position is that the person who knowingly supplies a drug to a patient for use in a suicide is guilty of aiding and abetting a suicide and can accordingly be found guilty of murder*”

l'euthanasie active²⁵) trouve une place centrale dans l'éthique médicale occidentale avec le serment d'Hippocrate, et que beaucoup de non-croyants reconnaissent le droit de tout être humain de ne pas être tué intentionnellement²⁶. Partant de là, si l'on remplace « caractère sacré » par « caractère inviolable » de la vie, la connotation religieuse disparaît sans amoindrir le contenu de cette notion.

Afin de garantir cette inviolabilité de la vie, notamment en matière d'euthanasie active, le juge de common law continue à condamner l'interdiction de cette pratique, à l'instar du législateur qui prévoit de lourdes sanctions à l'encontre de l'auteur d'un tel acte. Si la vie apparaît sacrée et inviolable, et bénéficie d'une garantie particulière, combien plus encore ceux dont la vie est affaiblie méritent d'être protégés.

B. La protection des personnes dites vulnérables

Il s'agit des personnes souffrant de fragilités physiques et (ou) psychologiques, ou bien qui ne peuvent plus défendre leurs intérêts. Le premier cas concerne par exemple les personnes âgées dépressives, malades, délaissées, ou bien encore les personnes atteintes de maladies graves accompagnées de souffrances intolérables voire de dégénérescence physique et/ou mentale. Ces personnes sont davantage tentées de mettre fin à leurs jours avec l'aide d'un tiers. La Cour suprême du Canada, à l'occasion de l'affaire *Sue Rodriguez*²⁷, est venue préciser que l'interdiction du suicide assisté visait justement « à protéger les personnes vulnérables qui pourraient être incitées à se donner la mort ». Sont également protégés plus particulièrement ceux dont la mort précipitée présenterait un avantage, comme par exemple un vieillard dont on attendrait l'héritage avec un peu trop d'impatience²⁸.

La jurisprudence américaine sur ce point est également révélatrice du souci de protéger les personnes plus fragiles, et lors des affaires *Glucksberg*²⁹ et *Sampson*³⁰ le juge est venu rappeler la nécessité de leur assurer une protection particulière³¹. La première affaire mettait en cause l'interdiction législative du suicide assisté en vigueur dans l'Etat de Washington, se fondant sur la clause de *due process* du Quatorzième Amendement³². Une première décision, *Compassion in Dying*³³, se prononça en faveur de la constitutionnalité de la loi critiquée. En

²³ South African Law Commission, *Op.cit.*

²⁷ Décision *Sue Rodriguez c. Colombie-Britannique* (Procureur général), 1993, 3 RCS 519 [Cour suprême du Canada]

²⁸ C'est notamment l'argument invoqué par l'avocat général lors du procès concernant l'affaire Druais, qui s'est récemment déroulé en France au sujet de l'euthanasie pratiquée par une infirmière, Chantal Chanel, sur prescription du docteur Laurence Tramois, sur une patiente en phase terminale d'un cancer, et qui était dans le coma depuis plusieurs jours. L'avocat général avait en effet averti le jury que s'il acquittait les deux femmes mises en cause, et que par là il y avait une possibilité d'en arriver à une admission jurisprudentielle de l'euthanasie active, cela aurait pour conséquence de déboucher sur des euthanasies pratiquées dans un but malveillant, comme celui de hâter la mort pour recevoir un héritage

²⁹ *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997)

³⁰ *Sampson and Doe v State of Alaska*, 341 P. 3d 88 (Alaska, 2001)

³¹ Pour une étude plus approfondie sur ce point, voir SCOFFONI (G.), « La fin de vie et le droit aux Etats-Unis », colloque « La fin de vie », novembre-décembre 2007, Aix en Provence (publication à paraître)

³² Ce texte prévoit qu' « aucun Etat [...] ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale convenable ».

³³ *Compassion in Dying et al. v State of Washington et al.*, No. 94-35 534 (9th Cir. 1994)

appel, le texte législatif fut jugé contraire à la Constitution fédérale, si bien que l'affaire fut portée devant la Cour suprême des Etats-Unis. Aux requérants qui faisaient valoir que la clause de *due process* incluait la liberté des citoyens de contrôler l'heure et le moyen de sa mort, la Cour, présidée par le juge en chef Rehnquist, répondit que l'Etat se doit de protéger les groupes vulnérables « *y compris les pauvres, les personnes âgées et les personnes handicapées, de tout abus, négligence ou erreur* ». Et d'ajouter : légaliser le suicide assisté « *menacerait sérieusement de nombreuses personnes vulnérables et malades* ». La Cour conclut à la conformité à la Constitution de la loi interdisant une telle pratique.

Dans l'affaire *Samspon*, dans lequel une loi similaire était contestée cette fois-ci en vertu du droit à la vie privée, le juge Sanders a estimé dans un premier temps que l'obligation de l'Etat de garantir « *la préservation de la vie humaine et la protection des personnes vulnérables [avait] préséance sur le droit de toute personne de décider d'abrégé ses jours* », avant d'ajouter, concernant le *right of privacy*, que « *s'il existe un droit à la vie privée, ce droit doit être cassé lorsqu'un intérêt public plus exigeant est en jeu* », en l'occurrence la protection du droit à la vie et la protection des personnes fragiles. Et la Cour de conclure à la constitutionnalité de la loi querrellée au regard de la Constitution de l'Alaska.

Ainsi le contentieux constitutionnel abonde-t-il dans le sens des législations étatiques qui prohibent aussi bien l'euthanasie active que le suicide assisté. Cette interdiction se retrouve aussi bien au Canada qu'aux Etats-Unis et en Afrique du Sud. Cependant, les personnes ayant accompli un acte euthanasique invoquent de plus en plus l'argument de la compassion, affirmant n'avoir agi que mues par ce sentiment. Le juge suprême n'a cependant pas accepté ce moyen de défense.

C. Le refus de consacrer une euthanasie par compassion

Malgré l'interdiction formelle posée par le législateur d'écourter la vie d'une personne, ou de l'aider à y parvenir, il se trouve toujours des cas de suicide assisté ou d'euthanasie active. Le juge est venu rappeler l'inconstitutionnalité d'un tel acte même pratiqué par compassion ; il n'y a pas d'euthanasie par pitié.

Le juge sud-africain a eu à connaître, à l'occasion de l'affaire *S. v. Hartmann*³⁴, d'un cas d'euthanasie pratiquée par un fils, médecin de profession, à l'encontre de son père, homme d'un certain âge et souffrant d'un cancer. Le jeune homme avait soigné son père pendant une longue période et lui avait administré quotidiennement de la morphine. Malgré ce, l'état du malade se dégradait de plus en plus, et le médecin, « pris de compassion et ne supportant plus les souffrances de son père »³⁵, lui avait injecté une dose létale de Pentotal, ce qui avait provoqué la mort immédiate du malade. Le juge ne reçut pas cet argument et ne jugea pas inconstitutionnel le fait que le médecin ait été reconnu coupable de meurtre. La compassion ne peut constituer un mobile acceptable, ni non plus un moyen de défense recevable. La même conclusion fut adoptée vingt ans plus tard³⁶, quand une infirmière, accusée d'avoir mis fin aux jours de deux patients en phase terminale par surdose d'insuline, avait invoqué la pitié et la compassion que lui inspiraient les malades et leurs souffrances.

³⁴ *S.v.Hartmann*, 1975 3 SA 532 (C)

³⁵ South African Law Commission, *Op.cit.*

³⁶ *S.v.Smorenburg*, 1992 CPD unreported

De son côté le juge suprême canadien prit position dans le même sens en refusant de considérer comme contraire à la Charte canadienne des droits et libertés la condamnation à perpétuité pour un acte d'euthanasie active. Il s'agit de l'affaire Latimer³⁷, dans laquelle un homme avait été condamné pour avoir mis fin aux jours de sa fille handicapée âgée de douze ans, par asphyxie³⁸. Niant dans un premier temps son geste, affirmant avoir trouvé l'enfant morte dans son sommeil, Robert Latimer reconnut finalement les faits face aux résultats sans appel de l'autopsie, mais expliqua avoir agi par amour pour sa fille. Condamné par la Cour du Banc de la Reine à l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle avant dix ans, M. Latimer contesta cette sanction. La Cour d'appel confirma la condamnation, cependant que dans une opinion dissidente, le juge Bayda estima la sanction « cruelle et inusitée ». Cette opinion servit alors de fondement à une demande d'exemption constitutionnelle, l'article 12 de la Charte des droits et libertés interdisant les peines cruelles et inusitées. M. Latimer espérait d'une part réduire largement sa peine d'emprisonnement, d'autre part faire avancer la jurisprudence en faveur d'une admission du « meurtre par compassion ». La Cour suprême n'admit ni l'un, ni l'autre, et maintint la condamnation, estimant qu' « *en l'espèce, la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte* ». Cette décision appelle plusieurs conclusions. En premier lieu, l'euthanasie active reste fermement prohibée. En deuxième lieu, la compassion ne saurait être un motif suffisant d'exonération de culpabilité. En troisième et dernier lieu, la gravité des sanctions prononcées en matière d'euthanasie active ne sont pas inconstitutionnelles.

Ainsi peut-on dire que le droit à la vie reste protégé, d'une part par l'importance toujours accordée au caractère sacré, ou inviolable, de la vie ; d'autre part, par la protection particulière accordée aux personnes vulnérables, fragilisées par leur maladie et leurs souffrances ; enfin, par le refus d'accepter l'euthanasie active et le suicide assisté, même par compassion, par amour ou par pitié.

Cependant, cela ne va pas à l'encontre du désir d'une mort digne. Vivre décemment ses derniers instants n'est pas contradictoire avec la protection de la vie. Et c'est dans un souci de préserver aussi bien la vie que la dignité des malades qu'un compromis a été établi et a permis la reconnaissance de l'euthanasie passive, approuvée par le juge suprême lui-même.

II. La protection constitutionnelle de la dignité de la personne dans le domaine de la fin de vie

Outre le principe de dignité, de nombreux droits fondamentaux ont été invoqués dans le contentieux lié à la fin de vie, afin de tenter d'infléchir la position du législateur et du juge. Il s'agit des droits à la vie privée, à l'égalité, à l'intégrité physique. C'est essentiellement le droit à la vie privée qui a permis d'ouvrir une brèche, puisque c'est en se fondant sur un de ses démembrements, à savoir le droit à l'autonomie personnelle, que le juge de common law a

³⁷ Décision *R.c Latimer*, 2001, 1 CSC 1

³⁸ Tracy Latimer souffrait d'une paralysie cérébrale, source d'un handicap physique et mental lourd. Elle avait subi de nombreuses et douloureuses opérations, sans que cela n'empêchât son état de santé de se dégrader. Son père l'avait alors emmené dans une camionnette, avait inséré dans la cabine un boyau relié au tuyau d'échappement et la fillette était décédée par intoxication au monoxyde de carbone.

admis l'euthanasie passive (A). En outre, il n'a eu de cesse d'encourager l'accompagnement dans la dignité des personnes en fin de vie, et ce sous plusieurs formes (B).

A. La consécration de l'autonomie de la volonté

L'autonomie de la volonté, ou autonomie personnelle, trouve sa source en common law dans le droit à l'intégrité corporelle. C'est en 1891 que la Cour suprême des Etats-Unis, dans sa décision *Union Pacific Railroad*³⁹, a reconnu ce droit en posant qu' « aucun droit n'est plus sacré [à noter là encore le recours au terme « sacré »], ni plus soigneusement protégé en common law que le droit de chaque individu d'avoir le contrôle de sa propre personne, libre de toute contrainte et de toute interférence ». Le « contrôle de sa propre personne » constitue de fait le fondement de la théorie de l'autodétermination (« *selfdetermination* »), venant postuler qu'il existerait une sphère de compétence dans laquelle seul le patient aurait le droit de se prononcer, notamment au sujet de ce qui peut être fait à ou avec son corps. La Cour d'appel de New York a par la suite statué dans le même sens, jugeant que « chaque être humain [...] a le droit de déterminer ce qu'il doit être fait de son corps »⁴⁰. En matière de fin de vie, certains patients ont déduit de ce droit à l'autonomie personnelle celui de choisir l'heure et le moyen de leur mort (comme par exemple dans l'affaire *Glucksberg* précitée). Le juge de common law fait en tout cas découler le droit à l'autonomie personnelle du droit à la vie privée, dont il serait un démembrement. La Cour suprême sud-africaine, interrogée sur le point de savoir si le droit à la vie privée tel que prévu par la Constitution comprenait un droit de choisir sa mort, répondit dans une affaire *Bernstein v. Bester*⁴¹ qu'il fallait concilier les intérêts du patient avec celui de la nation. Le juge Ackerman admit une sphère d'autonomie, incluse dans le droit à la vie privée, mais précisa qu'elle se trouvait rétrécie du fait de la protection de l'ordre public.

Il semble dès lors difficile, malgré le droit à l'autodétermination, de faire admettre un quelconque droit au suicide assisté. Cependant, à partir de cette théorie, il fut possible d'obtenir la reconnaissance d'une part du droit de renoncer à la poursuite d'un traitement, d'autre part de celui de faire connaître à l'avance ses intentions à ce sujet.

L'arrêt de principe en matière d'arrêt des traitements au Canada est l'affaire *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec*⁴². La patiente dont il s'agissait bénéficiait d'un traitement incluant un respirateur artificiel, et elle savait cette situation irréversible. Elle fit donc savoir son renoncement à poursuivre ce traitement, tout en ayant une pleine conscience des conséquences, à savoir une inéluctable mort par étouffement. Le juge sollicité sur le point de savoir si la jeune femme pouvait prétendre à un droit de refuser un traitement vital répondit par l'affirmative. Il lui reconnut le droit à l'autonomie personnelle, en vertu duquel Nancy B. pouvait obtenir la cessation de son traitement, même si l'en résultait son décès. Et le médecin qui accepterait de débrancher l'appareil ne serait pas poursuivi, n'étant pas directement responsable de la mort de la patiente, décédée du fait de sa maladie et non du praticien. C'est dans ce cas que l'euthanasie est dite passive, et qu'elle est tolérée.

³⁹ Décision *Union Pacific Railroad Co. v. Botsford*, 1891, 141 US 250

⁴⁰ Décision *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, Cour d'appel de New York, 211 NY 125 (1914)

⁴¹ Décision *Bernstein v. Bester*, 1996 (4) BCLR 449 (CC)

⁴² *Nancy B. v. Hotel-Dieu de Québec*, (1992), RJQ, 86 DLR (4th) 385 (Sup.Ct)

En Afrique du Sud, le droit de refuser tout traitement médical, même de survie, découle du droit à l'autonomie du patient, élevé au rang de droit fondamental⁴³ par la décision *Castell v. De Greeff*⁴⁴ de 1994. Concernant les mineurs, si deux décisions⁴⁵ laissèrent à penser qu'ils ne pouvaient pas faire le choix seuls, la législation actuelle⁴⁶ donne au patient à partir de 14 ans le droit de renoncer à tout traitement médical.

Si un malade a le droit de refuser la poursuite d'un traitement, la question se pose pour ceux qui ne peuvent plus se prononcer, par exemple les malades plongés dans un coma irréversible. Il faudra alors rechercher si des directives anticipées ont été rédigées. Il s'agit d'un document, appelé parfois testament de fin de vie, dans lequel une personne fait connaître son intention pour le cas où elle se retrouverait dans l'incapacité de prendre une décision. Soit la personne précise son refus d'être maintenue artificiellement en vie, soit elle y est favorable, ou bien encore peut-elle désigner une personne dite de confiance (dans ce cas le document prend le nom de mandat de fin de vie). C'est à cette personne qu'il reviendra de trancher et de prendre la décision finale. Dans tous les cas, le corps médical devra se conformer aux volontés du testament ou du mandataire de santé. Le juge sud-africain affirme du reste qu'il « doit être donné effet au souhait du patient, exprimé lorsqu'il était en bonne santé » (arrêt *Clarke v. Hurst*, 1992⁴⁷). Toute la question reste de savoir comment il convient d'agir avec les personnes qui n'ont pas laissé de directives, ni à l'oral ni à l'écrit, qui ne peuvent plus le faire, et qui n'ont désigné personne officiellement. Arrêter les traitements dans ce cas-là demeure pour certains constitutifs d'une euthanasie active, en témoigne par exemple l'affaire américaine Terri Schiavo. En l'espèce, les parents de la patiente, qui n'avait laissé aucune directive, s'opposaient au mari de cette dernière, les uns souhaitant son maintien en vie artificielle, le second ayant obtenu des médecins qu'ils mettent fin au traitement. Après une longue bataille juridique, mettant tour à tour en scène le Gouverneur Jeb Bush, la Cour suprême de Floride et enfin la Cour suprême fédérale, qui refusa d'ailleurs de se saisir de l'affaire, la nutrition artificielle de Terri Schiavo fut définitivement arrêtée. Cette affaire montre bien la difficulté de ce type de situation, et l'évolution jurisprudentielle américaine sur ce point mérite qu'on s'y attarde quelque peu.

La première décision en la matière est celle rendue en 1976 par la Cour suprême du New Jersey, l'arrêt *Quinlan*⁴⁸, concernant une jeune femme en état végétatif persistant, et n'ayant laissé aucune directive. Les médecins refusaient d'acquiescer à la demande des parents, qui souhaitaient l'arrêt de la ventilation artificielle. La Cour suprême se prononça en faveur des parents, reconnaissant à Karen Quinlan le droit constitutionnel de renoncer au traitement, et permettant à son père de se prononcer sur ce point en son lieu et place, en sa qualité de tuteur légal. Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Conroy*, la même Cour étendit cette solution à une patiente âgée, handicapée mentale et gravement malade⁴⁹, maintenue en vie artificiellement, posant que « le droit de Mme Conroy à l'autodétermination ne saurait dépendre de son état mental ». Ce faisant, la Cour du New Jersey alignait sa jurisprudence sur celle du Massachusetts, dont la Cour suprême, dans une affaire *Saikewicz*⁵⁰, avait fait prévaloir le droit à la vie privée du patient handicapé mental, droit incluant l'autonomie de la

⁴³ South African Law Commission, *Op.cit.*

⁴⁴ Décision *Castell v De Greeff*, 1994 (4) SA 408

⁴⁵ Décisions *In re R* (1994) 4 All ER 177 et *In re W* (1993) Fam Court 64

⁴⁶ South African Law Commission, *Op.cit.*

⁴⁷ Décision *Clarke v Hurst NO*, 1992 4 SA 630 (D)

⁴⁸ Décision *In Re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976)

⁴⁹ L'arrêt fait savoir que la patiente souffrait d'artériosclérose, d'hypertension et de diabète mellitus, que sa jambe gauche était gangrenée, que son œil nécessitait une irrigation et qu'elles avaient des escarres sur le pied, la jambe et la hanche gauches

⁵⁰ Décision *Saiskewicz v Superintendent of Belchertown State Hospital*, 370 N.E.2d 417 (Mass. 1977)

personne. Enfin, en 1990, survint la célèbre décision *Cruzan*⁵¹, pour laquelle ce fut au tour de la Cour suprême fédérale de se prononcer. Les faits sont similaires à ceux de l'affaire *Quinlan*. Dans un premier temps, la Cour va reconnaître le droit constitutionnel de tout patient au refus d'un traitement, entérinant par là la jurisprudence des Cours fédérées sur ce point. Cependant, elle assortit ce droit d'une obligation de prouver la volonté du patient, surtout en l'absence d'instruction préalable, par des « éléments clairs et convaincants »⁵². Le juge refusa donc d'acquiescer à la demande des parents. C'est en se fondant sur cette décision qu'en 2005 les parents de Terri Schiavo avaient espéré en vain le maintien en vie de leur fille. Preuve en est que la question de l'euthanasie, même passive continue de poser problème.

Si donc la dignité du patient commande qu'on lui laisse la possibilité de renoncer à l'acharnement thérapeutique en mettant fin à un traitement, cette même dignité est à l'origine de l'accompagnement de la fin de vie, qui peut prendre diverses formes.

B. La mise en place d'un accompagnement dans la dignité de la personne en fin de vie

Accompagner un malade en fin de vie afin qu'il termine décemment et dignement ses jours peut se traduire par une « simple » prise en charge sociale et affective, par la mise en place de soins palliatifs, ou encore (mais dans un seul Etat américain) par une assistance médicale au suicide encadrée très strictement. On peut également y inclure la doctrine anglo-saxonne du double-effet, qui prévoit qu'un médicament peut être prescrit pour soulager une douleur intense même s'il doit en résulter la mort du patient par effet secondaire⁵³. Cette pratique a été reconnue tant par le juge canadien que par le juge américain, notamment dans des opinions rédigées séparément. Ainsi en est-il de l'affaire canadienne *Sue Rodriguez*⁵⁴, dans laquelle le juge Sopinka a raisonné en deux temps. Il a d'abord rappelé que « l'administration de médicaments destinés à contrôler la douleur selon un dosage dont le médecin sait qu'il abrègera la vie du patient est, quel que soit le critère, une contribution active à la mort du patient ». En revanche, il a ensuite admis qu'en l'espèce une distinction s'opérait sur le fondement de l'intention, ce qui différenciait à ses yeux le suicide assisté du traitement à double-effet⁵⁵. Aux Etats-Unis, ce sont les affaires *Glucksberg v. Washington*⁵⁶ et *Vacco v. Quill*⁵⁷ qui ont permis à la Cour suprême de consacrer explicitement la doctrine du double-effet, et par la même occasion de se prononcer en faveur de l'accompagnement dans la dignité des personnes gravement malades. Bien que ces décisions aient été rendues à l'unanimité, plusieurs juges avaient rédigé des opinions séparées, comme par exemple les juges Gostin et O'Connor. Tous deux ont expressément admis la validité des mesures visant à soulager la souffrance même en entraînant involontairement la mort. Ce principe fut énoncé par le juge O'Connor qui conclut qu'« aucune interdiction judiciaire n'empêche un patient en phase terminale et éprouvant d'intolérables douleurs d'obtenir des médicaments d'un médecin

⁵¹ Décision *Cruzan v. Director Missouri Department of Public Health*, 497 US 261 (1990)

⁵² SCOFFONI (G.), *Op.cit.*

⁵³ Sur ce point, voir BORNER (E.), « L'encadrement législatif et constitutionnel de la fin de vie en Australie, en Canada et en Nouvelle-Zélande », travaux présentés à l'occasion du colloque « La fin de vie », novembre-décembre 2007, Aix en Provence (publication à paraître)

⁵⁴ Décision *Sue Rodriguez*, *Op.cit.*

⁵⁵ Le juge Sopinka s'exprima en ces termes : « dans le cas des soins palliatifs, c'est l'intention d'atténuer la douleur qui a pour effet de précipiter la mort, alors que dans le cas de l'aide au suicide, l'intention est indubitablement de causer la mort »

⁵⁶ Décision *Washington v Glucksberg*, *op.cit.*

⁵⁷ Décision *Vacco v Quill*, 521 US 793 (1997)

qualifié, même si ces médicaments risquent de provoquer l'inconscience ou d'accélérer la mort ». Le juge Gostin alla même plus loin en posant qu' « un médecin pouvait entreprendre des mesures agressives de soulagement de la douleur, sachant qu'elles provoqueraient probablement la mort du patient ». En revanche, le juge sud-africain avait au départ montré quelques réticences à statuer dans le même sens, rappelant qu'il « existe une autorité dans [la] loi [sud-africaine] qui pose que le fait de hâter la mort de quelqu'un, si cela a été fait illégalement et intentionnellement, constitue un meurtre »⁵⁸. Cela souligne la difficulté nouvelle liée à ces mesures, celle de savoir si l'intention de départ était bien de soulager la souffrance, ou bien si le médecin n'a cherché qu'à abrégé les jours du patient.

La doctrine du double-effet a tout naturellement débouché sur l'encouragement des soins palliatifs, qui font parfois appel à ce genre de traitement. En effet, les soins palliatifs sont un ensemble d'accompagnement social, affectif, familial parfois religieux, doublé d'un accompagnement médical par pallier. On augmente peu à peu la dose de médicament, parfois cela entraîne le décès du patient, notamment en cas de prescription de morphine. Mais là encore ce n'est pas le but recherché, le décès n'est « que » la conséquence du traitement et non son objectif. Encouragés par le juge américain et canadien lors des décisions *Glucksberg*, *Vacco* et *Sue Rodriguez* précédemment étudiées, c'est toutefois essentiellement par la voie législative que ces soins palliatifs sont consacrés⁵⁹.

Enfin, exploitant le plus loin possible la notion de dignité, l'Etat de l'Oregon a mis en place un accompagnement d'un genre différent, par le biais du *Death With Dignity Act*, qui instaure une assistance médicale au suicide, encadrée très strictement. Dans un premier temps, ce texte, soumis à référendum, ne fut adopté qu'à une majorité très serrée. S'ensuivit alors une vive controverse au sein de la population, y compris une pétition, rejetée par la Cour suprême fédérale. Tant et si bien qu'en 1997, les citoyens furent appelés à se prononcer sur la suppression de cette loi, et cette fois-ci l'annulation fut rejetée à 60%⁶⁰. Le *Death With Dignity Act* autorise la prescription d'une dose létale de médicament à un patient majeur, atteint d'une maladie en phase terminale et dont l'espérance de vie est réduite à six mois maximum. Il faut néanmoins que la personne soit physiquement capable d'absorber seule le produit, la loi ne mettant en place en quelque sorte qu'un suicide « indirectement assisté » (le médecin fait une prescription, après une procédure rigoureuse⁶¹, puis il revient au patient de

⁵⁸ Décision *R v Makali* 1950 1 SA 340 (N)

⁵⁹ En témoigne par exemple le *Federal Pain Relief Promotion Bill* des Etats-Unis adopté par la Chambre des Représentants le 27 octobre 1999

⁶⁰ ENDICOTT (O.R.), *Légalisation de l'aide médicale à la mort : les mesures de sauvegarde protègent-elles les intérêts des plus vulnérables?* Préparé pour le Conseil canadien avec déficiences, sous l'égide du « Fonds pour le droit de demain » de l'Association du Barreau canadien, 2003

⁶¹ Afin d'éviter toute dérive, la loi s'est dotée de mesures de sauvegarde qui soumettent l'accès à l'aide médicale à la mort à des conditions strictes. D'abord, seuls les malades en fin de vie sont concernés par cette législation. Il faut donc que le patient soit atteint d'une maladie « incurable et irréversible qui a été médicalement confirmée et qui, selon le jugement raisonnable du médecin, entraînera la mort dans les six mois ». En outre, le patient doit être capable et majeur, ce qui signifie que les handicapés mentaux n'auront pas accès à une telle ordonnance, ni non plus les mineurs. Deux médecins doivent d'ailleurs confirmer par écrit la capacité du patient à comprendre sa demande et à en mesurer les enjeux et les conséquences. Le patient doit émettre une première demande verbale auprès de son médecin, puis par écrit, puis à nouveau oralement avant que ne soit rédigée l'ordonnance, laquelle doit être effectuée au moins quinze jours après la demande verbale initiale et en présence de deux témoins. Cette procédure donne ainsi au bénéficiaire de la prescription le temps de revenir sur sa décision, la possibilité d'y renoncer, et l'assurance qu'il s'agit bien d'un choix clair et autonome, non influencé par des tiers. Enfin, la substance une fois obtenue, rien n'oblige le patient à y avoir recours. Il est précisé que nul ne peut venir en aide au patient une fois la substance létale ingérée, même pour accélérer le processus de la mort. Enfin, cette loi ne profite qu'aux habitants de l'Oregon, afin d'éviter que cet Etat ne devienne le « mouiroir des Etats-Unis ».

décider du comment, où et quand). En janvier 2006, la Cour suprême des Etats-Unis répondit par l'affirmative à la question de savoir si la loi relative à la mort dans la dignité telle que prévue par l'Oregon était en conformité avec les lois fédérales⁶².

Constat est fait que la demande de mourir dans la dignité a su trouver diverses réponses, et s'inscrit aujourd'hui dans la perspective d'une alternative à l'euthanasie active. Le droit de mourir dans la dignité s'est d'abord présenté sous la forme d'un droit de recevoir la mort de la main d'un tiers. Cette notion de dignité, difficile à cerner et plus encore à définir, a permis de trouver une assise suffisamment solide pour que soit imprimée une orientation nouvelle à la recherche d'un droit de mourir dans la dignité, non plus tournée vers la revendication d'une forme active d'euthanasie, mais vers une demande de pouvoir vivre dignement la fin de sa vie.

Le juge de *common law*, se fondant sur le droit à l'autonomie personnelle, a reçu l'argument, admettant des formes passives et indirectes d'euthanasie d'une part, et des mesures d'accompagnement de la fin de vie d'autre part. C'est d'ailleurs à l'unanimité que s'étaient prononcés les juges dans les affaires *Glucksberg* et *Vacco*⁶³. Quant à la décision *Cruzan*, elle a tout simplement modifié le fondement constitutionnel de la jurisprudence de la Cour suprême américaine en la matière, passant du respect de la vie privée aux garanties générales de liberté du Quatorzième Amendement⁶⁴.

Ainsi demeure préservé le droit à la vie, et pour ce qui est du droit de mourir dans la dignité, s'il n'est pas encore consacré en tant que tel, ce qui pourrait toutefois être considéré comme une partie de son contenu a déjà été reconnu. Peut-on en conclure que ce droit existe en substance mais non formellement, ceci est une autre question...

⁶² Décision *Gonzales v Oregon*, 546 US No 04-623, 17 janvier 2006, rendue à une majorité de 6 voix contre 3, celles des juges Roberts, Thomas et Scalia

⁶³ BARON (C.), « De *Quinlan* à *Schiavo*. Le droit à la mort et le droit à la vie en droit américain », RTDCiv., oct-nov, 2004

⁶⁴ SCOFFONI (G.), *Op.cit.*