

Faculté de droit et de criminologie

Les mesures liées à la fin de vie en droit belge et droit allemand – une analyse comparative

Auteur : THAETER Niklas

Promoteur : HAUSMAN Jean-Marc

Année académique 2019-2020

**Mémoire du master en droit à finalité spécialisée –
justice civile et pénale**

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

Abstract

Le présent mémoire vise à traiter la pratique de l'euthanasie dans une perspective comparative des ordres juridiques belge et allemand.

Dans un premier chapitre, différentes mesures médicales liées à la fin de vie seront abordées afin de se former un panorama le plus complet possible des différentes pratiques qui existent.

Ensuite, on parlera dans un deuxième chapitre du droit belge en mettant en exergue plus particulièrement la pratique d'euthanasie. Communément appliquée en Belgique depuis l'entrée en vigueur de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, elle a été même élargie aux mineurs en 2014. Les conditions contenues dans la loi étant déjà très libérales dès le début, la Commission de contrôle et les médecins pratiquants n'hésitent pas à les interpréter de plus en plus largement. Ce faisant, de plus en plus de catégories de personnes tombent dans le champ d'application de la loi de sorte que nous pouvons nous demander si nous ne sommes pas en train d'observer un phénomène de « pente glissante » en Belgique.

Dans un troisième chapitre, on traitera le droit allemand. Ce dernier est toujours beaucoup plus conservateur et réticent par rapport à l'admission de différentes mesures liées à la fin de vie qui sont d'application quotidienne en Belgique. Nous pouvons néanmoins constater que petit à petit, la jurisprudence s'appuyant sur la doctrine, confrontée à des cas extrêmes, a commencé à dégager des conditions précises permettant le recours aux mesures liées à la fin de vie. Le travail prétorien et doctrinal contribue ainsi à une acceptation de plus en plus répandue dans l'ordre juridique allemand des différentes mesures liées à la fin de vie. Le point culminant constitue certainement l'arrêt du 26 février 2020 de la Cour constitutionnelle qui renforce substantiellement le droit à l'autodétermination des gravement malades dans le contexte du suicide assisté. Dernière bastion, l'euthanasie active étant toujours formellement interdite, il convient de se pencher davantage sur les autres mesures alternatives à la disposition des gravement malades.

Enfin, dans un dernier temps de conclusion à la fois synthétique et de comparaison, on essaiera de mettre le point sur l'état de droit dans les deux ordres juridiques.

Table des matières

Introduction	6
Chapitre I^{er}. Panorama de différentes mesures liées à la fin de vie	9
Section 1^{ère}. Les différentes formes d'euthanasie.....	9
§ 1 ^{er} . L'euthanasie active et passive	9
§ 2. L'euthanasie directe et indirecte	11
§ 3. Le cas particulier de la sédation continue et profonde (entraînant la mort)	13
Section 2. Les autres mesures (médicales) liées à la fin de vie	16
§ 1 ^{er} . L'assistance au suicide ou suicide (médicalement) assisté.....	16
§ 2. L'accompagnement en fin de vie et soins palliatifs	18
Section 3. Applicabilité pratique des différents concepts	20
§ 1 ^{er} . Risque de qualification juridique prématurée ou erronée	20
§ 2. Risque de difficulté de distinction pratique	22
Chapitre II. La pratique de l'euthanasie en droit belge	24
Section 1^{ère}. L'euthanasie et d'autres mesures (médicales) liées à la fin de vie en droit belge .	24
§ 1 ^{er} . Définition de l'euthanasie	24
§ 2. Ses éléments constitutifs et délimitations	25
A. Un acte actif	25
B. L'intervention d'un tiers.....	26
C. Un acte ayant provoqué la mort.....	26
D. L'intention de provoquer la mort	27
E. La demande du patient	27
§ 3. Considérations sur la légalité d'autres mesures liées à la fin de vie	28
A. Le suicide assisté.....	28
B. La sédation entraînant la mort.....	32
Section 2. L'examen des conditions communes de fond de l'euthanasie sur demande actuelle	34
§ 1 ^{er} . Les conditions de fond subjectives.....	35
A. Le caractère volontaire, réitérée et réfléchi de la demande	35
B. Le patient nécessairement conscient et « capable »	37
§ 2. Les conditions de fond « objectives »	40
A. Une souffrance physique ou psychique insupportable et inapaisable.....	40
B. Une affection grave et incurable	42
C. Lien de causalité entre situation médicale sans issue accompagnée de souffrance caractérisée et l'affection grave et incurable	44
Section 3. L'argument de la pente glissante de la pratique belge d'euthanasie.....	45
§ 1 ^{er} . Définition de la pente glissante et réflexions préliminaires	45
§ 2. Elargissement du champ d'application de la loi et ses implications pratiques	51

A.	De l'euthanasie au suicide assisté	51
B.	L'euthanasie des mineurs d'âge	52
C.	Assouplissement des conditions légales par la Commission	52
§ 3.	Conclusion	54
Chapitre III. Les mesures liées à la fin de vie en droit allemand		57
Section 1 ^{ère} . L'évolution législative et prétorienne <i>de lege lata</i>		57
§ 1 ^{er} .	L'euthanasie passive	58
A.	Fondement et justification – Limitation de la <i>Garantenpflicht</i> du médecin par l'exercice des droits fondamentaux du patient et exclusion d'autres infractions	58
B.	Les conditions de fond de l'euthanasie passive	61
(i)	Recherche de la volonté du patient	61
a)	Le patient capable de discernement	61
b)	Le patient incapable de discernement	62
(ii)	Clarification peu satisfaisante – nécessité d'une maladie menaçant la (sur)vie mais pas d'exigence quant au type et au stade de la maladie	66
(iii)	Relation immédiate avec le traitement médical (<i>Behandlungsbezug</i>)	67
§ 2.	La sédation continue et profonde (entraînant la mort)	67
§ 3.	L'euthanasie active ou l'homicide sur demande de la victime	69
A.	Les éléments constitutifs de l'interdiction absolue	69
B.	Justification	71
§ 4.	Le suicide assisté	73
A.	Son caractère principalement non punissable et ses délimitations	73
B.	Le problème pratique - L'indisponibilité des stupéfiants en vue du suicide	76
C.	L'entrave supplémentaire - L'interdiction de la promotion à titre professionnel du suicide d'autrui introduite par le § 217 StGB (désormais annulé)	81
Section 2. L'annulation du § 217 StGB et la question de l'encadrement du suicide assisté <i>de lege ferenda</i>		84
§ 1 ^{er} .	L'enseignement de l'arrêt	84
A.	Les moyens invoqués par les personnes désireuses de mourir	85
B.	L'arrêt au fond	85
C.	Le dispositif	87
§ 2.	L'encadrement futur du suicide assisté	88
Conclusion synthétique de comparaison		91
Bibliographie		96

Introduction

H. MAYER¹, âgé de 49 ans, souffre depuis plus de 20 ans d'une forme sévère de sclérose en plaques le rendant incapable de faire quoi que ce soit sans assistance permanente. Endurant son quotidien, cloué entre son lit et son fauteuil roulant, il décide qu'il veut mourir de manière autodéterminée et digne au lieu de dépérir « comme un légume ». Sa mort sera probablement due à une asphyxie lente et atroce causée par une perte dégénérative des muscles de l'appareil respiratoire mais n'interviendra pas à brève échéance. Il décide alors d'opter pour la pratique du suicide assisté parce qu'il veut lui-même être l'auteur de l'acte suicidaire. Sa décision étant prise, il essaie de se procurer d'une dose létale de 15 grammes pentobarbital sodique en vue de son suicide - en vain.

Par suite d'un arrêt du 2 mars 2017 de la Cour administrative fédérale se prononçant en faveur d'une délivrance conditionnelle de médicaments létaux en vue du suicide, l'Institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux s'est vu attribuer la tâche de statuer sur les demandes de délivrance. MAYER a alors aussi tôt contacté l'Institut fédéral pour une demande de délivrance. Dans sa réponse, ce dernier fait savoir que la délivrance est subordonnée à des expertises diverses visant à assurer que MAYER est bien affecté d'une maladie d'une gravité exceptionnelle causant des souffrances atroces tout en conservant sa faculté de discernement. MAYER, qui veut à tout prix obtenir le médicament légalement, décide alors de se soumettre à des différentes expertises exigées et de transmettre ensuite les résultats à l'Institut.

Néanmoins, MAYER a fait son calcul légitime sans prendre en compte J. SPAHN, ministre fédéral de la santé. Celui-ci décide par arrêté implicite de ne pas faire exécuter l'arrêt de la Cour administrative fédérale et a instruit l'Institut fédéral de refuser toute demande sans examen au fond. La demande de MAYER est alors effectivement rejetée *in fine*. MAYER décide alors d'introduire un recours auprès du tribunal administratif de Cologne contre l'administration pour sa conduite déloyale. Plus important est néanmoins le fait que le tribunal a déferée la question de fond de savoir si l'indisponibilité actuelle des stupéfiants est conforme à la constitution à la Cour constitutionnelle. Celle-ci devra finalement statuer en la matière de sorte que MAYER ainsi que plus d'une centaine d'autres gravement malades ayant fait la

¹ WDR Doku, Ich will so nicht mehr leben! Streitfall Sterbehilfe, disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=OPGEBKCAtPk>, mise à jour le 24 octobre 2019, consulté le 13 mai 2020. Pour plus de détails sur le suicide assisté en droit allemand, voy. *infra*, chapitre III, section 1^{ère}, § 4 et section 2.

demande de délivrance auprès de l'Institut fédéral se voient pour l'instant refuser la délivrance de médicaments létaux en vue du suicide.

De l'autre côté de la frontière, S. DE MOOR², âgée de 85 ans paraît *prima facie* en bonne santé comparé à H. MAYER. Néanmoins, elle dit de souffrir d'un chagrin profond à la suite du décès de sa fille quelques mois auparavant. Ce chagrin est tellement important qu'elle décide qu'elle n'a plus de raison de vivre encore plus longtemps, ses buts et désirs étant accomplis et satisfaits. Elle est ce qu'on appelle une personne « lassée de vivre ». Elle décide dès lors de consulter son médecin traitant et formule une demande d'euthanasie.

Son médecin traitant a estimé que toutes les conditions de la loi relative à l'euthanasie étaient remplies et a décidé de programmer l'euthanasie dans un futur proche. Finalement, c'est grâce à l'avallement d'un cocktail léthal que DE MOOR est morte, requalifiant l'acte en suicide assisté³.

À la suite de ce cas suspect et sous influence d'une grande médiatisation, la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation a, pour la première fois dans l'histoire de la loi relative à l'euthanasie, fait usage de sa possibilité de renvoyer le dossier au parquet. Néanmoins, l'affaire fut classée sans suite par la chambre du conseil après que l'instruction n'a pas pu établir de charges suffisantes à l'égard du médecin pratiquant⁴.

Le débat social (et juridique) autour de l'euthanasie et plus globalement des différentes mesures liées à la fin de vie nous concerne tous. Y prendre position personnelle est de répondre

² SBS Dateline, Allow Me To Die : Euthanasia in Belgium, disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=hCRpuTRA7-g>, mise à jour le 15 septembre 2015, consulté le 13 mai 2020. Pour plus de détails concernant l'euthanasie active en Belgique, voy. *infra*, chapitre II.

³ Concernant la distinction entre euthanasie active et suicide assisté en droit belge, voy. *infra*, chapitre II, section 1^{ère} et plus globalement les distinctions établies au chapitre Ier.

⁴ Institut européen de Bioéthique, Belgique : Premier dossier d'euthanasie transmis au Parquet, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/fr/actualite/fin-de-vie/euthanasie-et-suicide-assiste/belgique-premier-dossier-d-euthanasie-transmis-au-parquet-1016.html?backto=bulletin>, publié le 28 octobre 2015, consulté le 14 mai 2020 ; M. ECKERT et V. BEEL, Een arts die een vrouw op haar verzoek een dodelijk drankje gaf, is buiten vervolging gesteld. Kan zo de euthanasiewetgeving omzeild worden? Was het hulp bij zelfdoding of euthanasie?, Bruxelles, disponible sur URL : https://leif.be/data/press-articles/De_Standaard_-_Kan_de_euthanasiewetgeving_omzeild_worden_27-04-19.pdf, s. d., consulté le 14 mai 2020.

à la question de quelle manière qu'on souhaite mourir. Plus fondamentalement, il s'agit de se confronter à l'évènement de notre mort certaine, pensée qui a tendance d'être systématiquement refoulée dans la société occidentale. Plus que jamais, le fait de se confronter avec la thématique est important indépendamment qu'on soit finalement pour, contre ou simplement indécis. De l'un côté, une médecine quasi-omnipotente qui réussit de maintenir en vie artificiellement pendant des décennies et de l'autre, des personnes qui sont plutôt d'avis qu'il « *vaut mieux de donner de la vie aux années que des années à la vie* »⁵.

Les deux histoires qu'on a brièvement relatées montrent que le débat social et juridique n'arrive pas à des mêmes conclusions de l'un et de l'autre côté de la frontière. Sur certains points, les conclusions sont même diamétralement opposées. Quoi qu'il en soit, pour ma part, j'espère que le présent mémoire peut amener chacun et chacune de mes lecteurs à se confronter et de se familiariser avec cette thématique encore trop souvent tabouisée.

⁵ Citation de A. CARREL: « *Es kommt nicht drauf an, dem Leben mehr Jahre zu geben, sondern den Jahren mehr Leben* ».

Chapitre I^{er}. Panorama de différentes mesures liées à la fin de vie

L'objectif du chapitre est de décrire et d'illuminer différentes mesures liées à la fin de vie tout en restant le plus général possible. Le but étant d'englober un maximum de pratiques (médicales) applicables dans les ordres juridiques les plus divers (section 1^{ère} et 2). Nous nous interrogerons aussi sur les différents biais psychologiques qui peuvent mener à une qualification juridique prématurée voire erronée du for interne. Cette opération ainsi biaisée mène ensuite à une difficulté pratique de distinction dans le chef des médecins et s'extériorisera *in fine* avec des conséquences pratiques non négligeables (section 3).

On peut, une fois les balises posées et la compréhension assurée, revenir sur certaines mesures en vue d'examiner tant leur légalité que leur opportunité dans des chapitres ultérieurs traitant du droit belge et allemand.

Section 1^{ère}. Les différentes formes d'euthanasie

La doctrine opère classiquement différentes distinctions qui se basent sur des conditions dans lesquelles se déroule le processus de terminaison de la vie. Une première distinction peut être faite selon le degré d'implication matérielle du tiers dans le décès de la personne désireuse de mourir. Celle-ci se caractérise par l'interférence exclusive ou à tout le moins déterminante ou non de l'action ou l'omission euthanasique par rapport au cours normal (fatal) de la maladie et renvoie à l'élément objectif (§ 1^{er}). La deuxième distinction à faire consiste à s'interroger sur la présence ou non dans le chef du tiers agissant de l'intention homicide, étant l'élément subjectif (§ 2).

Compte tenu du flou relatif en la matière, il importe avant tout de concilier les impératifs de sécurité juridique et le droit à la vie, tout en proposant des définitions qui sont aptes à guider les praticiens.

§ 1^{er}. L'euthanasie active et passive

Une première définition tirée de la littérature semble accorder à l'euthanasie passive un caractère résiduaire. En effet, « *ce qui semble caractériser l'ensemble d'actions regroupées sous l'étiquette « euthanasie passive», par opposition à celles qui caractérisent un acte*

d'euthanasie « active », est qu'elles visent à accompagner et éventuellement à infléchir le processus naturel qui conduit au décès plutôt qu'à l'initier »⁶.

Selon cette distinction, une euthanasie passive ne vise nullement à initier le processus létal mais tout au plus de l'abréger. Les actes les plus fréquents concernent le médecin qui entreprend l'arrêt ou le refus d'un traitement qui conduiraient à « une obstination déraisonnable »⁷ c'est-à-dire un « acharnement thérapeutique ». Est également visé l'obéissance au refus exprimé par le patient contre un traitement utile et proportionné dont l'issue serait probablement fatale.

Cette première définition s'avère néanmoins problématique parce qu'impraticable. Elle n'est pas assez restrictive et source d'insécurité juridique. Le médecin qui pratique un arrêt ou obéit au refus de traitement, n'initie-t-il pas, le cas échéant, le processus létal ? Agissant ainsi, le médecin va certainement hâter le processus létal sans pour autant nécessairement l'initier.

Compte tenu de cette imprécision dans la première définition, nous proposons de retenir un critère de distinction qui se substituera à la première définition. Le critère qui permet de distinguer les deux formes d'euthanasie est la seule interférence artificielle dont résulte la mort et qui anéantit le cours normal (fatal) de la maladie.

Une fois le processus létal entamé dû au cours normal de la maladie à l'exclusion d'une quelconque interférence artificielle, il devient cependant exagérément difficile de distinguer en pratique de manière objective entre l'euthanasie active et passive. C'est pour cette raison qu'on est amené à *préciser* encore le critère de distinction préétabli. La seule interférence artificielle *exclusive* dont résulte la mort et qui anéantit le cours normal (fatal) de la maladie doit être qualifiée euthanasie active.

On relèvera aussi, que ce n'est pas la suite d'actions ou d'omissions du médecin précédant le décès du patient qui est déterminante pour constituer l'euthanasie active ou passive. Ce qui est déterminant est bien la présence ou non d'une interférence artificielle exclusive dans le cours normal (à issue fatale) d'une maladie⁸. Ainsi une omission ou action euthanasique qui serait *la condition sine qua non* du décès du patient, serait une euthanasie active. L'acte aurait

⁶ M. SPRANZI, « Peut-on distinguer euthanasie active et euthanasie passive ? », *La Vie des idées*, 24 avril 2009, ISSN : 2105-3030, disponible sur URL : <http://www.laviedesidees.fr/Peut-on-distinguer-euthanasie.html>, mise à jour le 24 avril 2009, consulté le 18 mai 2020.

⁷ Selon les termes de l'art. L 1110-5 du Code français de la Santé publique tel que modifié par la Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF*, n° 95, 23 avril 2005, p. 7089 ; loi dite « Léonetti », art. 1^{er}.

⁸ En ce sens, D. CALLAHAN, « When self-determination runs amok », in *Hastings Center Report*, vol. 22, 1992, pp. 52-55.

pour effet à être la source d'interférence artificielle *exclusive* dans le cours normal de la maladie, c'est-à-dire le cours fatal qu'aurait pris celle-ci sans l'interférence telle qu'elle s'est produite *in concreto*. *A contrario*, l'euthanasie passive constituerait la catégorie résiduaire des euthanasies parce qu'elle existe dès que l'action ou l'omission ne serait pas *la condition sine qua non* (exclusive) du décès. Le caractère résiduaire de l'euthanasie passive se trouve ainsi renforcé par rapport à la première définition proposée.

C'est pour cette raison d'interférence artificielle non exclusive dans le cours fatal de la maladie que nous pouvons ranger parmi l'euthanasie passive, la sédation continue et profonde⁹. Nous pourrions néanmoins y voir une forme d'euthanasie active (indirecte). Tout en exerçant pas d'interférence artificielle exclusive dans le cours normal fatal de la maladie, l'interférence est toute même *déterminante* vu que le raccourcissement de l'espérance de vie peut être substantiel. Cette dernière conception est notamment partagée en droit suisse, allemand et français, tout en restant en principe légalement admissible¹⁰. En revanche, d'autres ordres juridiques comme la Belgique ou les Pays-Bas invoquent la théorie du double effet, une application particulière de l'état de nécessité afin de la justifier pénalement¹¹.

§ 2. L'euthanasie directe et indirecte

L'euthanasie directe suppose la constellation d'état d'esprit du dol général. La forme du dol doit équivaloir à l'*animus necandi*¹², c'est-à-dire la connaissance et la volonté non seulement de poser l'acte (interdit) mais également d'atteindre le résultat d'ôter la vie de la personne désireuse de mourir. Il faut en d'autres termes que l'auteur ait eu la volonté de poser un acte qui cause un résultat dommageable décrit abstraitement par la loi, étant ici la mort d'autrui¹³.

⁹ L'attention du lecteur sera portée sur le fait que la sédation continue et profonde est un cas de figure tellement particulier qu'il sera développé, dans un souci, à la fois, de concentration et d'exhaustivité, dans le § 3 de la présente section.

¹⁰ Comité Directeur pour la Bioéthique (CDBI), Réponses au questionnaire pour les Etats membres relatif à l'euthanasie, Strasbourg, 20 janvier 2003, pp. 5 et s. en réponse à une demande du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la lumière de la Recommandation 1418(1999) de l'Assemblée Parlementaire relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants. Voy. aussi N. JACOB, *Aktive Sterbehilfe im Rechtsvergleich und unter der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Tectum, Marburg, 2013, p. 24.

¹¹ Sur la théorie du double effet, voy. *infra*.

¹² L'élément moral des homicides volontaires, aussi appelé l'intention homicide.

¹³ P. MORVAN, Les degrés de la faute pénale, disponible sur URL : <http://patrickmorvan.over-blog.com/article-18662651.html>, mise à jour le 12 avril 2008, consulté le 03 mars 2020.

La doctrine francophone, spécialement belge a néanmoins tendance à confondre dol général et spécial¹⁴ et exige tantôt le premier, tantôt le second afin d'établir l'élément moral des homicides. Le dol spécial est cependant à exclure *in casu* parce qu'il suppose que « *l'auteur ait été animé d'un mobile ou ait poursuivi un but précis* »¹⁵ exigé par la loi en vue de constituer l'infraction. Or, ajouter aux éléments constitutifs des homicides, un élément que la loi ne prévoit pas, contrevient au principe de légalité des infractions et vide de sa substance la notion de dol spécial. L'acte causal (l'atteinte à la vie d'autrui) et sa conséquence (la mort) doivent donc être vu comme un acte unique ce qui suppose que le dol doit être apprécié au moment que l'acte causant la mort se pose.

La doctrine allemande, quant à elle, est unanime sur le fait qu'il faut un dol général afin de constituer les homicides (et par analogie les formes de l'euthanasie prohibées¹⁶). La solution qui a le soutien jurisprudentiel est celle qui énonce le principe de simultanéité selon lequel il faut apprécier le dol général au moment de la commission de l'acte indépendamment de la conséquence causale. L'appréciation devrait néanmoins être ajustée dans le temps voire l'infraction requalifiée en cas d'interruption déterminante de la chaîne causale entre acte et conséquence¹⁷.

Le mode du dol doit, quant à lui, être direct dans les deux ordres juridiques ce qui « *suppose que l'auteur ait recherché directement les conséquences de son comportement* »¹⁸. Cette formule paraît en effet tautologique et mérite une plus ample explication. Le dol direct se caractérise en effet par la réunion même en proportion déséquilibrée de la volonté et de la conscience de pratiquer l'euthanasie. Agit avec dol général direct, la personne qui sachant que la réalisation de l'infraction soit (quasi-)certaine ou prévoit qu'elle le soit et fait concourir sa volonté de manière conciliante afin d'atteindre ce but¹⁹. Agit pareillement avec dol général

¹⁴ O. MICHIELS et E. JACQUES, Principes de droit pénal, Notes sommaires et provisoires, 4^e éd., année académique 2015-2016, p. 57. ; en ce sens, P.-E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Larcier, p. 379 qui retiennent le dol spécial pour les infractions homicides.

¹⁵ *Ibidem*. Voy. à ce sujet la critique que l'auteur émet à l'égard de la doctrine francophone.

¹⁶ V. *infra*, chapitre III.

¹⁷ ROXIN, AT I, § 12, Rn. 175. Pour un cas d'application concrète, voy. BGH, 26 avril 1960, BGHSt 14, 193 ; P. MAX et A. SPERBER, *dolus generalis*, disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/content/iii-dolus-generalis>, consulté le 03 mars 2020.

¹⁸ N. COLETTI-BASECQZ et F. LAMBINET, L'élément moral des infractions, Anthemis, Limal, 2014, p. 31 ; F. TULKENS, M. VAN KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, e. a., Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques, 9^e éd, Kluwer, Waterloo, 2010, p. 432.

¹⁹ FISCHER, § 15, Rn. 7 ; P. MAX et A. SPERBER, *dolus directus* 2. Grades – Die Wissentlichkeit, disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/content/ii-dolus-directus-2-grades-die-wissentlichkeit>, consulté le 03 mars 2020.

direct, celui qui, à l'inverse, agit volontairement, orienté vers son but correspondant à la concurrence conciliante de l'esprit de réaliser l'infraction²⁰.

Il importe peu que l'effet recherché, à savoir la mort de la personne désireuse de mourir soit soumise à quelque condition ou circonstance que ce soit²¹.

L'euthanasie indirecte en revanche, ne nécessite qu'une configuration de dol général éventuel. Le tiers n'agit pas avec l'intention de tuer la personne désireuse de mourir mais la mort est délibérément acceptée ou tolérée comme paramètre à risque ou simple effet secondaire probable mais non formellement désiré²². Cette circonstance peut se traduire dans les faits comme un raccourcissement de l'espérance de vie du malade. Il faut toutefois que l'acte qui a entraîné la mort sans intention de la donner ait été posé sciemment et volontairement.

D'après aucuns, la personne qui pratique une sédation continue et profonde ne pratique qu'une euthanasie indirecte. Son élément moral n'équivaut alors qu'au dol général éventuel. D'autres considèrent néanmoins qu'il s'agit d'une euthanasie directe, le dol étant direct. Afin de résoudre au mieux cette controverse, nous renvoyons à cette hypothèse au prochain paragraphe.

§ 3. Le cas particulier de la sédation continue et profonde (entraînant la mort)

La sédation continue et profonde peut se définir comme « *l'administration intentionnelle d'anesthésiants ou de drogues sédatives comme la morphine en dosage suffisant en vue d'entraîner une perte substantielle ou totale mais nécessaire, et, le cas échéant, irréversible de conscience afin de soulager la souffrance du patient en diminuant ou supprimant l'impact des symptômes pathologiques* »²³.

Elle constitue un cas particulier parmi les euthanasies parce qu'on ne peut aisément la classer parmi les distinctions établies dans les paragraphes précédents. Cette difficulté de

²⁰ SATGER, SCHMITT, WIDMAIER, *e.a.*, §§ 15 s., Rn. 41 ; WESSELS et BEULKE, Strafrecht AT, § 7, Rn. 211 ; ; P. MAX et A. SPERBER, *dolus directus* 1. Grades – Die Absicht, disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/content/i-dolus-directus-1-grades-die-absicht>, consulté le 03 mars 2020.

²¹ N. COLETTI-BASECQZ et F. LAMBINET, L'élément moral des infractions, *op. cit.*, p. 31.

²² En ce sens, A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », in *Les infractions - Vol. 2 - Les infractions contre les personnes*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 121, n° 24.

²³ D. A. JONES, C. GASTMANS et C. MAC KELLAR, *Euthanasia and Assisted Suicide. Lessons from Belgium*, Cambridge University Press, London, 2017, p. 206 (traduction libre) ; B. BROECKAERT, « Palliative sedation : ethical aspects », in C. GATMANS (éd.), *Between Technology and Humanity : The Impact of Technology in Health Care Ethics*, Leuven University Press, Leuven, 2002, p. 246 (traduction libre).

classification repose sur deux fondements. L'un ayant trait à l'élément objectif, l'autre à l'élément subjectif.

D'une part la sédation peut se présenter dans les faits comme une source d'interférence artificielle déterminante dans le cours normal fatal de la maladie sans pour autant être une source exclusive. D'autre part, on ne peut pas nier que le médecin qui la pratique agit le cas échéant avec l'intention homicide.

C'est ce deuxième fondement soulignant sa particularité qui mérite la plus d'attention. C'est certainement du fait que la sédation peut être utilisée « à posologie variable », parfaitement individualisable aux symptômes pathologiques et à la résistance du patient que l'intention (éventuelle) de tuer peut se cacher²⁴. Le risque existe que cette mesure soit utilisée comme une sorte de substitution à l'euthanasie, une espèce d'euthanasie clandestine. Celle-ci pourrait se pratiquer en vue de mettre fin à la vie d'un patient qui ne se trouve pas dans les conditions légales pour bénéficier d'une euthanasie ou afin de donner la mort toute courte en cas d'interdiction d'euthanasie active.

Toutefois, correctement appliquée, le médecin qui pratique une sédation continue et profonde ne cause pas d'interférence artificielle exclusive dans le cours normal fatal de la maladie qu'aurait prise celle-ci de toute façon si la sédation n'avait pas eu lieu. Il n'agit pas non plus dans l'intention de provoquer la mort. De cette circonstance ne se déduit pas qu'il soit exclu qu'un des effets secondaires possibles (et probables) est de raccourcir l'espérance de vie restante et de hâter la mort²⁵. On doit admettre que ce raisonnement est purement théorique et s'avère hypocrite en pratique.

En effet, on peut aisément déceler dans le chef du médecin un dol éventuel²⁶, c'est-à-dire « *le fait que le résultat atteint par l'agent, tout en étant prévisible, dépasse le but poursuivi. Il a néanmoins pris le risque (de pratiquer la sédation continue et profonde) en connaissance de cause (...) acceptant les 'effets collatéraux' (de l'acte) pour l'éventualité où ces derniers se produiraient* »²⁷. Il paraît encore plus proche de la réalité de supposer que dans le chef de la

²⁴ E. MONTERO parle même de pente glissante dans ce contexte concernant la pratique de l'euthanasie belge, pour plus de développements à ce sujet, voy. chapitre II, section 3.

²⁵ E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie en Belgique*, Anthemis, Limal, 2013, pp. 19 et s.

²⁶ O. MICHIELS et E. JACQUES, *op. cit.*, p. 59 ; en ce sens, O. MICHIELS, Quelques précisions sur les notions de faute, de dol éventuel et de dol praeter-intentionnel quand il y a mort d'homme, obs. sous Corr. Verviers, 27 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 493.

²⁷ O. MICHIELS et E. JACQUES, *op. cit.*, p. 59 ; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 3^e éd., 2003, pp. 322 et s. qui cite J.-J. HAUS, *Principes généraux de droit pénal belge*, Gand, 3^e éd.,

plupart de praticiens, un dol direct s'est installé. Celui-ci « *suppose que l'auteur ait recherché directement les conséquences de son comportement* »²⁸.

C'est précisément en vue de protéger le praticien de l'emprise de sa propre intention que certains ordres juridiques invoquent la théorie du double effet afin de justifier pénalement la sédation.

D'autres ordres juridiques se montrent plus exigeants et appellent à distinguer à l'instar de la notion de sédation continue et profonde, d'une part, la sédation palliative et d'autre part, la sédation terminale²⁹ et à en tirer des conséquences juridiques propres³⁰.

« *Une sédation n'est terminale que si la mort du patient survient durant la période sous sédation ou si la sédation avait de toute façon vocation à être maintenue de manière permanente jusqu'à ce que mort s'ensuive. Les autres mesures sédatives intermittentes, c'est-à-dire celles qui visent à soulager la douleur sans être irréversibles de sorte que le patient pourrait et devrait un jour regagner conscience, sont des sédations palliatives* »³¹.

L'une ou l'autre forme de sédation n'est pas nécessairement *ipso facto* à considérer comme légale ou illégale dans le cas (éventuel) où la sédation s'achève par la mort du patient. Tout dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce. Si la sédation est pratiquée sur une personne ne se trouvant pas encore dans une situation médicale sans issue irréversible avec de chances réelles de guérir, qu'aucun traitement curatif n'est entrepris pendant la période sous sédation et la mort s'ensuive, le patient se trouve ainsi privé de chances réelles de survie. La responsabilité du médecin pourrait être engagée³². En revanche, le patient se trouvant dans une situation médicale sans issue irréversible et dont la sédation aurait pour effet secondaire de

1879, n°s 314 et 315 qui écrit « *À la vérité, le coupable n'a pas eu pour but de commettre ce crime; mais sachant que, selon toute probabilité, son action causerait un mal grave, ou que le mal qu'il se proposait de faire à une personne déterminée retomberait sur une autre personne, il a éventuellement voulu ce mal, il a préféré subir cette conséquence de son fait, plutôt que de renoncer à son projet qu'il voulait exécuter, même au risque du résultat prévu. Ainsi, bien qu'il n'ait pas voulu directement et principalement le crime dont il est devenu la cause, bien qu'il ne l'ait pas même désiré, il y a cependant consenti pour le cas où il résulterait du fait ; ce crime était donc compris indirectement et éventuellement dans son intention.* »

²⁸ N. COLETTI-BASECQZ et F. LAMBINET, *op. cit.*, p. 31 ; F. TULKENS, M. VAN KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, e. a., Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques, *op. cit.*, p. 432.

²⁹ Les deux sous-concepts étant déjà contenus dans la définition générique proposée au début du paragraphe.

³⁰ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, Criminalia, t. 50, Peter Lang, Munich, 2009, pp. 58 et s.

³¹ G. NEITZKE et A. FREWER, Sedierung als Sterbehilfe?, *Ethik in der Medizin*, 2004, pp. 323 et 329 et s.; S. ROTHÄRMEL, Terminale Sedierung aus juristischer Sicht – Gebotener palliativmedizinischer Standard oder heimliche aktive Sterbehilfe, *Ethik in der Medizin*, 2004, p. 349 et s. ; voy. en ce sens, avis de la section de législation du Conseil d'Etat précédant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie (M.B., 22 juin 2002, p. 28515) et la loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs (M.B., 26 octobre 2002, p. 49160), pp. 79 et s.

³² G. NEITZKE et A. FREWER, *op. cit.*, pp. 323 et 329 et s.

raccourcir son espérance de vie serait quant à elle une forme particulière d'euthanasie indirecte légalement admissible³³.

La question de la légalité s'accroît encore en complexité parce qu'il est tout à fait fréquent en pratique que la sédation soit combinée avec d'autres mesures liées à la fin de vie. L'exemple le plus emblématique est la sédation combinée avec l'arrêt d'un traitement spécifique ou de tout traitement³⁴. Nos observations concernant la présence du dol sont *a fortiori* transposables dans ces cas-ci.

Section 2. Les autres mesures (médicales) liées à la fin de vie

A l'instar de cette section, nous allons parler d'une part, de l'assistance au suicide (§ 1^{er}) et d'autre part, de l'accompagnement en fin de vie ce qui englobe également les soins palliatifs (§ 2).

§ 1^{er}. L'assistance au suicide ou suicide (médicalement) assisté

L'assistance au suicide en tant qu'acte de participation (criminelle) au suicide est jusqu'à nos jours très débattue dans les différents ordres juridiques et un consensus réel ne paraît pas à se dégager. L'Autriche l'interdit purement et simplement³⁵. La Suisse le permet pour des motifs autres qu'égoïstes³⁶ sans pour autant réglementer la matière de manière expresse³⁷. Les Pays-Bas ont instauré une interdiction de principe mais le médecin bénéficie d'une cause de justification s'il respecte certaines conditions légales. Ainsi, la loi pénale néerlandaise impose le respect des standards de prudence et de l'art de même que le fait qu'un médecin légiste procède à une autopsie à l'issue de laquelle il peut constater la régularité de la procédure³⁸.

³³ G. DUTTGE, F. FANTAZIU, M. KLING, *e.a.*, *Preis der Freiheit. Reichweite und Grenzen individueller Selbstbestimmung zwischen Leben und Tod*, 2e éd. Francfort-sur-le Main, 2006, p. 86 ; *contra* H. C. MÜLLER-BUSCH, *Sterbende sedieren?*, *Palliativmed*, 2004, pp. 107 et s.

³⁴ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, p. 59.

³⁵ C. pén. autrichien, art. 78.

³⁶ C. pén. suisse, art. 115.

³⁷ H. MOCK, « Euthanasie et suicide assisté », *Rev. Trim. D.H.*, 2004/57, pp. 56 et s.

³⁸ C. pén. néerlandais, art. 293 et 294 ainsi que S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, pp. 25 et s.

Le suicide assisté peut se comprendre comme une aide fournie par un tiers qui peut consister en la mise à disposition ou la préparation d'une injection intraveineuse de médicaments ou de substances létaux à l'aide desquels la personne qui en fait la demande a l'intention de mettre fin à ses jours tout en restant lui-même maître de l'acte suicidaire³⁹.

Selon une doctrine allemande bien établie, la théorie de la maîtrise de l'acte (*Tatherrschaftslehre*), est auteur de l'acte celui qui incarne non seulement l'*animus auctoris*, c'est-à-dire la volonté d'être auteur de l'infraction mais qui, dans les faits, exerce la mainmise sur l'accomplissement de chaque élément constitutif de l'infraction et le contrôle du déroulement de celle-ci⁴⁰. En vertu de cette théorie doctrinale, nous pouvons clairement distinguer l'auteur du complice ou l'assistant⁴¹. La personne qui souhaite se suicider c'est-à-dire bénéficier d'une assistance ou d'un suicide assisté agit ainsi tout à fait librement, sciemment et volontairement. Cette circonstance est soulignée par un consentement libre et éclairé sans que celui-ci ne puisse constituer une cause de justification⁴². L'impunité du médecin ou du tiers assistant serait alors *prima facie* assurée faute d'infraction principale punissable, le suicide n'étant pas punissable⁴³. Il convient alors de souligner que le patient doit être apte non seulement psychologiquement mais aussi physiquement d'exercer la maîtrise de l'acte. Il doit par exemple lui-même pouvoir manipuler le dispositif médical lui permettant une injection intraveineuse de pentobarbital sodique. Le médecin ne peut pas le faire à sa place parce que le patient perdrait ainsi la maîtrise de l'acte légal⁴⁴.

Les autres éléments constitutifs sont les mêmes que ceux de l'euthanasie active⁴⁵.

³⁹ En ce sens, B. MOUFFE, « Droit au suicide assisté/secondé ou euthanasie par compassion », in *Le droit de mourir*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 356.

⁴⁰ R. MAURACH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, Müller, 1971, 4^e éd., § 49, II, C., 2.

⁴¹ C. H. BECK, 2001, 2^e éd., p. 75 ; voy. également, C. pén. allemand (ci-après StGB), § 25.

⁴² S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, op. cit., p. 128.

⁴³ *Ibidem* ; voy. en ce sens BGH, 4 juillet 1984, *BGHSt* 32, 367 ff. (sous réserve des particularités du droit allemand en la matière ; voy. *infra*, chapitre III).

⁴⁴ Voy. toutefois le jugement du tribunal du district de Boudry (Suisse) du 6 décembre 2010 qui a conclu à l'état de nécessité dans le cas où un médecin a accordé un suicide assisté (en réalité une euthanasie active) à une femme souffrant d'asphyxie causée par une sclérose latérale amyotrophique la rendant complètement paralysée. Toutefois la patiente conservait la motricité d'un pied ce qui l'a permise d'exprimer son consentement libre et éclairé afin que le médecin lui-même injecte finalement la substance létale ; J. MARTIN, « Assistance au suicide, état de nécessité et exception d'euthanasie. « A propos d'un jugement neuchâtelois récent. », in *Revue médicale suisse*, 2011, vol. 7, pp. 88-89, disponible sur URL : <https://www.revmed.ch/RMS/2011/RMS-277/Assistance-au-suicide-etat-de-needessite-et-exception-d-euthanasie.-A-propos-d-un-jugement-neuchatelois-recent>, consulté le 11 novembre 2019.

⁴⁵ V. *infra*, la notion d'euthanasie en droit belge, chapitre II, section 1^{ère}.

§ 2. L'accompagnement en fin de vie et soins palliatifs

A côté du suicide assisté, il y a d'autres alternatives qui ne poursuivent pas le même but et mettent en œuvre d'autres moyens. Le but de l'accompagnement en fin de vie n'est pas de procurer une aide à mourir mais bien d'une aide à vivre. Il se focalise davantage sur la promotion de qualité de vie restante que sur une terminaison de celle-ci. Pour d'aucuns, l'accompagnement constituerait ainsi une véritable alternative à l'euthanasie⁴⁶. L'idée est de reconnaître la mort comme une partie intégrante de la vie par la promotion de l'autonomie du malade en fin de vie, lui reconnaissant sa dignité. Ce postulat est atteint en accordant un soulagement effectif de ses douleurs, le tout dans une atmosphère de confort, sécurité, protection et de confiance mutuelle entre malade et accompagnant (professionnel)⁴⁷.

La véritable difficulté de l'accompagnement réside dans l'ambiguïté du rapport entre accompagnant et malade. D'une part, le malade souhaite de recevoir l'aide de la part de l'accompagnant mais d'autre part, il pourrait tout autant la refuser spontanément parce que sa perte d'autonomie serait alors apparente à l'égard de tout le monde. Les malades y voient une atteinte à leur dignité. En même temps, ils se focalisent plus que jamais sur leurs besoins élémentaires. Leur deuil se concentre sur leur perte d'autonomie c'est-à-dire la diminution constante de leurs facultés physiques et mentales tout en ayant la pleine conscience de cette perte. La balance entre peur et espoir devient très labile, leur langage en revanche particulier, créatif tout en étant clair comme du cristal⁴⁸. Face à la mort, les malades sont à l'apogée de leur lucidité et retrouvent leur capacité de discernement même en étant incapables. Un traitement qui vise à administrer des anesthésiants ou calmants comme quotidiennement pratiqué s'avère même contre-indiqué⁴⁹.

Les soins palliatifs s'inscrivent parfaitement dans cette logique d'accompagnement du malade et de ses proches à tous les niveaux de préoccupation. Telle est en tout cas la conception que partage le législateur belge. Les soins palliatifs sont ainsi définis de manière extrêmement

⁴⁶ D. MÜLLER, B. WISTUBA, Die Situation von Hospizarbeit und Palliative Care in Deutschland. Fakten, Bewertungen, Verbesserungsbedarf, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Berlin, 2014, p. 41.

⁴⁷ Wikipedia, Sterbebegleitung, disponible sur URL : <https://de.wikipedia.org/wiki/Sterbebegleitung>, mise à jour le 27 mars 2020, consulté le 17 mai 2020 (traduction libre).

⁴⁸ E. ENGELKE, « Jede Begegnung eine Konfrontation. Was Ärzte Pflegende und Angehörige wissen müssen, bevor sie mit Sterbenden sprechen », in *Praxis Palliative Care*, n° 24, 2014, pp. 36 s.

⁴⁹ En ce sens, P. MOOR (traduction allemande de J. ABEL), Die Freiheit zum Tode. Ein Plädoyer für das Recht auf menschenwürdiges Sterben. Euthanasie und Ethik, Rowohlt, Hambourg, 1973, p. 44.

large⁵⁰. Ainsi ils englobent tous les soins aussi longtemps qu'ils ont pour but de soulager les douleurs et de maximiser la qualité de vie. Il importe peu que l'espérance de vie restante du patient soit substantielle ou non pour autant qu'il est affecté d'une maladie qui « *se trouve à un stade avancé ou terminal, (est) évolutive et mettant en péril le pronostic vital* ». Il n'est pas non plus requis d'épuiser (raisonnablement) tous les traitements curatifs s'offrant au patient avant d'y recourir. La solution idéale serait toutefois un remplacement graduel des soins curatifs par les soins palliatifs au fur et à mesure de l'état d'avancement de la maladie et des besoins du malade. Parallèlement, l'article 11*bis* de la loi relative aux droits du patient⁵¹ prévoit lui aussi un droit au soulagement effectif des douleurs donc en d'autres termes le droit aux soins palliatifs.

La finalité poursuivie par les soins palliatifs est donc toute autre que celle poursuivie par l'euthanasie ou l'assistance au suicide. Alors que les soins palliatifs se calquent sur l'accompagnement et le maintien voire même l'accroissement de la qualité de vie couplés avec un soulagement des douleurs autrement insupportables ; l'euthanasie et le suicide assisté, en revanche, promettent un anéantissement des douleurs par la mort à l'aide d'un tiers. Les premiers étant tournés vers la vie, les seconds clairement tournés vers la mort.

Il ne reste pas moins, qu'il existe des situations où même les soins palliatifs n'arrivent pas à soulager la douleur du patient de manière satisfaisante en maximisant corrélativement sa qualité de vie. Les médecins palliatifs n'ont, dans ce cas, pas d'autre possibilité raisonnable que de recourir à l'*ultima ratio*, la sédation palliative voire terminale du patient. Celles-ci se focalisent principalement sur le soulagement des douleurs et dont la corrélation avec la maximisation de la qualité de vie dépend de la (stricte) nécessaire intensité de la sédation. L'équation de base est alors une toute autre que pour les autres actes relevant des soins

⁵⁰ Loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs, M.B., 26 octobre 2002, p. 49160. L'article 2, al. 3 définit la notion, al. 4 décrit les objectifs et al. 5 de la loi se penche sur le moment à partir duquel ils peuvent intervenir :

« *Il y a lieu d'entendre par soins palliatifs : L'ensemble des soins apportés au patient qui se trouve à un stade avancé ou terminal d'une maladie grave, évolutive et mettant en péril le pronostic vital, et ce quelle que soit son espérance de vie. Un ensemble multidisciplinaire de soins est garanti pour assurer l'accompagnement de ces patients, et ce sur les plans physique, psychique, social, moral, existentiel et, le cas échéant, spirituel.*

Les soins palliatifs offrent au malade et à ses proches la meilleure qualité de vie possible et une autonomie maximale. Les soins palliatifs tendent à garantir et à optimiser aussi longtemps que possible la qualité de vie pour le patient et pour ses proches et aidants proches.

Les soins palliatifs sont prodigués dès le moment où le patient est identifié comme palliatif jusqu'à et y compris la phase terminale. Les soins palliatifs peuvent également être entamés alors que des traitements (curatifs) sont encore en cours jusqu'aux soins liés pour les proches et aidants proches jusqu'après le décès. Idéalement, le recours aux soins palliatifs se fait de façon progressive en fonction des besoins et souhaits en matière de soins, quelle que soit l'espérance de vie. »

⁵¹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, M.B., 26 septembre 2002, p. 43719.

palliatifs : au fur et à mesure que l'intensité de la sédation doit être forte en vue de soulager les douleurs du patient de manière satisfaisante, au plus sa qualité de vie se détériore.

Il se pose alors ici inévitablement la question délicate de la distinction pratique délicate entre l'acte sédatif causant la mort relevant des soins palliatifs et le même acte, prohibé par la loi. Le premier serait donc expressément autorisé par la loi. Il ferait alors partie intégrante de l'art de guérir malgré la survenance de la mort comme effet secondaire non recherché de la sédation. Le deuxième acte cependant, aboutit au même résultat objectif mais avec un degré de probabilité se rapprochant de la certitude voire avec l'intention précise de donner la mort⁵².

Section 3. Applicabilité pratique des différents concepts

Dans la présente section, nous allons discuter de l'applicabilité pratique des différentes distinctions préétablies en se focalisant uniquement sur les notions d'euthanasie active, passive et indirecte⁵³. Ces différents cas de figure peuvent constituer des sources de confusion ce qui mène souvent à une qualification juridique prématurée voire erronée (§ 1^{er}) et prêtant de sérieuses difficultés de distinction claire dans le chef des médecins pratiquants (§ 2)⁵⁴.

§ 1^{er}. Risque de qualification juridique prématurée ou erronée

Les adjectifs « actif », « passif » et « indirect » qui accompagnent le mot euthanasie afin de classer les différents cas de figure sont juridiquement parfaitement appropriés à faire la distinction et en tirer les conséquences éventuelles sur le plan juridique, notamment pénal. Telle est au moins la thèse postulée par S. J. CHOI dans son ouvrage. Néanmoins, il paraît que les médecins sont généralement informés de manière peu satisfaisante sur les différents cas de figure, leurs critères de distinction et les conséquences juridiques à en tirer⁵⁵. N'est-ce pas plutôt un grand flou juridique qui règne la matière qui fait en sorte que les médecins ne perçoivent pas les distinctions en pratique ?

⁵² En ce sens, avis de la section de législation du Conseil d'Etat précédant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *op. cit.*, pp. 82 s.

⁵³ C. Roxin et U. SCHROTH, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3^e éd., Stuttgart, 2007, pp. 313 s.

⁵⁴ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, *op. cit.*, pp. 49-55.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 51.

Plus particulièrement dans les ordres juridiques où l'euthanasie ou d'autres mesures ne sont pas réglées expressément (par la loi), une grande insécurité juridique repose sur les épaules des praticiens. C'est cette insécurité juridique sur les limites du « légalement admissible » par rapport à « l'interdit pénal » combinée avec le manque d'information qui est la source de nombreuses qualifications juridiques erronées. Cette insécurité se traduit par une pratique « de ne rien faire » de peur de violer la loi pénale⁵⁶. Or même si l'euthanasie active est interdite, le médecin qui disposerait d'informations suffisantes sur les différentes alternatives légales de fin de vie, pourrait agir autrement.

Il est regrettable de constater les résultats décevants d'une enquête menée en Allemagne (où l'euthanasie active est formellement interdite⁵⁷). 13 % des médecins interrogés pensaient que l'interruption de nutrition artificielle équivalait à une euthanasie active ; 25,1 % pensaient que l'interruption d'un traitement utile et proportionné constituait une euthanasie active ; 26,6 % étaient certains que l'interruption de l'hydratation artificielle serait une euthanasie prohibée et même 48,8 % pointaient l'arrêt de la respiration artificielle comme contraire à la loi⁵⁸ bien que tous ces actes soient conformes à la loi (allemande) dans certaines conditions.

L'explication de ce résultat pourrait être la présence d'un biais psychologique dans le chef des médecins pratiquants. Celui-ci empêcherait une qualification correcte de l'acte à entreprendre et mènerait ainsi à une qualification prématurée. L'adjectif « actif » suggère une action active qui provoquerait la mort. Elle est associée au niveau éthico-médical à la violation du serment d'Hippocrate et constituerait ainsi un acte répréhensible. En revanche, les adjectifs « passif » et « indirect » suggèrent une simple omission et donc point d'action quelconque qui pourrait « salir » les mains et la conscience du médecin. Nous acceptons plus aisément l'admissibilité des omissions au niveau éthico-médical⁵⁹. Or, nous avons déjà vu que le critère de distinction entre euthanasie active et passive ne réside pas dans la nature active ou passive de l'action ou la suite d'actions précédant la mort. C'est bien le degré d'interférence exclusif ou non avec le cours normal (fatal) de la maladie qui constitue ce critère.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 52.

⁵⁷ Voy. § 216 StGB (*Tötung auf Verlangen*).

⁵⁸ M. WEBER, M. STIEHL, J. REITER, *e.a.*, Ethische Entscheidungen am Ende des Lebens: Sorgsames Abwägen der jeweiligen Situation, *DÄBl.*, 2001, A 3184 et s. Une enquête datant de 2005 montre des résultats similaires, voy. B. VAN OORSHOT, A. TIETZE, N. NICKEL, *e.a.*, Einstellungen zur Sterbehilfe und zur Patientenverfügung – Ergebnisse einer Befragung von 727 Ärzten, *DMW*, 2005, pp. 261 s.

⁵⁹ J. VOLLMANN, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 2 - Sterbebegleitung, 2e éd. révisée, Berlin, 2003, pp. 3 et s.

§ 2. Risque de difficulté de distinction pratique

Un deuxième argument souvent utilisé par les détracteurs de la terminologie actuelle des différentes conceptions d'euthanasie est qu'il est quasi impossible de les distinguer en pratique. Ils réclament des distinctions qui sont plus adaptées à la pratique parce que plus maniables. Seuls des cas de figures comparables pourraient, selon eux, faire partie d'une même réglementation juridique. Leur appellation terminologique devrait précisément montrer *prima facie* en quoi telle mesure médicale de fin de vie se distinguera de toutes les autres formant un groupe de cas de figure comparables⁶⁰.

En réalité, ce problème de distinction n'est que le deuxième volet du même problème rencontré dont le premier volet est déjà exposé au paragraphe précédent. Les deux volets n'existent pas l'un indépendamment l'un de l'autre mais sont interdépendants et se renforcent mutuellement. Supposons que le médecin essaie d'abord de qualifier juridiquement l'acte qu'il entend pratiquer afin de s'assurer de la légalité de son action. S'il est déjà peu ou pas informé sur le contenu et les critères de distinction de chaque cas de figure, il va, *a fortiori*, avoir la difficulté de les distinguer en pratique et *vice versa*. Ce manque d'information combiné avec l'insécurité juridique due à l'absence de réglementation crée une alchimie dangereuse qui contamine la relation confidentielle entre patient et médecin.

En plus, ce n'est pas la finalité d'une terminologie qualificative d'attacher aux cas de figure qu'elle englobe des effets juridiques propres, ni à chaque catégorie abstraite, ni au cas d'espèce qui en découle. Sa fonction unique est de classer en labelisant de mêmes termes une catégorie abstraite de faits similaires ou comparables en vue de les distinguer de toutes les autres classifications possibles. De cette classification phénoménologique à fonction d'ordre ne découle pas *ipso facto* une appréciation normative. L'admissibilité sur le plan juridique (et éthique) ne peut point être extraite de la seule qualification terminologique même si des implications normatives sont souvent sous-entendues. L'appréciation normative nécessite un examen en droit (pour ce qui nous concerne) des différents cas de figure se fondant sur des critères et principes juridiques préétablis⁶¹. L'examen juridique des catégories abstraites de faits

⁶⁰ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit* *op. cit.*, p. 54.

⁶¹ A. ESER, *Erscheinungsformen von Suizid und Euthanasie – Ein Typisierungsversuch*, in *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, 1ère éd., Stuttgart, 1976, p. 4.

est dans le giron du législateur et relève de la compétence des cours et tribunaux pour les cas d'espèces qui en découlent. Un simple changement de terminologie n'y modifie rien⁶².

⁶² En ce sens, G. DUTTGE, F. FANTAZIU, M. KLING, *e.a.*, Preis der Freiheit. Reichweite und Grenzen individueller Selbstbestimmung zwischen Leben und Tod, *op. cit.*, p. 5.

Chapitre II. La pratique de l'euthanasie en droit belge

A l'instar de ce chapitre, on se focalisera sur la pratique existante de l'euthanasie, légalisée en Belgique depuis 2002. D'abord, on se posera des questions relatives au concept belge de l'euthanasie, défini à l'article 2 de la loi relative à l'euthanasie, ses éléments constitutifs et délimitations. A l'instar de la première section, on s'occupera également des considérations concernant la légalité d'autres mesures liées à la fin de vie. Ensuite, on examinera les conditions de fond les plus importantes communes à toute euthanasie de même que l'interprétation que confère la Commission de contrôle et d'évaluation à celles-ci (section 2). Une dernière section sera consacrée à l'argument souvent invoqué de la « pente glissante ». On analysera plus précisément si les préoccupations d'aucuns se confirment dans les faits ou, au contraire, s'il n'y a pas de raisons de se soucier de l'état du droit actuel en matière d'euthanasie (section 3).

On précisera d'avance qu'on ne peut traiter, dans le cadre du présent mémoire, toutes les conditions légales de manière exhaustive. C'est pourquoi on renvoie à la loi pour le surplus des conditions notamment celles ayant trait aux formalités *ex ante* et *ex post*. Le but étant de pouvoir effectivement et efficacement comparer ce qui est plus ou moins comparable dans les deux ordres juridiques belge et allemand illuminés dans le présent mémoire. Enfin, cette sélection des conditions les plus importantes permettra de synthétiser d'une manière aussi prégnante et performante en guise de conclusion.

Section 1^{ère}. L'euthanasie et d'autres mesures (médicales) liées à la fin de vie en droit belge

§ 1^{er}. Définition de l'euthanasie

L'euthanasie peut se comprendre comme « *toute action ou omission qui, de soi et dans l'intention, provoque la mort d'un malade afin de le délivrer de ses souffrances. L'action euthanasique consiste en l'administration active, par la bouche ou par injection intraveineuse, d'une (substance) létale (...) ou d'une combinaison de produits toxiques (...)* »⁶³ « *dont on sait qu'ils entraînent une mort douce et sans souffrance (...) et dont chacun n'est pas mortel, mais*

⁶³ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie en Belgique, *op. cit.*, p. 13.

dont la combinaison et le surdosage entraînent la mort »⁶⁴. « L'omission euthanasique consiste en la privation de soins ou traitements utiles et proportionnés »⁶⁵.

Cette définition se distingue de l'article 2 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie⁶⁶ qui définit l'euthanasie que dans son acception active étant « l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci ».

Il importe alors de bien dénommer les choses afin de pouvoir dégager les différences, parfois subtiles avec d'autres mesures liées à la fin de vie. Celles-ci ne font pas partie du champ d'application de la loi belge et ne peuvent donc être appelées euthanasie au sens de cette même loi⁶⁷.

C'est pour cette raison que l'examen des éléments constitutifs de la définition belge s'avère utile.

§ 2. Ses éléments constitutifs et délimitations

A la lecture de l'article 2 de la loi se dégagent cinq éléments constitutifs de toute euthanasie, à savoir la présence d'un acte actif (A.) pratiqué par un tiers (B.) qui provoque la mort (C.) dans l'intention de le provoquer (D.) à la demande du patient (E.)⁶⁸. Se basant sur ces éléments, on peut distinguer l'euthanasie active telle que régie par la loi belge de toutes les autres mesures relatives à la fin de vie.

A. Un acte actif

L'euthanasie au sens de la loi est nécessairement un acte actif c'est-à-dire une action positive qui est la cause *sine qua non* du décès. Ce dernier ne serait pas intervenu tel qu'il s'est produit *in concreto*, en absence du geste euthanasique⁶⁹. L'omission cependant n'est pas en lien causal direct et immédiat avec le décès et ne constitue pas non plus la *conditio sine qua non* de celui-ci. Le décès survient ici à cause de la pathologie qui poursuit son cours normal avant d'aboutir à l'issue fatale⁷⁰. On doit néanmoins reconnaître qu'il existe au moins un lien de

⁶⁴ J. POHIER, La mort opportune, Le droit des vivants sur la fin de leur vie, Seuil, Paris, 1998, p. 125.

⁶⁵ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie en Belgique, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁶ M.B., 22 juin 2002, p. 28515. Ci-après appelée « la loi ».

⁶⁷ En ce sens, A. CAMUS, La peste, Gallimard, Paris, 1947, p. 231 et A. CAMUS, L'homme révolté, Gallimard, Paris, 1951, p. 296.

⁶⁸ B. MOUFFE, « Chapitre VI – Droit à l'euthanasie volontaire » in *Le droit à la mort*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 312 ; en ce sens avis de la section de législation du Conseil d'Etat, précité, p. 75.

⁶⁹ Cass., 30 mai 2001, *Pas.*, I, p. 994.

⁷⁰ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie en Belgique, *op. cit.*, p. 17.

causalité eût-il indirect entre l'omission et le décès. En outre, l'omission est bien et belle une condition *sine qua non* mais non la condition *sine qua non* (exclusive) du décès.

Ainsi n'est donc point une euthanasie au sens de la loi, le refus « d'acharnement thérapeutique » et le refus ou l'abandon d'un traitement tout court. Ce faisant, le médecin ne pratique pas un acte actif qui est en lien causal direct et immédiat avec le décès constituant la condition *sine qua non* (exclusive) de celui-ci.

B. L'intervention d'un tiers

En dépit du prescrit de l'article 2 qui parle assez curieusement de « tiers », ce tiers ne peut être autre qu'un médecin sauf à vider la loi complètement de sa substance⁷¹. En effet, c'est uniquement le médecin, à l'exclusion du patient, qui a la maîtrise matérielle sur l'acte euthanasique c'est-à-dire qui est à l'initiative matérielle exclusive de l'acte. Pourtant, cette circonstance ne peut avoir pour effet que le patient ne puisse refuser l'euthanasie *in extremis*. Le patient participe ainsi à l'acte sans en être l'acteur.

Ainsi n'est donc pas à considérer comme euthanasie au sens de la loi, un suicide, l'aide au suicide, aussi appelé suicide assisté⁷² (connu en droit suisse notamment⁷³). En l'occurrence, c'est uniquement le patient lui-même à l'exclusion de toute autre personne qui a la maîtrise matérielle sur l'acte léthal dans le cadre d'un suicide assisté⁷⁴.

C. Un acte ayant provoqué la mort

Il faut nécessairement que l'acte euthanasique ait occasionné la mort du patient. L'acte euthanasique n'est donc point accompli si ce résultat n'est atteint. Il s'impose alors au médecin de s'assurer préalablement compte tenu des règles de l'art et de la bonne pratique médicale que son intervention aboutira à ce résultat sous peine d'engager sa responsabilité pénale (et civile).

Toute « tentative d'euthanasie » ou tout autre délit contre les personnes sont ainsi exclus du champ d'application de la loi et ne bénéficient pas de la protection accordée par celle-ci.

⁷¹ Voy. également, loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515, art. 3, §1^{er}, *in limine*.

⁷² Sur la problématique du suicide assisté, not. l'écart entre le champ d'application de la loi belge et la pratique, voy. *infra* (§ 3, A.).

⁷³ C. pén. (suisse), art. 115 *a contrario*. Il faut néanmoins que le patient garde la maîtrise de l'acte euthanasique de sorte qu'il s'administre le médicament léthal lui-même sous peine que le tiers se rende coupable d'homicide sur demande de la victime en violation de l'article 114 du C. pén. ; voy. ainsi, Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin NEK-CNE, « Beihilfe zum Suizid », avis, n° 9/2005, Berne, juillet 2005, pp. 9 et s.

⁷⁴ *V. supra*.

D. L'intention de provoquer la mort

L'intention de provoquer la mort étant le seul élément subjectif, il suppose la présence dans le chef du médecin d'un dol général⁷⁵, celui de mettre intentionnellement fin aux jours de son patient. L'acte euthanasique doit alors être porté en connaissance de cause (sciemment) et délibérément (volontairement)⁷⁶. Le mobile qui sous-tend l'acte euthanasique est sans importance à cet égard⁷⁷.

Le fait que le dol soit direct ou éventuel n'est pas pris en compte au stade d'appréciation d'une éventuelle culpabilité pour meurtre ou assassinat. Il est nécessaire mais il suffit que le dol général fût présent au moment de la commission de l'acte⁷⁸. Toutefois, en cas de « tentative d'euthanasie », ce dol général doit être nécessairement direct pour constituer une tentative de meurtre ou d'assassinat⁷⁹.

Ainsi n'est donc pas compris dans le champ d'application matériel de la loi, à l'instar de tout traitement qui pourrait avoir pour conséquence possible (et même probable) la mort, la sédation profonde et continue (connu du droit français notamment⁸⁰).

E. La demande du patient

Enfin, l'euthanasie suppose le consentement libre et éclairé du patient et le respect de certaines conditions de fond et de forme avant et après la réalisation de l'euthanasie. Le respect des conditions légales de la pratique d'euthanasie enlève le caractère illicite au comportement du médecin qui agit alors conformément à la loi⁸¹. L'euthanasie serait alors une cause de justification des homicides sinon pénalement répréhensibles⁸². La section législation du Conseil d'Etat a même conclu à la possibilité pour le médecin d'invoquer valablement l'état de

⁷⁵ L'avis de la S.L.C.E., précité, p. 75.

⁷⁶ Cass., 23 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1550, n° 624. Cette constellation, à elle seule, renvoie au dol général.

⁷⁷ Cass., 5 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 127, n° 73.

⁷⁸ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, Manuel de droit pénal général, Anthemis, LLN, 2010, p. 275.

⁷⁹ Corr. Neufchâteau, 8 janvier 2008, R.R.D., 2008, p. 329, note A. LORENT, « L'élément moral de la tentative de meurtre ».

⁸⁰ Loi (française) n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF*, n° 95, 23 avril 2005, p. 7089 ; loi dite « Léonetti » qui a inséré un dernier alinéa à l'article L. 1110-5 du code de la santé publique: « Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie, il doit en informer le malade (...), la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical. »

⁸¹ T. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2019, pp. 97 et s., voy. également, Cass., 27 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1249 et Cass., 21 avril 1998, *Bull.*, 1998, p. 464.

⁸² Telle est au moins l'interprétation la plus plausible à la lecture de l'article 3, §1^{er}, al. 1^{er}, *in limine* de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie : « Le médecin qui pratique l'euthanasie ne commet pas d'infraction si ... ».

nécessité⁸³ devant les juridictions pénales. Ainsi, serait justifié un acte euthanasique pratiqué en dehors des conditions légales mais commandé par le conflit de valeurs inhérent à la situation à laquelle il était confrontée⁸⁴.

Le seul consentement de la victime d'attenter à sa vie ne peut en revanche jamais être considéré comme cause justifiant le recours à l'euthanasie⁸⁵.

§ 3. Considérations sur la légalité d'autres mesures liées à la fin de vie

Partant des constats sur les éléments constitutifs et les délimitations par rapport à d'autres mesures liées à la fin de vie, la question de la légalité d'autres mesures liées à la fin de vie peut également se poser. On essaiera d'y répondre pour les cas les plus délicats, à savoir le suicide assisté et la sédation ayant entraîné la mort.

A. Le suicide assisté

La loi belge ne décrit pas la manière exacte l'euthanasie doit prendre afin de savoir qui a la maîtrise matérielle de l'acte mais une interprétation strictement littérale de l'article 2 de la loi paraît de livrer une réponse univoque.

L'article 2 parle bien d'un tiers qui pratique l'euthanasie ce qui sous-entend que c'est exclusivement le médecin qui a la maîtrise de l'acte euthanasique. C'est exclusivement ce dernier qui, dans les faits, exerce la mainmise sur l'accomplissement de chaque élément constitutif de l'euthanasie⁸⁶ et le contrôle du déroulement matériel de celle-ci⁸⁷. Il n'en découle pas qu'il pourrait empêcher le patient de refuser l'euthanasie *in extremis*.

On peut légitimement s'interroger si la circonstance que le consentement du patient doit être présent jusqu'à l'injection létale⁸⁸, lui empêchant *de facto* de révoquer son consentement, n'est peut-être pas un indice que la *Tatherrschaft* de l'acte euthanasique repose en réalité sur le patient et non sur le médecin.

⁸³ Sur cette notion, voy. Cass., 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1061, n° 535 ; R.C.J.B., 1989, pp. 588 et s., note d'A. DE NAUW, Cass., 28 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 245.

⁸⁴ Avis de la section législation du Conseil d'Etat, précité, p. 73.

⁸⁵ F. TERRE, D. FENOUILLET, Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité - Protection, Dalloz, Paris, 2013, n° 95.

⁸⁶ R. MAURACH, Strafrecht Allgemeiner Teil, *op.cit.*, § 49, II, C., 2.

⁸⁷ E. SAMSON, Strafrecht II, 3^e éd., s.l., 1980, p. 72.

⁸⁸ Voy. point E., « à la demande du patient » qui implique la condition nécessaire du consentement libre et éclairé du patient et son corollaire de pouvoir le retirer à tout moment.

En vue de résoudre cette controverse, on va procéder à une autre lecture de l'article 2, cette fois-ci dans son ensemble, de manière à la fois littérale et systémique. Il se déduit de cette lecture que les volontés des deux protagonistes concourent (harmonieusement) mais que le patient peut retirer son consentement à tout moment. Ce retrait aurait pour effet de simplement mettre à néant la maîtrise matérielle de l'acte initialement dans les mains du médecin, le cas échéant, nonobstant sa volonté contraire. Une euthanasie serait ainsi (heureusement et supposons que le comportement du médecin demeure légal) évacuée de la sphère objective d'action des deux protagonistes. Dans ces circonstances, il ne s'agit point d'un changement de la *Tatherrschaft* parce que l'acte euthanasique devient en quelque sorte caduque par fin anticipée. Un changement de la *Tatherrschaft* supposerait cependant la continuité de la *Tat* initiale mais contrôlée ou maîtrisée par une autre personne qui se substitue à la première.

En outre, de l'apposition grammaticale « (...) acte, pratiqué par un tiers, qui (...) » contenue dans le libellé de l'article 2 se déduit que l'acte intentionnel provoquant la mort est nécessairement œuvre du médecin. C'est l'acte qui émane du médecin qui est en lien causal direct avec la mort du patient. Certes, le médecin est tiers au sens qu'il est nécessaire pour l'acte euthanasique et la procédure antérieure et ultérieure à celle-ci. Il occupe néanmoins une relation particulière en vue du bon déroulement de l'euthanasie. Cette relation est si particulière qu'il incarne et extériorise la *Tatherrschaft* sans être la personne principale visée par la loi et indépendamment de l'existence d'une « deuxième » personne dans cette constellation⁸⁹.

Il reste à constater que l'article 2 de la loi est très mal libellé quant à la question de savoir si la *Tatherrschaft* repose sur le patient ou le médecin. On ne sait même pas, *prima facie*, si cet élément importe dans la définition belge de l'euthanasie. Ainsi, on ne peut en déduire que sont réglés à la fois et l'euthanasie active et le suicide assisté ou que l'une ou l'autre de ces mesures. La question est d'une importance pratique énorme pour le médecin parce que celui-ci doit respectivement savoir s'il doit ou non respecter les conditions d'application légales afin de ne pas se rendre pénalement punissable.

Enfin, l'avis de la section législation du Conseil d'Etat (ci-après S.L.C.E.) sur la proposition de loi relative à l'euthanasie ainsi que les travaux parlementaires précédant la loi ne manquent pas de clarté et viennent tracer précisément le champ d'application matériel de la loi.

⁸⁹ Wikipedia, Dritter, disponible sur URL : <https://de.wikipedia.org/wiki/Dritter#Recht>, mise à jour le 8 août 2019, consulté le 13 novembre 2019 (traduction libre).

La S.L.C.E rejette la possibilité que le champ d'application de la loi relative à l'euthanasie s'étend au suicide assisté. Par le simple examen des conditions d'application de la loi, énonçant que le suicide assisté concerne « *un acte principal - le suicide - qui n'est pas posé par un médecin* »⁹⁰ se fondant ainsi sur le critère de la *Tatherrschaft*, la S.L.C.E. écarte toute controverse sur ce point. Elle regrette cependant le défaut de réglementation légale expresse de cette mesure (médicale) de fin de vie. La *Tatherrschaft*, étant le seul critère distinctif entre euthanasie active et l'assistance au suicide en ce qu'elle repose dans le premier cas sur les épaules du médecin et dans le deuxième cas sur les épaules de la personne désireuse de mourir, quoique objectif, ne paraît pas à lui seul justifier une non-réglementation de cette initiative. Cette recommandation n'a toutefois pas été suivie par le législateur malgré diverses propositions et amendements en ce sens⁹¹.

Le médecin qui pratique un suicide assisté ne serait pas pénalement responsable faute d'infraction principale à laquelle il pourrait participer au sens des articles 66 à 69 du Code pénal, le suicide n'étant pas une infraction pénale⁹². En revanche, une condamnation pour non-assistance à personne en danger resterait néanmoins envisageable. La S.L.C.E. fait en outre remarquer que ce traitement défavorable du médecin n'est pas raisonnablement justifié à l'égard des articles 10 et 11 de la constitution. Le médecin pratiquant une injection euthanasique est protégé par la loi contre des éventuelles poursuites pénales dans l'hypothèse où les conditions légales soient respectées ; le médecin pratiquant un suicide assisté dans les mêmes conditions ou dans des conditions équivalentes pourrait cependant faire l'objet de poursuites sur base des articles 422bis et *ter* du Code pénal. Cet argument est également valable lorsque le suicide assisté est exercé hors contexte médical dans le respect des conditions légales ou équivalentes. La S.L.C.E. constate à ce propos « *qu'il n'y a guère de différence, quant à la nature même du comportement visé et des intentions de la personne assistant une personne suicidaire, entre*

⁹⁰ Avis de la S.L.C.E, précité, pp. 75 et s.

⁹¹ Projet de loi du 6 décembre 2001 relative à l'euthanasie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 50-1488/002, p. 1. Ce projet comptait d'insérer un article 2, al. 2 dans la proposition vue de définir l'assistance au suicide comme étant « *le fait d'aider intentionnellement une personne à se suicider ou de lui en procurer les moyens* » ; T. GIET, A. VAN DE CASTEELE, A. BARZIN, *e. a.*, Rapport du 23 avril 2002 fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 50-1488/009, p. 187.

⁹² *Contra*, F. RIGOUX, « L'avis du Conseil d'Etat belge sur la dépénalisation de l'euthanasie et le droit aux soins palliatifs », *Rev. tr. D. H.*, 2002/49, p. 276. Cet auteur est en faveur de l'application du droit commun, c'est-à-dire de l'application des articles 393 à 397 du Code pénal pour les actes d'assistance au suicide indépendamment du respect des conditions légales de l'euthanasie. Vu que la matière n'est pas réglementée de manière expresse, on retomberait sur le droit commun mais cette argumentation ne peut être accueillie parce que pour fonder le caractère infractionnel de la participation, le fait de base auquel il est participé doit lui-même revêtir le caractère d'infraction pénale, le suicide n'étant précisément pas une infraction, la participation à celui-ci demeure légale. Le principe de légalité des infractions (et des peines) serait violé (art. 12, al. 2 et 14 de la constitution).

l'euthanasie au sens de l'article 2 de la proposition de loi et l'assistance médicale au suicide »⁹³.

Une autre lecture qu'on peut faire de l'avis de la S.L.C.E. est qu'il invite, sur base des articles 10 et 11 de la constitution, d'étendre le champ d'application de la loi relative à l'euthanasie aux actes de suicide médicalement assisté. Ce faisant, les actes de suicide assisté seraient subsumés sous le régime de la loi. Le médecin devrait respecter les conditions légales de l'euthanasie et son comportement serait alors justifié à l'égard de la loi pénale. Une condamnation pour non-assistance à personne en danger serait ainsi exclue⁹⁴. Cette discrimination, une fois disparue, donnerait naissance à une autre inconstitutionnalité.

L'interprétation susmentionnée ne peut être suivie parce qu'appliquer les articles 10 et 11 de la constitution de cette manière reviendrait à incriminer implicitement l'assistance au suicide pratiqué sans avoir respecté les conditions de la loi sur l'euthanasie. Or cette incrimination sans base légale constituerait une violation des articles 12, al. 2 et 14 de la constitution. Seraient violés plus précisément le principe *nullum crimen sine lege* et l'interdiction corrélatrice d'interprétation par analogie en matière pénale.

Bien que les députés aient discuté de la possibilité d'insérer dans le code pénal un article 397bis et ter en vue d'incriminer respectivement l'homicide à la demande de la victime et l'assistance au suicide, cette alternative fût toutefois avortée *in fine*. La proposition d'insérer un nouvel article 417bis en vue de créer un état de nécessité spécifique si le suicide assisté ou l'euthanasie sont commandés en vue de protéger une personne contre des traitements inhumains et dégradants voire de la torture n'a pas d'avantage convaincu le législateur⁹⁵.

Résumons. La S.L.C.E. considère le suicide assisté comme légal pourvu que le tiers aidant respecte les conditions légales de la loi relative à l'euthanasie ou des conditions équivalentes hors contexte médical. En vue d'appuyer sa thèse, elle prône une application des articles 10 et 11 de la constitution par analogie afin de rendre applicable la loi relative à

⁹³ Avis de la S.L.C.E., précité, pp. 85 et s., spéc., p. 86.

⁹⁴ T. GIET, A. VAN DE CASTEELE, A. BARZIN, e. a., Rapport du 23 avril 2002, *op. cit.*, p. 163, note de bas de page n° 23 ; en ce sens, Commission fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie, Sixième rapport aux chambres législatives, années 2012 - 2013, disponible sur URL : https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale_controle_en_evaluatiecocommissie_euthanasie-fr/19097638_fr.pdf, consulté le 11 décembre 2019, p. 56 ainsi que l'avis du Conseil national de l'ordre des médecins du 22 mars 2003 relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de vie, *Bulletin*, vol. XI, juin 2003, p. 4.

⁹⁵ L'état de nécessité serait justifié par « *la souffrance ou à l'état de détresse, constant, insupportable et inapaisable, d'un patient atteint d'une affection incurable, pour autant que le médecin ait respecté les conditions et les procédures définies par la loi (...)* » ; GIET, A. VAN DE CASTEELE, A. BARZIN, e. a., Rapport du 23 avril 2002, *op. cit.*, p. 306 et projet de loi du 6 décembre 2001, précité, p. 9.

l'euthanasie au suicide assisté. Cette application aurait pour effet que le tiers aidant ne commet pas d'infraction mais devrait respecter les conditions légales de l'euthanasie.

Or, cette lecture de l'avis à la lumière de la constitution manque en droit. Elle ne peut être que partiellement approuvée. Faute de base légale prévoyant l'incrimination spécifique du suicide assisté et considérant l'inapplicabilité par analogie des articles 10 et 11 de la constitution au suicide assisté, sauf pour ce qui concerne l'impunité du tiers aidant ; le critère de la *Tatherrschaft* est en soi objectivement suffisant pour fonder un acte autonome, distinct de toutes les autres mesures liées à la fin de vie, notamment l'euthanasie. Partant de ce constat, on ne peut que conclure à la légalité inconditionnelle du suicide assisté aussi longtemps que la personne désireuse de mourir incarne la *Tatherrschaft* et agit de manière libre et éclairé. Toute autre lecture violerait les articles 12, al. 2 et 14 de la constitution.

B. La sédation entraînant la mort

Concernant la sédation profonde et continue, la S.L.C.E. fait remarquer dans son avis⁹⁶ que cette pratique est autorisée par la loi sur les soins palliatifs. Elle constitue désormais un acte médical faisant partie intégrante de l'art de guérir⁹⁷. Le médecin qui la pratique ne sera pas poursuivi pénalement même en cas de mort du patient sauf au ministère public d'établir la preuve contraire que le médecin a abusé de l'autorisation légale. Le médecin pratiquant ne devra pas non plus respecter les conditions strictes de la loi relative à l'euthanasie. Il pourra simplement se contenter d'opposer l'autorisation de la loi sur les soins palliatifs.

La section continue en se penchant sur différents cas de figure possibles de la sédation. Elle évoque ceux déjà examinés à l'instar du paragraphe spécialement dédié à la sédation continue et profonde, à savoir la sédation palliative et terminale. En même temps, d'autres questions surgissent. D'une part relative au contenu des soins palliatifs en absence d'une définition respectant le principe constitutionnel de légalité et d'autre part relative à la difficulté de distinguer soins palliatifs et acte euthanasique déjà décrite *supra*.

Pour conclure, elle recommande de préciser la notion de soins palliatifs. Au vu des deux propositions de loi systématiquement examinées, il ne serait pas clair si les sédations dont la mort s'ensuit relèvent des soins palliatifs ou tombent sous le régime de la loi relative à l'euthanasie. Cette opacité juridique subsiste parce que cette recommandation n'était pas suivie de réaction législative. Il demeure alors en réalité obscur si la sédation doit respecter les

⁹⁶ Avis de la S.L.C.E., précité, pp. 76-84.

⁹⁷ Loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs, précitée, art. 9.

conditions légales de l'euthanasie ou pas. C'est pourquoi d'aucuns réclament une obligation d'enregistrement des sédations. Le but étant de pallier les éventuelles euthanasies clandestines sans respect des conditions légales⁹⁸.

Toutefois, le médecin qui pratique une sédation pourrait toujours invoquer la théorie du double effet consacrée par la doctrine.

Le médecin qui se trouve face au conflit entre deux obligations - la première étant la protection de la vie du patient et la deuxième, le soulagement de sa souffrance - peut bénéficier de l'application de cette théorie. Le comportement du médecin est justifié en ce sens qu'on considère que pour soulager effectivement les souffrances du patient, il est loisible qu'on va en même temps potentiellement abrégé sa vie parce que c'est le moindre mal à devoir payer pour aboutir au soulagement effectif⁹⁹. Le médecin doit toutefois respecter certaines conditions en vue de recourir à la sédation palliative¹⁰⁰.

Primo, le médecin doit nécessairement ne disposer d'aucune alternative raisonnable de traitement qui ne comporte pas ce double effet. *Secundo*, l'acte à double effet fait partie des actes médicaux¹⁰¹ et est exercé selon les règles de l'art médicale et constitue une pratique légitime. Tel est notamment le cas lorsque l'action et l'intention du médecin coïncident sur le point de vouloir principalement soulager les souffrances. Pour ce faire, un effet secondaire non recherché possible et toléré est l'abréviation de l'espérance de vie du patient. *Tertio*, une appréciation de la proportionnalité s'impose entre l'acte positif recherché et l'acte négatif potentiel toléré (qui peut même être la mort du patient). Il ne faut cependant pas perdre de vue que les conditions de tout état de nécessité s'interprètent de manière stricte. Il en découle que l'invocation de la théorie du double effet ne peut devenir la règle¹⁰².

⁹⁸ Institut européen de Bioéthique, L'enregistrement des sédations palliatives palliera-t-il les euthanasies « camouflées » ?, publié le 05 février 2019, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/fr/actualite/fin-de-vie/euthanasie-et-suicide-assiste/l-enregistrement-des-sedations-palliatives-palliera-t-il-les-euthanasies-camoufflees-1345.html>, consulté le 11 décembre 2019.

⁹⁹ G. GENICOT, « L'euthanasie, l'assistance au suicide et les soins palliatifs », in *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 772 ; E. DELBEKE, Juridische kwalificatie van pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend effect : medisch handelen gerechtvaardigd op grond van het wettelijk voorschrift, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 46 ; Voy. aussi, Gand, mises acc., 9 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 39.

¹⁰⁰ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie en Belgique, *op. cit.*, pp. 17 et s.

¹⁰¹ Tel est le cas, voy. la loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs, précitée, art. 9.

¹⁰² On insiste néanmoins sur le renversement de la charge de la preuve opérée par la vraisemblance avec laquelle est invoquée une cause de justification. Le ministère public devrait alors prouver que la cause invoquée est dénuée de pertinence en espèce. Voy. Cass., 10 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 167 ; Cass., 21 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 464 ; Cass., 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 333.

Le patient capable de discernement doit y consentir comme c'est prévu pour tout acte médical en application de loi sur les droits du patient¹⁰³ sans que ce consentement ne puisse constituer une cause de justification de l'acte du médecin¹⁰⁴. Il doit plutôt s'entendre comme simple autorisation nécessaire à l'acte. La pratique de l'acte n'emporte pas renonciation de droits subjectifs si faute en lien causal avec un dommage il y a, et *a fortiori*, en cas d'intention dolosive de la part du médecin¹⁰⁵. Le principe du consentement libre et éclairé exprimé de manière explicite n'exclut pas qu'il existe des situations (urgentes) où le consentement du patient peut être implicitement mais certainement dégagé de son comportement¹⁰⁶.

Le patient incapable de discernement et donc empêché de fait ou de droit d'exprimer son consentement n'est pas *ipso facto* exclu du champ d'application *ratione personae* de la sédation. Son consentement pourra toujours être dégagé implicitement « *en considération des valeurs et souhaits qu'il a manifestés auprès de sa famille ou de l'équipe soignante* »¹⁰⁷, par délégation faite à sa personne de confiance ou encore prévue dans une déclaration anticipée¹⁰⁸. A titre tout à fait subsidiaire, c'est-à-dire en absence d'une indication susmentionnée ou en présence d'une situation d'urgence incompatible avec le recueil du consentement, le médecin est tenu d'œuvrer dans l'intérêt du patient ce qui ne semble pas signifier *ipso facto* le maintien en vie à tout prix¹⁰⁹.

Section 2. L'examen des conditions communes de fond de l'euthanasie sur demande actuelle

Nous examinerons dans la présente section uniquement les conditions de fond qui ont fait couler le plus d'encre. Ce sont celles qui sont soumises à l'interprétation (trop ?) extensive

¹⁰³ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée, art. 8.

¹⁰⁴ Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 11 ; *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 562, note A. DE NAUW ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, note G. GENICOT ; pourvoi sur Anvers, 30 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 749 ; *contra* toutefois Cour E.D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, spéc. §§ 83 – 85 concernant la pratique du sadomasochisme.

¹⁰⁵ Le consentement ne couvre ainsi pas la faute médicale mais bien l'aléa médicale ou le risque inhérent à la pratique médicale de la possibilité de devoir supporter des effets secondaires non désirés qui constituent donc en effet une erreur non fautive du médecin et n'engage point sa responsabilité. Cette affirmation est vraie tant au niveau civil qu'au niveau pénal concernant les (quasi-) délits commis par imprudence ou négligence dû au principe d'unicité d'interprétation des fautes qui sont à la fois constitutives d'infractions pénales et de dommages réparables. En revanche, pour ce qui concerne les infractions volontaires, cette affirmation est inexacte parce qu'elles dépassent les limites du consentement exprimé voire anéantissent ce dernier complètement en ce que l'intention dolosive du médecin aurait pour effet d'entrer en collision avec les conditions essentielles auxquelles le patient subordonne l'octroi de son consentement, c'est-à-dire ses attentes légitimes qui fondent son consentement.

¹⁰⁶ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée, art. 8, § 1^{er}, al. 2.

¹⁰⁷ E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie en Belgique*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée, art. 8, § 5.

de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation¹¹⁰. Cette commission a été créée initialement pour répondre au besoin d'un contrôle du respect des conditions légales qui entourent la pratique d'euthanasie et d'établir des rapports bisannuels sur la pratique¹¹¹. Petit à petit, il paraît néanmoins qu'elle fait quasiment œuvre juridictionnelle parce qu'elle n'hésite pas à interpréter les différentes conditions légales à l'issue de ses rapports¹¹².

Toujours dans un souci de comparaison effective et efficace entre les deux ordres juridiques, l'euthanasie des mineurs ainsi que le contrôle et l'évaluation de la commission en tant que tels ne seront pas abordés faute d'équivalent allemand en la matière. Cette deuxième section nous préparera enfin partiellement à l'examen du phénomène de la « pente glissante » dans la section suivante.

§ 1^{er}. Les conditions de fond subjectives

On présentera successivement le caractère volontaire de la demande ainsi que l'état mental qui doit l'accompagner. Le caractère volontaire est renforcé par les exigences de réitération (ou de durabilité) et de réflexion (A.). L'état mental nécessaire pour faire une telle demande est assuré, quant à lui, tant bien que mal par les circonstances que le patient doit être conscient et capable au moment de la demande (B.).

A. Le caractère volontaire, réitérée et réfléchie de la demande

La loi relative à l'euthanasie peut être considérée comme étant *lex specialis* par rapport à la portée générale de la loi relative aux droits du patient. L'article 8 de cette dernière, traitant du consentement, n'est donc pas applicable par analogie à l'euthanasie. Cette solution est *a fortiori* plus logique considérant que la loi relative à l'euthanasie prévoit expressément certains garde-fous afin de s'assurer du caractère libre et éclairé du consentement du patient. La finalité de ces verrous légaux est de protéger le patient vulnérable du fait de sa souffrance d'éventuels

¹¹⁰ B. MOUFFE, « Droit au suicide assisté/secondé ou euthanasie par compassion », *op. cit.*, pp. 397 et s. ; Loi relative à l'euthanasie, précitée, art. 3, § 1^{er}, 1^{er} - 3^e tiret.

¹¹¹ Loi relative à l'euthanasie, précitée, art. 6 à 9.

¹¹² Institut européen de bioéthique, Rapport de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de 2014, publié le 26 août 2014, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/fr/rapport/fin-de-vie/non-classes/rapport-de-la-commission-d-evaluation-euthanasie-2014-380.html>, consulté le 11 décembre 2019.

abus¹¹³. Le législateur entend ainsi de s'assurer du caractère sérieux et du bien-fondé de la demande d'euthanasie et non de la protection de l'ordre public¹¹⁴.

La demande doit revêtir un caractère volontaire. Notion générique, la volonté se concrétise par et en vertu du respect des dispositions de la loi qui s'y rapportent et doit être interprétée à lumière de celles-ci. Moyennant l'accomplissement des différentes obligations légales d'information, de concertation ou de consultation¹¹⁵, médecin et patient doivent aboutir à la conviction intime réciproque qu'il n'existe aucune autre alternative raisonnable à l'euthanasie (art. 3, § 2, 1° de la loi). Si le décès n'interviendra pas à brève échéance, un deuxième médecin est en outre consulté afin que celui-ci se penche également sur la question de la volonté (art. 3, § 3, 1°).

En effet, la loi n'exige pas un seuil absolu inatteignable de volonté. Elle n'exige même pas une volonté ferme consolidée dès le départ du processus d'euthanasie. La conviction intime réciproque sur l'*ultima ratio* se forge au fur et à mesure de tout un processus à l'issue duquel la volonté du patient doit se cristalliser de manière certaine.

Cette conception de la volonté est encore soulignée à la lecture de l'article 3, § 3, 2°. Il prévoit un délai minimal d'un mois entre la demande et l'acte euthanasique. Ce délai ne constitue pas un délai de réflexion mais bien un délai d'attente minimal obligatoire. La décision d'émettre une demande d'euthanasie est en réalité déjà murie en amont de sa concrétisation par demande écrite et ce délai serait de toute façon trop court pour se forger une décision sur un sujet si sensible et avec des conséquences irréversibles comme l'euthanasie¹¹⁶.

Le caractère réfléchi de la demande tend à assurer le caractère sérieux et bien-fondé de celle-ci. Il s'interprète à la lumière des circonstances concrètes ayant contribué à l'aboutissement de la conviction de recourir à l'euthanasie¹¹⁷.

¹¹³ Cour E.D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 ; L'arrêt constate qu'il y a des risques manifestes d'abus indépendamment de l'instauration de procédures protectrices particulières ou certains garde-fous mais qu'il incombait aux Etats parties à la Convention d'apprécier souverainement ce risque et de prévoir le cas échéant des mesures assouplissant l'interdiction générale d'homicide en concordance avec l'intensité du risque susmentionné (§ 74).

¹¹⁴ X. BIOY, « « *Moi aussi aujourd'hui, je rentre chez moi...* » », obs. sous C. const., arrêt n° 153/2015 du 29 octobre 2015, *Rev. Trim. D. H.*, 2016/107, p. 785.

¹¹⁵ Loi relative à l'euthanasie, précitée, art. 3, § 2, 1°, 4°, 5° et 6°.

¹¹⁶ Commission fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie, Huitième rapport aux chambres législatives, années 2017-2018, 2019, disponible sur : https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/8_rapport-euthanasie_2016-2017-fr.pdf, consulté le 11 décembre 2019 (ci-après : Huitième {Septième, etc.} rapport 2017-2018 {2015-2016, etc.}), p. 17.

¹¹⁷ *Ibidem*.

Enfin, la demande doit être réitérée ce qui « implique que le patient doit formuler sa demande plusieurs fois, soit oralement, soit par écrit. Une demande “réitérée”, en néerlandais “duurzaam” (durable) signifie que la demande persiste, y compris entre les répétitions. À cette fin, le médecin mène plusieurs entretiens avec le patient qui s’étalent sur un délai raisonnable, compte tenu de l’état de santé du patient »¹¹⁸.

B. Le patient nécessairement conscient et « capable »

Seul le patient conscient au sens médical du terme peut former une demande actuelle d’euthanasie conformément à la loi. « La conscience représente l'ensemble des sentiments et des pensées d'une personne et comprend la connaissance de sa propre existence, ses sensations, la perception et l'interprétation de son environnement et de son monde intérieur. (...) Pour le clinicien, la conscience nécessite à la fois l'éveil et la perception consciente du monde extérieur »¹¹⁹. A contrario, ne pourrait pas demander l’euthanasie par le biais d’une demande actuelle celui qui se trouve en état d’inconscience irréversible¹²⁰. De toute logique, cette personne s’en trouve empêchée de fait (et de droit).

Le deuxième critère relatif à l’état mental semble concerner, à la simple lecture du texte légal, « la capacité » de la personne désireuse de mourir. Admettons que serait visée ici la seule capacité d’exercice, c’est-à-dire l’aptitude juridique d’exercer ses droits et obligations soi-même¹²¹ « sans le secours de personne »¹²². Partant du constat que la capacité d’exercice est le principe et l’incapacité l’exception, il s’ensuit qu’un majeur ne peut être déclaré incapable que par et en vertu de la loi¹²³. Or, on n’imagine mal comment le médecin puisse vérifier cette condition. En effet, celui-ci devrait alors se renseigner sur l’éventualité d’un jugement d’incapacité prononcé par le juge de paix¹²⁴ vis-à-vis du patient qui demande l’euthanasie.

Son expérience professionnelle ne peut pas d’avantage l’éclairer vu qu’il s’agissait d’apprécier une notion juridique dont l’appréciation ne lui incombe pas. Bien que le Code civil

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ M.-E. FAYMONVILLE, G. LABORIT, H. LABORIT, e.a., « Coma », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], disponible sur URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/coma/>, consulté le 27 novembre 2019.

¹²⁰ Les personnes en état d’inconscience irréversible pourraient, quant à elles, bénéficier d’une euthanasie sur déclaration anticipée.

¹²¹ P. WERY, *Droits des obligations*, Volume 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n° 269.

¹²² J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, collection « A la recherche du droit », 4^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 308.

¹²³ P. WERY, op. cit., n° 271 ; en ce sens, Y.-H. LELEU, « Droit des personnes et des familles », *collection de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 157 ; C. civ., art. 492/1, § 1^{er}, al. 2 et § 2, al. 2.

¹²⁴ C. civ., art. 488/1 et 488/2 ainsi que les art. 492 et s.

exige un certificat médical circonstancié au sens de l'article 1241 du Code judiciaire en vue d'éclairer le juge de paix dans sa décision, le dernier mot appartient à ce dernier.

Nous le voyons, le critère de la capacité ne serait pas apte à protéger avec suffisamment de garanties effectives la vie du malade demandant euthanasie. Ce constat est *a fortiori* correct s'agissant des incapables qui se présentent devant le médecin, lui demandant d'être euthanasié. Les seuls cas théoriques où le juge de paix aurait effectivement déclaré spécialement incapable la personne de formuler une demande d'euthanasie ne semblent pas à convaincre du contraire¹²⁵. Nous devons prendre en compte également que la demande d'euthanasie n'est pas susceptible de faire l'objet d'une administration ou représentation. Cet acte est en effet considéré trop intimement lié à la personnalité de la personne protégée. La personne demeurera alors capable de principe de demander une euthanasie¹²⁶. Même en étant déclaré spécialement incapable, la personne protégée retrouvera le cas échéant la faculté de demander l'euthanasie. Il se pourrait en effet que le malade demande l'autorisation expresse du juge de paix de formuler la demande et que le juge y fasse droit.

La notion de « capacité » est en réalité une formulation malheureuse du législateur. Le législateur entend plutôt renvoyer vers la notion de « capacité » (mieux : la faculté) de discernement¹²⁷ déjà utilisée pour les mineurs (non émancipés)¹²⁸.

La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se pencher sur la notion de capacité de discernement dans son arrêt n°153/2015 à l'occasion des recours en annulation infructueux diligentés contre l'extension de la loi relative à l'euthanasie aux mineurs¹²⁹. La Cour la conçoit comme n'étant précisément pas « *un état absolu dont disposerait une personne à partir d'un certain âge et pour le reste de sa vie, pour toute situation vécue. Elle est évaluée pour chaque individu, face à une situation particulière. Elle doit être attestée pour chaque question nouvelle* »¹³⁰. Elle continue et définit la capacité de discernement comme « *la capacité (...) à*

¹²⁵ Gardons à l'esprit que la liste contenue à l'art. 492/1 C. civ. concernant les actes relatifs à la personne pour lesquels le juge de paix entend déclarer une incapacité, n'est pas exhaustive. Il se pourrait alors (en théorie) qu'un juge déclare incapable un malade mental de demander l'euthanasie.

¹²⁶ C. civ., art. 497/2, 18° *juncto* art. 492/1, § 1^{er}, al. 1 et 2.

¹²⁷ J. HERREMANS, Mourir dans la dignité : la loi belge relative à l'euthanasie, une réponse légale, s.l., Frontières, vol. 24 (1-2), 2011, p. 77.

¹²⁸ Il est d'ailleurs aussi utilisé par la majorité des praticiens ce qui explique les euthanasies de patients souffrant de maladies mentales progressivement dégénératives à un stade précoce de leur maladie. Voy. Institut européen de Bioéthique, L'euthanasie pour les personnes démentes : éléments de réflexions, 9 juillet 2019, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/docs/pdf/2019-08/doc-1565018837-986.pdf>, consulté le 12 décembre 2019.

¹²⁹ Loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, M.B., 12 mars 2014, p. 21053.

¹³⁰ C. const., 29 octobre 2015, n° 153/2015, B. 3.1, p. 28.

évaluer la portée réelle de la demande d'euthanasie, ainsi que les conséquences de cette demande »¹³¹.

Il se déduit de cette conception de la capacité de discernement de la personne dont les capacités mentales se trouvent gravement altérées ou abolies par la pathologie dont elle souffre n'est pas *ipso facto* exclue du champ d'application *ratione personae* de la loi. L'avantage de ce critère par rapport à la capacité est qu'il s'agit d'une notion factuelle que le médecin peut raisonnablement apprécier¹³². Le discernement s'apprécie *in concreto*, tenu compte de toutes les circonstances de l'espèce¹³³. Une personne qui souffre de démence, de la maladie d'Alzheimer ou d'une autre pathologie mentale pourrait ainsi formuler une demande d'euthanasie pourvu que sa capacité de discernement demeure intacte.

Cependant, la difficulté pour ces personnes est que leur mort n'intervient pas à brève échéance¹³⁴ voire sans aucune prévisibilité. Elles risquent « d'aller trop tôt » mais doivent en même temps veiller à ce que leur capacité de discernement ne se détériore pas à ce point qu'il leur devient définitivement impossible d'exprimer une demande valable. Dû au caractère souvent progressivement dégénératif de ces maladies, mieux vaut alors aller « trop tôt » que « trop tard » au risque de perdre des années de vie en relative bonne santé¹³⁵.

¹³¹ *Ibidem*, B. 36.1, p. 56.

¹³² Ça n'empêche le Conseil national de l'Ordre des médecins de confondre les deux notions et les conséquences juridiques à en tirer, voy. Conseil national de l'Ordre des médecins, Directives déontologiques pour la pratique de l'euthanasie des patients en souffrance psychique à la suite d'une maladie psychiatrique, 27 avril 2019, Bulletin 165, doc. 165002a, disponible sur : URL : <https://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/directives-deontologiques-pour-la-pratique-de-l-euthanasie-des-patients-en-souffrance-psychique-a-la-suite-d-une-pathologie-psychiatrique>, pp. 3 et 4, consulté le 11 décembre 2019.

¹³³ J. VANDENBERGHE, K. TITECA, F. MATTHYS, *e.a.*, Hoe omgaan met een euthanasieverzoek in psychiatrie binnen het huidig wettelijk kader? Adviestekst van de Vlaamse Vereniging voor Psychiatrie (VVP) over te hanteren zorgvuldigheidsvereisten, Kortenbergh, 2017, pp. 25-26.

¹³⁴ Sur cette notion, voy. Commission de contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie, Sixième rapport aux chambres législatives, années 2012 - 2013, *op. cit.*, consulté le 12 décembre 2019, pp. 54 et 55.

¹³⁵ Une déclaration anticipée d'euthanasie n'est pas non plus susceptible de remédier à cette impasse. Pour entrer dans le champ d'application de l'article 4 de la loi (traitant des déclarations anticipées d'euthanasie), la personne doit se trouver dans un état d'inconscience irréversible. Par ailleurs, la déclaration doit respecter les conditions de la loi relative à l'euthanasie. La condition selon laquelle celle-ci ne peut dater de plus de 5 ans à partir de la date de rédaction initiale ou de sa dernière modification a toutefois été supprimée par l'article 2, 1° de la loi du 15 mars 2020 visant à modifier la législation relative à l'euthanasie, *M.B.*, 23 mars 2020, p. 16623. En outre, une procédure similaire à celle concernant les demandes actuelles doit être respectée afin d'aboutir à l'euthanasie du déclarant. Le champ d'application de la déclaration anticipée est alors plus limité qu'on pourrait croire. Voy à ce sujet, Institut Européen de Bioéthique, La déclaration anticipée d'euthanasie, novembre 2019, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/docs/pdf/2019-10/doc-1572547920-462.pdf>, consulté le 11 décembre 2019, spéc., pp. 3 et 9 et s. et Institut européen de Bioéthique, L'euthanasie pour les personnes démentes : éléments de réflexions, 9 juillet 2019, *op. cit.*, p. 1.

§ 2. Les conditions de fond « objectives »

C'est sur les conditions de fond « objectives » de l'euthanasie que la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie a pris la plus forte imprégnation interprétative. Les conditions apparemment objectives ont ainsi été progressivement transformées en simulacre flexible soumis à la seule conviction dégagée à l'issue du colloque singulier entre médecin et patient.

A la lecture des interprétations fournies par la commission, il est possible d'établir deux techniques d'interprétation. La première est la technique d'élargissement et la deuxième la subjectivation des conditions de la loi. Les deux techniques poursuivent le même objectif : celui d'étendre le champ d'application *ratione personae* de la loi. Ainsi les conditions légales, déjà intrinsèquement libérales *ab initio*, vouées à une interprétation stricte comme toute disposition de nature pénale, sont de plus en plus vidée de leur substance parce que sans cesse minées par des interprétations de plus en plus extensives¹³⁶.

Les conditions de fond « objectives » sont abordées dans le présent paragraphe, notamment à la lumière de l'œuvre interprétatif de la Commission.

A. Une souffrance physique ou psychique insupportable et inapaisable

On peut comprendre que la condition de « souffrance physique » ne fait pas beaucoup de débats. Une fois diagnostiqué, ce type de souffrances est plus ou moins aisément objectivement vérifiable. Le législateur aurait pu rester là mais il a opté pour une approche strictement égalitaire des deux types de souffrances¹³⁷. La question de l'appréciation de la souffrance psychique comme étant « insupportable et inapaisable » était cédée à la pratique médicale. Telle est au moins le message implicite qu'a probablement déduit la Commission de ce manque de tangibilité de la notion de souffrance psychique. Composée de moitié de médecins¹³⁸ partisans et praticiens d'euthanasie¹³⁹, une telle débauche interprétative en faveur de l'euthanasie était plus qu'à attendre. Une telle démarche peut paraître humainement légitime mais pose de sérieuses questions juridiques qui dépassent largement le cadre comparatif du présent mémoire. Le législateur aurait certainement mieux fait d'utiliser le terme « douleurs »

¹³⁶ E. MONTERO, La genèse, la mise en œuvre et le développement de la loi belge relative à l'euthanasie, Dossier : La fin de vie : Préoccupations légales et éthiques, *Droit et Cultures*, 2018/1, pp. 141-163, n° 79.

¹³⁷ Réserve faite pour les mineurs non émancipés. Ils ne peuvent prétendre à l'euthanasie qu'en présence d'une souffrance physique.

¹³⁸ Loi relative à l'euthanasie, précitée, art. 6, § 2, al. 1^{er}.

¹³⁹ Voy. la composition actuelle de la Commission, Huitième rapport (2016-2017), 2018, p. 66.

au lieu de « souffrance » parce que les premiers sont plus objectivables, plus contrôlables et constituent² une notion plus étroite.¹⁴⁰

Une majorité au sein de la Commission fait valoir que « *la crainte d'évaluation dramatique future* » d'une pathologie psychologique constitue en soi une souffrance psychique au sens de la loi¹⁴¹. Le docteur W. DISTELMANN¹⁴² n'hésite pas à parler « d'euthanasies préventives » dans ces cas¹⁴³. Interprétant ainsi la notion de « souffrance psychique », la Commission élargit considérablement le nombre des cas de figure qui peuvent être subsumés sous la notion litigieuse. Cependant, une minorité considère que cette interprétation extensive va trop loin. En aucun cas, il n'était l'intention du législateur qu'une anticipation de souffrance puisse entrer dans le champ d'application de la loi. Il est nécessaire selon ses membres qu'une souffrance soit effectivement présente *hic et nunc*, c'est-à-dire au moment de la demande¹⁴⁴.

La Commission considère ensuite « *que si certains facteurs objectifs peuvent contribuer à estimer le caractère insupportable de la souffrance, celui-ci est en grande partie d'ordre subjectif et dépend de la personnalité du patient, des conceptions et des valeurs qui lui sont propres* »¹⁴⁵. Elle ajoute en déconstruisant la constellation conditionnelle encore plus « *qu'il faut tenir compte du fait que le patient a le droit de refuser un traitement de la souffrance, ou même un traitement palliatif, par exemple lorsque ce traitement comporte des effets secondaires ou des modalités d'application qu'il juge insupportables* »¹⁴⁶. Comment alors être certain que le malade se trouve dans un état de souffrance inapaisable s'il refuse simplement tout traitement ?¹⁴⁷

La Commission continue alors tout droit dans sa démarche d'extension des conditions, le caractère inapaisable de la maladie étant ainsi également tout à fait subjectivé.

¹⁴⁰ J. HERREMANS, Mourir dans la dignité : la loi belge relative à l'euthanasie, une réponse légale, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴¹ Troisième rapport (2006-2007), 2008, p. 24.

¹⁴² Coprésident actuel de la Commission.

¹⁴³ E. MONTERO, La genèse, la mise en œuvre et le développement de la loi belge relative à l'euthanasie, Dossier : La fin de vie : Préoccupations légales et éthiques, *op. cit.*, n° 54.

¹⁴⁴ Quatrième rapport (2008-2009), 2010, p. 33 et Cinquième rapport (2010-2011), 2012, p. 16.

¹⁴⁵ Sixième rapport (2012-2013), 2014, p. 55

¹⁴⁶ *Ibidem*. Le patient a en réalité le droit de refuser tout traitement malgré la mise en danger de sa vie et la possibilité (certaine) de la survenance du décès. Voy. Loi relative aux droits du patient, précitée, art. 8, § 4 (sous réserve du § 5).

¹⁴⁷ E. MONTERO, La genèse, la mise en œuvre et le développement de la loi belge relative à l'euthanasie, Dossier : La fin de vie : Préoccupations légales et éthiques, *op. cit.*, n° 47.

B. Une affection grave et incurable

Dans ses rapports, la Commission fait apparaître une notion qui n'est ni prévue par la loi, ni apparue pendant les travaux parlementaires : celle de la « pathologie multiple » ou « polypathologie ». Ce néologisme n'est pas anodin. Il permet à la Commission de considérer comme grave et incurable une combinaison de maladies par ses effets cumulés sur l'organisme mais dont aucune prise isolément n'est grave et incurable. Ce cas de figure est utilisé dans la plupart de cas en vue de justifier une euthanasie de personnes âgées affectées par les effets naturels liés à l'âge¹⁴⁸. W. DISTELMANS parle ici de personnes « lassées de vivre »¹⁴⁹. Néanmoins, les rapports les plus récents de la Commission démontrent que ce ne sont point exclusivement des personnes (très) âgées dont la demande d'euthanasie est acceptée sur base du critère de la « lassitude de vivre ». Il est d'application pratique également pour des catégories plus vastes de personnes souffrant de pathologies psychologiques de tout genre¹⁵⁰.

Malgré sa propre interprétation extensive de la notion de « maladie grave et incurable », la Commission émet des doutes à celles-ci. Elle fait remarquer que « *l'âge avancé ou la fatigue de vivre ne justifient pas l'euthanasie* »¹⁵¹. En revanche, elle n'a pas non plus pris l'initiative d'examiner ces déclarations *ex post* de manière plus approfondie ni de les renvoyer au procureur du Roi pour des poursuites éventuelles. Il n'en reste pas moins qu'une telle interprétation quoiqu'humainement compréhensible, paraît tout à fait *contra legem*.

Selon E. MONTERO, la légalité des euthanasies des patients psychiatriques, déments et dépressifs serait *mutatis mutandis* (au moins) douteuse. L'intention du législateur était pourtant très claire à ce sujet : Ces catégories de personnes ne sauraient relever du champ d'application *ratione personae* de la loi¹⁵². Pourtant, la loi fait du critère de la souffrance psychique dans sa version actuelle (inchangée sur ce point depuis 2002), un critère alternatif. Il faut la présence ou d'une souffrance physique ou d'une souffrance psychique. Le bât blesse néanmoins ailleurs. La critique réside dans le fait que le caractère incurable de la maladie n'est pas susceptible d'être évalué à l'aide de paramètres objectifs¹⁵³. En plus, concernant

¹⁴⁸ *Ibidem*, n° 58.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem* ; Septième rapport, 2014-2015 (2016), p. 94.

¹⁵¹ Septième rapport, 2014-2015 (2016), p. 95.

¹⁵² Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, 23 avril 2002, *Doc. parl.*, ch. repr., n° 50, 1488/009, pp. 52, 56, 217, 243 et s.

¹⁵³ E. MONTERO, La genèse, la mise en œuvre et le développement de la loi belge relative à l'euthanasie, Dossier : La fin de vie : Préoccupations légales et éthiques, *op. cit.*, n° 62.

particulièrement les patients dépressifs, l'un des symptômes de la dépression est précisément une certaine fatigue ou perte d'élan de vivre¹⁵⁴.

Cette critique est certainement fondée et mérite d'être entendue ou au moins prise au sérieux. Il n'empêche que la Commission avalise aussi un certain nombre de plus en plus important de cas d'euthanasie de personnes affectées de « troubles neuropsychiatriques »¹⁵⁵. La lettre de la loi ne paraît pas exclure *ipso facto* la possibilité de procéder à une euthanasie dans de tels cas. Il reste alors à constater qu'il existe un écart sérieux entre l'intention du législateur et la lettre de la loi qu'on pourrait pallier par l'interprétation téléologique du texte légal.

Certains autres auteurs plaident même en faveur d'une subjectivation complète de cette condition. Ainsi, on rencontre une des branches de la *ratio legis* au mieux, à savoir « le respect de l'autonomie de la personne humaine »¹⁵⁶. Une telle lecture ne peut être approuvée parce qu'elle viendrait à vider les conditions légales de toute leur substance. En effet, il n'en resterait que la demande volontaire, réfléchie et répétée du patient en vue d'accéder à l'euthanasie¹⁵⁷. La Commission se trouve en tous cas sur « le bon chemin » de vider la loi complètement de sa substance en interprétant les conditions de telle sorte qu'elles perdent l'une après l'autre leur raison d'être. « Cette approche, jointe à l'absence de définition d'affection grave et incurable et au fait que l'euthanasie est légalement possible pour des patients dont le décès n'interviendra manifestement pas à brève échéance, semble taillée sur mesure pour permettre l'euthanasie de patients » se trouvant dans des cas de figure susmentionnés¹⁵⁸.

¹⁵⁴ A. BAZAN, « Euthanasie pour souffrance psychique : un cadre légal discutable et des dommages sociétaux », *Le Journal du Médecin*, n° 2420, 2015, p. 42. Voy. à ce propos aussi le premier procès d'assises en matière d'euthanasie qui a eu lieu à Gand récemment. Trois médecins étaient accusés d'avoir euthanasié Tine NYS, une dame de 38 ans qui paraissait physiquement en bonne santé mais qui accusait d'une souffrance essentiellement psychique. Cette circonstance justifiait à elle seule l'euthanasie aux yeux des médecins. Le jury a décidé finalement en leur faveur en acquittant les trois accusés le 31 janvier 2020. Les conditions de la loi relative à l'euthanasie ont été respectées à la fois d'un point de vue du fond (patiente en souffrance psychique mais dotée de capacité de discernement suffisant pour demander l'euthanasie) et de la forme (déclaration *ex post* auprès de la Commission seulement après 51 jours au lieu des quatre prévus par la loi). De cette violation flagrante de la formalité de déclaration auprès de la Commission ne découle pas une culpabilité pour empoisonnement aux yeux du jury. Il est à noter que même le procureur du Roi a requis cet acquittement. M. JORIS et S. LEPAGE, Assises de Gand : premier procès en Belgique pour euthanasie, 14 janvier 2020, disponible sur URL : https://www.rtbf.be/info/societe/detail_assises-de-gand-premier-proces-en-belgique-pour-euthanasie?id=10406710, consulté le 04 mars 2020 et X., Procès d'euthanasie à Gand : les trois médecins sont acquittés, 31 janvier 2020, disponible sur URL : https://www.rtbf.be/info/societe/detail_proces-euthanasie-les-trois-medecins-sont-acquittés?id=10421139, consulté le 04 mars 2020.

¹⁵⁵ E. MONTERO, La genèse, la mise en œuvre et le développement de la loi belge relative à l'euthanasie, Dossier : La fin de vie : Préoccupations légales et éthiques, *op. cit.*, n° 62.

¹⁵⁶ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 51 ; J. HERREMANS et P. GALAND, « Carte blanche – Euthanasie : entre application de la loi et son extension », *Bulletin A.D.M.D.*, n° 112, juin 2009, p. 13.

¹⁵⁷ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

C. Lien de causalité entre situation médicale sans issue accompagnée de souffrance caractérisée et l'affection grave et incurable

Notons enfin que l'article 3, § 1^{er}, 3^e tiret de la loi prévoit une condition supplémentaire à laquelle beaucoup d'auteurs ne paraissent pas s'intéresser. Il faut qu'un lien de causalité presque arithmétique existe entre une situation médicale sans issue (élément A) accompagnée d'une souffrance caractérisée (élément B) et une affection grave et incurable (élément C).

L'élément A et B étant des conditions cumulatives (cf. premier « et »), elles s'apprécient alors indépendamment l'une de l'autre. Le deuxième « et » et les mots « qui résulte » instaurent conjointement le lien causal. Sous peine que la disposition se voit amputée de son effet utile, le « qui » précédant du « résulte » en singulier se rapporte alors à « la situation médicale sans issue et (...) l'état d'une souffrance (...) (caractérisée) » dans sa globalité. Il convient donc de retenir que les deux éléments A et B lus de manière cumulative doivent être en lien causal avec l'élément C¹⁵⁹.

Un manque de causalité pourrait expliquer que des détenus désespérés par leur seule situation d'incarcération demandant euthanasie se voient refuser celle-ci. En effet, il n'y a pas de lien causal dans ces cas entre une situation médicale sans issue accompagnée d'une souffrance caractérisée et une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable. Le détenu souffre de ses conditions matérielles de détention mais celles-ci ne sont point en lien causal avec une affection accidentelle et pathologique grave et incurable. Ce constat serait également juste même si toutes les autres conditions prises isolément étaient par ailleurs réunies. En revanche, l'application de la loi relative à l'euthanasie ne pose pas de problème lorsque le détenu est effectivement affecté d'une maladie grave et incurable en lien causal avec une situation médicale sans issue accompagnée d'une souffrance caractérisée¹⁶⁰.

Un raisonnement analogue peut être mené pour les personnes fatiguées de vivre, soit parce que leur vie leur semble accomplie, soit parce qu'elles se sentent inutiles, abandonnées et solitaires. Il importe de souligner que si leur souffrance n'a pas de fondement médical, elles ne rentrent pas dans le champ d'application de la loi relative à l'euthanasie.

¹⁵⁹ ((A) + (B)) $\leftrightarrow$ C.

¹⁶⁰ J. HERREMANS, Un détenu belge demande l'euthanasie – quelle réponse lui donner ?, 30 novembre 2015, *Justice en ligne*, disponible sur URL : <http://www.justice-en-ligne.be/article761.html>, consulté le 17 décembre 2019.

Pour conclure, la position du Comité consultatif de bioéthique mérite d'être communiquée à cet égard. Dans un de ses avis, ses membres font remarquer à l'unanimité que *« nous ne pouvons pas attendre du monde médical qu'il trouve ou propose des solutions à des problèmes qui ne sont pas de nature médicale. Ces souffrances-là sont souvent le fruit de l'indifférence sociale, qui mène à l'isolement et à l'aliénation, lesquels conduisent, à leur tour, à des sentiments justifiés de solitude, d'abandon et d'inutilité. Ces problèmes sociaux très répandus demandent de toute urgence une réponse sociale, économique et politique, non une réponse médicale, et encore moins une réponse médicale sous la forme d'une euthanasie »*¹⁶¹.

Section 3. L'argument de la pente glissante de la pratique belge d'euthanasie

Dans la dernière section du présent chapitre, il sera essayé de répondre à la question s'il existe ou non un phénomène de pente glissante qu'on peut observer concernant la pratique de l'euthanasie. Essayer de répondre de façon précise à cette question ou plus précisément de peser les arguments en faveur et en défaveur de ce phénomène constitue l'objectif de cette section.

Il paraît néanmoins exagérément difficile sinon impossible d'y apporter une réponse claire et convaincante. Il est tout au plus possible d'esquisser quelques tendances qui donnent à penser de pencher en faveur ou en défaveur de ce phénomène. À l'aide de différents sous-concepts pertinents, la question globale et trop vaste est décomposée. Cette démarche facilitera d'atteindre notre objectif de dégager certaines ébauches de réponse. Notre tâche ne s'avère néanmoins pas facile. En effet, une réponse est souvent donnée sans qu'il y ait eu précédemment un véritable examen des pour- et contre-arguments aboutissant ainsi à une conclusion hâtive.

§ 1^{er}. Définition de la pente glissante et réflexions préliminaires

On peut définir le phénomène de « pente glissante » (*slippery slope*) comme *« le fait que les dispositions relatives à l'euthanasie (...) ont créé les conditions d'un élargissement progressif des indications de l'euthanasie et entraîné l'acceptation de pratiques que le*

¹⁶¹ Comité consultatif de Bioéthique, Avis n° 73 du 11 septembre 2017 concernant l'euthanasie dans les cas de patients hors phase terminale, de souffrance psychique et d'affections psychiatriques, disponible sur URL : https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/avis_73_euthanasie_0.pdf, p. 65, consulté le 17 décembre 2019.

*législateur n'entendait initialement pas permettre ou une évolution vers des pratiques manifestement illégales »*¹⁶².

L'argument de la pente glissante est mobilisé à la fois par les partisans et détracteurs de l'euthanasie en vue de justifier leur point de vue respectif¹⁶³. Les opposants à des réformes en matière d'euthanasie l'utilisent voire l'abusent et renvoient ainsi aux effets pervers imprévisibles que contient chaque réforme potentielle en son germe. Les partisans, quant à eux, dénoncent la vraisemblance et le caractère sérieux de ce phénomène et semblent même le ridiculiser¹⁶⁴.

Quoi qu'il en soit, il reste à constater que l'argument en tant que tel ne tient pas la route d'un point de vue logique. Il implique « *qu'il n'y aura pas moyen de s'arrêter en chemin. L'expérience seule du passé permet de départager, à ce point de vue, les antagonistes* »¹⁶⁵. La seule situation passée n'est donc pas un indicateur sérieux à partir duquel on pourrait extrapoler une évolution future. Il revient dès lors de falsifier l'argument à l'aide du droit et des faits à notre disposition et non uniquement sur le plan de la logique.

Commençons d'abord de nous rappeler brièvement le cheminement qui a finalement abouti à la loi relative à l'euthanasie. Avant l'entrée en vigueur de la loi, l'euthanasie était assimilée à l'assassinat (ou l'empoisonnement) et au moins théoriquement punie comme tel. Aucun procès public n'a pourtant jamais eu lieu¹⁶⁶. Ceci s'explique d'une part par le fait que le procureur du Roi n'a pas estimé opportun de poursuivre et d'autre part par l'application systématique des juridictions d'instruction de l'état de nécessité. En effet, la Cour d'assises aurait été le juge compétent et la médiatisation de ces procès aurait été susceptible de nuire à la réputation de la profession médicale en cas de condamnation¹⁶⁷. Cette attitude de politique criminelle, certes quelque part compréhensible, paraît néanmoins critiquable selon un point de vue strictement juridique. Ainsi, on n'a pas connu de longues périodes d'affinement jurisprudentiel¹⁶⁸ voire pas d'emprise des cours et tribunaux du tout en la matière. Vient alors enfin la loi relative à l'euthanasie qui contient d'emblée des conditions très libérales malgré les

¹⁶² E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶³ C. RYAN, « Pulling up the runway : the effect of new evidence on euthanasia's slippery slope », *Journal of Medical Ethics*, 1998, n° 24, pp. 341 – 344.

¹⁶⁴ E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, *op. cit.*, pp. 67 et 68.

¹⁶⁵ CH. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation – La nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Ed. de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1970, p. 382.

¹⁶⁶ Sous réserve du premier procès d'assises en matière d'euthanasie qui a eu lieu à Gand récemment.

¹⁶⁷ J. HERREMANS, *Mourir dans la dignité : la loi belge relative à l'euthanasie, une réponse légale*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁸ Contrairement à Allemagne (v. *infra*).

débats parlementaires houleuses à ce propos. Cette circonstance ne consolide non seulement l'état de droit *ante lege* mais le renforce davantage en constance et durabilité pour l'avenir¹⁶⁹.

La loi belge contient d'emblée des conditions intrinsèquement libérales, manifestement inspirée par son pendant néerlandais de 2001. Ainsi, la loi ne requiert pas que le patient se trouve en phase terminale d'une maladie, ni que le décès du patient est prévu à brève échéance. L'euthanasie est en outre non seulement possible en cas de maladie physique mais également si celle-ci est de nature psychique.

Il demeure néanmoins que la loi relative à l'euthanasie est un texte pénal qui rend exceptionnellement licite, un comportement qui serait tombé sous le coup de la loi pénale en absence du respect de conditions légales précises. En conséquence, la loi dépénalisant conditionnellement un comportement autrement illicite doit s'interpréter strictement. Or « *tout bon juriste sait que le précédant n'est jamais sans valeur... et que l'exception a vocation de s'étendre* »¹⁷⁰ malgré la règle de l'interprétation stricte. Une fois une porte ouverte ou un garde-fou supprimé, il n'est plus à exclure que tombent désormais sous le champ d'application de la loi, des cas initialement non prévus. L'application du droit à ces cas de figure recèle néanmoins des effets indésirables et imprévisibles¹⁷¹.

Force est de constater qu'on a ainsi consacré une sorte de théorie générale de la dynamique inhérente au droit. L'opinion publique se contente quant à elle à l'observation des cas extrêmes médiatisés et à forte charge émotionnelle. Ce sont effectivement les cas à la frontière du légalement admissible qui permettent le plus aisément à critiquer l'état de droit actuel et à réclamer des réformes. Partant de là, déduire qu'on se trouve sur une pente glissante concernant la pratique d'euthanasie manque cependant en logique¹⁷².

En effet, le droit est un système complexe qui est amené à gouverner un monde complexe. Comme tout système complexe, il est érigé entre autres sur base des mêmes éléments constitutifs : « *la connaissance partielle des liens (dynamiques) entre les composants que l'expert humain peut appréhender (et) la difficulté de prévoir l'évolution d'un tel système et/ou des outputs* »¹⁷³. L'homme paraît incapable de prévoir l'évolution de cette entropie

¹⁶⁹ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁰ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 76.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ D. BOURCIER, « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse », *s.l., Droit et cultures*, 61/2011-1, n° 18.

exponentiellement grandissante que constitue le système juridique. Corollairement, ses connaissances se fragmentent de plus en plus.

Si le législateur souhaite alors adopter une loi, il doit se garder de ne pas déduire de quelques cas d'espèce exceptionnels, une solution juridique généralisée. Il doit au contraire toujours apprécier l'opportunité avant de légiférer en une matière précise. Pour ce faire, il doit se demander si l'exercice de son pouvoir régalién comporte des effets non désirables et imprévisibles¹⁷⁴ et dans l'affirmative, respecter le principe de proportionnalité. Procédant de la sorte, il doit, en cas d'intervention, éliminer le caractère aléatoire ou indésirable des effets autant que possible. Dans l'impossibilité de procéder à ce test de proportionnalité, le principe de précaution l'obligerait probablement de renoncer à légiférer.

Qu'en est-il de la loi relative à l'euthanasie ? Evidemment, il comporte des effets indésirables : principalement celui que les personnes ne se trouvant pas dans les conditions légales peuvent néanmoins accéder à la pratique. Ces effets étaient loin d'être imprévisibles. Tout législateur normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, aurait dû constater le caractère imprévisible des effets de la loi et partant ne pas intervenir ou aurait dû au moins essayer de les conjurer de manière raisonnable en cas d'intervention. Il s'ensuit que le législateur belge aurait notamment dû prévoir des garde-fous plus protecteurs des patients vu l'enjeu des biens juridiques en cause.

Les conditions de fond objectives de l'euthanasie sont d'une formulation très générique et par ailleurs pas définies légalement. Il reste douteux qu'elles respecteraient l'exigence de légalité applicable à tout prescrit pénal. La circonstance que la Commission essaie tant bien que mal de les interpréter n'est pas de nature à régulariser le respect de cette exigence.

Les conditions procédurales de contrôle et d'évaluation sont également critiquables. Sans entrer dans les détails, on peut aisément constater qu'un contrôle *a posteriori* des euthanasies n'est pas pertinent. L'euthanasie contestée est en réalité déjà pratiquée avant que les mécanismes de contrôle prennent effet. On peut légitimement s'interroger si le législateur a raisonnablement tenu compte de la protection du droit à la vie en instaurant un contrôle *a posteriori*¹⁷⁵. En tous cas, ce mécanisme « *n'est pas apte à protéger les patients contre des euthanasies réalisées en violation des conditions légales* »¹⁷⁶.

¹⁷⁴ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 76.

¹⁷⁵ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

Il repose par ailleurs sur la seule confiance des médecins qui doivent déclarer les euthanasies à la Commission. La Commission ne dispose pas d'autres informations pour son contrôle et son évaluation que celles que le praticien lui fournit volontairement¹⁷⁷. Elle n'est dès lors même pas apte à procéder à un contrôle efficace de légalité des seules euthanasies qui sont déclarées auprès d'elle¹⁷⁸. La conséquence logique de ce constat est que, ce sont justement les euthanasies manifestement illégales et les cas limites qui ne font pas l'objet de renseignement à la Commission. Ce sont ces cas de figure qui constituent le groupe des euthanasies clandestines que le législateur a justement entendu de faire disparaître par l'adoption de la loi¹⁷⁹.

Observons néanmoins l'hypothèse dans laquelle la Commission a des suspicions légitimes quant à la légalité de la procédure dont déclaration devant elle. Dans ce cas, elle peut soit lever l'anonymat du formulaire d'enregistrement et demander des renseignements complémentaires au médecin pratiquant à la majorité des suffrages¹⁸⁰; soit ou à titre supplémentaire renvoyer le dossier au ministère public pour des poursuites éventuelles. Cette dernière possibilité constitue l'*ultima ratio* et nécessite les deux tiers des suffrages exprimés en faveur du renvoi¹⁸¹.

Il suffit en effet que cinq des huit médecins qui composent la Commission renoncent au renvoi pour que le procureur du Roi ne soit même pas informé de l'irrégularité éventuelle d'une euthanasie. Il n'est donc guère étonnant que la Commission n'ait renvoyé qu'un seul dossier au procureur du Roi depuis que la loi existe pendant, à savoir plus d'une quinzaine d'années. Ce renvoi était en outre, probablement pour grande partie, motivé par la médiatisation énorme de ce cas¹⁸².

S'ajoute à cette possibilité de blocage, le fait qu'une réelle représentation pluraliste comme l'exige l'article 6, § 2 n'est pas assurée. En effet, beaucoup des médecins composant la

¹⁷⁷ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 32 ; Premier rapport 2002-2003 (2004), p. 23.

¹⁷⁸ Rapport fait au nom des Commissions réunies de la Justice et des Affaires sociales, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2000-2001, n° 2-244/24, p. 897 ; Premier rapport 2002-2003 (2004), p. 14, Deuxième rapport 2004-2005 (2006), p. 22 ; Troisième rapport 2006-2007 (2008), p. 22 ; Quatrième rapport 2008-2009 (2010), p. 22 ; Cinquième rapport 2010-2011 (2012), p. 14.

¹⁷⁹ K. CHAMBAERE, J. BILSEN, J. COHEN, *e.a.*, « Physician-assisted deaths under the euthanasia law in Belgium: a population-based survey », *CMAJ*, 2010, 182, pp. 895-901.

¹⁸⁰ Loi relative à l'euthanasie, précitée, art. 8, al. 1^{er}.

¹⁸¹ *Ibidem*, art. 8, al. 3.

¹⁸² Voy. SBS Dateline, Allow Me To Die : Euthanasia in Belgium, disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=hCRpuTRA7-g>, consulté le 19 décembre 2019 : Est entre autres décrit, le cas d'une dame de 85 ans, *prima facie* en bonne santé physique et psychique mais qui accusait d'un « chagrin profond » à la suite du décès de fille. Ainsi, elle a décidé de demander son euthanasie. Le jour J venue, elle a avalé un cocktail léthal (requalifiant l'acte en suicide assisté).

Commission font partie d'organisations d'euthanasie comme A.D.M.D., R.W.S., EOL ou de LEIF¹⁸³. D'autres sont partisans ou même militants de l'euthanasie et n'hésitent pas à pratiquer eux-mêmes des euthanasies. L'impartialité et l'indépendance requises en vue d'assurer un contrôle efficace sont ainsi fortement contestables. Les rapports ne sont pas fiables, contaminés par le défaut d'indépendance et d'impartialité dont souffre la composition de la Commission¹⁸⁴. E. MONTERO résume qu'il « *apparaît imprudent, sinon malhonnête, de se fonder sur les rapports officiels pour affirmer sans ambages que l'euthanasie est sous contrôle en Belgique et que les conditions fixées dans la loi sont parfaitement respectées* »¹⁸⁵.

En conclusion, l'adoption de la loi n'est pas explicable de manière raisonnable selon un point strictement juridique à la lumière du critère de ses effets indésirables et imprévisibles. Ses effets prévisibles étaient partiellement indésirables et n'excluaient pas une anticipation effective quoique raisonnable. Par conséquent, le législateur n'a pas agi avec la prudence requise. Il aurait dû prévoir des garde-fous plus effectifs, protecteurs du patient en vue de rencontrer le critère de proportionnalité. Le champ d'application de la loi a été élargi de manière indirecte. Les conditions de la loi étant déjà d'emblée très libérales, la Commission continue de les interpréter de plus en plus largement et avalise également les cas limites. Un sentiment d'impunité et de « tout permis » est ainsi envoyé aux médecins et à la société. La Commission prend le relai du législateur dans l'évolution *post legem* du droit autour de l'euthanasie. Les deux pourraient symboliquement se serrer les mains, tellement consolidé apparaît l'état de droit par l'intervention législative, désormais sous le parrainage interprétatif de la Commission. Plus encore, il ne s'agit certainement pas d'une simple consolidation mais de l'évolution naturelle prévisible d'une loi intrinsèquement libérale. Des lors, parler d'une pente glissante « hors contrôle » paraît encore excessive à ce stade mais qu'en est-il en réalité ?

L'objet du paragraphe suivant est alors d'éclairer brièvement comment la loi et la Commission, de manière concomitante, ont influencé la situation juridique et factuelle de manière concrète.

¹⁸³ Respectivement, l'Association pour le Droit de Mourir dans la dignité, *Recht of Waardig Sterven* et *End of Life*.

¹⁸⁴ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 35.

§ 2. Elargissement du champ d'application de la loi et ses implications pratiques

A l'instar de ce paragraphe, seront présentées brièvement l'un après l'autre différents constats de *lege lata* quant à l'élargissement du champ d'application de la loi. Ces constats peuvent constituer des indicateurs dont l'interprétation permet d'apporter une ébauche de réponse à la question si on peut observer ou non un effet de « pente glissante » en matière d'euthanasie.

A. De l'euthanasie au suicide assisté

Dès son premier rapport, la Commission avalise régulièrement des cas de suicide médicalement assisté auprès d'elle¹⁸⁶. Elle applique les articles 10 et 11 de la constitution en vue de réserver au suicide assisté un sort analogue que celui qui est prévu par la loi pour les cas d'euthanasies. Elle conclut ainsi à l'application par analogie des conditions de la loi relative à l'euthanasie au suicide assisté. Ce faisant, elle suit l'avis de la S.L.C.E. et l'avis du Conseil national de l'ordre des médecins du 22 avril 2003¹⁸⁷. Or, il est incontestable que le législateur a voulu exclure cette pratique du champ d'application de la loi. Il n'appartient pas à la Commission de faire glisser à l'intérieur du champ d'application ce que le législateur a voulu en exclure¹⁸⁸.

Néanmoins, il ne s'agit que d'un « glissement » purement fictif parce que l'interprétation extensive de la Commission viole les articles 12, al. 2 et 14 de la constitution. L'interprétation inconstitutionnelle est ainsi basée sur une erreur d'appréciation juridique. Les données concernant le suicide assisté ne devraient pas se trouver imbriquées dans des statistiques relatives à l'euthanasie. Elles sont dès lors hors sujet. Le suicide assisté n'était jamais inclus dans le champ d'application de la loi relative à l'euthanasie et il n'y a pas non plus de raison de penser que cette situation juridique changera dans un futur proche. Par conséquent, le suicide assisté reste légal de manière inconditionnelle¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Premier rapport 2002-2003 (2004), p. 17 ; Deuxième rapport 2004-2005 (2006), p. 24 ; Troisième rapport 2006-2007 (2008), p. 24 ; Quatrième rapport 2008-2009 (2010), p. 24 ; Cinquième rapport 2010-2011 (2012), p. 17.

¹⁸⁷ Sixième rapport 2012-2013 (2014), p. 56.

¹⁸⁸ E. MONTERO, Rendez-vous avec la mort, Dix ans d'euthanasie légale en Belgique, *op. cit.*, p. 82.

¹⁸⁹ V. *supra*.

B. L'euthanasie des mineurs d'âge

La loi du 28 février 2014 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs a franchi un pas supplémentaire. Le champ d'application de la loi se trouve ainsi élargi *ratione personae*.

On peut aisément admettre que l'adoption de la loi marque un changement idéologique : le mineur en souffrance physique et dont le décès interviendra à brève échéance est désormais considéré comme sujet potentiel d'une euthanasie. Son sort s'aligne ainsi, sous réserve de conditions légales particulières plus strictes, à celui du demandeur majeur. En pratique toutefois, le nombre total d'euthanasies des mineurs n'a rien d'inquiétant. Sur une quinzaine d'années de pratique, seul trois cas d'euthanasie de mineurs ont été reporté à la Commission¹⁹⁰.

Ce faible nombre pourrait néanmoins être le résultat des hypothèses les plus diverses. Il est certainement lié au fait que la tranche d'âge des mineurs est la moins touchée par des maladies incurables par rapport aux tranches d'âge supérieures et en corrélation avec l'espérance de vie abstraite restante¹⁹¹. Ce faible montant doit en outre chérir d'autres explications. Une des explications pourrait notamment être l'extrême subsidiarité du recours à l'euthanasie combinée avec des conditions légales plus strictes. Toutefois, il se peut aussi que la dispensation des soins de santé (palliatifs) est plus adaptée aux besoins du mineur par rapport aux personnes (très) âgées. Il est également possible que les protagonistes chérissent des biais psychologiques qui mènent à concilier le fait d'une grande partie de l'espérance de vie abstraite restante avec la volonté (et moins l'opportunité) de mettre en œuvre des pistes thérapeutiques (plus ou moins nécessaires). Aucune de ses explications n'est pourtant en lien causal avec l'élargissement du champ d'application légal.

C. Assouplissement des conditions légales par la Commission

L'interprétation *ultra petita* des conditions de fond, initialement conçues comme objectives a potentiellement opéré le plus grand glissement dans les faits. Combiné avec l'ensemble des constats soulevés au stade de notre réflexion préliminaire au paragraphe premier, le champ d'application (juridique) de la loi se trouve même considérablement élargi.

Il demeure néanmoins difficile sinon impossible de mesurer avec un degré de fiabilité et précision satisfaisant l'impact factuel de l'élargissement du champ d'application de la loi. Il

¹⁹⁰ Huitième rapport 2016-2017 (2018), p. 2. Ce faible montant est toutefois à considérer avec la plus grande réserve en raison de la non-fiabilité des rapports de la Commission (v. *supra*, §1^{er}). Ainsi, les euthanasies clandestines de mineurs ne sont pas prises en compte.

¹⁹¹ *Ibidem*.

n'est même pas certain qu'il existe un quelconque lien causal entre l'élargissement du champ d'application de la loi et une augmentation effective des décès par euthanasie.

Nous n'échapperons donc pas à un examen conciliant de la situation juridique et pratique. Notre examen s'avère encore plus difficile parce que les rapports statistiques de la Commission ne sont point fiables. Ils n'incluent pas les cas d'euthanasies clandestines qui sont justement susceptibles d'exercer une influence déterminante sur l'interprétation des données statistiques. Nous nous garderons alors d'en tirer des conséquences concrètes sur la pratique actuelle d'euthanasie. Tout au plus, des tendances approximatives d'évolution de la pratique autour des élargissements interprétatifs ponctuels les plus importants du champ d'application légal peuvent être observées.

Commençons d'abord par l'élargissement du champ d'application légal par l'interprétation subjective d'une part de la notion de souffrance insupportable et inapaisable et d'autre part de la notion d'affection grave et incurable. Le caractère insupportable de la souffrance ainsi que la gravité de l'affection sont des critères purement subjectifs *ab initio* et interprétés comme tels par la Commission. Pour remplir les conditions du caractère inapaisable de la souffrance et son incurabilité, quant à elles, il suffit au patient de refuser tout traitement. Elles dépendent ainsi également exclusivement de l'appréciation subjective du patient. Les données statistiques des rapports de la Commission ne laissent pas apparaître l'influence concrète sur le nombre de cas reportés qu'implique l'élargissement en question.

Pareil constat est valable par analogie pour l'élargissement du champ d'application légal aux personnes craignant une évaluation dramatique future d'une affection accidentelle ou pathologique. Cette crainte constitue, selon l'interprétation de la Commission, une souffrance psychologique en soi rentrant dans le champ d'application.

Beaucoup plus intéressant est la création plus récente de la notion de polypathologie par la Commission. Elle englobe les personnes souffrant de maladies naturelles liées à l'âge ou encore les personnes lassées de vivre. Les cas d'euthanasie reportés pour polypathologie ont plus que doublés entre 2014 à 2018¹⁹². Une des raisons que cite d'ailleurs la Commission était probablement une catégorisation plus éparpillée des cas désormais subsumés sous la notion de polypathologie¹⁹³. Un phénomène de pente glissante semble alors écarté aux yeux de la Commission.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 10, 19 et 39.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 11.

L'application systématique de la notion de polypathologie à des catégories plus vastes de personnes souffrant de pathologies psychologiques les plus diverses a finalement eu pour effet de créer un élargissement supplémentaire du champ d'application. Cet élargissement est réservé aux personnes souffrant d'affections psychiatriques comme la démence ou la dépression. Ces cas sont subsumés sous la rubrique « troubles mentaux et du comportement ». Le dernier rapport fait état d'une trentaine de cas reportés respectivement en 2016 et 2017 ce qui constitue une légère baisse par rapport à 2014 – 2015¹⁹⁴. Selon la Commission, il n'y a pas de raison de s'inquiéter, au contraire, vu que les nombres régressent.

L'intention du législateur n'était certainement pas que des personnes démentes et dépressives puissent bénéficier de l'euthanasie mais aussi longtemps que la personne diagnostiquée demeure capable de discernement, elle conserve la faculté de demander l'euthanasie. Elle se fonde sur son affection grave et incurable dont la crainte d'évaluation dramatique future suffit pour constituer une souffrance psychologique caractérisée. Ce faisant, la personne en question peut légalement bénéficier de l'euthanasie¹⁹⁵.

§ 3. Conclusion

Il est temps de conclure sur la question de la pente glissante.

Il paraît évident que les conditions d'emblée très libérales de la loi relative à l'euthanasie portent en leur germe tout ce qu'il faut pour amener les partisans de l'argument à l'invoquer tant bien que mal justifié. L'œuvre interprétatif de la Commission qui vise à élargir encore d'avantage ces conditions libérales paraît confirmer l'argument.

Le problème est l'opacité juridique qui règne en la matière. Idéalement, l'argument théorique de la pente glissante devrait être falsifiable dans les faits en vue de se prononcer sur

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 10, 19 et 46.

¹⁹⁵ Voy. à ce sujet la requête n° 78017/17 (Mortier c. Belgique) introduite le 06 novembre 2017 devant la CourEDH, disponible sur URL : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-188928"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), consulté le 05 mars 2020. Elle est toujours pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le fils requérant se plaint du fait que sa mère dépressive de 64 ans avait été euthanasiée. Par ce fait, l'Etat aurait manqué de protéger effectivement sa mère contre une atteinte à sa vie (violation de l'article 2 CEDH). La loi relative à l'euthanasie ne contiendrait pas assez de garanties effectives en vue de protéger la vie des personnes les plus vulnérables. Le requérant dénonce en outre un défaut d'indépendance de la Commission et l'absence d'une enquête effective sur les faits qu'il a dénoncés auprès des autorités. Son droit à la vie familiale tiré de l'article 8 serait également violé vu que la demande d'euthanasie de sa mère a été traitée et finalement exécutée sans qu'il le sache. L'arrêt que rendra la CourEDH en la matière sera en tout cas important pour la suite de la pratique d'euthanasie en Belgique. Il se pourrait toutefois que la recours déclare la requête irrecevable faute pour le requérant d'avoir épuisé toutes les voies de recours internes.

sa vraisemblance. Notre examen mené jusqu'ici est toutefois arrivé à ces limites. Les seuls chiffres statistiques officiels à l'aide desquels on pourrait falsifier l'argument sont les rapports bisannuels non fiables de la Commission de contrôle. A défaut de recherches indépendantes en la matière, le principe de précaution oblige de ne pas tirer de conclusions pratiques de ces chiffres.

Notre examen des conditions légales et de l'œuvre interprétatif de la Commission a toutefois révélé que la pente existe bel et bien en droit. A l'expression aussi catégorique selon laquelle « *l'expérience belge démontre qu'il n'y a pas de pente et que rien ne glisse* »¹⁹⁶, il ne peut donc être accordée de crédit. L'élargissement progressif des conditions légales d'emblée très libérales était en plus prévisible avant l'adoption de la loi. Tel est notamment le cas si le contrôle de l'application est légalement confié à une Commission dont la composition est dénuée de toute garantie effective d'indépendance et d'impartialité. Tenu compte de tels effets indésirables prévisibles, un législateur prudent aurait dû instaurer des garanties plus protectrices en faveur des patients les plus vulnérables. Un élargissement progressif du champ d'application *ratione materiae et personae* par l'œuvre interprétatif de la Commission est contraire à la *ratio legis*.

A la question de savoir si la pente existe en fait, il ne peut être apporté une réponse avec un degré de certitude suffisant. Certes, les rapports de la Commission montrent une augmentation constante des décès par euthanasie mais les variables qui pourraient entrer en ligne de compte sont multiples et ambivalentes. Ainsi, l'augmentation pourrait être la conséquence logique du vieillissement progressif de la population vu que cette tranche d'âge est la plus touchée par des maladies graves et incurables¹⁹⁷. Il se pourrait aussi que le nombre croissant des décès résulte du simple jeu d'offre en interaction avec une demande croissante des patients. Cette circonstance pourrait s'expliquer par une connaissance de plus en plus répandue de la loi, à la fois par les patients et les praticiens ainsi que par la cessation du tabou entourant la mort de manière générale. Il se pourrait également que l'élargissement des conditions légales explique le recours de plus en plus fréquent à l'euthanasie. Cette dernière explication équivaldrait à la métaphore de la pente glissante mais les seuls rapports de la

¹⁹⁶ Dr. D. LOSSIGNOL, « Soins palliatifs et euthanasie : la fin du conflit », *La revue des soins palliatifs en Wallonie*, n° 14, 2012, p. 23.

¹⁹⁷ Huitième rapport (2018), p. 11. Pour une statistique intéressante à ce sujet voy. également, Comité consultatif de Bioéthique de Belgique, Avis n° 73 du 11 septembre 2017 concernant l'euthanasie dans les cas de patients hors phase terminale, de souffrance psychique et d'affections psychiatriques, *op. cit.*, p. 33.

Commission ne permettent pas d'y apporter une réponse claire et convaincante. Il s'agit en effet d'une explication plus ou moins plausible parmi bien d'autres, au moins autant plausibles.

Chapitre III. Les mesures liées à la fin de vie en droit allemand

Concernant ce troisième et dernier chapitre, l'approche que nous entreprenons se veut être toute autre que celle utilisée au chapitre précédant traitant du droit belge. Vu qu'il n'existe que quelques articles du Code pénal interdisant certaines mesures liées à la fin de vie, une grande partie des sources que nous allons mobiliser sont de la jurisprudence et la doctrine. Afin de combler la lacune législative, la jurisprudence a été en effet beaucoup plus active en Allemagne qu'en Belgique en la matière. Ainsi, elle s'est progressivement penchée sur la légalité des différentes mesures (médicales) liées à la fin de vie en se fondant spécifiquement sur la doctrine tantôt dominante tantôt minoritaire.

L'objet du présent chapitre sera alors de retracer l'évolution prétorienne et doctrinale en se focalisant principalement sur l'état du droit positif d'autant de mesures liées à la fin de vie que possible afin de comparer effectivement droit belge et allemand. Le point culminant et l'arrêt le plus important parce qu'innovateur est probablement l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (ci-après BVerfG¹⁹⁸) du 26 février 2020. Il pourrait se révéler comme point tournant dans l'avenir de sorte qu'il parait opportun d'articuler les deux sections que comporte le chapitre autour de son enseignement crucial.

Suivant cette logique, la première section sera consacrée à l'examen de la légalité des différentes mesures liées à la fin de vie dans l'état du droit que nous allons (fictivement) appeler *de lege lata*. En effet, cette première section n'inclut pas encore l'enseignement de l'arrêt du BVerfG. C'est dans la deuxième section que nous épinglerons l'enseignement de l'arrêt de la Cour et en ferons un exercice d'anticipation de l'avenir concernant sa mise en œuvre. Il s'agit concrètement, à partir de l'enseignement jurisprudentiel, d'essayer de répondre à la question de savoir comment le législateur allemand pourrait réglementer la promotion à caractère professionnel du suicide assisté dont l'interdiction a été justement déclarée inconstitutionnelle.

Section 1^{ère}. L'évolution législative et prétorienne *de lege lata*

Seront successivement présentés à l'instar de cette section des considérations sur la légalité des différentes mesures liées à la fin de vie dans l'état du droit positif. Nous parlerons dans l'ordre utile de l'euthanasie passive (§ 1^{er}), de la sédation continue et profonde (entraînant

¹⁹⁸ Abréviation allemande habituelle pour désigner le *Bundesverfassungsgericht*.

la mort) (§ 2), l'euthanasie active ou l'homicide sur demande de la victime, une des rares mesures qui trouve en droit allemand un fondement légal (§ 3) et du suicide assisté (§ 4). C'est en effet concernant cette dernière mesure où les changements sont les plus spectaculaires notamment après l'arrêt récent du BVerfG abordé dans la section suivante.

§ 1^{er}. L'euthanasie passive

A. Fondement et justification – Limitation de la *Garantenpflicht* du médecin par l'exercice des droits fondamentaux du patient et exclusion d'autres infractions

Vu l'interdiction de l'euthanasie active, l'euthanasie passive est très communément appliquée par les médecins pratiquants. Ce constat est d'autant plus vrai parce que la légalité de cette forme d'euthanasie semble aujourd'hui bien acquise¹⁹⁹.

La légalité de cette mesure n'est pas subordonnée au fait que la volonté du patient désireux de mourir n'est pas raisonnable d'un point de vue médical ou de manière objective²⁰⁰. Il se peut que le patient traité ait de réelles chances de guérison ou au moins de survie mais que sa volonté contraire lui causerait la mort sans affecter la légalité de la mesure entreprise²⁰¹. Ainsi, ni la maladie du patient, ni la déontologie des médecins dont découle un devoir de dispensation de soins ne peuvent fonder un droit exclusif de traitement dans le chef du médecin²⁰².

Le fondement de la légalité (et de la constitutionnalité) repose notamment sur la jurisprudence du BVerfG interprétant les lois à la lumière des dispositions pertinentes de la loi fondamentale allemande (ci-après GG²⁰³). Doivent alors être mise en balance dans chaque cas d'espèce²⁰⁴ le droit à la vie (art. 2, al. 2 GG), la dignité humaine (art. 1^{er}, al. 1^{er} GG) et le droit à l'autodétermination (art. 2, al. 1^{er} GG à la lumière des deux autres dispositions)²⁰⁵. Le médecin pratiquant ne commet pas d'infraction s'il obéit à la demande de refus de traitement ou

¹⁹⁹ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, p. 117.

²⁰⁰ Dr. W. MITSCH, « Die mutmaßliche Einwilligung », *ZJS*, 1/2012, p. 42.

²⁰¹ Voy. BVerfG, 19 octobre 1971, *BVerfGE*, 32, 98 ff. D'après cet arrêt, la volonté d'une femme de ne pas recevoir une transfusion sanguine pour des raisons religieuses et de mourir à la suite d'une pénurie de sang après la naissance de son quatrième enfant était parfaitement licite. L'utilisation du droit pénal contre le mari, lui-même de la même conviction religieuse, accusé de non-assistance à personne en danger, est contraire à la liberté des cultes et croyances (art. 4 GG) ainsi qu'au droit à l'autodétermination (art. 2, al. 1^{er} GG).

²⁰² En ce sens, BGH, 17 mars 2003, *BGHZ*, 154, 205 (215).

²⁰³ Abréviation allemande habituelle pour désigner le *Grundgesetz*.

²⁰⁴ L'absence de loi réglementant la matière témoigne encore une fois de plus de la casuistique en la matière.

²⁰⁵ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, p. 118.

entreprend un arrêt de traitement (en cours) parce que son action est limitée par l'exercice du droit à l'autodétermination du patient²⁰⁶.

Ce constat doit être lu en combinaison avec le § 13, al. 1^{er} du Code pénal (ci-après StGB²⁰⁷) qui parle de la commission des infractions par omission. Il est la source d'une incrimination des homicides par omission en droit allemand (§§ 211 et 212 *juncto* § 13 StGB). Selon cet article, ne commet pas d'infraction, celui dans le chef duquel la loi n'a pas prévu une obligation particulière de garantir qu'un résultat déterminé, élément constitutif de l'infraction, ne se réalise pas. *A contrario*, une personne commet une infraction par omission si la loi lui impose de garantir qu'un résultat déterminé ne se réalise et que le résultat, élément constitutif de l'infraction, se réalise tout même.

Il faut en outre que le résultat dont garantie à éviter fait partie des éléments constitutifs d'une infraction qui ne se constitue elle-même que par action et non point par omission. Cette condition exclut du champ d'application du § 13, al. 1^{er} les infractions spécifiques qui se réalisent justement parce que la loi exige une omission en vue de leur constitution²⁰⁸.

Sur le soi-disant garant repose alors une obligation de garantie (*praestare*²⁰⁹) qui se fonde soit sur une obligation de surveillance soit sur une obligation de protection. Celle-ci incombe au garant en raison du caractère particulièrement proche du rapport juridique qu'il entretient avec la personne créancière de cette obligation. Elle peut notamment découler de la loi et de la jurisprudence²¹⁰. Le médecin est une des personnes auxquelles incombe une telle obligation de garantie envers leur patients (*Garantenpflicht*), dégagée par la jurisprudence dans

²⁰⁶ C. Roxin et U. SCHROTH, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3^e éd., Stuttgart, 2007, pp. 313 s., spéc. p. 329.

²⁰⁷ Abréviation allemande habituelle pour désigner le *Strafgesetzbuch*.

²⁰⁸ X., Garantenstellung – Bedeutung und Definition im Strafrecht, *s.d.*, disponible sur URL: <https://www.juraforum.de/lexikon/garantenstellung>, consulté le 09 mars 2020. Cette condition sert à distinguer les « délits d'omission réelles » (notamment la non-assistance à personne en danger (§ 323c StGB)) des « délits d'omission fictives » qui n'existe que parce qu'une obligation particulière (fictivement imposée) réside dans le chef des personnes concernées.

²⁰⁹ X., Dictionnaire français-latin en ligne, *s.d.*, disponible sur URL : <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/PRAESTARE/index.htm>, consulté le 09 mars 2020. Une des traductions possibles : garantir, se porter garant.

²¹⁰ Prof. Dr. B. HEINRICH, Vorlesung Strafrecht – Allgemeiner Teil, Garantenpflichten beim Unterlassungsdelikt, Aufgabenblatt Nr. 25, 1^{er} octobre 2019, disponible sur URL : https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/heinrich/materialien/arbeitsblaetter-zur-vorlesung-strafrecht-at-pdf-dateien/arbeitsblaetter-zur-vorlesung-strafrecht-at-pdf-dateien/25-unterlassungsdelikte-garantenpflichten.pdf, consulté le 09 mars 2020.

les contextes les plus divers²¹¹. L'appréciation de cette obligation se fait *in concreto* et de manière souveraine par les cours et tribunaux.

La raison du caractère non infractionnel du comportement du médecin pratiquant une euthanasie passive serait alors la volonté libre et éclairé du patient qui limiterait ainsi la *Garantenpflicht* de ce dernier de protéger la vie du patient par et dans la mesure de l'exercice du droit à l'autodétermination²¹². Cette formule se lit comme si le consentement libre et éclairé du patient, manifestation de sa volonté conformément à son droit à l'auto-détermination (art. 2, al. 1^{er} GG) serait une cause de justification pour le médecin pratiquant²¹³. Si cette affirmation était vraie, elle ne concernerait que les patients capables de discernement, les personnes incapables de discernement seraient exclues. Néanmoins, il importe de résoudre le problème des personnes incapables de discernement dans une étape ultérieure de notre raisonnement²¹⁴.

Une infraction sur base du § 216 StGB interdisant formellement l'euthanasie active est également à exclure vu que cette disposition ne peut être interprétée comme imposant un traitement contraignant au patient. Ce traitement serait incompatible avec le prescrit de l'art. 2, al. 1^{er} GG. Le § 216 prévoit tout au plus et sans violer le GG, l'indisponibilité du consentement sur les actes d'euthanasie active mais interdit de détourner le paragraphe de sa *ratio legis*. Une habilitation légale amenant à un paternalisme du médecin anéantissant le libre arbitre du patient est tout à fait exclue²¹⁵.

Le § 323c StGB relatif à la non-assistance à personne en danger n'est pas non plus applicable vu que ses éléments constitutifs ne sont pas réunis. Il n'y a ni cas d'accident ni nécessité d'apporter secours. En effet, un des éléments constitutifs est qu'un cas d'accident doit se produire²¹⁶ mais celui-ci fait défaut vu que l'euthanasie ne se déroule pas subitement ou spontanément mais de manière volontaire et planifiée. En outre, l'aide apporté doit être

²¹¹ OTTO et BRAMMSEN, Die Grundlage der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, *JURA* 1985, pp. 530, 592 et 646 ; SCHULTZ, Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen, *JuS* 1985, p. 270. Voy. Aussi BGH, 4 juillet 1984, *BGHSt* 32, 367 – *Garantenpflicht* du médecin à l'égard du patient inconscient après une tentative de suicide et BGH, 1 mars 1955, *BGHSt* 7, 211 – *Garantenpflicht* du médecin de garde.

²¹² S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, *op. cit.*, p. 119.

²¹³ Une partie de la doctrine y voit précisément une cause de justification. Voy. R. MERKEL, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, *ZStW*, 1995, pp. 545 et s. (spéc., p. 568).

²¹⁴ Voy. *infra* (B.)

²¹⁵ LABER, Der Schutz des Lebens im Strafrecht, Peter Lang Verlag, Francfort-sur-le Main, 1997, pp. 219 et s.

²¹⁶ Sur la définition de l'accident, voy. BGH, 26 octobre 1982, *NJW* 1983, 350, 351.

nécessaire²¹⁷ de sorte que n'est pas nécessaire l'aide qui serait de toute façon dépourvue d'effet utile parce que la personne serait déjà morte après une euthanasie fructueuse.

B. Les conditions de fond de l'euthanasie passive

(i) Recherche de la volonté du patient

Selon S. J. CHOI, il y a lieu de distinguer le patient capable et incapable de discernement vu que les solutions et justifications juridiques changent d'une catégorie à l'autre.

a) Le patient capable de discernement

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence de la Cour de cassation (ci-après BGH²¹⁸), les situations où une euthanasie passive a été demandée par un patient souffrant d'une maladie irréversible et dont le décès interviendra à brève échéance sont tout à fait non problématiques d'un point de vue juridique²¹⁹. La doctrine dominante continue en énonçant qu'il n'y a pas d'obligation juridique dans le chef du médecin de maintenir une vie en déclin à tout prix (même indépendamment de la volonté du patient)²²⁰. Ainsi, « *la Garantenpflicht du médecin serait supprimée parce que le maintien purement artificiel de la vie du patient serait déraisonnable d'un point de vue normatif. L'obligation du maintien en vie atteindra à la fois son but et ses limites dans le devoir du médecin de maintenir et promouvoir l'épanouissement personnel du patient*²²¹. Si le médecin ne peut plus intervenir à titre curatif, il est ainsi appelé à intervenir en mobilisant des techniques palliatives. La possibilité de la mort du patient est alors prise en compte à sa juste manière conciliant le champ d'application de l'interdiction des homicides et l'impossibilité d'accomplissement du devoir de traitement²²².

En cas de maladie réversible qui est donc curable, le patient capable de discernement est également en droit de refuser tout traitement²²³ même si celui-ci serait nécessaire pour

²¹⁷ Sur la définition de la nécessité d'apporter de l'aide, voy. *a contrario*, WESSELS et HETTINGER, StrafR BT I, 36. Auflage Heidelberg 2012, Rn. 1046. Pour des cas d'application, voy. BGH, 2 mars 1962, BGHSt 17, 166 – pas d'obligation de porter secours dans le chef du médecin en cas de situation médicale sans issue et sans perspectives d'amélioration et BGH, 4 juillet 1984, BGHSt 32, 367 – pas d'obligation de porter secours dans le chef du médecin en cas de tentative de suicide à laquelle le patient a accédé de manière libre et éclairé et dont il meurt *in fine*.

²¹⁸ Abréviation allemande habituelle pour désigner le *Bundesgerichtshof*.

²¹⁹ BGH, 13 septembre 1994, BGHSt 40, 257, 260 ; TRÖNDLE et FISCHER, Vor §§ 211 bis 216 Rn. 19.

²²⁰ TRÖNDLE et FISCHER, Vor §§ 211 bis 216, Rn. 19.

²²¹ S. J. CHOI, S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, *op. cit.*, p. 120.

²²² LK-JÄHNKE, Vor § 211, Rn. 16 f.

²²³ Ce droit est habituellement dégagé directement du prescrit constitutionnel de l'art. 2, al. 1^{er} GG.

sauver sa vie²²⁴. Ce droit demeure intact même si sa décision est objectivement déraisonnable aussi longtemps que le patient agit librement et en connaissance de cause²²⁵. Une interprétation contraire violerait également le droit à la dignité humaine (art. 1^{er}, al. 1^{er} GG) parce que le patient deviendrait simplement l'objet de l'action du médecin sous la tutelle paternaliste de ce dernier²²⁶.

b) Le patient incapable de discernement

Les cas des patients incapables de discernement sont beaucoup plus contestés même s'il existe un consensus que ces patients peuvent également bénéficier de l'euthanasie passive dans certaines conditions. La justification avancée est que le droit à l'autodétermination garanti par l'art. 2, al. 1^{er} GG *juncto* art. 1^{er}, al. 1^{er} GG ne se limiterait pas aux patients capables de discernement. Il se trouverait vidé de son sens et amputé d'effet utile si on l'interprétait d'une telle manière. Au contraire, le droit à l'autodétermination serait même anéanti dans le chef de ces personnes²²⁷. Ce constat a amené la jurisprudence et la doctrine de dégager des alternatives afin d'assurer à cette catégorie de personnes un droit à l'autodétermination (plus ou moins) équivalent.

Comme déjà évoqué *supra*, la question ne se pose pas concernant les patients incapables de discernement et souffrant d'une maladie irréversible entraînant le décès à brève échéance de sorte que le processus de mourir a été déjà enclenché²²⁸. La question de l'admissibilité de l'euthanasie passive se pose plutôt concernant les patients incapables de discernement souffrant de maladies curables ou incurables mais dont la mort n'interviendra pas à brève échéance.

L'incapacité de discernement concerne « *le patient qui est inconscient ou conscient mais sans conscience de soi-même ; ou encore conscient et conscient de sa propre personne mais incapable de comprendre les notions de mort et mourir ou la possibilité de former une décision rationnelle sur ce sujet* »²²⁹. Ainsi, tous les états d'inconscience, de conscience minimale, les

²²⁴ BGH, 28 novembre 1957, *BGHSt* 11, 111, 114.

²²⁵ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, p. 121.

²²⁶ INGELFINGER, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, *JZ*, 2006, pp. 821 et s. (spéc. p. 825). Voy. également, BVerfG, 19 octobre 1971, *BVerfGE* 32, 98.

²²⁷ BVerfG, 25 juillet 1979, *BVerfGE*, 52, 131, 171, 173.

²²⁸ L'appréciation de l'enclenchement du processus létal (*point of no return*) repose finalement sur les médecins.

²²⁹ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, p. 91, note infrapaginale n° 282.

maladies mentales ou psychologiques abolissant ou altérant le libre arbitre et les troubles de conscience momentanés sont englobés.

Il faut alors des techniques d'interprétation concrètes afin de dégager la volonté du patient en dépit de son état d'incapacité de discernement. Ces techniques doivent impérativement à la fois préserver et promouvoir son droit à l'autodétermination et à sa dignité le mieux possible (art. 2, al. 1^{er} GG *juncto* art. 1^{er}, al. 1^{er} GG). Vu cette problématique, le BGH a développé une théorie d'appréciation par étapes²³⁰ basée sur la jurisprudence du *Supreme Court of New Jersey*²³¹. Cette appréciation comprend trois étapes hiérarchisées entre eux par priorité décroissante et dont les suivantes ne sont prises en compte qu'à titre (doublement) subsidiaire.

La première technique d'interprétation de la volonté du patient constitue la déclaration anticipée de la volonté du patient manifesté par écrit. Cette technique serait la source de volonté anticipée la plus certaine. Le problème est qu'une déclaration spécifique concernant l'euthanasie comme celle disponible en Belgique²³² n'existe pas. Il existe néanmoins des différentes déclarations anticipées éparpillées comme celle réglant une tutelle judiciaire en cas de déclaration judiciaire d'incapacité (*Betreuungsverfügung*)²³³ ou celle réglant une tutelle extrajudiciaire pour incapacité future (*Vorsorgeverfügung*)²³⁴. Ces deux déclarations, à elles seules, s'avèrent toutefois inaptes à prévoir une euthanasie passive : bien que leur caractère légalement contraignant soit confirmé²³⁵, les conditions fondamentales et procédurales qu'elles impliquent constituent pour aucuns tantôt un obstacle à l'exercice des droits fondamentaux tantôt un défaut de protection effective. En outre, une telle déclaration « type » ne va pas couvrir effectivement un nombre suffisant de variables à la suite de la réalisation d'une d'elles le patient souhaiterait accéder à l'euthanasie passive²³⁶.

²³⁰ BGH, 17 mars 2003, BGHZ, 154, 205.

²³¹ Supreme Court of New Jersey, Conroy, 98 NJ 321, 486 A2d 1209 (1985).

²³² Son champ d'application demeure néanmoins assez limité (v. *supra*.)

²³³ Pour une version actuelle voy. la *Betreuungsverfügung* disponible sur URL : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Formulare/Betreuungsverfuegung.pdf?__blob=publicationFile&v=12, consulté le 10 mars 2020.

²³⁴ Pour une version actuelle voy. la *Vorsorgevollmacht* disponible sur URL : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Formulare/Vorsorgevollmacht.pdf?__blob=publicationFile&v=21, consulté le 10 mars 2020.

²³⁵ BGH, 17 mars 2003, BGHZ 154, 205.

²³⁶ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, *op. cit.*, pp. 94-98.

Pour cette raison d'ineffectivité relative des déclarations anticipées, le deuxième critère dégagé par le BGH concerne les opinions ou réactions subjectives extériorisées oralement par le patient pendant le temps qu'il était encore capable. Il peut s'agir par exemple d'opinions que le patient a confiées à ses familiers sur l'euthanasie mais aussi des réactions ou perceptions que le patient a eu après une intervention médicale précédente sur sa personne ou celle d'autrui. Ce critère demeure relativement flou mais a donné lieu à quelques cas d'applications jurisprudentielles.

Le BGH a ainsi avalisé une interruption de nutrition artificielle parce que des témoignages relataient avec certitude suffisante que la patiente aurait elle-même donné son accord à l'interruption si elle avait eu encore la capacité de discernement nécessaire²³⁷. Dans un autre cas la patiente s'était confiée à ses familiers et avait donné des indications précises de refus de traitement au cas où elle deviendra incapable de s'exprimer. L'absence de déclaration anticipée n'empêche pas de dégager les manifestations de la volonté des patients selon le BGH²³⁸. La maison de repos ou l'hôpital ne peuvent pas non plus opposer le règlement d'ordre intérieur interdisant les euthanasies *intra muros* ou la liberté de conscience au bénéfice des seuls membres du personnel personnes physiques afin d'empêcher la pratique des euthanasies passives²³⁹. Le fait qu'un membre de la famille coupe la nutrition artificielle par un acte actif résultant dans l'interruption de la nutrition et la mort de la patiente a par ailleurs été considéré comme légal parce que cet acte correspondait *in casu* à la volonté de la patiente²⁴⁰.

A défaut de pouvoir appliquer ce deuxième critère, un dernier critère interviendra en vue de déterminer la volonté du patient incapable de discernement. En dernier ressort, il s'agit de rechercher la volonté présumée du patient²⁴¹. Celle-ci se fonde d'une part sur des critères subjectifs et d'autre part sur des critères objectifs²⁴². La différence avec le deuxième critère est que ces éléments ici sont dégagés « objectivement » parce qu'ils ne reposent sur aucune expression subjective certaine de volonté pendant le temps où le patient était encore capable de l'exprimer. Les éléments pertinents se dégagent de l'environnement social dans lequel le patient tissait ses liens sociaux et de sa propre personnalité.

²³⁷ BGH, 13 septembre 1994, *BGHSt* 40, 257

²³⁸ BGH, 17 septembre 2014, *BGHZ* 202, 226.

²³⁹ BGH, 8 juin 2005, *BGHZ* 163, 195 *contra* BGH, 13 septembre 1994, précité.

²⁴⁰ BGH, 25 juin 2010, *BGHSt* 55, 191.

²⁴¹ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, pp. 98 et s.

²⁴² Cette distinction est néanmoins fortement contestée en raison du caractère difficilement classifiable des différents éléments qui permettent de dégager la volonté.

Les critères subjectifs sont notamment les convictions religieuses du patient, les convictions et valeurs personnelles, son espérance de vie restante dépendante de l'âge et la possibilité d'éprouver des souffrances supplémentaires dues à une intervention médicale²⁴³. A défaut de pouvoir dégager la volonté présumée sur base de ses critères subjectifs, le BGH invite à prendre en compte un critère objectif qu'il dénomme « convictions de valeurs généralisables » sans plus de précision. Non pertinent dans l'appréciation serait selon le BGH en revanche le caractère objectivement raisonnable d'une mesure ou celle contraire à l'intérêt d'un patient accroché à la vie plutôt qu'à la mort²⁴⁴.

Le médecin devrait en tout cas agir avec la plus grande précaution et s'il ne parvient toujours pas à dégager une volonté présumée avec suffisamment de certitude, il devrait préserver la vie du patient (*in dubio pro vita*)²⁴⁵.

La démarche du BGH est à critiquer bien que l'intention initiale soit la bonne. Ainsi, il n'est pas clair sur base de quel élément il distingue entre critères subjectifs et objectifs laissant de ce fait une grande marge d'appréciation aux cours et tribunaux. Le fait qu'il subsume sous la même catégorie de critères subjectifs l'espérance de vie restante et la possibilité d'éprouver des souffrances supplémentaires et les critères relatifs à ses convictions sont plus qu'émblématiques. Le BGH ne paraît lui-même pas très certain de sa propre classification de critères.

En plus, le seul critère objectif qu'il énonce est celui des « convictions de valeurs généralisables », or cette formulation reste très floue. Il est évident que la recherche de la volonté du patient désormais incapable de discernement est prépondérante. Une certaine souplesse des critères qui guidera l'appréciation des juridictions du fond sans néanmoins la soumettre à des critères précis est peut-être la bienvenue mais encore faut-il mettre en balance cette démarche avec l'exigence de sécurité juridique. Ce constat est d'autant plus vrai s'agissant de mettre en balance d'une part le droit à la vie (art. 2, al. 2 GG) et d'autre part le droit à l'autodétermination et à la dignité (art. 2, al. 1^{er} GG *juncto* art. 1^{er}, al. 1^{er} GG) et vu le caractère irréversible d'une euthanasie passive.

La généralisation des convictions de valeurs que commande le BGH est une tâche très difficile sinon impossible à accomplir pour les juridictions du fond. Ce critère part de la

²⁴³ BGH, 13 septembre 1994, précité comp. BGH, 25 mars 1988, *BGHSt* 35, 246, 249.

²⁴⁴ BGH, 13 septembre 1994, précité.

²⁴⁵ *Ibidem*.

prémisse qu'il existe des valeurs universelles ou au moins très répandues dans une société donnée. Or, il paraît que les convictions de valeurs sont très volatiles et soumises à une dynamique de changement constant dans la société pluraliste dans laquelle nous vivons. Le médecin devrait plutôt garder en tête que « *l'obligation du maintien en vie atteindra à la fois son but et ses limites dans le devoir du médecin de maintenir et promouvoir l'épanouissement personnel du patient* »²⁴⁶.

Si cet épanouissement personnel ne peut plus être atteint, le rôle du médecin devient d'ordre palliatif c'est-à-dire en minimisant la souffrance en dépit d'un raccourcissement de l'espérance de vie. Il n'y a donc aucune raison juridique de constater que l'obligation de la protection de la vie qui découle de l'art. 2, al. 2 GG prime *ipso facto* et *in dubio pro vita* (même en dernier ressort) sur une mort autonome et digne (art. 2, al. 1^{er} GG *juncto* art. 1, al. 1^{er} GG).

Il n'en reste pas moins que la jurisprudence du BGH²⁴⁷ a trouvé (enfin) consécration législative. Le § 1901a du Code civil allemand (ci-après BGB²⁴⁸) prévoit ainsi dans ses alinéas 1^{er} et 2 les critères « par étapes » dégagés par le BGH²⁴⁹.

(ii) Clarification peu satisfaisante – nécessité d'une maladie menaçant la (sur)vie mais pas d'exigence quant au type et au stade de la maladie

A la lecture de l'arrêt du BGH du 25 juin 2010²⁵⁰, il est fait écho à la nécessité de la présence d'une maladie menaçant la vie. Or, par l'utilisation que le BGH fait du terme « *lebensbedrohlich* » (menaçant la vie ou la survie), il ne ressort aucune exigence instaurant un cadre temporel endéans lequel l'euthanasie passive pourra être pratiquée. « Menaçant la vie » ne signifie nullement que le décès surviendra probablement à brève échéance ou que la maladie soit irréversible. Le terme « *lebensbedrohlich* » fait tout au plus référence à un seuil de gravité minimal requis en vue d'accéder à l'euthanasie passive mais s'avérerait peu satisfaisant en pratique.

On a dû attendre 2014 pour qu'un arrêt du BGH vienne clarifier cette condition en vue d'exclure tout doute²⁵¹. Il s'ensuit que ni l'irréversibilité ou non d'une maladie ni le fait que le

²⁴⁶ S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, p. 120.

²⁴⁷ BGH, 13 septembre 1994, précité et BGH, 25 juin 2010, précité.

²⁴⁸ Abréviation allemande habituelle pour désigner le *Bürgerliche(s) Gesetzbuch*.

²⁴⁹ Les §§ 1901a et s. du BGB (not. aussi le § 1904) constituent ainsi des garanties procédurales supplémentaires non seulement afin de dégager la volonté du patient mais ils permettent aussi un contrôle judiciaire préventif par le tribunal des tutelles sur la volonté du patient incapable (de discernement) dans le cadre de l'administration des décisions relatives à sa personne.

²⁵⁰ BGH, 25 juin 2010, précité.

²⁵¹ BGH, 17 septembre 2014, précité *contra* BGH 17 mars 2003, précité.

décès surviendra ou non à brève échéance ont une incidence sur le champ d'application de l'euthanasie passive. Le § 1901a, al. 3 du BGB prévoit ainsi également ce principe à la lumière de la recherche de la volonté du patient.

Les deux arrêts sont en réalité conciliables en ce sens que la maladie doit atteindre un seuil de gravité suffisant pour accéder à l'euthanasie passive sans que cette dernière soit couplée à un cadre temporel endéans duquel elle doit être mise en œuvre.

(iii) Relation immédiate avec le traitement médical (*Behandlungsbezug*)

Une dernière condition se dégage à la lecture de l'arrêt du BGH du 25 juin 2010. L'euthanasie passive n'est justifiée d'un point de vue du droit pénal que si le traitement médical qui aurait pu être mise en œuvre vise à maintenir ou prolonger artificiellement la vie gravement menacée par la maladie et qu'il serait effectivement apte d'atteindre cet objectif. Une atteinte à la vie du patient sans relation intime avec le traitement médical de la maladie est en revanche inadmissible malgré la volonté affirmative du patient. Une telle interprétation trouve sa source dans le blocage du consentement (*Einwilligungssperre*) qui découle implicitement des §§ 216 et 228 StGB (respectivement homicide sur demande de la victime et coups et blessures sur demande de la victime)²⁵².

§ 2. La sédation continue et profonde (entraînant la mort)

La sédation entraînant la mort a d'emblée un tout autre champ d'application que l'euthanasie passive. Certes, la sédation s'inscrit dans le cadre de la médecine palliative et y constitue l'*ultima ratio*. La maladie dont souffre le patient est incurable et provoque des souffrances qui ne peuvent être conjurées autrement. Le décès interviendra souvent mais pas toujours à brève échéance²⁵³.

Ce constat n'est pourtant pas de nature à avoir aveuglé le BGH dans son arrêt du 25 juin 2010. L'arrêt précité traite donc à la fois l'euthanasie passive et la sédation ayant entraîné la mort. Par le biais de la figure juridique de « l'omission par action », il a réussi à subsumer la sédation entraînant la mort dans la catégorie plus vaste de l'euthanasie passive en y rattachant les mêmes conditions et conséquences juridiques.

²⁵² Ces derniers ne sont punissables que si les coups portés ou les blessures occasionnées sont contraires aux bonnes mœurs nonobstant l'accord de la victime.

²⁵³ ROTHÄRMEL, Terminale Sedierung aus juristischer Sicht, *op. cit.*, pp. 349 et s.

Le problème de base était le suivant. Constatant qu'on ne peut pas distinguer objectivement l'euthanasie active et passive par la seule phénoménologie extérieure des actes ayant été pratiqués en vue d'euthanasier, un critère plus objectif devrait se substituer à celui décrit ci-avant. Ainsi, le fait de rattacher toute action euthanasique à la catégorie juridique de l'euthanasie active et toute omission à l'euthanasie passive, viole la valorisation normative des actes dans l'intention du législateur. Il importe plutôt de vérifier si l'acte ou la suite d'actes qui constitue(nt) la mesure de fin de vie entreprise abouti(t)-issent à une omission entraînant la mort²⁵⁴. Ce nouveau critère se veut plus objectif mais est-ce le cas en réalité ? En tout cas, il permet d'évacuer de la sphère de discussion la phénoménologie extérieure des actes constituant les mesures de fin de vie, pour une grande partie soumise à l'aléa²⁵⁵.

Dans son arrêt du 25 juin 2010, le BGH fait de ce critère objectif même une application particulière concernant la sédation ayant entraîné la mort. Cette fois-ci, il se montre d'une clarté rare en énonçant « *qu'une justification par accord (exprès, implicite ou présumé) du patient n'est envisageable que si l'acte se borne à rétablir un état qui permet à la maladie de poursuivre son cours fatal, dans lequel la souffrance est apaisée mais la maladie ne plus traitée avec pour conséquence que le patient est délivré in fine au processus de mourir* ». Il poursuit « *que ne sont point compris les cas d'une atteinte ciblée qui vise à découpler la terminaison de la vie du cours fatal normal de la maladie (en absence d'ingérence)* ».

Le BGH se souciait encore dans un arrêt antérieur²⁵⁶ de la présence d'un élément subjectif particulier dans le chef du médecin pratiquant, à savoir le dol général éventuel. Ce critère renvoie à la « *billigende Inkaufnahme* » de la mort du patient comme un effet secondaire non (directement) intentionné de la sédation. Néanmoins, le BGH se montrait mal à l'aise dans l'appréciation de ce critère dans le passé²⁵⁷. Des problèmes probatoires de cet élément subjectif ont eu systématiquement pour conséquence l'acquittement des médecins prévenus. Avec l'arrêt le plus récent du 25 juin 2010, le BGH paraît faire *tabula rasa* avec ce critère. A l'aide du critère de la nécessité d'une relation immédiate entre la sédation et le traitement médical indiqué (*Behandlungsbezug*), le BGH paraît pallier la nécessité de recourir au critère subjectif du dol général éventuel.

²⁵⁴ R. HEFENDEHL, Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen – Passive Sterbehilfe, disponible sur URL : <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/passive-sterbehilfe/>, mise à jour le 4 octobre 2017, consulté le 17 mai 2020.

²⁵⁵ BGH, 25 juin 2010, précité.

²⁵⁶ BGH, 15 novembre 1996, BGHSt, 42, 301.

²⁵⁷ *Ibidem*.

L'arrêt du BGH du 25 juin 2010 traite ainsi sur pied d'égalité l'euthanasie indirecte étant la sédation ayant entraîné la mort et l'euthanasie passive étant l'omission, la limitation ou l'interruption de traitement. Les conditions et constats que nous avons soulevés à propos de l'euthanasie passive sont donc applicables par analogie à la sédation ayant entraîné la mort²⁵⁸.

§ 3. L'euthanasie active ou l'homicide sur demande de la victime

L'euthanasie active ou encore appelée l'homicide sur demande de la victime est formellement interdit en droit allemand. Le § 216 StGB constitue ainsi une des rares sources légales réglementant la matière d'euthanasie (A.). Néanmoins, cette interdiction aussi catégorique et absolue peut soulever *prima facie* des questions de légalité et de constitutionnalité. Il importe donc de savoir comment elle se justifie et si, après avoir analysé la justification, ces questions demeurent toujours sans réponse (B.).

A. Les éléments constitutifs de l'interdiction absolue

Selon le prescrit du § 216 StGB, se rend coupable d'homicide sur demande de la victime, celui qui a été requis de manière expresse et sérieuse par la victime en vue de commettre l'homicide sur la personne de cette dernière. L'infraction est passible d'une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans. Elle est donc fort moins sévèrement punie que l'assassinat ou le meurtre (§§ 211 et 212 StGB) qui prévoient quant à eux une peine allant jusqu'à la réclusion à perpétuité. La volonté de la victime, bien qu'elle ne justifie pas pénalement l'acte homicide qui demeure une infraction, peut néanmoins se concevoir comme une cause d'excuse atténuante dans le chef de l'auteur. L'aménagement de la fourchette de la

²⁵⁸ La doctrine soutient, quant à elle, deux théories différentes (et plus praticables) par rapport à la solution dégagée par le BGH en vue de justifier la sédation. Les deux théories aboutissent néanmoins *in fine* au même résultat. Une partie de la doctrine vise à appliquer l'état de nécessité au sens du § 34 StGB à la sédation en vue de la rendre licite. Une autre partie de la doctrine préconise l'application de la théorie dite de l'adéquation sociale (*Sozialadäquanztheorie*). Selon cette théorie, un comportement n'est illicite, si aux yeux de l'opinion générale, il se justifie par la poursuite d'un objectif socialement souhaitable. Vu que la sédation vise avant tout à diminuer l'impact des douleurs et à apaiser la souffrance, elle se justifie même si une des conséquences possibles mais non désirées est la mort du patient. Par conséquent, les éléments constitutifs des §§ 211, 212 ou 216 StGB ne seraient point remplis vu que l'acte de base serait socialement souhaitable et donc non revêtu d'un caractère infractionnel. Les éléments constitutifs des paragraphes précités font ainsi l'objet d'une restriction téléologique. N. ZAHN, *Medizinische, juristische und ethische Aspekte der terminalen Sedierung*, LIT Verlag Münster, Münster, 2012, pp. 122 et s. (spéc. pp. 134, 135 et 146 et s.).

Concernant une réflexion critique sur la théorie de l'adéquation sociale, voy. A. ESER, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen, Verlag Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 199-212.

peine s'explique notamment par le fait que l'auteur se trouve en situation de dilemme à la suite de la réquisition illégale de la victime de la tuer²⁵⁹.

La *ratio legis* du § 216 se base d'une part, sur le principe de l'indisponibilité de sa propre vie²⁶⁰ et d'autre part, sur le droit à la dignité humaine limitant ainsi l'autonomie du sujet de droit qui trouve sa source elle-même dans le droit à la dignité²⁶¹. Le blocage de consentement (*Einwilligungssperre*) qui découle du libellé même des termes du paragraphe en question y trouve également son fondement²⁶². Ces circonstances mènent au constat que l'interdiction de l'euthanasie active paraît revêtir un caractère absolu.

L'infraction est établie si la personne désireuse de mourir demande l'homicide sur sa personne de la part d'une autre même si la perte de temps de vie restante ne serait que minimal au vu du cours normal fatal de la maladie. Aucun raccourcissement de l'espérance de vie n'est admis même en cas de pronostic médical désespérant²⁶³. Encore faut-il que toute personne désireuse de mourir requiert de manière sérieuse une autre en vue de commettre l'homicide sur la première pour constituer l'infraction.

Le BGH est clair quant à la condition de réquisition d'une personne qui suppose la détermination expresse d'une personne précise qui réveille dans son chef la volonté de commettre l'homicide sur la personne requérante. Un simple accord de la personne réquisitionnée ne suffit pas, il faut que la personne requérante amène ou convainc la personne requise de la tuer. Il s'ensuit que la personne requérante ne peut, elle, pas non plus se contenter d'être simplement d'accord avec sa mort (*billigende Inkaufnahme*) mais au contraire, la volonté de mourir doit être l'élément déterminant de la réquisition²⁶⁴.

Sur le caractère sérieux de la réquisition le BGH fait remarquer que la personne désireuse de mourir doit être apte à percevoir la signification et la portée de sa décision. Elle doit savoir ce qu'elle réclame et comprendre les conséquences que cette réquisition²⁶⁵. Ne sont pas capables d'exprimer sérieusement leur désir de mourir, les personnes qui n'ont pas le niveau

²⁵⁹ S. J. DÜCKER, *Strafrecht Besonderer Teil 1, Tötung auf Verlangen*, § 216 StGB, disponible sur URL : <https://www.juracademy.de/strafrecht-bt1/toetung-verlangen.html>, consulté le 29 mars 2020.

²⁶⁰ A. OHLY, *Volenti non fit iniuria – Einwilligung im Privatrecht*, J. C. B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 2002, p. 419 et N. JACOB, *Aktive Sterbehilfe im Rechtsvergleich und unter der Europäischen Menschenrechtskonvention*, *op. cit.*, p. 25.

²⁶¹ GG, art. 1, al. 1^{er}.

²⁶² BGH, 20 mai 2003, *NStZ*, 2003, pp. 537 et s.

²⁶³ BGH, 8 mai 1991, *BGHSt*, 37, 376 (379).

²⁶⁴ BGH, 22 avril 2005, *BGHSt*, 50, 80 (92).

²⁶⁵ BGH, 22 janvier 1981, *NJW*, 1981, pp. 932 et s.

de discernement requis que ce constat soit vrai de manière générale ou seulement dépendant de la situation concrète dans laquelle elles se trouvent. Il se peut ainsi que des circonstances extérieures comme l'influence de stupéfiants ou des manœuvres dolosives de la personne requise ou d'un tiers altèrent ou abolissent le libre arbitre²⁶⁶.

L'élément subjectif requis dans le chef de l'auteur est un dol général qui doit porter au moins sur la réquisition de la personne désireuse de mourir et son caractère sérieux. La volonté de l'auteur peut être subordonnée à quelque condition que ce soit. Ainsi, l'auteur prend et exécute sa résolution de tuer uniquement parce qu'il se rend compte que la victime lui a confiée cette tâche et que celle-ci lui a été confiée de manière sérieuse²⁶⁷.

Le § 216 StGB étant *lex specialis* par rapport aux §§ 211 et 212 StGB, il s'ensuit que ce premier s'applique dès que tous ses éléments constitutifs sont remplis sans égard aux §§ 211 et 212²⁶⁸. Si les éléments constitutifs du § 216 ne sont pas remplis, un examen des circonstances du cas d'espèce à la lumière des §§ 211 et 212 doit être entrepris à titre subsidiaire. Le cas échéant, on retombera ainsi sur un acte délictueux qualifié d'assassinat ou de meurtre, puni plus sévèrement.

B. Justification

L'infraction prévue au § 216 StGB ne se justifie point aux yeux du BGH. Un état de nécessité au sens du § 34 StGB semble exclu dans tous les cas. Selon ce dernier, l'obligation étatique de protéger la vie qui découle de l'article 2, al. 1^{er} GG pèse trop lourd dans la balance pour laisser la place à une application éventuelle de l'état de nécessité ou encore la volonté de la victime justifiant l'acte²⁶⁹. Il ne serait pas non plus dans le giron de la jurisprudence de modifier cette interprétation qui découle de toute évidence de l'ordre constitutionnel. Tout au plus, le législateur (*a fortiori* le constituant) a le pouvoir de changer cette conception traditionnelle²⁷⁰. Dans des circonstances extrêmes, le droit à la vie pourrait ainsi devenir une

²⁶⁶ BGH, 11 janvier 2011, *NStZ* 2011, p. 341.

²⁶⁷ N. JACOB, *Aktive Sterbehilfe im Rechtsvergleich und unter der Europäischen Menschenrechtskonvention*, *op. cit.*, p. 29 et FISCHER, § 216 StGB, Rdn. 11.

²⁶⁸ Ce constat est vrai même si les éléments constitutifs du meurtre ou encore de l'assassinat sont moins exigeants que ceux requis en vue de constituer un homicide sur demande de la victime. Vu dans cette perspective, il ressort une fois de plus que l'ordre constitutionnel allemand, sur lequel se base entre autres les dispositions pénales, vise avant tout une indisponibilité la plus absolue de la vie (même en fin de vie) et perçoit la protection de celle-ci comme une des obligations les plus importantes à charge de l'Etat.

²⁶⁹ BGH, 20 mai 2003, précité, p. 538.

²⁷⁰ Cet argument ne paraît guère convaincant. Si jamais le constituant voulait réviser le GG en ce sens, il se heurterait à la clause d'éternité (*Ewigkeitsklausel*) qui empêche une révision des dispositions constitutionnelles

obligation de survie. L'invocation de l'article 1^{er}, al. 1^{er} GG avec le but d'obtenir la mort conformément à la dignité humaine ne serait pas non plus de nature à pouvoir renverser cette conception²⁷¹. La doctrine majoritaire considère que les motifs derrière cette interprétation du BGH sont probablement « *le rang élevé du bien juridique en cause (la vie) et l'indisponibilité de celui-ci ainsi que la disponibilité d'alternatives comme les possibilités d'arrêt de traitement et de la simple participation au suicide* »²⁷².

Beaucoup d'auteurs se rallient sur la position du BGH. Ils mettent en avant les possibilités d'abus sociaux même si l'euthanasie active faisait l'objet d'une réglementation légale bien équilibrée. Une autre position largement répandue est celle de la nécessaire protection du droit à l'autodétermination contre les effets pervers et néfastes pour le sujet titulaire de ce droit²⁷³.

Certains auteurs minoritaires remettent toutefois en cause l'interdiction absolue. Selon MERKEL, l'état de nécessité s'ouvre au profit de l'auteur confronté à des cas extrêmes. Les dispositions pénales relatives à l'interdiction des homicides perdraient en même temps leur raison d'existence parce que désormais uniquement animées par leur validité normative au niveau sociétal. L'intérêt du malade souffrant devrait exceptionnellement l'emporter sur le mandat général de protection de la vie en vue duquel les normes pénales en question ont été spécialement instituées²⁷⁴.

FISCHER parle dans ce contexte de la présence d'une douleur d'anéantissement dans le chef du malade qui ne peut être conjurée médicalement. Selon lui une forme active d'euthanasie se justifie dans de telles circonstances par un état *supra*-légal d'exclusion de culpabilité²⁷⁵. L'interdiction absolue qu'induit le § 216 serait également douteuse la comparant sous un angle de sa légitimité avec le caractère parfaitement légal du suicide (assisté)²⁷⁶. Ainsi,

qu'elle énumère (art. 79, al. 3 GG). Le droit à la vie paraît sous cet angle une fois de plus comme une vache sacrée de l'ordre constitutionnel allemand. Certes, il paraît que le législateur ordinaire pourrait réglementer l'euthanasie active mais on ne s'aperçoit pas comment il pourrait le faire sans violer la vision que chérit le GG sur la vie humaine dont un changement dans l'avenir proche est plus qu'improbable.

²⁷¹ BGH, 20 mai 2003, précité.

²⁷² N. JACOB, *Aktive Sterbehilfe im Rechtsvergleich und unter der Europäischen Menschenrechtskonvention*, op. cit., p. 35 et s. citant LACKNER et KÜHL, Vor § 211 StGB, Rdn. 7.

²⁷³ *Ibidem*, p. 38.

²⁷⁴ D. MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2015, p. 281.

²⁷⁵ FISCHER, Vor §§ 211 – 216 StGB, Rdn. 71 et s. FISCHER se réfère probablement à l'état de nécessité *supra*-légal. Pour un cas d'application pratique dans lequel le tribunal rejette l'application du § 34 StGB mais se rallie sur le § 60 StGB (état de nécessité *supra*-légal) avec pour conséquence le prononcé d'une simple déclaration de culpabilité, voy. AG Berlin-Tiergarten, 13 septembre 2005 – (237) 1Kap Js 2655/04 (19/05), *MedR*, 2006, pp. 298 ss.

²⁷⁶ *Ibidem*, Rdn. 72.

le désir du mourant de se suicider lui-même (à l'aide d'un tiers) est parfaitement accepté mais à partir du moment où celui-ci ne dispose plus de la capacité physique de le faire et en fait la demande à une autre personne, ce désir lui sera refusé²⁷⁷.

Les cas auxquels font référence MERKEL et FISCHER devraient néanmoins recevoir une interprétation restrictive. Leurs conceptions sont en effet en violation flagrante avec la jurisprudence du BGH. La position du BGH paraît *prima facie* intenable dans des cas extrêmes où les personnes ne disposent pas d'autre alternative que l'euthanasie active en vue de terminer leur vie en dignité. Pourtant, elle peut se comprendre à la lumière de la place prépondérante qu'occupe la protection de la vie aux yeux du GG. Malgré ce constat, certains juges du fond résistent et n'hésitent pas à appliquer l'état de nécessité (*supra-légal*) aux cas portés devant eux quand ils sont d'avis que les circonstances de l'espèce l'exigent.

§ 4. Le suicide assisté

A l'instar de ce dernier paragraphe de cette première section, on analysera la réception du suicide assisté dans l'ordre juridique allemand dans une perspective chronologique. Dans son principe considéré comme légal (A.), des difficultés pratiques dans sa mise en œuvre se posent néanmoins vu l'indisponibilité factuelle des stupéfiants en vue du suicide (B.). Une entrave supplémentaire à la pratique du suicide assisté est d'ordre légal. Fin 2015, le législateur a eu l'idée d'interdire toute promotion à caractère professionnel à l'assistance au suicide par l'introduction d'un nouveau § 217 StGB (C.).

Grâce à cette perspective chronologique, on comprendra mieux quels antécédents judiciaires ont précédé l'arrêt du BVerfG du 26 février 2020.

A. Son caractère principalement non punissable et ses délimitations

En absence d'une disposition pénale incriminant le suicide, celui-ci demeure non punissable en application du principe *nullum crimen sine lege*. Partant de ce constat, n'est également pas punissable la participation à celui-ci faute d'infraction principale punissable²⁷⁸.

²⁷⁷ Voy. toutefois les réserves formulées *infra* à propos du suicide assisté et l'état de droit dans le temps.

²⁷⁸ K. GAVELA, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Heidelberg, 2013, pp. 14 et s.

Le législateur historique n'avait pas non plus l'intention de subsumer le suicide, et partant le suicide assisté sous les §§ 211, 212 et 216 StGB²⁷⁹. Une infraction particulière incriminant spécifiquement l'assistance au suicide n'existe pas non plus²⁸⁰.

Le suicide assisté se distingue des homicides prévus aux §§ 211, 212 et 216 StGB par le fait que la personne désireuse de mourir a agi volontairement et sciemment concernant l'acte suicidaire et ses conséquences (critère de la *Freiverantwortlichkeit*) et ayant eu la maîtrise objective et subjective sur le déroulement de l'acte suicidaire (critère de la *Tatherrschaft*).

Le critère de la *Freiverantwortlichkeit* est selon une doctrine majoritaire interprété par analogie au critère du caractère sérieux de la réquisition au sens du § 216 StGB²⁸¹. On renvoie pour ce critère à ce qui a été dit supra à propos de l'homicide sur demande de la victime.

Le critère de la *Tatherrschaft* se décompose en élément objectif et subjectif selon une doctrine majoritaire. L'élément objectif se traduit par le contrôle entre les mains du suicidant potentiel de l'acte fatal. C'est lui qui détient la maîtrise exclusive sur l'acte imminent mettant fin à sa vie. L'élément subjectif se focalise en revanche davantage sur la prémisse que chaque personne recèle un certain seuil d'inhibition naturel qui lui empêche d'attenter à sa propre vie. Le tiers appelé à assister au suicide ne peut rompre cet équilibre psychologique sous peine de se rendre coupable au sens des §§ 211, 212 ou 216. C'est le suicidant lui-même qui doit prendre la décision extrêmement difficile de le rompre²⁸².

Vu la complexité de ces différents critères qui nécessitent une interprétation aussi fine que possible, il n'est guère étonnant que la frontière entre l'assistance au suicide non punissable et les différentes formes d'homicide est extrêmement tenue. L'appréciation des critères est soumise à la casuistique inhérente à un nombre quasiment infini de différents cas d'espèce qui peuvent se présenter. De ce fait, de multiples divergences d'interprétation subsistent à la fois dans la jurisprudence et entre les différents auteurs doctrinaux.

Ainsi, il a été jugé récemment à l'occasion de deux affaires similaires jointes que le médecin qui prescrit un médicament létal à ces patients ne viole pas les §§ 211, 212 et 216

²⁷⁹ GOLDDAMNER, Die Materialien zum Strafgesetzbuche der Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert, t. II, pp. 363 et s.

²⁸⁰ K. GAVELA, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, *op. cit.*, p. 11.

²⁸¹ En ce sens, LACKNER et KÜHL, StGB, vor § 211, 28^e éd., Rn. 13 ss. ; RENGIER, BT II, 13^e éd., § 8, Rn. 4 ; SCHÖNKE, SCHRÖDER, ESSER, *e.a.*, StGB, vor § 211, 29^e éd., Rn. 36 et KINDHÄUSER, LPK-StGB, vor §§ 211-222, 6^e éd., Rn. 29. P. MAX et A. SPERBER, Wann handelt es sich um eine freiverantwortliche Selbsttötung ? , disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/streitstaende/strafrecht/wann-handelt-es-sich-um-eine-freiverantwortliche-selbst-tung>, consulté le 31 mars 2020.

²⁸² R. HEFENDEHL, Abgrenzung § 216 zur straflosen Beihilfe zum Suizid, disponible sur URL : <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/216/abgrenzung-suizidbeihilfe/>, mise à jour le 8 août 2017, consulté le 31 mars 2020.

juncto § 13 StGB si les patients rencontrent à la fois les critères de la *Freiverantwortlichkeit* et de la *Tatherrschaft*. Ces critères ont été rencontrés *in casu* parce que les patients ont agi volontairement et sciemment concernant leur acte suicidaire et ont détenu la maîtrise objective et subjective de l'acte fatal. Le fait que le médecin a dans un des cas accompagné le patient pendant plus de deux jours avant de finalement constater son décès n'a pas non plus eu pour effet ni de le rendre punissable pour méconnaissance du § 323c *juncto* § 13 StGB (non-assistance à personne en danger étant garant) ni sur le pied du § 212 *juncto* § 13 StGB (meurtre par omission étant garant). Le § 217 StGB n'était pas non plus applicable aux médecins²⁸³ à cause du principe de la non-rétroactivité des lois pénales²⁸⁴.

Dans un autre cas hors contexte médical qui fonde en même temps un arrêt de principe concernant la distinction entre les homicides et l'assistance au suicide, le BGH a décidé inversement au vu des circonstances de l'espèce. Il a refusé de reconnaître à la fois le caractère volontaire et sciemment ainsi que le caractère maîtrisant de l'acte suicidaire d'une femme naïve. Celle-ci s'est laissé convaincre par une autre personne de se suicider dans la baignoire en électrifiant l'eau en vue de quitter son corps et ainsi d'atteindre l'étoile Sirius. Heureusement, la victime a survécu. En la trompant d'une telle manière, l'auteur de la tentative d'assassinat ne peut plus invoquer d'avoir simplement participé à la tentative de suicide en donnant conseil nécessaire. Les manœuvres dolosives de l'auteur ont eu pour effet de vicier dans le chef de victime sa volonté ainsi que la connaissance de cause sous-tendant son acte suicidaire. L'erreur dont la volonté de la victime a été viciée qui a également permis à l'auteur d'utiliser la victime comme un outil afin d'exécuter son plan de profiter en tant que légataire universel unique de la prime d'assurance-vie dont la police a été conclue tout juste avant les faits. Le BGH en conclut que la *Tatherrschaft* n'était point non plus présent dans le chef de la victime. Par conséquent, il préconise une condamnation pour tentative d'assassinat²⁸⁵.

Cet arrêt nous montre également que le BGH conçoit la participation à une infraction (et par analogie au suicide) de manière extrêmement large. Le terme « participation » englobe en effet les actes d'aide et d'assistance (§ 26 StGB) ainsi que les actes d'incitation comme c'est le cas *in casu* (§ 27 StGB). Bien qu'on ne puisse soutenir que l'auteur assiste au suicide au sens juridique du terme, il y incite néanmoins en convaincant la victime de se suicider. Le fait que le BGH refuse de qualifier l'acte de participation quelconque mais plutôt d'acte commis en

²⁸³ V. *infra*.

²⁸⁴ BGH, 03 juillet 2019, *NJW*, 2019, pp. 3089 et 3092 – 5 StR 132/18 et 5 StR 393/18.

²⁸⁵ BGH, 05 juillet 1983, *BGHSt*, 32, 38.

qualité d'auteur médiat dépend uniquement des circonstances du cas d'espèce mais n'enlève en rien la véracité globale de ce constat.

Le suicide assisté est donc en théorie légal. La pratique a toutefois démontré que les personnes désireuses de mourir rencontrent une série de difficultés qui les empêche finalement de mourir en dignité à leurs yeux. Le plus grand problème qui se pose est celui de l'indisponibilité des stupéfiants en doses létales. Tenant compte du caractère digne avec lequel la plupart des personnes veulent terminer leur vie, cette solution leur paraît la meilleure alternative.

B. Le problème pratique - L'indisponibilité des stupéfiants en vue du suicide

La jurisprudence allemande a pendant longtemps considéré qu'était irrecevable et même pas examiné au fond, le recours formé par un proche contre une décision de refus de l'Institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux visant à se faire autoriser la délivrance de pentobarbital sodique en dose létale²⁸⁶. En cause était un époux qui réclamait ce stupéfiant en vue d'aider sa femme tétraplégique à se suicider. Les tribunaux allemands, saisis du recours contre la décision de refus de l'Institut fédéral constataient un défaut d'intérêt à agir dans le chef de l'époux au nom de sa femme. Ni l'invocation de l'article 8 de la CEDH, ni l'article 6, al. 1^{er} GG qui prévoit une protection analogue de la vie privée et familiale sont de nature à permettre à l'époux d'intenter l'action au nom de son épouse malgré l'incapacité de fait de cette dernière²⁸⁷.

La Cour administrative régionale de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie, statuant en degré d'appel, a confirmé le jugement d'irrecevabilité pour les mêmes motifs dans son arrêt de 2007²⁸⁸. Le recours constitutionnel introduit par le demandeur contre cet arrêt ne s'est avéré pas d'avantage fructueux²⁸⁹. L'époux de la femme entretemps décédée a alors, comme le prévoit le droit international, épuisé tous les recours internes avant de saisir finalement la Cour européenne des droits de l'homme.

La CEDH reconnaît quant à elle la violation de l'art. 8 CEDH alléguée par le requérant en ce que les juridictions allemandes ont refusé d'examiner le fond de sa demande d'obtenir une dose létale de pentobarbital sodique afin de mettre fin à la vie de son épouse tétraplégique.

²⁸⁶ Loi sur les narcotiques (ci-après BtMG), § 3, al. 1^{er}, 1^o.

²⁸⁷ VG Köln, 21 février 2006, *FamRZ*, 2006, p. 1673 - 7 K, 2040/05.

²⁸⁸ OVG NRW, 22 juin 2007, *NJW*, 2007, p. 3016 -13 A 1504/06.

²⁸⁹ BVerfG, 04 novembre 2008, *BvR* 1832/07.

Malgré le fait qu'elle déclare irrecevable sa demande en ce qu'elle entend à faire reconnaître posthume le droit à la dignité et à l'autodétermination de l'épouse elle-même pour défaut d'intérêt personnel, elle admet cependant que la relation spécifique qu'il entretenait avec son épouse ainsi que la poursuite de la procédure judiciaire après la mort de celle-ci justifierait une violation du droit propre tiré de ce même article 8.

Ni l'institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux auquel il était demandé l'autorisation de se procurer du médicament létal susmentionné, ni les juridictions administratives saisies des recours subséquents contre la décision de refus ne peuvent déclarer irrecevable la demande pour défaut d'intérêt personnel. L'article 8 de la CEDH tel qu'interprété *in concreto* permet de reconnaître au requérant un intérêt personnel. Les autorités nationales doivent donc, dans l'avenir, examiner le fond de chaque demande tenu compte des circonstances du cas d'espèce²⁹⁰.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme marque ainsi l'apogée judiciaire de l'affaire Koch qui est loin d'être finie. À la suite de l'arrêt de la Cour de Strasbourg, le requérant saisit à nouveau le tribunal administratif de Cologne qui annule son jugement d'irrecevabilité de 2006 mais déclare non fondée la demande d'autorisation de délivrance pour contrariété à l'article 5, al. 1^{er}, 6^o de la loi sur les narcotiques (ci-après BtMG²⁹¹). La Cour continue en opposant que la *ratio legis* de la loi à savoir « *d'assurer le support médical nécessaire de la population, tout en évitant l'abus ou la fabrication illicite de substances stupéfiantes ainsi que d'exclure aussi loin que possible le risque de la survenance d'une dépendance* »²⁹² est méconnue du fait que la loi ne peut être interprétée comme autorisant la délivrance d'une substance soumise à autorisation en dose létale en vue du suicide²⁹³.

La Cour administrative régionale, statuant en degré d'appel, confirme ce jugement²⁹⁴ de sorte que la Cour administrative fédérale (ci-après BVerwG²⁹⁵) est appelée à intervenir.

Celle-ci juge en effet que la demande d'acquisition d'un médicament soumis à autorisation en vertu de la loi sur les narcotiques en vue de procéder au suicide n'est principalement pas de nature à recevoir une suite favorable. Elle poursuit en rappelant que des

²⁹⁰ CourEDH, Koch c. Allemagne, arrêts du 31 mai 2011 et du 19 juillet 2012, 497/09.

²⁹¹ Abréviation allemande habituelle en vue de désigner le *Betäubungsmittelgesetz*.

²⁹² BtMG, § 5, al. 1^{er}, 6^o.

²⁹³ VG Köln, 13 mai 2014, 7 K 254/13.

²⁹⁴ OVG NRW, 19 août 2015, NStZ-RR, 2016, 265 - 13 A 1299/14.

²⁹⁵ Abréviation allemande habituelle en vue de désigner le *Bundesverwaltungsgericht*.

article 2, al. 1^{er} *juncto* article 1^{er} GG découle également le droit de décider quand et comment une personne atteinte d'une maladie grave et incurable souhaite que sa vie se termine pourvu que sa volonté soit libre et éclairée et qu'elle puisse agir ainsi. Tenu compte du respect dû à ces droits fondamentaux, l'article 5, al. 1^{er}, 6° BtMG devrait être interprété comme autorisant exceptionnellement la délivrance d'un médicament létal en vue du suicide.

D'après la Cour, l'acquisition du médicament létal est conciliable avec la *ratio legis* si la demande y relative soumise pour examen au fond à l'Institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux réunit les trois conditions cumulatives suivantes. *Primo*, le requérant se trouve atteint d'une maladie grave et incurable qui l'expose à une situation de détresse extrême. Cette dernière est rencontrée si la maladie grave et incurable est liée à des souffrances physiques, notamment des douleurs intenses qui provoquent une pression psychologique insupportable et insuffisamment apaisable. *Secundo*, le malade doit (encore) disposer de la faculté de discernement et a usé de sa volonté libre et éclairée en vue de prendre la résolution qu'il souhaite mettre un terme à sa vie. *Tertio*, il faut qu'il n'existe pas d'alternatives raisonnables à sa disposition qui permettraient de rencontrer son désir de mourir d'une manière satisfaisante²⁹⁶.

L'arrêt de la Cour de Strasbourg a en quelque sorte ouvert la boîte de Pandore en ce qu'il oblige l'administration et les juridictions nationales à se livrer à un examen du fond de chaque demande. L'arrêt du BVerwG, quant à lui, met en lumière le malaise avec lequel les juridictions allemandes traitent la matière du suicide assisté.

Bien que l'arrêt soit considéré par la doctrine allemande comme un événement marquant et peut être analysé comme un véritable revirement, l'arrêt est en même temps très controversé et vivement critiqué. Le fait qu'il délègue à l'Institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux la tâche énorme de statuer à l'aide de critères aussi vagues sur des demandes de délivrance de médicaments létales a fait couler beaucoup d'encre²⁹⁷.

Face à cet arrêt inattendu, l'Institut fédéral aurait dû s'organiser au plus vite afin d'instaurer une procédure qui permet un examen approfondi et concret de chaque demande. Vu

²⁹⁶ BVerwG, 2 mars 2017, BVerwGE, 158, 142 - 3 C 19.15.

²⁹⁷ Voy. à ce propos, l'avis sur la constitutionnalité de l'arrêt du BVerwG sollicité par l'Institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux et vivement contesté pour son manque d'indépendance et d'impartialité ; Dr. iur. Dr. sc. pol. U. DI FABIO (im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte), Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 - 3 C 19/15 -, Bonn, 2017, pp. 69-71.

que l'Institut fédéral n'est qu'une administration ordinaire et non spécialisée dans ce type d'examen, l'établissement d'une procédure adéquate pose de multiples problèmes pratiques. Le problème majeur est la nécessité de créer une commission de concertation pluridisciplinaire à brève échéance qui permettrait un examen à la hauteur de tous les intérêts en cause. Un tel examen discrétionnaire des demandes poserait également des questions qu'une loi ordinaire serait inapte à résoudre. La jurisprudence devrait préciser les critères en les interprétant à la lumière de l'ordre constitutionnel²⁹⁸.

Cette interprétation de conformité constitutionnelle ne peut pourtant amener les cours et tribunaux à entrer dans la sphère de compétence du législateur et ainsi violer le principe de la séparation des pouvoirs²⁹⁹. En aucun cas, les juridictions ne peuvent « *déterminer elles-mêmes la valeur normative d'une règle juridique* »³⁰⁰ dont elles assurent l'application. Ainsi, les juridictions ne peuvent, « *dans leur œuvre créateur du droit, ni méconnaître les principes et valeurs sous-tendant le travail législatif ni le telos qui y est incorporé* »³⁰¹, sous peine de tomber dans l'interprétation arbitraire.

En ce que le BVerwG déclare la *ratio legis* du BtMG compatible, dans des cas exceptionnels, avec la délivrance de médicaments létaux en vue du suicide, il y induit implicitement une obligation à charge de l'Etat de collaborer à la participation du suicide³⁰². Ce faisant, il semble que le BVerwG dépasse l'intention du législateur en la modifiant de manière inconstitutionnelle violant le principe de séparation des pouvoirs³⁰³. Il aurait dû poser une question préjudicielle au BVerfG conformément à l'article 100, al. 1^{er} GG s'il était convaincu que le § 5, al. 1^{er}, 6^o BtMG viole les articles 2, al. 1^{er} *juncto* 1^{er} GG³⁰⁴. Seul le BVerfG est

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ GG, art. 20, al. 2.

³⁰⁰ BVerfG, 19 septembre 2007, *BVerfGE*, 119, 247 (274); BVerfG, 24 avril 1985, *BVerfGE*, 69, 1 (55).

³⁰¹ U. DI FABIO (im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte), *Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen*, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 - 3 C 19/15 -, *op. cit.*, p. 52.

Voy. en ce sens, BVerfG, 11 juin 1980, *BVerfGE*, 54, 277 (299).

³⁰² *Ibidem*, p. 53.

³⁰³ U. DI FABIO souligne cet argument en faisant allusion au § 217 StGB et au passé historique des « euthanasies » sous le régime nazi. La première allusion se réfère à l'interdiction du suicide assisté à titre professionnel. Le législateur a pris position claire en interdisant jusqu'il y a peu une telle pratique. Si le législateur décide d'intervenir expressément en vue de régler une problématique semblable par rapport à la question de la délivrance des substances létales en vue du suicide, on ne peut pas induire qu'il a l'intention implicite inverse concernant cette dernière. La deuxième allusion est pourtant moins convaincante. Pourquoi est-ce qu'après autant de temps le législateur ne changerait-il pas de point de vue si ce n'est par peur injustifié d'une pente glissante, réminiscence du passé nazi qui pèse toujours lourd dans les débats sociaux et omniprésent dans l'opinion publique.

³⁰⁴ U. DI FABIO (im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte), *Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen*, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 - 3 C 19/15 -, *op. cit.*, pp. 50 et s.

compétent de prendre une décision sur la constitutionnalité d'une loi. À la suite de l'arrêt sur question préjudicielle du BVerfG, le BVerwG aurait dû se rallier à la position du BVerfG sur la question litigieuse.

Vu ces constats soulevés dans l'avis sollicité par l'Institut fédéral, le pouvoir exécutif, conforté dans sa position dubitative quant à la constitutionnalité de la décision judiciaire, a vraisemblablement décidé de ne pas exécuter la décision³⁰⁵. Cette position peut s'expliquer par une application particulière du principe de précaution mais est certainement davantage compréhensible par la peur que les organes d'exécution personnes physiques de l'Institut fédéral violeraient § 217 StGB en cas de décision favorable à la délivrance³⁰⁶.

Le ministre fédéral de la santé J. SPAHN a même émis l'instruction expresse à l'Institut fédéral de ne pas exécuter l'arrêt du BVerwG³⁰⁷. Cette démarche peut être comprise comme arrêté de non-exécution qui pose de sérieux problèmes au regard du principe de l'Etat de droit³⁰⁸. Ainsi, l'Institut fédéral qui observait une attitude passive d'inaction totale face aux demandes de délivrance qui lui provenaient à partir du prononcé de l'arrêt, les refuse désormais catégoriquement sans examen au fond à la lumière des critères dégagés par le BVerwG.

Cette pratique administrative déloyale a amené aux moins six personnes à introduire une action en justice contre l'Institut fédéral. Le tribunal administratif de Cologne les a jointes et a appelé le BVerfG via le mécanisme préjudiciel en vue de se prononcer sur la constitutionnalité du § 5, al. 1^{er}, 6^o BtMG³⁰⁹. Toutefois, la question préjudicielle est toujours pendante devant le BVerfG le jour de la clôture de la rédaction du présent mémoire³¹⁰.

³⁰⁵ J. MÜLLER-NEUHOF et R. WORATSCHKA, Darf der Staat beim Sterben helfen? – Gesundheitsminister blockiert Urteil, Tagespiegel online, publié le 03 février 2018, disponible sur URL: <https://www.tagesspiegel.de/politik/gesundheitsminister-blockiert-urteil-darf-der-staat-beim-sterben-helfen/20925030.html>, consulté le 26 avril 2020.

³⁰⁶ Voy. *infra*.

³⁰⁷ J. MÜLLER-NEUHOF, Jens Spahn verhindert Sterbehilfe, Tagespiegel online, publié le 19 février 2019, disponible sur URL: <https://www.tagesspiegel.de/politik/gesundheitsminister-ignoriert-urteil-jens-spahn-verhindert-sterbehilfe/24010180.html>, consulté le 26 avril 2020. Cette information a pu être obtenue grâce à une action en justice ordonnant la production et la consultation de documents administratifs internes. Il y ressort notamment que l'attitude dilatoire avec laquelle l'administration (n') a (pas) traité les demandes était préméditée. Voy. VG Köln, 21 juin 2018, 6 L 261/18.

³⁰⁸ U. DI FABIO (im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte), Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 - 3 C 19/15 -, *op. cit.*, pp. 66-69.

³⁰⁹ VG Köln, 19 novembre 2019 (6 affaires jointes), 7 K 8461/19, 7 K 583/19, 7 K 1410/18, 7 K 8560/18, 7 K 13803/17 et 7 K 14642/17.

³¹⁰ A jour le 25 mai 2020.

L'administration continue à renvoyer la balle vers le législateur en vue de clarifier la situation par une réglementation expresse mais celui-ci ne semble pas pour l'instant avoir l'intention d'adopter une loi en la matière³¹¹. La « guerre » entre les différents pouvoirs étatiques continue donc sans compter les 21 personnes demandeurs qui sont mortes entretemps loin du champ politique de la bataille, virées avec un simple refus sans examen de leur cas d'espèce ou même sans avoir reçu la moindre réponse³¹².

A cette impasse dans l'imbroglio juridique s'ajoute fin 2015 un facteur supplémentaire aggravant davantage le sort des gravement malades. Il s'agit de l'interdiction légale de la promotion du suicide à caractère professionnel conformément au § 217 StGB, annulé tout récemment.

C. L'entrave supplémentaire - L'interdiction de la promotion à titre professionnel du suicide d'autrui introduite par le § 217 StGB (désormais annulé)

Par une loi du 3 décembre 2015³¹³, le législateur a entendu incriminer le fait de « *promouvoir intentionnellement le suicide d'autrui en lui rendant ou procurant, à titre professionnel, l'opportunité de se suicider* »³¹⁴. Le paragraphe en question continuait et prévoyait une peine maximale de trois ans d'emprisonnement ou une simple amende en cas de violation.

L'alinéa 2 du même paragraphe prévoyait toutefois que « *demeure non punissable en tant que participant celui qui n'agit pas à titre professionnel et est membre de la famille d'autrui visé à l'alinéa 1^{er} ou un proche* ».

D'emblée, les éléments constitutifs de l'infraction étaient décrits de manière extrêmement large de sorte que presque n'importe quel acte de participation au suicide d'autrui pouvait tomber sous le coup du § 217 dès qu'il était commis à titre professionnel. L'infraction pouvait être perpétrée par toute personne aussi bien par action que par omission sous réserve

³¹¹ Résolution du gouvernement allemand relative à l'exécution de l'arrêt Koch c. Allemagne, CM/ResDH (2018) 32, 31 janvier 2018, 497/09, p. 4.

³¹² J. MÜLLER-NEUHOF, Regierung ignoriert Sterbehilfe-Urteil, publié le 18 août 2018, disponible sur URL: <https://www.tagesspiegel.de/politik/leiden-von-schwerkranken-regierung-ignoriert-sterbehilfe-urteil/22928102.html>, consulté le 26 avril 2020.

³¹³ Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Selbsttötung vom 3. Dezember 2015, BGBl., 9. Dezember 2015, S. 2177, Art. 1 (Loi sur l'incrimination de la promotion à titre professionnel du suicide du 3 décembre 2015, BGBl., 9 décembre 2015, art. 1^{er}).

³¹⁴ § 217, al. 1^{er} StGB.

de ce qui était prévu à l'alinéa 2³¹⁵. En plus, l'infraction était consommée dès que les conditions de la tentative punissable se trouvaient réunies³¹⁶.

D'une interprétation littérale de la norme ressortait également qu'il n'était pas non plus nécessaire que la promotion avait eu pour effet le suicide d'autrui. Il n'était même pas nécessaire aux yeux de la norme que la promotion avait eu un quelconque effet sur le comportement de la personne visée³¹⁷. En revanche, il était nécessaire mais suffisant qu'un dol éventuel ait été présent dans le chef de l'auteur sur la potentialité du suicide d'autrui. Un dol général direct devait toutefois exister concernant l'action de promotion prise isolément³¹⁸.

Le législateur a entendu par cette incrimination de protéger le droit à la vie et la liberté individuelle de décision du gravement malade³¹⁹. « *Le but de la norme n'était donc pas de remettre en question le caractère principalement non punissable du suicide et de la participation y relative, mais d'intervenir à titre correctif là, où des offres professionnelles d'assistance au suicide menacent l'autodétermination et la vie* »³²⁰.

L'affirmation de protéger la liberté individuelle de décision du malade contre les pressions extérieures et abus potentiels paraît néanmoins hypocrite. En effet, par l'adoption de la loi, le législateur a réussi à restreindre la liberté décisionnelle de manière contraignante. Ainsi primait jusqu'il y a peu le consensus d'une majorité politique sur la décision individuelle du gravement malade sur sa mort³²¹.

Concernant les éléments objectifs constituant l'infraction, un mot mérite d'être dit sur « le caractère professionnel » que doit revêtir « la promotion » du suicide d'autrui.

Agissait à titre professionnel au sens du § 217 StGB celui qui a rendu ou procuré une opportunité de suicide à autrui avec l'intention de transformer son action de promotion en vue d'en faire une activité durable et répétitive³²². L'infraction prévue au § 217 StGB était donc une

³¹⁵ Jura intensiv, Übersicht zur Neuregelung des § 217 StGB, disponible sur URL : https://verlag.jura-intensiv.de/media/pdf/18/0c/f8/Gesetzesaktualisierung_RA-02-16_neuregelung-217stgb.pdf, consulté le 28 avril 2020, p. 1.

³¹⁶ § 11, al. 1^{er}, 6^o *juncto* § 22 StGB.

³¹⁷ BT-Drucksache 18/5373, p. 19 (travaux préparatoires du projet de loi qui a abouti à la loi du 3 décembre 2015, disponible sur URL : <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/053/1805373.pdf>, consulté le 27 avril 2020).

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ *Ibidem*, pp. 2, 8 et 12.

³²⁰ BVerfG, 26 février 2020 (6 recours joints), 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16, § 24 ; comp. BT-Drucksache 18/5373, pp. 2, 11 et s. ainsi que 17.

³²¹ Jura intensiv, Übersicht zur Neuregelung des § 217 StGB, *op. cit.*, p. 1.

³²² TOFAHRN, Strafrecht BT I, Rn. 121 et BT-Drucksache 18/5373, p. 16.

infraction d'habitude qui n'était punissable que si les éléments constitutifs se trouvaient réunis plus qu'une fois. Il n'était donc pas requis d'agir dans un but lucratif³²³ mais il suffisait de promouvoir le suicide d'autrui de manière répétée même si le comportement du promoteur a été animé par des motifs altruistes et compassionnels.

Les travaux préparatoires restent en revanche silencieux sur le contenu concret du terme « promouvoir » le suicide d'autrui. De ce fait, la loi créait plus d'insécurité juridique au lieu de la renforcer en la matière. Nous pourrions néanmoins proposer une définition générique qui souligne encore une fois que nous pouvions interpréter ce terme de manière extrêmement large en absence d'une définition légale claire et précise. Selon le dictionnaire allemand officiel, le terme « promouvoir » peut être défini dans ce contexte comme « *supporter quelqu'un dans son épanouissement ou projet* »³²⁴. On peut alors constater que tout comportement supportant de quelque manière que ce soit le suicide d'autrui de manière durable et répétitive pouvait être subsumé sous le prescrit normatif du § 217 StGB.

Une telle incrimination rendait évidemment impossible le travail d'associations ayant pour objet social la préparation et pratique d'euthanasies sur le territoire allemand. Mais plus grave encore, vu que toute personne était susceptible d'entrer dans le champ d'application *ratione personae* de la norme, sous réserve du prescrit de l'alinéa 2, une discussion entre un médecin et un patient gravement malade sur son désir de mourir n'était plus possible³²⁵.

Vu l'indisponibilité actuelle des stupéfiants en vue du suicide, les personnes désireuses de mourir se retournent vers leurs médecins mais ceux-ci n'étaient pas disposés d'entrer en discussion avec eux par crainte de s'exposer à des poursuites pénales. Les gravement malades étaient alors délaissés dans leur souffrance et les questions autour de leur fin de vie se trouvaient tabouisées³²⁶.

La pratique de l'assistance au suicide ou la promotion de celui-ci reposait finalement sur les membres de la famille ou les proches des gravement malades parce que ceux-ci demeuraient l'unique recours légal en vue de réaliser le désir de mourir du gravement malade.

³²³ Comp. § 243, al. 1^{er}, 3^o StGB et BT- Drucksache 18/5373, pp. 13 et s.

³²⁴ Duden, Bedeutungen, disponible sur URL : <https://www.duden.de/rechtschreibung/foerdern>, consulté le 29 avril 2020.

³²⁵ Pour une toute autre approche basée sur le concept de la dignité humaine comme « mode de vie » concernant la discussion autour de la fin de vie entre un patient et ses médecins traitants, voy. P. BIERI, *Eine Art zu leben, Über die Vielfalt menschlicher Würde*, 4^e éd., Fischer Taschenbuch, Francfort-sur-le Main, 2017, pp. 363-370.

³²⁶ Pour un bon résumé de la problématique, voy. WDR Doku, *Ich will so nicht mehr leben! Streitfall Sterbehilfe*, mise à jour le 24 octobre 2019, disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=OPGEBKCAtpk>, consulté le 29 avril 2020.

L'alinéa 2 du § 217 prévoyait expressément que ceux-ci demeuraient non punissables s'ils n'agissaient pas à titre professionnel. Les membres de la famille et les proches se retrouvaient ainsi dans une situation de dilemme. D'une part, une personne proche gravement malade leur demandait l'assistance au suicide et d'autre part, ils risquaient d'encourir des poursuites pénales au-delà de devoir supporter la charge émotionnelle du chagrin³²⁷.

C'est dans ce contexte d'insécurité juridique le plus total qui mène au désespoir chez les gravement malades et leur proches que l'arrêt du BVerfG du 26 février 2020 doit être placé. En effet, une série de personnes gravement malades, des médecins et des associations pour le droit de mourir en dignité ont introduit des recours en annulation (*Verfassungsbeschwerde*³²⁸) contre le § 217 StGB devant le BVerfG³²⁹.

Section 2. L'annulation du § 217 StGB et la question de l'encadrement du suicide assisté *de lege ferenda*

Dans cette dernière section, nous nous pencherons d'une part sur les arguments au fond des requérants qui ont principalement conduit le BVerfG à annuler le § 217 StGB (§ 1^{er}). D'autre part, nous envisagerons schématiquement, à partir de l'enseignement de l'arrêt, comment le suicide (médicalement) assisté pourrait être réglementé dans l'avenir (§ 2).

§ 1^{er}. L'enseignement de l'arrêt

Dans un premier temps, il convient d'observer les moyens invoqués par les personnes désireuses de mourir (A.) et les arguments juridiques qu'y apporte le BVerfG (B.). L'effet de l'arrêt sur la norme litigieuse sera également abordé (C.). En effet, nous nous limiterons aux moyens invoqués par les personnes désireuses de mourir et à l'appréciation du BVerfG y relative parce que ce sont ces *rationes decidendi* qui ont conduit principalement à l'annulation de la disposition litigieuse.

³²⁷ Voy. à ce propos, SWR Doku, Frau S. will sterben – Wer hilft am Lebensende ?, émis et à jour le 02 mars 2017 (juste après l'arrêt important du BVerwG), disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=psYTpEr0Uzo>, consulté le 29 avril 2020.

³²⁸ Une traduction plus conforme à la réalité de l'effet de cette voie de recours extraordinaire est « recours constitutionnel » ou « plainte constitutionnelle » parce que l'annulation de la norme n'est prononcée (comme nous allons le voir) que si une interprétation constitutionnelle conforme de celle-ci n'est plus possible.

³²⁹ GG, art. 93, al. 1^{er}, 4^o a) *juncto* BVerfGG, §§ 13, 8^o a) et 90 ss.

A. Les moyens invoqués par les personnes désireuses de mourir

Les requérants désireux de mourir invoquent pour ce qui les concerne le droit général de la personnalité qui se dégage d'une jurisprudence constitutionnelle constante fondée sur les articles 2, al. 1^{er} *juncto* 1^{er}, al. 1^{er} GG. De ce droit découlerait selon eux, un droit de mourir de manière autodéterminée. Une des expressions de ce droit serait le recours aux tiers à l'aide desquels leur désir de mourir se trouverait réalisé³³⁰. Le § 217 violerait ce droit en ce qu'il empêcherait *de facto* le recours aux tiers afin de réaliser leur désir³³¹. L'ingérence légale dans l'exercice de leurs droits fondamentaux ne serait pas non plus justifiée d'un point de vue constitutionnel³³².

B. L'arrêt au fond

La Cour reconnaît que « *le droit général de la personnalité (art. 2, al. 1^{er} juncto art. 1, al. 1^{er} GG) englobe aussi, en tant qu'expression d'autonomie personnelle, le droit à une mort auto-déterminée* »³³³. Ce droit inclut la liberté de recourir au suicide. La décision de mettre un terme à son existence selon ses propres conceptions de qualité - et de sens de la vie est une décision intimement rattachée à la personnalité du sujet de droit qui doit être respectée par l'Etat et la société³³⁴. La liberté de se suicider englobe à leur tour la liberté de requérir l'aide des tiers si l'offre y relative est disponible³³⁵.

Bien que le § 217 StGB n'incrimine pas le comportement de requérir l'aide auprès des tiers en vue du suicide vu que les désirants de mourir ne sont pas le destinataire de la norme litigieuse, cette dernière rend *de facto* impossible le recours à l'aide des tiers en vue du suicide. La norme litigieuse exerce de ce fait une ingérence médiate dans leur droit à une mort autodéterminée. L'ingérence étatique dans les droits fondamentaux doit dès lors être justifiée et résister à un examen de sa constitutionnalité³³⁶.

Les buts poursuivis par le législateur sont doubles. D'une part, le § 217 a vocation de protéger le droit à la vie qui découle de l'obligation positive à charge de l'Etat tirée de l'article 2, al. 2 GG, 1^{ère} phrase. D'autre part, il tente de protéger l'autonomie du sujet de droit contre les pressions sociales qui peuvent influencer son libre arbitre concernant le caractère libre et

³³⁰ BVerfG, 26 février 2020, précité, § 3.

³³¹ *Ibidem*, § 87.

³³² *Ibidem*, §§ 35-40.

³³³ *Ibidem*, Leitsatz, 1 a) (p. 1).

³³⁴ *Ibidem*, Leitsatz 1 b).

³³⁵ *Ibidem*, Leitsatz 1 c).

³³⁶ *Ibidem*, Leitsatz 2.

éclairé de sa décision de mettre un terme à sa vie³³⁷. La Cour arrive à la conclusion que ces buts sont bien légitimes³³⁸. Elle constate à l'aide d'un examen de pronostic de dangers prévisibles combinée avec des statistiques comparatives qu'une pente glissante pourrait s'établir au moins théoriquement. Celle-ci aboutirait à une hausse des cas de suicide assistés et mettrait en péril le libre arbitre des désirants de mourir. Elle finit toutefois par avouer que les données empiriques ne sont pas assez représentatives en la matière mais fait prévaloir le principe de précaution³³⁹.

En outre, l'ingérence légale aux droits fondamentaux est apte à atteindre le but poursuivi par le législateur³⁴⁰. Considérant le rang particulièrement élevé que le GG accorde au droit à la vie et à l'auto-détermination, une protection effective et préventive de ces biens juridiques peut se concevoir par la mobilisation du droit pénal³⁴¹.

Il demeure néanmoins incertain que l'incrimination telle quelle est prévue par le § 217 soit nécessaire dans une société démocratique afin d'atteindre le but légitime poursuivi par le législateur bien qu'il en est apte. Cette circonstance n'est pourtant pas de nature à devoir poser de problème *in casu*³⁴².

En revanche, l'interdiction prévue par le § 217 n'est pas proportionnelle³⁴³. Des ingérences légales dans les droits fondamentaux « *ne sont proportionnelles que si le niveau d'atteinte individuelle se trouve dans un rapport raisonnable avec les avantages retirés par la société entière* »³⁴⁴. Cette exigence ne peut être satisfaite par la norme litigieuse.

Attendu que cette dernière attaque la sphère la plus intime d'un ensemble plus vaste de strates couvertes par le droit à l'auto-détermination, un seuil de proportionnalité strict s'impose à la lumière duquel la proportionnalité doit être appréciée³⁴⁵.

Il convient d'abord de rappeler que la norme litigieuse gravite dans un champ de tension constitué de différents droits fondamentaux qui entrent en collision entre eux. S'entrechoquent le droit à l'autodétermination du désirant de mourir responsable de son libre choix d'une part, et l'obligation à charge de l'Etat de protéger ce dernier droit contre le sujet de droit soi-même

³³⁷ *Ibidem*, §§ 228-230.

³³⁸ *Ibidem*, §§ 231-235.

³³⁹ *Ibidem*, §§ 236-259.

³⁴⁰ *Ibidem*, §§ 260-262.

³⁴¹ *Ibidem*, Leitsatz 4.

³⁴² *Ibidem*, § 263.

³⁴³ *Ibidem*, §§ 264-305.

³⁴⁴ *Ibidem*, § 264.

³⁴⁵ *Ibidem*, Leitsatz 3 a).

et les éventuelles influences extérieures nuisibles d'autre part. *A fortiori*, le droit à la vie auquel le GG accorde la protection la plus étendue y est également impliqué³⁴⁶.

Ces différents intérêts, légitimes en soi, doivent néanmoins être considérés à leur juste place n'excluant pas certaines bornes infranchissables à l'intérieur desquelles le sujet de droit bénéficie d'une sphère d'action aussi étendue que possible. Une telle appréciation doit être en conformité avec l'esprit libéral du GG et une conception utilitariste de la proportionnalité.

Si l'ordre juridique détermine que certaines formes d'assistance au suicide sont prohibées par la loi pénale, il doit en même temps assurer qu'une procédure d'exception soit disponible afin que l'accès au suicide assisté demeure ouvert pour des cas individuels. L'accès au suicide assisté, envisagé comme une application concrète du droit à l'autodétermination, doit être réel et effectif et non seulement théorique et abstrait³⁴⁷.

En ce que le § 217 restreint les possibilités d'une assistance au suicide d'une manière telle qu'il refuse *de facto* à l'individu désireux de mourir l'accès à cette pratique, la norme litigieuse entrave de manière disproportionnée le droit à l'autodétermination³⁴⁸. La Cour conclut que le § 217 StGB viole les articles 2, al. 1^{er} *juncto* 1^{er}, al. 1^{er} GG. Elle fait ainsi référence au manque d'alternatives raisonnables qui sont à la disposition du gravement malade en vue de mettre un terme à sa vie de manière aussi satisfaisante. Ni les personnes privilégiées par l'alinéa 2 de la norme attaquée, ni les soins palliatifs, ni la disponibilité des alternatives non punissables à l'étranger ne paraissent convaincre du contraire³⁴⁹. Elle finit par conclure sur la compatibilité de la solution retenue avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁵⁰ en faisant allusion plus particulièrement aux arrêts *Pretty contre Royaume Uni*³⁵¹ et *Haas contre Suisse*³⁵².

C. Le dispositif

La Cour déclare inconstitutionnelle et, partant de ce constat, nulle la disposition attaquée³⁵³. Par ailleurs, les conditions nécessaires pour une simple déclaration d'incompatibilité avec le GG ne sont pas données. En effet, une interprétation de conformité constitutionnelle de la disposition litigieuse n'est point possible vu que la *ratio legis* serait

³⁴⁶ *Ibidem*, Leitsatz 3 b).

³⁴⁷ *Ibidem*, Leitsatz 4.

³⁴⁸ *Ibidem*, Leitsatz 5.

³⁴⁹ *Ibidem*, §§ 281-301.

³⁵⁰ *Ibidem*, §§ 302-305.

³⁵¹ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, n° 2346/02.

³⁵² Cour EDH, *Haas c. Suisse*, arrêt du 20 janvier 2011, n° 31322/07.

³⁵³ BVerfG, 26 février 2020, précité, § 337.

violée en l'interprétant d'une telle manière. L'annulation subsidiaire de la disposition attaquée est donc le seul remède qui peut être envisagée en vue de faire cesser l'inconstitutionnalité de la disposition³⁵⁴.

§ 2. L'encadrement futur du suicide assisté

Afin de ne pas se retrouver dans des spéculations les plus diverses, nous nous limiterons dans ce dernier paragraphe à esquisser schématiquement la possibilité d'encadrement du suicide assisté sur base de l'enseignement de l'arrêt du BVerfG. En effet, la Cour paraît donner quelques principes directeurs dans son arrêt concernant cette question sans pouvoir pour autant émettre des injonctions au législateur.

Elle commence par rappeler qu'une intervention législative en vue de régler la matière n'est pas exclue mais celle-ci devra évidemment respecter le GG. La conception de l'homme en tant qu'être auto-déterminée et libre que chérit le GG requiert toutefois que l'Etat ne vient entraver les droits sous-jacents que si l'intervention étatique est absolument nécessaire à la lumière des buts légitimes poursuivis³⁵⁵.

Bien que les buts poursuivis soient légitimes et que le droit pénal paraît apte à les réaliser, encore faut-il que l'intervention étatique respecte le principe de proportionnalité. Ce respect dû au principe de proportionnalité n'exclut pas que le législateur puisse réglementer la matière à l'aide d'un large panorama d'alternatives à sa disposition. « *Celles-ci s'étalent d'une régulation positive de mécanismes procéduraux comme des obligations légales d'attente ou d'information, aux réserves d'autorisation qui visent à assurer du caractère sérieux des offres d'aide au suicide, jusqu'aux interdictions des formes particulièrement dangereuses de l'assistance au suicide conformément à la ratio legis du § 217 StGB* »³⁵⁶.

Le législateur jouit d'une grande marge d'appréciation en vue de réglementer ou non la matière mais celle-ci souffre toutefois de limites aux yeux de la Cour.

Primo, le législateur ne peut subordonner la pratique du suicide assisté à aucune condition matérielle supplémentaire à sa réalisation. Vu que le droit à une mort autonome est une forme d'expression du droit à l'auto-détermination qui découle du droit général de la personnalité (article 2, al. 1^{er} *juncto* article 1, al. 1^{er} GG), une subordination de l'exercice de ce

³⁵⁴ *Ibidem*, §§ 334-336.

³⁵⁵ *Ibidem*, § 338.

³⁵⁶ *Ibidem*, § 339.

droit à une condition matérielle quelconque reviendrait à nier la substance même de ce droit. La subordination d'accès à la pratique du suicide assisté à la présence d'une maladie suffisamment grave, incurable ou dont la mort interviendra à brève échéance est alors inconstitutionnelle³⁵⁷.

Secundo, le respect de la liberté de conscience de chaque personne physique (art. 4, al. 1^{er} GG) commande que nul ne peut être obligé de participer de quelque manière que ce soit à l'assistance au suicide ou de la pratiquer lui-même³⁵⁸.

Ces limites posées, la Cour oblige à un aménagement cohérent de l'ordre juridique en vue de garantir un épanouissement et une réalisation du droit à l'autodétermination conformément au GG tel qu'interprété dans la présente affaire. Un aménagement cohérent de la déontologie des médecins et des pharmaciens ainsi que de la législation en vigueur en matière de stupéfiants serait souhaitable³⁵⁹.

Le problème de la déontologie médicale et pharmaceutique est toutefois qu'elle est, à ce moment, dans le giron des différents *Länder*, donc une cohérence entre les différentes réglementations fédérées ne sera pas chose aisée à atteindre. Malgré le fait que la déontologie n'a en soi pas force obligatoire aux yeux du droit étatique, l'action du médecin se trouve néanmoins guidée *de facto* de sorte qu'un aménagement cohérent s'imposerait³⁶⁰.

Concernant une éventuelle réforme de la législation en matière de stupéfiants, la Cour entend clairement une modification du BtMG. Néanmoins, le respect de « *l'obligation d'aménagement cohérent de l'ordre juridique n'exclut pas que des éléments de protection du consommateur et contre l'abus encrés dans la législation en matière de stupéfiants et de médicaments soient maintenus et couplés à un concept protecteur en matière d'assistance au suicide* »³⁶¹.

Ce dernier passage se lit plutôt comme consolidant la position législative actuelle en matière d'indisponibilité des stupéfiants en vue du suicide. En plus, nous voyons mal les contours du « concept protecteur » à établir, destiné à être couplé avec les éléments déjà encrés en matière de stupéfiants qui empêchent pour l'instant la délivrance de stupéfiants en vue du suicide.

³⁵⁷ *Ibidem*, § 340.

³⁵⁸ *Ibidem*, Leitsatz 6.

³⁵⁹ *Ibidem*, §§ 341 et s.

³⁶⁰ *Ibidem*, §§ 290 ss.

³⁶¹ *Ibidem*, § 342.

Essayons d'être un peu plus clair en se plaçant à présent dans la peau du législateur qui hésite entre intervenir en vue de réglementer ou non.

Soit le législateur décide d'intervenir et de réglementer expressément la matière. Une loi comparable à la loi belge relative à l'euthanasie contenant uniquement des garanties procédurales assez comparables serait alors l'encadrement le plus plausible. Il serait par ailleurs plausible que ces conditions procédurales soient interprétées plus strictement comparé à l'interprétation extensive dont « souffrent » les conditions en Belgique. En effet, les cours et tribunaux resteraient probablement maître de l'interprétation de la loi à défaut d'existence d'une commission spécialement instituée. La loi relative au suicide (médicalement) assisté s'interpréterait donc notamment à la lumière du GG qui accorde une place assez prépondérante au droit à la vie. Cette prise en compte du droit à la vie, certes en conflit avec d'autres droits fondamentaux, devrait nécessairement conduire à une jurisprudence plutôt réticente et conservatrice en la matière. Néanmoins, l'élément qui manque jusqu'à présent est la volonté et le consensus politique sur le principe et le contenu d'une loi en la matière.

Soit le législateur n'intervient pas et ne réglemente pas expressément la matière. Dans ce cas de figure, qui est d'application au jour de la clôture de rédaction³⁶², nous retombons sur l'état du droit tel qu'il existait avant l'entrée en vigueur du § 217 StGB. Le suicide assisté est alors désormais légal sans devoir remplir des conditions supplémentaires aussi longtemps que le suicidant incarne *Tatherrschaft* et *Freiverantwortlichkeit* au moment de passer à l'acte³⁶³. Il reste néanmoins le problème pratique de l'indisponibilité actuelle des stupéfiants qui empêche *de facto* un recours satisfaisant à la pratique. C'est ici que le BVerfG est appelé à intervenir une nouvelle fois à défaut de réaction législative adéquate en vue d'un aménagement cohérent de l'ordre juridique³⁶⁴.

³⁶² A jour le 25 mai 2020.

³⁶³ V. *supra*, section 1^{ère}, § 4, A.

³⁶⁴ V. *supra*, section 1^{ère}, § 4, B.

Conclusion synthétique de comparaison

Il est temps de conclure et de revenir synthétiquement et dans une perspective comparative entre les deux ordres juridiques examinés sur les éléments les plus importants de notre recherche.

Différentes mesures liées à la fin de vie ont été présentées afin de permettre de se forger un panorama le plus complet possible dans un premier chapitre. Les mesures liées à la fin de vie peuvent être divisées d'une part, en mesures de fin de vie en ce qu'elles mettent fin à la vie par leur mise en œuvre et d'autre part, en mesures d'accompagnement qui ont, quant à elles, pour but de rendre l'espérance de vie restante aussi agréable que possible. Dans la première catégorie de mesures, nous retrouvons les différentes formes d'euthanasie ainsi que le suicide assisté. En revanche, de la deuxième catégorie de mesures découlent les soins palliatifs ainsi que l'accompagnement en fin de vie. Le cas particulier de la sédation profonde et continue est à classer selon quelle est terminale ou palliative, respectivement dans la première ou deuxième catégorie. Nous avons choisi de la traiter de manière générale comme une forme particulière d'euthanasie parce que ses éléments constitutifs font plutôt référence à une euthanasie.

Néanmoins, il paraît extrêmement difficile de distinguer en pratique ces différents concepts ce qui peut mener souvent à une qualification juridique prématurée voire erronée. Le cas particulier de la sédation continue et profonde (entraînant la mort) est à cet égard plus qu'émblématique.

Différentes mesures spécifiques ont été examinées dans les ordres juridiques belge et allemand, respectivement dans un deuxième et troisième chapitre.

Concernant le deuxième chapitre traitant du droit belge, nous nous sommes particulièrement focalisés sur la pratique d'euthanasie (active) telle qu'elle est régie par la loi du 28 mai 2002 et ses diverses lois modificatives ultérieures.

D'abord, nous avons explicité les éléments constitutifs de l'euthanasie au sens de la loi ainsi que les délimitations par rapport au suicide assisté et à la sédation profonde dont la légalité ne fait aucun doute.

Cette dernière relève des soins palliatifs et est couverte par la loi y relative. Une application de la théorie du double effet permet également de la justifier.

Le suicide assisté n'est, contrairement à ce que prétend la doctrine majoritaire et le Conseil de l'Ordre des médecins, pas régi par la loi relative à l'euthanasie. La *ratio legis* qui découle des travaux préparatoires est pourtant claire à ce sujet : L'euthanasie et le suicide assisté sont deux actes différents qui n'obéissent pas au même régime juridique. L'interprétation de la S.L.C.E. manque également en droit en ce qu'elle exige le respect des conditions légales afin de rendre applicable la loi relative à l'euthanasie au suicide assisté. Ce faisant, elle applique les articles 10 et 11 de la constitution de manière trop extensive créant une autre inconstitutionnalité. Cette interprétation reviendrait alors à incriminer implicitement le suicide assisté pratiqué en violation des conditions légales. Or, le suicide n'étant pas une infraction, une participation criminelle ne s'y conçoit point. La nouvelle infraction ainsi créée violerait les articles 12, al. 2 et 14 de la constitution.

Ensuite, nous avons mis en lumière les différentes conditions d'application de la loi. Tantôt subjectives, tantôt objectives, nous avons constaté très vite que ces dernières ont tendance à se subjectiver de plus en plus par l'application extensive que leur confère la Commission fédérale. Initialement conçu pour contrôler et évaluer l'application de la loi comme son nom l'indique, elle n'hésite pas à faire office de juridiction en interprétant la loi à sa guise. Cette circonstance combinée au manque d'indépendance et d'impartialité dû à sa composition, on peut légitimement se demander si les garanties protectrices contenues dans la loi sont aptes à protéger effectivement les plus vulnérables. Ne suffit-il pas désormais de vouloir simplement mourir pour bénéficier d'une euthanasie tellement le champ d'application matériel et personnel de la loi a été vidée de sa substance ?

Finalement, ces constats posent évidemment la question de la « pente glissante ». Nous sommes arrivés à la conclusion que celle-ci existe bel et bien en droit mais n'est pas susceptible de falsification factuelle certaine. En effet, les seules statistiques officielles publiées par la Commission elle-même ne sont pas fiables pour des motifs susmentionnés de sorte que nous ne pouvons en déduire aucune réponse par ailleurs falsifiable. D'autres facteurs comme une demande croissante dû à l'intériorisation populaire de la loi ou la cessation corrélative du tabou entourant la mort sont des variables aussi puissantes pouvant expliquer la hausse exponentielle d'euthanasies.

Concernant le troisième chapitre traitant du droit allemand, nous nous sommes davantage focalisés sur les pratiques de l'euthanasie passive et du suicide assisté. Ce choix est motivé d'une part, par le fait que l'euthanasie active y est formellement interdite (voy. § 216

StGB) et d'autre part, parce que les évolutions juridiques de ces mesures étaient les plus intéressantes.

Nous nous sommes d'abord penchés sur l'euthanasie passive. Nous avons vu comment le BGH a, par sa jurisprudence, conduit petit à petit à une acceptation de cette pratique par l'ordre juridique allemand. Soutenu par la doctrine, il a admis très tôt que la *Garantenpflicht* du médecin est limitée par l'exercice du droit à l'autodétermination (art. 2, al. 1^{er} *juncto* art. 1, al. 1^{er} GG) du gravement malade qu'il soit capable ou incapable de discernement. « *L'obligation du maintien en vie atteindra à la fois son but et ses limites dans le devoir du médecin de maintenir et promouvoir l'épanouissement personnel du patient* »³⁶⁵. Le BGH continue dans son arrêt phare du 25 juin 2010 en dégagant les conditions de fond de l'euthanasie passive. Outre la recherche de la volonté expresse, à défaut, implicite ou, à double défaut, présumée du patient, il convient de prendre en compte le critère de gravité de la maladie et le *Behandlungsbezug*.

La sédation continue et profonde (entraînant la mort) est subsumée sous la catégorie plus vaste de l'euthanasie passive ce qui entraîne une application par analogie des conditions et conséquences juridiques rattachées à l'euthanasie passive aux cas de sédation. En effet, grâce à la figure de l'omission par action, le BGH a réussi à évacuer de la sphère de discussion la phénoménologie extérieure (active ou passive) de l'acte ou des suites d'actes en se focalisant sur le point de savoir si la survenance de la mort a été finalement le résultat d'une action ou omission. En concluant que la sédation entraîne une survenance de la mort par omission combinée au critère du *Behandlungsbezug*, le BGH paraît faire également *tabula rasa* avec le critère du dol éventuel, auparavant retenu.

L'euthanasie active ou l'homicide sur demande de la victime reste toujours formellement interdit. La volonté du patient n'est pas une cause de justification faisant exception à l'incrimination prévue par le § 216 StGB. L'état de nécessité n'est guère plus convaincant comme cause de justification aux yeux du BGH vu que le droit à la vie (art. 2, al. 2 GG) occupe une place prépondérante dans l'ordre constitutionnel et qu'il existe d'autres alternatives aussi satisfaisantes à la disposition des gravement malades.

Le suicide assisté a été historiquement considéré comme légal de manière inconditionnelle aussi longtemps que la *Tatherrschaft* et la *Freiverantwortlichkeit* sont

³⁶⁵ S. J. CHOI, S. J. CHOI (sous la dir. de K. VOLK), *Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit*, *op. cit.*, p. 120.

incarnées par le suicidant. Depuis 2015 toutefois, le législateur a eu l'idée d'interdire la promotion de la pratique si elle est commise à titre professionnel c'est-à-dire de manière durable et répétée (ancien § 217 StGB). A la suite de l'interdiction, le travail des différentes organisations actives en la matière s'est brusquement arrêté du jour au lendemain. Plus grave encore, même les médecins ne souhaitent plus se confronter à des discussions autour de la mort tellement le terme « promotion » contenue dans la disposition laisse de la place à une interprétation extensive. L'intervention subséquente du BVerfG qui a annulé cette disposition par un arrêt récent du 26 février 2020 ne peut être considérée comme heureuse nonobstant qu'on soit pour ou contre la pratique. On revient alors à l'état du droit *ante lege* aussi longtemps que le législateur n'est pas intervenu en vue de réglementer expressément la matière. La promotion du suicide de quelque manière que ce soit revient légal. Néanmoins, il reste le problème de l'indisponibilité des stupéfiants en vue du suicide empêchant *de facto* le recours à la pratique pour les gravement malades. Seul le BVerfG qui est appelé à intervenir en vue de régler la querelle entre l'exécutif et le BVerwG peut résoudre indirectement la question si l'un ou l'autre de leurs points de vue opposés sur la disponibilité des stupéfiants peut être suivi.

De manière globale nous avons pu constater que la porte est assez généreusement ouverte aux mesures liées à la fin de vie dans les deux ordres juridiques.

L'euthanasie passive y est légale depuis plusieurs décennies dans son principe et quotidiennement appliquée. La jurisprudence allemande a nécessité du temps pour la reconnaître mais depuis l'arrêt du BGH du 25 juin 2010, elle est conçue avec un champ d'application encore une fois élargi, englobant même la sédation continue et profonde (entraînant la mort). En Belgique, l'euthanasie passive n'est que rarement évoquée, pourtant, sa légalité ne fait aucun doute. En effet, la possibilité de recourir à l'euthanasie active fait en sorte que l'euthanasie passive ne fait même pas débat bien que d'application quotidienne.

La sédation continue et profonde (entraînant la mort) est également acceptée par les deux ordres juridiques. Le BGH la considère comme relevant de l'euthanasie passive. Le droit belge cependant, la situe dans le prolongement ultime des soins palliatifs couverte par la loi sur les soins palliatifs.

Même le suicide assisté a été historiquement accepté par les deux ordres juridiques. En Allemagne, le législateur a pourtant limité le recours à cette pratique en interdisant fin 2015, la

promotion du suicide d'autrui à titre professionnel. À la suite de cette interdiction, les gravement malades se trouvaient *de facto* empêchés de recourir au suicide assisté. Le BVerfG est sur ce point venue à la rescousse des gravement malades en annulant l'interdiction litigieuse par l'arrêt du 26 février 2020. Le suicide assisté revient légal de manière inconditionnelle. Il reste néanmoins le problème de l'indisponibilité des stupéfiants en vue du suicide de sorte que le recours au suicide assisté demeure plutôt théorique qu'effectif. En Belgique, le suicide assisté est légal de manière inconditionnelle. La loi relative à l'euthanasie ne s'y applique pas par analogie. Une interprétation via les articles 10 et 11 de la constitution ne peuvent convaincre du contraire parce que ce faisant une infraction serait créée en violation des articles 12, al. 2 et 14 de la constitution.

Le bât blesse entre les deux ordres juridiques uniquement en ce qui concerne la légalité de l'euthanasie active. Le droit allemand l'a toujours considérée comme illégale via l'incrimination expresse du § 216 StGB. La raison de ce choix est probablement historique. On ne voit pas non plus changer cette conception dans un futur proche. Le droit belge en revanche l'a dépénalisée conditionnellement par l'adoption de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie. Etant *lex specialis* par rapport au droit pénal commun, les conditions légales devraient recevoir une stricte interprétation. Néanmoins, les conditions légales ont tendance à être interprétées de plus en plus largement par la Commission fédérale qui n'en a ni autorité ni indépendance et impartialité requises. La Commission jouit ainsi d'un monopole d'interprétation avec effets directs sur la pratique. Celle-ci ne peut être qualifiée « en dehors de tout contrôle » uniquement parce qu'il n'existe pas de statistiques officiels fiables qu'on pourrait consulter en vue d'une vérification empirique. Vu ces circonstances, il n'en reste pas moins que de dire que la pratique belge d'euthanasie active doit être perçue de manière plus critique et avec un degré de précaution digne des biens juridiques en cause.

Bibliographie

Remarque préliminaire

Les références bibliographiques et infrapaginales de la documentation utilisée dans le cadre du présent travail seront indiquées conformément aux règles de méthodologie juridique du droit belge pour les sources traitant du droit belge et selon les règles de référence habituelles simplifiées du droit allemand pour les sources traitant du droit allemand s'il n'était pas possible de trouver une référence complète.

Législation (par ordre hiérarchique et chronologique)

Droit belge

Constitution

Constitution, art. 10, 11, 12, al. 2 et 14.

Codes

Code civil, art. 488/1, 488/2, 492 et s.

Code pénal, art. 392, 393, 394, 397, 422*bis* et 422*ter*.

Lois particulières

Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

Loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs, *M.B.*, 26 octobre 2002, p. 49160.

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719.

Loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, *M.B.*, 12 mars 2014, p. 21053.

Loi du 15 mars 2020 visant à modifier la législation relative à l'euthanasie, *M.B.*, 23 mars 2020, p. 16623

Travaux préparatoires

Rapport du 9 juillet 2001 fait au nom des Commissions réunies de la Justice et des Affaires sociales, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2000-2001, n° 2-244/24.

Projet de loi du 6 décembre 2001 relative à l'euthanasie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr, sess. ord. 2001-2002, n° 50-1488/002.

Rapport du 23 avril 2002 fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 50-1488/009.

Avis

Avis de la section de législation du Conseil d'Etat précédant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et la loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs.

Avis du Conseil national de l'ordre des médecins du 22 mars 2003 relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de vie, *Bulletin*, vol. XI, juin 2003.

Comité consultatif de Bioéthique, Avis n° 73 du 11 septembre 2017 concernant l'euthanasie dans les cas de patients hors phase terminale, de souffrance psychique et d'affections psychiatriques, disponible sur URL : https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/avis_73_euthanasie_0.pdf, consulté le 17 décembre 2019.

Droit allemand

Loi fondamentale

GG, art. 1, 2, 4, 9, 12, 19, 20, 79, 93, 100, 103.

Codes

StGB, §§ 11, 13, 22, 25, 26, 27, 60, 211, 212, 216, 217, 243, 323c.

BGB, §§ 1901-1904.

Lois particulières

BVerfGG, §§ 13, 90 et s.

BtMG, § 5.

Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Selbsttötung vom 3. Dezember 2015, *BGBI.*, 9. Dezember 2015, S. 2177.

Travaux préparatoires

GOLDDAMNER, Die Materialien zum Strafgesetzbuche der Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert, t. II, pp. 363 et s.

BT-Drucksache 18/5373.

Autres

Codes

Code de la santé publique français, art. L 1110-5.

Code pénal autrichien, art. 78.

Code pénal hollandais, art. 293 et 294.

Code pénal suisse, art. 114 et 115.

Lois particulières

Loi française n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JORF*, n° 95, 23 avril 2005, p. 7089 ; loi dite « Léonetti ».

Avis

Comité Directeur pour la Bioéthique (CDBI), Réponses au questionnaire pour les Etats membres relatif à l'euthanasie, Strasbourg, 20 janvier 2003, pp. 5 et s. en réponse à une demande du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la lumière de la Recommandation 1418(1999) de l'Assemblée Parlementaire relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants.

Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin NEK-CNE, « Beihilfe zum Suizid », avis, n° 9/2005, Berne, juillet 2005.

Doctrines (par ordre alphabétique)

Droit belge

Monographies

COLETTI-BASECQZ N. et LAMBINET F., L'élément moral des infractions, Anthemis, Limal, 2014.

COLETTE-BASECQZ N. et BLAISE N., Manuel de droit pénal général, Anthemis, LLN, 2010.

HANSENNE J., Introduction au droit privé, collection « A la recherche du droit », 4^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2000.

HAUS J.-J., Principes généraux de droit pénal belge, Gand, 3^e éd., 1879.

HENNAU C. et VERHAEGEN J., Droit pénal général, Bruylant, Bruxelles, 3^e éd., 2003.

HERREMANS J., Mourir dans la dignité : la loi belge relative à l'euthanasie, une réponse légale, *s.l., Frontières*, vol. 24 (1-2), 2011.

JONES D.A., GASTMANS C. et MAC KELLAR C., Euthanasia and Assisted Suicide. Lessons from Belgium, Cambridge University Press, London, 2017.

LELEU Y.-H., « Droit des personnes et des familles », *collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2006,

MICHIELS O. et JACQUES E., Principes de droit pénal, Notes sommaires et provisoires, 4^e éd., année académique 2015-2016.

MONTERO E., *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie en Belgique*, Anthemis, Limal, 2013.

MOREAU T. et VANDERMEERSCH D., *Eléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2019.

PERELMAN C. et OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation – La nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Ed. de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1970.

TROUSSE P.-E., *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, Les Nouvelles, Larcier, Bruxelles, 1956.

TULKENS F., VAN KERCHOVE M., CARTUYVELS Y., *e. a.*, *Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques*, 9^e éd, Kluwer, Waterloo, 2010.

VANDENBERGHE J., TITECA K., MATTHYS F., *e.a.*, *Hoe omgaan met een euthanasieverzoek in psychiatrie binnen het huidige wettelijk kader? Adviestekst van de Vlaamse Vereniging voor Psychiatrie (VVP) over te hanteren zorgvuldigheidsvereisten*, Kortenbergh, 2017.

WERY P., *Droits des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011.

Ouvrages collectifs

BROECKAERT B., « Palliative sedation: ethical aspects », in C. GATMANS (éd.), *Between Technology and Humanity: The Impact of Technology in Health Care Ethics*, Leuven University Press, Leuven, 2002.

DELANNAY A., « Homicides et lésions corporelles volontaires », in *Les infractions - Vol. 2 - Les infractions contre les personnes*, Larcier, Bruxelles, 2010.

GENICOT G., « L'euthanasie, l'assistance au suicide et les soins palliatifs », in *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016.

MOUFFE B., « Chapitre VI – Droit à l'euthanasie volontaire » in *Le droit à la mort*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

MOUFFE B., « Droit au suicide assisté/seconé ou euthanasie par compassion », in *Le droit de mourir*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

Périodiques

BAZAN a., « Euthanasie pour souffrance psychique : un cadre légal discutable et des dommages sociétaux », *Le Journal du Médecin*, n° 2420, 2015, p. 42.

CHAMBAERE K., BILSEN J., COHEN J., *e.a.*, « Physician-assisted deaths under the euthanasia law in Belgium: a population-based survey », *CMAJ*, 2010, 182, pp. 895-901.

DALQ-DEPOORTER J., « Rendez-vous avec la mort – Dix ans d'euthanasie légale en Belgique », *J.T.*, 2014/30, p. 595, n° 6574.

DELBEKE E., « Juridische kwalificatie van pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend effect : medisch handelen gerechtvaardigd op grond van het wettelijk voorschrift », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 46.

HERREMANS J. et GALAND P., « Carte blanche – Euthanasie : entre application de la loi et son extension », *Bulletin A.D.M.D.*, n° 112, juin 2009, p. 13.

LOSSIGNOL D., « Soins palliatifs et euthanasie : la fin du conflit », *La revue des soins palliatifs en Wallonie*, n° 14, 2012, p. 23.

MOCK H., « Euthanasie et suicide assisté », *Rev. Trim. D.H.*, 2004/57, pp. 56 et s.

MONTERO E., La genèse, la mise en œuvre et le développement de la loi belge relative à l'euthanasie, Dossier : La fin de vie : Préoccupations légales et éthiques, *Droit et Cultures*, 2018/1, pp. 141-163, n° 79.

RIGOUX F., « L'avis du Conseil d'Etat belge sur la dépénalisation de l'euthanasie et le droit aux soins palliatifs », *Rev. Trim. D. H.*, 2002/49, p. 276.

Notes de jurisprudence

BIOY X., « « *Moi aussi aujourd'hui, je rentre chez moi...* » », obs. sous C. const., arrêt n° 153/2015 du 29 octobre 2015, *Rev. Trim. D. H.*, 2016/107, p. 785.

MICHIELS O., Quelques précisions sur les notions de faute, de dol éventuel et de dol *praeter-intentionnel* quand il y a mort d'homme, obs. sous Corr. Verviers, 27 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 493.

Rapports officiels

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Premier rapport aux chambres législatives, années 2002 – 2003 (2004).

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Deuxième rapport aux chambres législatives, années 2004 – 2005 (2006).

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Troisième rapport aux chambres législatives, années 2006 – 2007 (2008).

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Quatrième rapport aux chambres législatives, années 2008 – 2009 (2010).

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Cinquième rapport aux chambres législatives, années 2010 – 2011 (2012).

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Sixième rapport aux chambres législatives, années 2012 – 2013 (2014).

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Septième rapport aux chambres législatives, années 2014 - 2015 (2016).

Commission fédérale de Contrôle et d'Evaluation de l'Euthanasie, Huitième rapport aux chambres législatives, années 2016 – 2017 (2018).

Vidéos

SBS Dateline, Allow Me To Die : Euthanasia in Belgium, disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=hCRpuTRA7-g>, mise à jour le 15 septembre 2015, consulté le 13 mai 2020. Pour plus de détails concernant l'euthanasie active en Belgique, voy. *infra*, chapitre II.

Sources électroniques

ECKERT M. et BEEL V., Een arts die een vrouw op haar verzoek een dodelijk drankje gaf, is buiten vervolging gesteld. Kan zo de euthanasiewetgeving omzeild worden? Was het hulp bij zelfdoding of euthanasie?, Bruxelles, disponible sur URL : [https://leif.be/data/press-articles/De Standaard - Kan de euthanasiewetgeving omzeild worden 27-04-19.pdf](https://leif.be/data/press-articles/De%20Standaard%20-%20Kan%20de%20euthanasiewetgeving%20omzeild%20worden%2027-04-19.pdf), s. d., consulté le 14 mai 2020.

Conseil national de l'Ordre des médecins, Directives déontologiques pour la pratique de l'euthanasie des patients en souffrance psychique à la suite d'une maladie psychiatrique, 27 avril 2019, Bulletin 165, doc. 165002a, disponible sur : URL : <https://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/directives-deontologiques-pour-la-pratique-de-l-euthanasie-des-patients-en-souffrance-psychique-a-la-suite-d-une-pathologie-psychiatrique>, pp. 3 et 4, consulté le 11 décembre 2019.

HERREMANS J., Un détenu belge demande l'euthanasie – quelle réponse lui donner ?, 30 novembre 2015, *Justice en ligne*, disponible sur URL : <http://www.justice-en-ligne.be/article761.html>, consulté le 17 décembre 2019.

Institut européen de Bioéthique, Belgique : Premier dossier d'euthanasie transmis au Parquet, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/fr/actualite/fin-de-vie/euthanasie-et-suicide-assiste/belgique-premier-dossier-d-euthanasie-transmis-au-parquet-1016.html?backto=bulletin>, publié le 28 octobre 2015, consulté le 14 mai 2020.

Institut Européen de Bioéthique, La déclaration anticipée d'euthanasie, novembre 2019, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/docs/pdf/2019-10/doc-1572547920-462.pdf>, consulté le 11 décembre 2019.

Institut européen de Bioéthique, L'enregistrement des sédations palliatives palliera-t-il les euthanasies « camouflées » ?, publié le 05 février 2019, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/fr/actualite/fin-de-vie/euthanasie-et-suicide-assiste/l-enregistrement-des-sedations-palliatives-palliera-t-il-les-euthanasies-camoufleees-1345.html>, consulté le 11 décembre 2019.

Institut européen de Bioéthique, L'euthanasie pour les personnes démentes : éléments de réflexions, 9 juillet 2019, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/docs/pdf/2019-08/doc-1565018837-986.pdf>, consulté le 12 décembre 2019.

Institut européen de Bioéthique, Rapport de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de 2014, publié le 26 août 2014, disponible sur URL : <https://www.ieb-eib.org/fr/rapport/fin-de-vie/non-classes/rapport-de-la-commission-d-evaluation-euthanasie-2014-380.html>, consulté le 11 décembre 2019.

JORIS M. et LEPAGE S., Assises de Gand : premier procès en Belgique pour euthanasie, 14 janvier 2020, disponible sur URL : https://www.rtb.be/info/societe/detail_assises-de-gand-premier-proces-en-belgique-pour-euthanasie?id=10406710, consulté le 04 mars 2020.

X., Procès d'euthanasie à Gand : les trois médecins sont acquittés, 31 janvier 2020, disponible sur URL : https://www.rtb.be/info/societe/detail_proces-euthanasie-les-trois-medecins-sont-acquittes?id=10421139, consulté le 04 mars 2020.

Droit allemand

Commentateurs StGB (référence simplifiée)

BECK C. H., 2001, 2^e éd., p. 75

FISCHER, § 15, Rn. 7 et Vor § 211, Rn. 71 et 72.

JÄHNKE, Vor § 211, Rn. 16 f.

KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor §§ 211-222, 6^e éd., Rn. 29.

LACKNER et KÜHL, Vor § 211 StGB, Rdn. 7.

LACKNER et KÜHL, StGB, Vor § 211, 28^e éd., Rn. 13 et s.

MAURACH, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 49, II, C.

RENGIER, BT II, 13^e éd., § 8, Rn. 4.

ROXIN, AT I, § 12, Rn. 175.

SAMSON, Strafrecht II, 3^e éd., p. 72.

SATGER, SCHMITT, WIDMAIER, *e.a.*, §§ 15 s., Rn. 41.

SCHÖNKE, SCHRÖDER, ESSER, *e.a.*, StGB, vor § 211, 29^e éd., Rn. 36.

TOFAHRN, Strafrecht BT I, Rn. 121.

TRÖNDLE et FISCHER, Vor §§ 211 bis 216, Rn. 19.

WESSELS et BEULKE, Strafrecht AT, § 7, Rn. 211.

WESSELS et HETTINGER, StrafR BT I, 36^e éd., Rn. 1046.

Monographies

BIERI P., Eine Art zu leben, Über die Vielfalt menschlicher Würde, 4^e éd., Fischer Taschenbuch, Francfort-sur-le Main, 2017.

CHOI S. J. (sous la dir. de K. VOLK), Patientenverfügung und Patientenautonomie – zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, Criminalia, t. 50, Peter Lang, Munique, 2009.

DUTTGE G., FANTAZIU F., KLING M., *e.a.*, Preis der Freiheit. Reichweite und Grenzen individueller Selbstbestimmung zwischen Leben und Tod, 2e éd. Francfort-sur-le Main, 2006.

ESER A., Erscheinungsformen von Suizid und Euthanasie – Ein Typisierungsversuch, in *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, 1ère éd., Stuttgart, 1976.

ESER A., „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen, Verlag Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001.

GAVELA K., Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Heidelberg, 2013.

JACOB N., Aktive Sterbehilfe im Rechtsvergleich und unter der Europäischen Menschenrechtskonvention, Tectum, Marburg, 2013.

LABER, Der Schutz des Lebens im Strafrecht, Peter Lang Verlag, Francfort-sur-le Main, 1997.

MAGNUS D., Patientenautonomie im Strafrecht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2015

MOOR P. (traduction allemande de J. ABEL), Die Freiheit zum Tode. Ein Plädoyer für das Recht auf menschenwürdiges Sterben. Euthanasie und Ethik, Rowohlt, Hambourg, 1973.

MÜLLER D., WISTUBA B., Die Situation von Hospizarbeit und Palliative Care in Deutschland. Fakten, Bewertungen, Verbesserungsbedarf, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Berlin, 2014.

OHLY a., *Volenti non fit iniuria* – Einwilligung im Privatrecht, J. C. B. Moer Paul Siebeck, Tübingen, 2002.

OTTO et BRAMMSEN, Die Grundlage der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, JURA 1985.

VOLLMANN J., Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 2 - Sterbebegleitung, 2e éd. révisée, Berlin, 2003.

ZAHN N., Medizinische, juristische und ethische Aspekte der terminalen Sedierung, LIT Verlag Münster, Münster, 2012.

Ouvrages collectifs

ENGELKE E., « Jede Begegnung eine Konfrontation. Was Ärzte Pflegende und Angehörige wissen müssen, bevor sie mit Sterbenden sprechen », in *Praxis Palliative Care*, n° 24, 2014.

ROXIN C. et SCHROTH U., Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3^e éd., Stuttgart, 2007.

Périodiques

INGELFINGER, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, *JZ*, 2006, pp. 821 et s. (spéc. p. 825).

MERKEL R., Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, *ZStW*, 1995, pp. 545 et s. (spéc., p. 568).

MITSCH W., « Die mutmaßliche Einwilligung », *ZJS*, 1/2012, p. 42.

MÜLLER-BUSCH H. C., Sterbende sedieren?, *Palliativmed*, 2004, pp. 107 et s.

NEITZKE G. et FREWER a., Sedierung als Sterbehilfe?, *Ehtik in der Medizin*, 2004, pp. 323 et 329.

ROTHÄRMEL S., Terminale Sedierung aus juristischer Sicht – Gebotener palliativmedizinischer Standard oder heimliche aktive Sterbehilfe, *Ethik in der Medizin*, 2004, pp. 349 et s.

SCHULTZ, Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen, *JuS* 1985, p. 270.

VAN OORSHOT B., TIETZE A., NICKEL N., *e.a.*, Einstellungen zur Sterbehilfe und zur Patientenverfügung – Ergebnisse einer Befragung von 727 Ärzten, *DMW*, 2005, pp. 261 s.

WEBER M., STIEHL M., REITER J., *e.a.*, Ethische Entscheidungen am Ende des Lebens: Sorgsames Abwägen der jeweiligen Situation, *DÄBl.*, 2001, A 3184 et s.

Avis

DI FABIO U. (im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte), Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 - 3 C 19/15 -, Bonn, 2017.

Vidéos

SWR Doku, Frau S. will sterben – Wer hilft am Lebensende ?, émis et à jour le 02 mars 2017 (juste après l'arrêt important du BVerwG), disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=psYTpEr0Uzo>, consulté le 29 avril 2020.

WDR Doku, Ich will so nicht mehr leben! Streitfall Sterbehilfe, disponible sur URL : <https://www.youtube.com/watch?v=OPGEBKCAtpk>, consulté le 13 mai 2020.

Sources électroniques

Betreuungsverfügung, disponible sur URL : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Formulare/Betreuungsverfuegung.pdf?__blob=publicationFile&v=12, consulté le 10 mars 2020.

Duden, Bedeutungen, disponible sur URL : <https://www.duden.de/rechtschreibung/foerdern>, consulté le 29 avril 2020.

DÜCKER S. J., Strafrecht Besonderer Teil 1, Tötung auf Verlangen, § 216 StGB, disponible sur URL : <https://www.juracademy.de/strafrecht-bt1/toetung-verlangen.html>, consulté le 29 mars 2020.

HEFENDEHL R., Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen – Passive Sterbehilfe, disponible sur URL : <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/passive-sterbehilfe/>, mise à jour le 4 octobre 2017, consulté le 17 mai 2020.

HEFENDEHL R., Abgrenzung § 216 zur straflosen Beihilfe zum Suizid, disponible sur URL : <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/216/abgrenzung-suizidbeihilfe/>, mise à jour le 8 août 2017, consulté le 31 mars 2020.

HEINRICH B., Vorlesung Strafrecht – Allgemeiner Teil, Garantenpflichten beim Unterlassungsdelikat, Aufgabenblatt Nr. 25, 1er octobre 2019, disponible sur URL : https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/heinrich/materialien/arbeitsblaetter-zur-vorlesung-strafrecht-at-pdf-dateien/arbeitsblaetter-zur-vorlesung-strafrecht-at-pdf-dateien/25-unterlassungsdelikte-garantenpflichten.pdf, consulté le 09 mars 2020.

Jura intensiv, Übersicht zur Neuregelung des § 217 StGB, disponible sur URL : https://verlag.jura-intensiv.de/media/pdf/18/0c/f8/Gesetzesaktualisierung_RA-02-16_neuregelung-217stgb.pdf, consulté le 28 avril 2020, p. 1.

MAX P. et SPERBER A., *dolus directus* 1. Grades – Die Absicht, disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/content/i-dolus-directus-1-grades-die-absicht>, consulté le 03 mars 2020.

MAX P. et SPERBER A., *dolus directus* 2. Grades – Die Wissentlichkeit, disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/content/ii-dolus-directus-2-grades-die-wissentlichkeit>, consulté le 03 mars 2020.

MAX P. et SPERBER A., *dolus generalis*, disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/content/iii-dolus-generalis>, consulté le 03 mars 2020.

MAX P. et SPERBER A., Wann handelt es sich um eine freiverantwortliche Selbsttötung ? , disponible sur URL : <https://www.iurastudent.de/streitstaende/strafrecht/wann-handelt-es-sich-um-eine-freiverantwortliche-selbstt-tung>, consulté le 31 mars 2020.

MÜLLER-NEUHOF J. et WORATSCHKA R., Darf der Staat beim Sterben helfen? – Gesundheitsminister blockiert Urteil, Tagespiegel online, publié le 03 février 2018, disponible sur URL: <https://www.tagesspiegel.de/politik/gesundheitsminister-blockiert-urteil-darf-der-staat-beim-sterben-helfen/20925030.html>, consulté le 26 avril 2020.

MÜLLER-NEUHOF J., Jens Spahn verhindert Sterbehilfe, Tagespiegel online, publié le 19 février 2019, disponible sur URL: <https://www.tagesspiegel.de/politik/gesundheitsminister-ignoriert-urteil-jens-spahn-verhindert-sterbehilfe/24010180.html>, consulté le 26 avril 2020.

MÜLLER-NEUHOF J., Regierung ignoriert Sterbehilfe-Urteil, publié le 18 août 2018, disponible sur URL: <https://www.tagesspiegel.de/politik/leiden-von-schwerkranken-regierung-ignoriert-sterbehilfe-urteil/22928102.html>, consulté le 26 avril 2020.

Vorsorgevollmacht, disponible sur URL : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Formulare/Vorsorgevollmacht.pdf?__blob=publicationFile&v=21, consulté le 10 mars 2020.

X., Dictionnaire français-latin en ligne, s.d., disponible sur URL : <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/PRAESTARE/index.htm>, consulté le 09 mars 2020

X., Garantenstellung – Bedeutung und Definition im Strafrecht, s.d., disponible sur URL: <https://www.juraforum.de/lexikon/garantenstellung>, consulté le 09 mars 2020.

Autres

Monographies

CAMUS A., La peste, Gallimard, Paris, 1947.

CAMUS A., L'homme révolté, Gallimard, Paris, 1951.

TERRE F., FENOUILLET D., Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité – Protection, Dalloz, Paris, 2013.

POHIER J., La mort opportune, Le droit des vivants sur la fin de leur vie, Seuil, Paris, 1998.

Ouvrages collectifs

CALLAHAN D., « When self-determination runs amok », in *Hastings Center Report*, vol. 22, 1992.

Périodiques

BOURCIER D., « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse », s.l., *Droit et cultures*, 61/2011-1, n° 18.

MARTIN J., « Assistance au suicide, état de nécessité et exception d'euthanasie. « A propos d'un jugement neuchâtelois récent. », in *Revue médicale suisse*, 2011, vol. 7, pp. 88-89, disponible sur URL : <https://www.revmed.ch/RMS/2011/RMS-277/Assistance-au-suicide-etat-de-necessite-et-exception-d-euthanasie.-A-propos-d-un-jugement-neuchatelois-recent>, consulté le 11 novembre 2019.

RYAN C., « Pulling up the runway: the effect of new evidence on euthanasia's slippery slope », *Journal of Medical Ethics*, 1998, n° 24, pp. 341-344.

Notes de jurisprudence

Corr. Neuchâteau, 8 janvier 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 329, note A. LORENT, « L'élément moral de la tentative de meurtre ».

Sources électroniques

FAYMONVILLE M.-E., LABORIT G., LABORIT H., e.a., « Coma », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], disponible sur URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/coma/>, consulté le 27 novembre 2019.

MORVAN P., Les degrés de la faute pénale, disponible sur URL : <http://patrickmorvan.over-blog.com/article-18662651.html>, mise à jour le 12 avril 2008, consulté le 03 mars 2020.

SPRANZI M., « Peut-on distinguer euthanasie active et euthanasie passive ? », *La Vie des idées*, 24 avril 2009, disponible sur URL : <http://www.laviedesidees.fr/Peut-on-distinguer-euthanasie.html>, mise à jour le 24 avril 2009, consulté le 18 mai 2020.

Wikipedia, Dritter, disponible sur URL : <https://de.wikipedia.org/wiki/Dritter#Recht>, mise à jour le 8 août 2019, consulté le 13 novembre 2019.

Wikipedia, Sterbebegleitung, disponible sur URL : <https://de.wikipedia.org/wiki/Sterbebegleitung>, mise à jour le 27 mars 2020, consulté le 17 mai 2020.

Jurisprudence (par ordre hiérarchique et chronologique)

Jurisprudence internationale

Cour européenne des droits de l'homme

Cour E.D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

Cour E.D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005

Cour E.D.H., *Haas c. Suisse*, arrêt du 20 janvier 2011.

Cour E.D.H., *Koch c. Allemagne*, arrêts du 31 mai 2011 et du 19 juillet 2012.

Requête (pendante) n° 78017/17 (*Mortier c. Belgique*) introduite le 06 novembre 2017 devant la Cour E.D.H., disponible sur URL : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-188928"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), consulté le 05 mars 2020.

Résolution du gouvernement allemand relative à l'exécution de l'arrêt *Koch c. Allemagne*, *CM/ResDH (2018) 32*, 31 janvier 2018, 497/09, p. 4.

Droit belge

Cour d'arbitrage/Cour constitutionnelle

C. Const., 14 janvier 2004, n° 4/2004.

C. const., 29 octobre 2015, n° 153/2015.

Cour de Cassation

Cass., 27 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1249.

Cass., 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1061, n° 535 ; *R.C.J.B.*, 1989, pp. 588 et s.

Cass., 5 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 127, n° 73.

Cass., 10 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 167.

Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 11 ; *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 562.

Cass., 21 avril 1998, *Bull.*, 1998, p. 464.

Cass., 28 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 245.

Cass., 23 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1550, n° 624.

Cass., 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 333.

Cass., 30 mai 2001, *Pas.*, I, p. 994.

Cour d'appels

Anvers, 30 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 749.

Gand, mises acc., 9 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 39.

Droit allemand

BVerfG

BVerfG, 19 octobre 1971, *BVerfGE*, 32, 98 ff.

BVerfG, 25 juillet 1979, *BVerfGE*, 52, 131, 171, 173.

BVerfG, 24 avril 1985, *BVerfGE*, 69, 1 (55).

BVerfG, 19 septembre 2007, *BVerfGE*, 119, 247 (274).

BVerfG, 04 novembre 2008, *BvR* 1832/07.

BVerfG, 26 février 2020 (6 recours joints), 2 *BvR* 2347/15, 2 *BvR* 2527/16, 2 *BvR* 2354/16, 2 *BvR* 1593/16, 2 *BvR* 1261/16, 2 *BvR* 651/16.

BGH

BGH, 1 mars 1955, *BGHSt* 7, 211.

BGH, 28 novembre 1957, *BGHSt* 11, 111, 114.

BGH, 26 avril 1960, *BGHSt* 14, 193.

BGH, 2 mars 1962, *BGHSt* 17, 166.

BGH, 22 janvier 1981, *NJW* 1981, pp. 932 et s.

BGH, 26 octobre 1982, *NJW* 1983, 350, 351.

BGH, 05 juillet 1983, *BGHSt*, 32, 38.

BGH, 4 juillet 1984, *BGHSt* 32, 367 ff.

BGH, 25 mars 1988, *BGHSt* 35, 246, 249.

BGH, 8 mai 1991, *BGHSt* 37, 376 (379).

BGH, 13 septembre 1994, *BGHSt* 40, 257, 260.

BGH, 15 novembre 1996, *BGHSt* 42, 301.

BGH, 17 mars 2003, *BGHZ* 154, 205 (215).

BGH, 20 mai 2003, *NStZ* 2003, pp. 537 et s.

BGH, 22 avril 2005, *BGHSt* 50, 80 (92).

BGH, 8 juin 2005, *BGHZ* 163, 195.

BGH, 25 juin 2010, *BGHSt* 55, 191.

BGH, 11 janvier 2011, *NStZ* 2011, p. 341.

BGH, 17 septembre 2014, *BGHZ* 202, 226.

BGH, 03 juillet 2019, *NJW*, 2019, pp. 3089 et 3092 – 5 StR 132/18 et 5 StR 393/18.

Cour administrative fédérale

BVerwG, 2 mars 2017, *BVerwGE*, 158, 142 - 3 C 19.15.

Tribunaux régionaux

OVG NRW, 22 juin 2007, *NJW*, 2007, p. 3016 - 13 A 1504/06.

OVG NRW, 19 août 2015, *NStZ-RR*, 2016, 265 - 13 A 1299/14.

Tribunaux cantonaux

AG Berlin-Tiergarten, 13 septembre 2005, *MedR*, 2006, pp. 298 ss.

VG Köln, 21 février 2006, *FamRZ*, 2006, p. 1673 - 7 K, 2040/05.

VG Köln, 13 mai 2014, 7 K 254/13.

VG Köln, 21 juin 2018, 6 L 261/18.

VG Köln, 19 novembre 2019 (6 affaires jointes), 7 K 8461/19, 7 K 583/19, 7 K 1410/18, 7 K 8560/18, 7 K 13803/17 et 7 K 14642/17.

Autres

Supreme Court of New Jersey, Conroy, 98 NJ 321, 486 A2d 1209 (1985).

